

El “derecho de la mujer a la autodeterminación
respecto de la interrupción del embarazo”
en la sentencia del Tribunal Constitucional
44/2023, de 9 de mayo

*The “woman’s right to self-determination
with respect to the termination of pregnancy”
in Constitutional Court ruling 44/2023 of may 9*

por

MIGUEL GÓMEZ PERALS
*Profesor de Derecho Civil
Universidad de La Laguna*

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (plenaria – pero no unánime) es polémica en su forma y en su fondo.

En esencia crea *ex novo* un derecho fundamental a la “autodeterminación de la mujer en la interrupción del embarazo” (derecho al aborto).

Se funda en una interpretación evolutiva de la Constitución y la libertad e integridad física y moral de la mujer y consagra el sistema de plazos (aborto libre hasta las catorce semanas y en supuestos especiales después).

Los numerosos votos particulares disienten porque la creación de este nuevo derecho no es correcta técnicamente si no se modifica la Constitución y resulta insuficiente la protección de la vida del *nasciturus* frente a la libertad de la mujer, quebrando el equilibrio en la ponderación de intereses mantenido por la jurisprudencia desde la importante sentencia de 1985.

También se analiza la jurisprudencia internacional europea y la normativa de algunos países, para situar el caso español.

ABSTRACT: Constitutional Court Ruling 44/2023 of May 9, 2023 (plenary – but not unanimous) is controversial in form and substance.

In essence it creates ex novo a fundamental right to self-determination of women in the termination of pregnancy (right to abortion).

It is based on an evolutionary interpretation of the Constitution and the freedom and physical and moral integrity of the woman and enshrines the time limit system (free abortion up to fourteen weeks and in special cases thereafter).

The numerous dissenting opinions do not agree because the creation of this new right is not technically correct if the Constitution is not modified and the protection of the life of the unborn child is insufficient compared to the freedom of the woman, breaking the balance of the weighing of interests maintained by the jurisprudence since the important 1985 ruling.

It also analyzes the European international jurisprudence and the regulations of some countries, in order to situate the Spanish case.

PALABRAS CLAVE: Aborto, plazos, derecho fundamental, vida prenatal, *nasciturus*, enfoque evolutivo, maternidad.

KEY WORDS: Abortion, time limits, fundamental right, prenatal life, *nasciturus*, evolutionary approach, maternity.

SUMARIO: I. EL OBJETO DE ESTUDIO, SU ENFOQUE Y ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.—II. PAUTAS INTERPRETATIVAS DE LA SENTENCIA 44/2023 DE 9 DE MAYO: EN PARTICULAR, LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA.—III. LA STC 44/2023, DE 9 DE MAYO PRETENDE LA EXCLUSIÓN DE LA STC 53/1985.—IV. EL EXCESO DE JURISDICCIÓN.—V. LA CREACIÓN *EX NOVO* DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO.—VI. LA IMPORTANCIA DEL DIFERENTE ENFOQUE.—VII. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA MATERNIDAD.—VIII. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL OBJETO DE ESTUDIO, SU ENFOQUE Y ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

EL objeto principal de nuestro comentario es la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 44/2023, de 9 de mayo de 2023, plenaria —pero no unánime— que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Los principales argumentos de sus fundamentos los iremos examinando en contraste con los de los distintos votos particulares, sin perjuicio de matices y cuestiones de aspecto procedimental¹. También haremos alguna referencia tangencial a sentencias posteriores e informes sobre la misma materia².

La primera de las cuestiones que se analiza por los magistrados discrepantes es la pérdida sobrevenida de objeto de determinadas impugnaciones por el juego de fechas que concurre en este caso, del que resulta que la sentencia es, en realidad, posterior ya a la nueva ley confirmada por el fallo³.

En efecto, tal como expone el voto particular conjunto que formulan los magistrados Dn. Ricardo Enríquez Sancho, Dn. Enrique Arnaldo Alcubilla y Dn. César Tolosa Tribiño (los votos particulares se referencian en delante con la abreviatura VP, seguida de su diferente ordinal, 1, 2,...) en su apdo. 1 *in fine*: “El objeto de enjuiciamiento en esta sentencia de la que discrepamos no puede alcanzar a preceptos que en este momento ya no están vigentes, pues resulta innecesaria la depuración del ordenamiento y —pensamos *a fortiori*— que no puede aprovecharse la misma para hacer declaraciones que prejuzgen o anticipen decisiones sobre

preceptos no impugnados en este recurso de inconstitucionalidad”. Y razona que no se consideran válidos (por insuficientes) para sostener lo contrario los argumentos aducidos por la mayoría (en esencia, el derecho fundamental que se alegó como vulnerado y el tiempo transcurrido desde la STC 53/1985)⁴.

Aunque la magistrada BALAGUER CALLEJÓN en su voto particular concordante (en adelante, VP. 2) reconoce el principio general de que la mera derogación de la norma recurrida genera la pérdida de objeto del recurso, lo excepciona en este caso porque concurre un innegable interés público de la materia en debate.

A su juicio, el interés de esta sentencia trasciende el propio objeto del recurso de inconstitucionalidad, no solo por las expectativas generadas en la ciudadanía tras el retraso en la resolución del recurso (en lo que a nuestro juicio no le falta razón, al menos, sociológicamente hablando)⁵, sino por la propia posición del Tribunal como intérprete del texto constitucional⁶.

Pero la magistrada ESPEJEL JORQUERA no comparte estas consideraciones. El apdo. C) del Fto. 2 de la sentencia mantiene (bajo el título “Diferencias entre el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad y el objeto de la STC 53/1985”) que ni la STC 53/1985 ni ninguna otra constituyen parámetro de control de constitucionalidad para este Tribunal, pues según el art. 1.1 de su Ley Orgánica “está sometido solo a la Constitución y a la presente ley orgánica”. Sin embargo, según ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.5), el Tribunal no puede desconocer los precedentes de su jurisprudencia y apartarse sin más de la misma, sino que es preciso que se motive el cambio (literalmente, “la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”, *ex art. 13 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, por lo que no cabe la modificación subrepticia y arbitraria (no reconocida ni motivada).

II. PAUTAS INTERPRETATIVAS DE LA SENTENCIA 44/2023. EN PARTICULAR, LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Varias cuestiones se aprecian en este apartado.

En el voto disidente encabezado por Ricardo Enríquez Sancho (VP.1) se afirma que la STC 44/2023 apela a la doctrina norteamericana de la “Constitución viva” (*living constitution*) para justificar una pretendida “interpretación evolutiva” de la norma fundamental, que a la postre va a servir de justificación para sostener que la regulación del aborto por Ley Orgánica 2/2010 no solo no es inconstitucional, sino que es precisamente (y más aún tras su reforma en 2023) el modelo legal más adecuado a nuestra Constitución, interpretada está atendiendo al presente contexto histórico.

Para AZPIROZ VILLAR (2023) con tal interpretación evolutiva, aludida por el Fto. B),a), la sentencia “*se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad*”, pero incurre en relativismo introduciendo inestabilidad en nuestro ordenamiento y elevando la realidad (aun injusta, indeseable y siempre cambiante) por encima del deber ser, de los principios y valores constitucionales, erigiendo, además, al Tribunal Constitucional como auténtico legislador⁷. Por su parte, GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260) considera que

dicho criterio evolutivo puede ser empleado en dos sentidos: como una compleja actividad (desarrollada en un proceso) o solo como resultado⁸.

Por tanto, varios aspectos podemos comentar. En primer lugar que el control de constitucionalidad no ha de proyectarse sobre “modelos” legales (en definitiva, opciones políticas que cada legislador plasma en leyes), sino sobre concretos textos legislativos.

Por una parte, el recurso al criterio interpretativo de la denominada “realidad social” (art. 3 Cc) puede reflejar la obsolescencia de algunas previsiones constitucionales y, por tanto, la necesidad de su cambio, incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. En definitiva, “se pretende elevar dicho criterio a la categoría de canon de constitucionalidad y afirmar la pretendida notoriedad de lo que, con notable voluntarismo, califica como *consensos* acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo” (VP.1.2, pfo.2 y 4, pfo 3.º).

Por otra parte ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.4, *in fine*) rechaza el argumento de la pretendida evolución de la realidad social porque se emplea de modo fragmentario (excluyendo otras posiciones jurídicas), se apoya en textos que no tienen fuerza vinculante⁹ y la jurisprudencia europea se analiza de forma incompleta y parcial, además de ignorar el cauce correcto de la reforma constitucional.

III. LA STC 44/2023, DE 9 DE MAYO, PRETENDE LA EXCLUSIÓN DE LA STC 53/1985

Es de amplia aceptación que la STC 53/1985 contiene la doctrina constitucional originaria y no derogada en esta materia. Los magistrados del VP. 1 consideran incoherente dicha exclusión porque no en vano la doctrina sobre el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, es decir, de la vida humana en formación (*ex art. 15 CE*) ha sido confirmada por la posterior jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, y más recientemente 66/2022, de 2 de junio, y 11/2023, de 23 de febrero)¹⁰. La contradicción es evidente porque la propia Ley Orgánica 2/2010, impugnada en el recurso, afirma en su Exposición de motivos, hasta en cuatro ocasiones, haber tenido en cuenta la doctrina sentada en la STC 53/1985 para justificar que no la contradice (al menos, no lo pretende); lo que no casa con su rechazo por la STC 44/2023. Pero curiosamente en un alarde de oportunismo argumentativo la sentencia comentada sí parece acudir a la doctrina de la STC 53/1985 allí donde lo entiende conveniente para apoyar sus tesis favorables a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad¹¹.

Como vimos, este Tribunal, como cualquier otro, puede apartarse de su doctrina precedente (en este caso de la contenida en la STC 53/1985), pero ha de hacerlo expresando debidamente las razones para ello, lo que no parece en este caso con la contundencia precisa (VP. 1.3 pfo 2). Sin embargo, al menos dos afirmaciones de la STC 53/1985 deben entenderse subsistentes: que ni la protección del *nasciturus* ni los correlativos derechos de la mujer son absolutos (ni uno respecto del otro, ni recíprocamente) y, en segundo lugar, que el *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido por el art. 15 CE; y que, en consecuencia, el

Estado tiene la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida (también la prenatal), suficiente y efectivo (incluyendo la posible punición) (Ftos. 5, 6 y 7 de STC 53/1985)¹².

En este sentido la magistrada ESPEJEL JORQUERA considera que la sentencia debería haber examinado la constitucionalidad de los preceptos impugnados tomando como punto de partida el valor constitucional de la vida humana y su protección, singularmente de la vida del *nasciturus*, para a continuación referirse a los límites y garantías de esa protección en las situaciones de conflicto entre derechos y bienes jurídicos, y en último término, a la idoneidad y suficiencia de las medidas recogidas en la Ley como instrumento de preservación de la vida del *nasciturus*¹³.

Lo que ocurre es que, al parecer, estas afirmaciones de la STC 53/1985 obstaculizan la pretensión de la STC 44/2023, de “articular un pretendido nuevo derecho categorizado como fundamental, en este caso el derecho de la mujer al aborto”¹⁴.

Para lograr dicha articulación la magistrada BALAGUER CALLEJÓN reconoce que la principal razón del Tribunal para apartarse de la STC 53/1985 es que la concepción contemporánea sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el alcance de su libertad para decidir sobre la continuidad o no de un proceso biológico que se desarrolla exclusivamente en su cuerpo, se ha visto tan radicalmente modificada que es necesario resolver el mismo problema planteado en 1985 desde otro enfoque¹⁵. Es decir, en esencia lo que se rechaza no es la propia STC 53/1985 sino su concreto enfoque del conflicto entre valores constitucionales. E insiste: “entiendo que la desconexión de los razonamientos allí contenidos debería haber sido mucho más enérgica... (porque) termina realizando juicio de ponderación que no deja de considerar equiparables realidades que en absoluto lo son”¹⁶.

Como ella misma reconoce, el centro de su razonamiento es la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico. Su planteamiento da un paso más, porque entiende que no hay derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de ésta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE) y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE) los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución¹⁷.

Respecto a esa laicidad aludida por BALAGUER CALLEJÓN (VP. 2.2) entra un nuevo agente en la polémica, al que atribuye (¿cómo mérito o demérito?) la introducción histórica del valor del *nasciturus* como bien protegible (“desde que irrumpe en este debate la doctrina de la Iglesia, en la concepción del embrión y del feto como portadores del alma humana, esto es como sujetos animados”). Y continúa: “estas consideraciones, son esencialmente religiosas...y su proyección hacia quienes comparten esos planteamientos éticos, no tienen carácter absoluto, ni una proyección jurídica automática, porque no todo lo éticamente reprochable (¿lo reconoce?) es necesariamente punible”¹⁸. Estamos de acuerdo en esta afirmación general pero existe un ámbito algo difuso —aunque no estrecho— entre lo no punible (penalmente) y lo configurado como propio derecho subjetivo. A propósito de la Iglesia Católica, puede afirmarse que, como se desprende de sus

documentos, se ha pronunciado en un claro sentido contrario a la interrupción voluntaria del embarazo¹⁹.

IV. EL EXCESO DE JURISDICCIÓN

Otra cuestión polémica es el exceso de jurisdicción que se manifiesta en varios sentidos.

En esencia, la Constitución no solo impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), sino también al propio Tribunal Constitucional. Frente a ello, una prueba evidente de este exceso de jurisdicción es que la STC 44/2023 valora un modelo legal u opción legislativa, en lugar de limitarse a enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los concretos preceptos impugnados de la Ley Orgánica 2/2010. Más concretamente, este Tribunal examina el sistema de plazos en su conjunto implantado por la citada Ley y que sustituye al sistema de indicaciones de la legislación precedente (precisamente la que es objeto de la STC 53/1985) con el refuerzo del argumento de que se halla en consonancia con las legislaciones de los países de nuestro entorno²⁰.

Con expresivo epígrafe, “Sobre el exceso de jurisdicción al enjuiciar un modelo en lugar de preceptos concretos” se delata por algunos magistrados disidentes²¹ la abierta exposición de ese modelo en el Fto. 4 de la STC 44/2023 bajo el título literal “examen del sistema de plazos en su conjunto” y su blindaje frente a futuras impugnaciones en el Fto. 5 de la misma, consagrando el sistema de plazos como el único válido en coherencia con la Constitución: “esta opción regulatoria es conforme con nuestro texto constitucional y con la doctrina de este tribunal; por tanto, todas las impugnaciones deben ser desestimadas”.

Según ESPEJEL JORQUERA el desbordamiento de la función de control que corresponde a este Tribunal es doble: además de crear un derecho fundamental *ex novo*, analiza con carácter general el sistema de plazos (Fto. 4), en vez de ceñirse al examen de la constitucionalidad de los concretos preceptos impugnados y sin exceder de aquellos que no han sido objeto de modificación mediante la Ley Orgánica 1/2023²².

A mi juicio no han de invertirse los términos del enfoque negativo por uno positivo al menos en su formulación literal, en materia de control de la constitucionalidad, como advierte también uno de los votos particulares: cuando este Tribunal, al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, alcanza la conclusión de que el legislador no ha infringido la Constitución, su función no es la de apreciar y declarar que la ley enjuiciada es “constitucional”, sino, que “no es inconstitucional” (VP. 1.4. pfo 3). De este modo se ataca frontalmente la pluralidad de opciones que la Constitución abre al legislador, en ejercicio del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) y que esta misma STC 44/2023 reconoce expresamente proteger (Fto. 2B), pero que en definitiva desconoce (VP. 1.4 pfos. 5 y 6)²³.

La magistrada BALAGUER CALLEJÓN justifica esta postura de la STC 44/2023 argumentando que dicho sistema de plazos supone la protección del bien jurídico de la vida prenatal, y se fija desde la convención legal de otorgar a la mujer un plazo o un espacio de decisión que se estipula como razonable, para disponer

sobre la continuidad del embarazo en virtud de sus propias consideraciones morales, que se proyectan sobre la configuración autónoma de su proyecto vital, y seguramente también sobre la consideración moral que le merece el producto de la gestación.

Esta magistrada comenta la gradación sucesiva de estos plazos: “A partir de ese momento, que también podría ser otro si así se determinase, se establecen una serie de condiciones para que el aborto consentido no sea considerado punible, porque exista una indicación terapéutica o embriopática (lo que amplía el plazo de interrupción hasta la semana veintidós de gestación, o a partir de ese momento para las indicaciones eugenésicas). No en vano, ya la STC 53/1985 (Fto. 8) alude a la que denomina “autodeterminación consciente” que, en relación con la mujer, tiene una propia especificidad que se expresa en el “ámbito de la maternidad” y “derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe de contribuir”²⁴.

En efecto, para SIEIRA MUCIENTES (2023, 294) el legislador, en el sistema de plazos, otorga un mayor peso a la autodeterminación materna sobre el otro bien constitucional en conflicto, la vida prenatal; opción que es posible, *a priori*, pero requeriría posteriormente el oportuno análisis por el Tribunal respecto a sus límites, particularmente, si existe suficiente protección de la vida prenatal. Igualmente sería respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad la alternativa de proteger la vida prenatal mediante un sistema de indicaciones, configuradas de un modo suficientemente amplio que admitiese incluso una protección penal a la vida prenatal. Pero el Tribunal descarta ahora un sistema de prohibición penal general y despenalización de unos supuestos, solución no solo posible sino ya establecida en la ley anterior.

Por su parte, ESPEJEL JORQUERA contraargumenta que tal sistema (al menos así configurado) no contempla protección real alguna de los derechos del *nasciturus*, sino que, contradiciendo las afirmaciones previas, da preponderancia absoluta a los derechos de la mujer. Para ella, lo que BALAGUER CALLEJÓN denomina “tutela gradual de la vida prenatal correlativa a una limitación gradual de los derechos fundamentales de la mujer” no es sino un sistema de plazos, que se declara constitucional en conjunto, en el que el mayor o menor grado de protección del *nasciturus* se basa exclusivamente en función del tiempo transcurrido desde el inicio de la gestación²⁵. Basta examinar esa pretendida “tutela gradual” para concluir que la misma es ficticia y que encubre la total inexistencia de tutela de la vida humana en gestación durante las catorce primeras semanas²⁶.

Continúa BALAGUER CALLEJÓN discutiendo estas afirmaciones de ESPEJEL JORQUERA y distingue un reconocimiento constitucional del *nasciturus* y una protección penal excepcional: “Estas consideraciones refuerzan todo el argumento previo de que los únicos derechos fundamentales en presencia son aquellos de que es titular la mujer embarazada, y la intervención penal actúa como límite a esos derechos para proteger un bien jurídico de configuración legal, cual es la vida humana en su fase prenatal”²⁷. Para ella, “es preciso evitar el análisis de la interrupción voluntaria del embarazo como un conflicto entre la vida prenatal y la libertad de decisión de la embarazada, porque esta aproximación atribuye al embrión la naturaleza de objeto autónomo e independiente de la mujer que lo gesta”²⁸.

Lo cierto es que esa postura negada por la magistrada BALAGUER CALLEJÓN es precisamente la consideración, no ideológica o religiosa, sino de la ciencia biológica. Pero insiste y remata su argumento: “esa visión no cabe en una comprensión de la dignidad de la mujer como individuo libre, consciente y responsable, capaz de asumir las obligaciones derivadas de sus percepciones morales en caso de que exista (*sic* ¿de que exista el qué: la comprensión de su dignidad, sus percepciones morales,...?), o no de no hacerlo (*sic* ¿y no siendo capaz de ello, realmente puede ejercitar una opción libre y responsable?)”. Coherente con su posición, afirma: “No se trata, por tanto, de una cuestión de ponderación, sino de una aceptación de límites penales que se proyectan sobre la libertad individual de la mujer y deben valorarse en ese rango de ideas”.

Pero en nuestra opinión no debe confundirse la causa de la protección prenatal (su esencia de bien jurídico), con las vías para hacer efectiva tal protección (vg., consecuencias penales) pues estas vías serían la consecuencia jurídica y aquella protección su fundamento. Además, podríamos preguntarnos de *lege ferenda* si realmente sólo son concebibles límites penales, si es el ilícito penal la única modalidad de ilicitud en esta materia, entre otras cuestiones.

Por el contrario, respecto de la trascendencia metodológica del enfoque para culminar en una u otra tesis, ya DÍEZ PICAZO (2002) advirtió hace casi tres décadas del peligro de esta deriva: en un sistema de indicaciones la regla general es la ilicitud, con excepciones despenalizadas, mientras que un “sistema de plazos” (que atiende a determinado grado de madurez del feto) su legalización (pre)supone el otorgamiento de un derecho. Se configuraría así (como realmente parece haber sucedido) un derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo en choque frontal con las premisas de la STC 53/1985. Sería (es) un derecho que nace directamente “*ex constitutione*” y, por consiguiente, circunscribe las posibles opciones del legislador. Y asimila(ba) tal derecho al que resulta (hoy) también de la regulación de la eutanasia.

Para dicho autor, es este un ámbito arquetípico de la doble vertiente de los derechos fundamentales: como derechos subjetivos y como valores objetivos (en nuestro caso, de la vida humana, *ex art. 15 CE*) lo que se muestra en la colisión con otros bienes jurídicos (vida y salud de la madre, libertad sexual); valores que son fundamento de aquellas indicaciones reconocidas por la STC 53/1985. La paradoja es evidente: porque, siendo el *nasciturus* vida humana, se le privaría de la posibilidad de defender, ciertamente mediante representante, su pleno desarrollo biológico y con ello alcanzar su propia personalidad jurídica²⁹.

La STC 44/2023 en su Fto. 3, relativo a los derechos y bienes constitucionales concernidos por la interrupción voluntaria del embarazo, sienta en su apartado D la siguiente conclusión:

“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, 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 —e íntimo— 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. Tal limitación ha de consistir solo en las medidas necesarias para conseguir el fin perseguido, atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial...” (omitimos la profusa cita de jurisprudencia para una lectura más cómoda de esta síntesis).

Respecto del aborto eugenésico (supuesto previsto en el art 15,b, de la Ley 2/2010), la sentencia analizada también rechaza como aplicable al juicio de constitucionalidad el canon de la STC 53/1985, pues “es evidente que la detección en el feto de graves anomalías constituye una variable de extraordinaria influencia en la toma de dicha decisión, alterando por completo el escenario decisorio previo a la misma, en cuanto a la continuación o no de la gestación; asumiendo las consecuencias derivadas de una u otra decisión consciente y meditada” (Vid VP. 3.10. pfo. 7).

A ese respecto, la STC 44/2023 continúa con un razonamiento científico-práctico: “En el estado actual de la ciencia, gran parte de estas anomalías se detectan después de la semana catorce de gestación, incluso en un momento muy posterior, próximo o superior al plazo de las veintidós semanas (piénsese en todos aquellos casos en que sea preciso llevar a cabo una amniocentesis o cordocentesis para el diagnóstico). De no extenderse más allá de las catorce semanas el plazo concedido a la mujer para adoptar su decisión acerca de la continuación o no del embarazo en caso de detección de graves anomalías fetales, se le estaría privando *de facto* de la posibilidad de tener en cuenta esta circunstancia, extraordinariamente relevante en todos los sentidos, a la hora de adoptar su decisión, bien porque en el momento de la detección carece del tiempo necesario para poder reflexionar de modo sereno y reposado antes de decidir, bien porque tal detección se produzca incluso fuera del plazo de las catorce semanas”³⁰.

Lo que no es aceptable para los magistrados disidentes —en especial, para ESPEJEL JORQUERA— es que el anterior fundamento se refuerce con el reconocimiento del *pseudoderecho* fundamental previamente configurado en el Fto. 4 de esta sentencia, es decir, la creación *ex novo* de un derecho fundamental inexistente³¹. En esa misma línea PUPPINCK (2021) considera que concebido así el aborto supone la dominación de la voluntad sobre el ser: la *libertad* del aborto implica que la vida está en el poder de la voluntad³². El aborto abre el camino hacia el dominio racional de la vida humana considerada como material, y supone la ruptura del icono del respeto a la vida y que la sociedad acceda a nuevas *libertades* (la cursiva es suya), tales como la libertad sexual (facilitada por la anticoncepción, pero garantizada por el aborto)³³. Tampoco es admisible a juicio de REY MARTÍNEZ (2011, 751), entre otros autores, el criterio de la participación en la vida social (inexistente en el *nascenturus*) por reflejar una visión antropológica subyacente enormemente peligrosa³⁴.

Por una parte, la STC 44/2023 reconoce que “las consecuencias derivadas de una u otra decisión adoptada por la mujer no habrán de ser asumidas exclusivamente por la misma, sino que afectarán de forma directa e irreversible a la vida del feto que padece las anomalías referenciadas” (lo que a nuestro juicio no implica que comparta su responsabilidad con dicho feto). Pero por otra, ESPEJEL JORQUERA difiere de la eficacia de la información preceptiva afirmada por esta

sentencia y expone sus objeciones respecto de la insuficiencia de la información escrita y su carácter estereotipado. Ello hace cuestionable la efectiva prestación de un consentimiento realmente informado y libre respecto a una intervención que pondrá fin a la vida humana en formación. Es esencial valorar en cada caso la situación de la mujer, las concretas anomalías detectadas en el feto, sus consecuencias, la posible incidencia en su desarrollo vital y prestaciones, ayudas y asistencia social específicas para la concreta patología sufrida,...³⁵.

En cualquier caso, el límite entre el consentimiento (correctamente) informado y la intervención (indebida) de un tercero es difuso y así lo reconoce la STC 44/2023 (Fto. 3.A.4 y 4.a) y el Preámbulo Ley Orgánica 2/2010 II pfo. 7: “la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución”.

También SIERIA MUCIENTES (2023, 306) admite que la posible inoperancia real de la información que otorga validez al consentimiento constituye una desprotección de la vida prenatal y no es prescindible, sin negarle importancia a las políticas de educación sexual y promoción de la maternidad, porque éstas dependen de una *interpositio legislatoris* adicional y futura. No es suficiente la argumentación de que así se evitan presiones externas a la decisión de la mujer que puedan resultar indebidas por excesivas, pues mal puede consentirse con conocimiento de causa, libre y maduro, si se renuncia a leer la información entregada por escrito, y si no se cerciora el legislador de que la información sea conocida.

V. LA CREACIÓN *EX NOVO* DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO

Un paso más y el definitivo a nuestros efectos, producto también de un exceso de jurisdicción, es el de calificar el aborto como derecho. En efecto, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que le corresponden, el Tribunal Constitucional reconoce un nuevo derecho fundamental, que se identifica como “derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo”, anclado en el art. 15 CE, en conexión con los principios de libertad (art. 1.1 CE) y dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de garantizar su efectividad, lo que no es sino un modo de afirmar el carácter prestacional de este nuevo derecho construido *ex novo* por la sentencia. Lo hace siguiendo las pautas de la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, en relación con la eutanasia³⁶.

A juicio de SIERIA MUCIENTES (2023, 264) las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023 tienen una principal *ratio decidendi* común, consistente en la creación de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo constituyendo nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, respectivamente, derivándolos del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Se limita así la libertad de configuración del legislador respecto de tales derechos fundamentales por un exacerbado activismo judicial constitucional.

El Consejo de Estado ya en su dictamen relativo a la Ley 2/2010 se pronunciaba en el mismo sentido de excluir un pretendido derecho al aborto y admitir solo la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo, respecto a la cual es preferible la expresión “se garantiza” que la de “se reconoce” más propia de las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales. Coherente con esta postura sería la siguiente redacción: “Es lícita la interrupción voluntaria del embarazo realizada en las condiciones previstas en esta ley...”, licitud asimilable a la de cualquier otro aspecto de la conducta humana no prohibido por la ley³⁷.

En definitiva, no puede reconocerse un derecho subjetivo —semejante al de propiedad— o un derecho personalísimo —como el que existe sobre el propio cuerpo— a eliminar tal bien (la vida prenatal), dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general³⁸.

Por el contrario, es precisamente la falta o defectuosa prestación del servicio sanitario vinculado a la referida intervención, o la inobservancia de las previsiones legales que prevén su materialización lo que supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral de la mujer³⁹.

En cualquier caso, como dice SIEIRA MUCIENTES (2023, 296), que sean derechos públicos subjetivos, en el sentido de exigibles mediante prestaciones de naturaleza pública, no predica nada de su *fundamentalidad* en el sentido constitucional del término.

De este modo, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), consagrados como “fundamentos del orden político y la paz social”, se transforman no solo en un “principio general de libertad” lo cual ya sería discutible, sino incluso en un verdadero “derecho fundamental general de libertad”; en definitiva, a modo de norma de clausura del sistema de libertades públicas. Y es que al inspirarse la Constitución española en la alemana quiso acoger como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad admitido correctamente en ésta, lo que no es adecuado en el caso español.

Según esta autora (2023, 282 y ss.) la Constitución alemana reconoce un catálogo *abierto* de derechos fundamentales, pero en cambio la Constitución española es de carácter *rígido* dado que en su versión definitiva el precepto correspondiente (art. 10) quedó finalmente fuera del capítulo relativo a los *derechos fundamentales y las libertades públicas* (Capítulo II, Sección 1.ª) y en esa línea también se excluye de la garantía de su contenido esencial frente al legislador (*ex art. 53.1*)⁴⁰.

SIEIRA MUCIENTES (2023, 270) considera que este Tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (Vid. STC 215/1994, Fto. 4, incluso con respecto a personas con discapacidad), que se infringiría si se impusiera a la mujer gestante, como única opción, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento por la mujer, y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida (STC 44/2023, Fto. 3.A, y B.) *in fine*), obligándola a la continuación de un proceso biológico que no desea vivir y, en muchos casos, la asunción de un hecho personal y social, la maternidad, que no planificaron, con la que no se identifican o que no están en condiciones de desarrollar por la razón que sea (VP. 2.2, i).

La sentencia explica el cambio de paradigma. Primeramente el enjuiciamiento constitucional ha de partir de la *afectación existencial que el embarazo supone*

para la mujer y su incidencia en sus derechos constitucionales. Y esa premisa elegida conscientemente de que “el legislador *no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer*” le lleva necesariamente —pero no tendría que ser la única conclusión— al derecho de la mujer a adoptar decisiones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida; en consecuencia es *preciso un cambio en la aproximación de este tribunal al problema constitucional*⁴¹.

Se configura así una suerte de derecho subjetivo de libertad respecto del que el precedente sistema o modelo de indicaciones (u otra regulación que no se ajuste al modelo de plazos) es considerado una medida restrictiva de los derechos pre-existentes de la mujer⁴².

VI. LA IMPORTANCIA DEL DIFERENTE ENFOQUE

Según los disidentes del primer voto particular (VP. 1.4 últ. pfo.) para resolver el conflicto constitucional que la regulación del aborto plantea en la Ley Orgánica 2/2010 no es necesario (ni precedente) alumbrar, como hace la sentencia, un nuevo derecho fundamental de la mujer en esta materia sino que el enfoque correcto es la ponderación de intereses, pues sobre el Estado pesa no solo el deber de tutelar la vida humana en formación, como bien jurídico con protección constitucional, sino los propios derechos de la mujer gestante (también) fundamentales (delimitados por su contenido esencial y posible sanción penal en el exceso), ambos valores en la debida y recíproca proporción (STC 53/1985, Ftos. 7 a 9 y 12).

En particular, ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.8) disiente porque el legislador “pese a haber reconocido en el preámbulo⁴³ que venía obligado a tutelar la vida prenatal y a ponderar los bienes y derechos que entran en conflicto en la interrupción voluntaria del embarazo, en la regulación concreta por la que opta se decanta claramente por no efectuar ponderación alguna, dando preponderancia, en toda la regulación, a la decisión de la mujer gestante. (Por tanto) no se puede sostener que se hayan ponderado dos intereses contrapuestos, cuando se parte de la interpretación más favorable para la protección exclusiva de uno de ellos y simultáneamente se omite cualquier garantía mínimamente eficaz del otro, y se ignora además que el interés preterido afecta al derecho a la vida, que tiene un carácter troncal en el sistema constitucional como ha reconocido la jurisprudencia y el propio legislador”.

Ello explica que la magistrada BALAGUER CALLEJÓN insista —para reforzar su posición contraria— “en ofrecer una lógica argumental parcialmente diferente a la anterior para llegar a la conclusión de que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho de las mujeres que tiene reflejo constitucional⁴⁴.”

Por su parte, ESPEJEL JORQUERA considera que la creación de tal derecho de la mujer no sería posible en cuanto contradice, lesiona o atenta contra un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del *nasciturus*. Afirma con contundencia que no comparte que el sacrificio de la vida de un ser humano en gestación sea un medio legítimo para ejercer la libertad de ser (o no) madre.

Para ella “dicha construcción se asienta en afirmaciones voluntaristas, de gran carga ideológica, sin justificar las razones por las que la libertad o la dignidad de la mujer precisan el sacrificio de la vida del *nasciturus*, al que relegan a un mero

apéndice no deseado del cuerpo de la mujer, obviando que se trata de una vida humana en gestación que se encuentra, además, en situación de total vulnerabilidad e indefensión frente a una acción traumática y dolorosa que pone fin a su existencia por la mera decisión de la mujer en cuyo claustro materno se encuentra”.

A su juicio, la STC 53/1985 debió ser de forma efectiva el referente de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, ya que la vida humana “es un devenir que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte” y que la gestación genera “un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta”. No cabe hablar de identidad o confusión del *nasciturus* con el cuerpo femenino ni, por tanto, de relevancia exclusiva de la voluntad y decisión de la mujer, estándose, en realidad, ante una relación de alteridad (dos realidades), y que “previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana” (Fto. 5, STC 53/1985).

Y continúa: “De ello cabe deducir una protección reforzada cuando la existencia del concebido depende todavía de la gestante, pues la dependencia de la madre no convierte al *nasciturus* en una parte de la madre equivalente a un miembro u órgano corporal de esta. Por decirlo gráficamente, que el concebido esté físicamente alojado en su cuerpo no lo convierte en su cuerpo, a pesar de que no sea una persona en el sentido, exclusivamente jurídico y no biológico, del art. 30 del Código civil” (VP. 3.3 pfos. 10 y ss.).

En este contexto, el problema nuclear es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, de modo que con carácter general la jurisprudencia constitucional afirma que el derecho a la vida constituye el “soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los derechos fundamentales,... unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás” (STC 48/1996); pero rechaza su protección por carecer de viabilidad para la vida independiente los embriones y fetos (STC 212/1996, con ocasión de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, Fto. 5).

Y es que dicho criterio de viabilidad fue determinante tanto en el debate parlamentario constituyente en torno a la aprobación del art. 15 CE, como en la STC 53/1985. No solo es que el concebido sea una mera *spes hominis*, del que (ciertamente) no se puede predicar (todavía) la titularidad de derechos (ni un determinado contenido esencial que lo delimite), sino que su especial relevancia se desprende de su dimensión humana, por lo que participa de la protección del derecho a la vida (art. 15 CE) en cuanto objeto del mismo; objeto que no puede desnaturalizarse previamente convirtiéndolo en materia disponible, porque es sustento y sustrato de un (futuro) sujeto⁴⁵.

VII TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA MATERNIDAD

En realidad podríamos entrecomillar la expresión titularidad pues se parte del apotegma de que “quien no es persona no puede ser (todavía no lo es) titular de

derechos” ni, por ende, de derechos fundamentales (como la vida)”⁴⁶. Pero incluso desde la propia óptica jurídica esa expectativa de sujeto está protegida, entre otras en la dimensión civil: *el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que se expresan en el artículo siguiente* (art. 29 Cc).

Y concluye a este respecto ESPEJEL JORQUERA (VP. 7.10): “La vida del concebido encierra así un valor intrínseco, sustantivizado e individualizado por tratarse no solo de vida, sino de vida humana en fase de gestación. Por ello, no cabe, en rigor conceptual, afirmar un derecho subjetivo, referido a la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objeto es la destrucción de un bien jurídico como es la vida humana en formación”.

Por ello, ESPEJEL JORQUERA discrepa de otros de los fundamentos para la construcción de tal *pseudoderecho*: el que derive del derecho a la integridad física y moral de la mujer, pues tal situación no le afecta solo a ella y además incurre en una doble paradoja en el siguiente sentido. Por una parte, si el embarazo constituye una especie de trato inhumano o degradante como propone la magistrada Balaguer Callejón, se “perpetua la devaluación cultural de la maternidad, si antes la femineidad se basaba exclusivamente en dicha maternidad (como critica esta segunda magistrada⁴⁷). Por otra parte, tal concepción supondría una “privación al padre de cualquier participación en la decisión, asimilando al *nasciturus* como una parte más del cuerpo de la madre e ignorando que se trata de un embrión humano fecundado y que, por tanto, porta el ADN de ambos progenitores”⁴⁸.

También para SIEIRA MUCIENTES (2023, 292) resulta muy forzado y falaz afirmar que el aborto en todos los supuestos resulta necesario para evitar un menoscabo en la integridad física o moral de la mujer. Y ello porque la legislación despenalizadora de *indicaciones* se ha considerado perfectamente legítima (desde la STC 53/1985 hasta la STC 44/2023) y no se comprende que la legislación de plazos sea ahora la única constitucionalmente válida para no lesionar el derecho del art. 15 CE a la integridad física y moral (de la mujer) en su nueva extensión. Además, en la práctica hay que reconocer que ya desde 2010 el sistema es mixto (de plazos e indicaciones)⁴⁹.

Por ello, también podría ser válida la consideración contraria, la de admitir como única forma constitucional de proteger la vida en formación la permisión de la interrupción legal del embarazo exclusivamente en los supuestos cubiertos por las indicaciones, penalizando cualquier otra posibilidad. Pero cierto es que la protección penal no es absoluta sino que atiende al principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos (...)” (STC 116/1999, de 17 de junio, Fto. 16).

La sentencia estudiada no califica de discriminatoria respecto del varón la maternidad que, por su propia naturaleza, solo puede ser vivida por la mujer: “tanto el embarazo como su eventual interrupción son fenómenos que afectan de manera exclusiva a las mujeres, y las limitaciones injustificadas o desproporcionadas de sus derechos derivadas de tales acontecimientos, anudados indisolublemente a su sexo, constituyen una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE (Fto.8. Motivos de impugnación en relación con el art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010). Así podría llegar a traslucirse de considerar el embarazo y la maternidad como un factor de discriminación de la mujer y una limitación de su proyecto de vida o de sus

aspiraciones personales y profesionales. Por su parte, ESPEJEL JORQUERA no comparte que ello justifique la desprotección total de un bien constitucionalmente protegido como lo es la vida humana en formación⁵⁰.

Como reconoce la magistrada BALAGUER CALLEJÓN (VP. 2.2, ii) tampoco puede considerarse la maternidad como un supuesto de discriminación por indiferenciación, porque supondría obligar solo a las mujeres, dado que solo ellas pueden gestar, a devenir madres independientemente de su voluntad o no de desarrollar un proyecto vital en torno a la maternidad. Al contrario, es preciso el reconocimiento de las mujeres como sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva, pues tanto la dignidad de la mujer, como la del hombre, presuponen su capacidad de autodeterminación individual sobre la propia vida. De hecho la propia discrepante admite que este Tribunal no reconoce la discriminación por indiferenciación (desde la STC 86/1985, de 10 de julio, Fto. 3) pero, apurando su argumentación, especula con que nada impediría revisar este planteamiento, de modo que sea posible asumir que no reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo suponga, llegado el momento, imponer un trato discriminatorio.

Pero admite SIEIRA MUCIENTES (2023, 298) que incluso una vez creado el derecho fundamental de autodeterminación, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, el problema se desplaza a que se ha renunciado a ponderarlo para encontrar sus límites. Es decir, no existe un control que el legislador haya arbitrado para configurar un sistema de protección suficiente de la vida humana intrauterina, soporte de los restantes derechos, en estos contextos⁵¹.

Por el contrario, para ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.3 *in fine*) del reconocimiento y protección constitucional de los hijos y las madres se podría deducir (ahora sí) un derecho a la maternidad en sentido positivo (art. 39.2 CE) y no negativo o de “uso alternativo”, a discreción, de esa circunstancia.

VII. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

La referencia al ámbito jurídico internacional de la STC 44/2023 (Fto. 2.B, pero especialmente con cita de textos normativos y programáticos en el Fto. 2.C,c), en apoyo de la construcción de tal derecho fundamental, es contestada por los magistrados discrepantes que en esencia coinciden en que no está expresamente reconocido en ningún tratado internacional suscrito por España⁵².

Más bien, todo lo contrario, a tenor de expresas declaraciones contenidas en dichos instrumentos.

En general, son múltiples los textos internacionales que reconocen el derecho a la vida, con diferentes referencias (*ser humano, individuo, niños*); así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 25, sobre protección a la maternidad e infancia) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) matiza que no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez (art. 6.5) por la evidente razón de tratar de salvar la vida del niño no nacido, inocente de los delitos cometidos por su madre⁵³.

Más específicamente, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1959) destaca en su preámbulo y principio 4.º la atención prenatal y postnatal (“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”). En conexión con ello, la Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, art. 6) entiende por *niño, todo ser humano menor de 18 años* (art. 1, que no exige para ello haber nacido) y establece que “los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Por su parte, el Convenio de las Personas con Discapacidad de 2006 reafirma el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos⁵⁴.

Respecto a los diferentes dictámenes referidos (vg., de los Comités de Naciones Unidas, y en especial, del CEDAW), ESPEJEL JORQUERA admite que los mismos contienen recomendaciones para los Estados parte, pero carecen de valor jurisdiccional, y mucho menos —a nuestro juicio— normativo⁵⁵.

Tampoco BALAGUER CALLEJÓN reconoce la utilidad del recurso al Derecho comparado y a la jurisprudencia o documentos internacionales, porque el marco supranacional es de mínimos y el margen de apreciación normativa de cada Estado es muy amplio, pero no renuncia a la posibilidad de que nuestro Tribunal Constitucional español formule un reconocimiento mucho más garantista en esta materia si se pretende una exégesis constructiva más que una mera interpretación evolutiva⁵⁶.

Por una parte, ESPEJEL FORQUERA alude a algunos textos internacionales, pero matiza que dichas referencias habrían de valorarse en su contexto y en su integridad porque dichos documentos también preconizan la necesidad de adoptar otras medidas educativas, sanitarias, de contracepción y de prestaciones públicas, previas y preventivas del aborto (en especial, la evitación del embarazo no deseado)⁵⁷. Precisamente remata su argumentación señalando que el objetivo último ha de ser evitar el embarazo no deseado, no utilizar la interrupción voluntaria del embarazo como una medida de contracepción, ni integrarla en una política de planificación familiar, medidas que hay que reconocer con AZPIROZ VILLAR que no han tenido la eficacia deseada⁵⁸.

Según el Fto. 2.C.1 de esta STC, “El informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas en El Cairo en el año 1994, incluyó en el concepto de salud reproductiva la libertad para decidir si procrear o no, cuándo y con qué frecuencia (punto 7.2) y el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia (punto 7.3).”

La magistrada ESPEJEL JORQUERA matiza estas declaraciones programáticas, retomando las Recomendaciones de la Conferencia de El Cairo (capítulo VIII, punto 8.25) que instan a gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a reducir el recurso al aborto que en ningún caso debe considerarse como método de planificación de la familia. En todo caso se hace referencia al aborto para indicar que su introducción en un sistema de salud únicamente es admisible “a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional” y que “en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas”.

En definitiva, concluye que “por mandato del art. 10.2 CE, tales preceptos en apoyo de sus argumentos deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (derechos humanos) ratificados por España (en los términos del art. 96 CE), que no recogen, como vemos, un pretendido derecho al aborto (VP. 3.4 apdo. 13).

Por su parte, la magistrada BALAGUER CALLEJÓN cita otros textos en apoyo de sus argumentos. En primer lugar, en la dimensión universal, el apartado 28 de la Observación general núm. 22 (2016) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (*ex art. 12 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*) afirma que la prevención de los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados liberalicen las leyes restrictivas del aborto y garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo, y asistencia de calidad posterior en casos de aborto, y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva⁵⁹.

En segundo término, en el ámbito de la Unión Europea, esta magistrada señala que el Parlamento Europeo adoptó el 24 de junio de 2021 la Resolución 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)]. En ella se pide a los Estados miembros, en relación con la práctica segura y legal del aborto, que despenalicen la interrupción voluntaria del embarazo, y se adapten a las normas internacionales en materia de derechos humanos y a las mejores prácticas en el entorno europeo, garantizando que la interrupción del embarazo a solicitud de una mujer sea legal en la fase precoz de la gestación e incluso en una fase más avanzada si peligra la vida o la salud de la persona embarazada, recordando que una prohibición total de la práctica del aborto o su denegación puede considerarse un acto de violencia de género (puntos 33 a 35)⁶⁰.

En cualquier caso, nos recuerda ESPEJEL JORQUERA (VP. 3.4, pfs. 6 y ss.) que las instituciones europeas han rechazado reiteradamente establecer un “derecho europeo al aborto”, incluso tras ser interpeladas directamente al respecto. Y algunos autores nos recuerdan la eterna doble faceta en Derecho, seguridad en el acceso al derecho y justicia. En este sentido, AZPIROZ VILLAR (2023, 5 y ss.) se plantea si además de ese ejercicio práctico y *efectivo de tales derechos se pretende también que tales derechos sean justos*⁶¹.

Consta la negativa del Comité de Ministros del Consejo de Europa y de su Asamblea parlamentaria ya durante el transcurso de 2013 y en esa línea general de inadmisión se pronuncia también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), aunque con más laxitud. Si bien en ninguna de sus resoluciones reconoce un pretendido derecho fundamental al aborto, lo cierto es que no imponen un concreto modelo legislativo, sino que permiten un amplio margen de configuración por parte de los Estados miembros. Tampoco lo ha hecho la Comisión Europea, que no se ha ocupado de la cuestión, considerando que el objeto de la propuesta queda fuera de sus competencias. El 10 de diciembre de 2013, el Parlamento Europeo rechazó una resolución instando a reconocer el aborto como un derecho fundamental, aunque ahora (más de una década después) parece que los vientos soplan en otra dirección.

Varias cuestiones se presentan estrechamente relacionadas.

Es central la cuestión de si el feto es o no una persona, pero el TEDH ha mantenido esta cuestión abierta, para no pronunciarse respecto a cuándo comienza la protección de su vida.

Así, el TEDH en su interpretación del art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha destacado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, ni sobre la naturaleza o el estatuto del embrión o feto, por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados. Concretamente declara: “no es ni deseable, ni siquiera posible, así como las cosas están, responder a esta cuestión tan abstracta” (pero ciertamente) “es opinión común entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una persona que tendría derecho a la vida en el sentido del art. 2” (SsTEDH, de 8 de julio de 2004 (asunto *Vo c. Francia*, § 82, 84 y 85); y de 16 de diciembre de 2010 (asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 222 y 223)⁶².

BENAVIDES CASALS (2009, 307) nos recuerda el interesante voto particular del juez G. Ress, quien considera aplicable dicho art. 2 a la vida del no nacido, pues tanto la madre como el embrión son dos “seres humanos” diferentes que deben ser protegidos cada uno por separado. La simple existencia de litigios constitucionales al legislar sobre el tema solo se explica desde la perspectiva de que el feto posee vida humana. En general, DÍAZ DE VALDÉS (2008, 96-97) considera que, aunque el Tribunal omite una respuesta directa y expresa en sus fallos, no carece de una convicción sobre el tema, que omite por razones de prudencia y estrategia, como la tienen los magistrados individualmente considerados, tal y como se deduce del lenguaje utilizado en sus decisiones (vg., no “derecho al aborto”, sino “aborto legal”) y a veces en las incoherencias reflejadas.

A juicio de MENA PARRAS (2012, 118) se trata de una maniobra de distracción: en esta materia del aborto y afines, el Tribunal logra desviar el debate introduciendo esta nueva cuestión. Por su parte, PUPPINCK (2021) considera que el TEDH al guardar silencio sobre la condición del hombre antes de su nacimiento, correlativamente, deja en manos de cada Estado la decisión de permitir o no el aborto. Aunque aparentemente esta posición pretende ser equilibrada, en la práctica genera más el efecto de tolerar el aborto que el de proteger la vida humana prenatal. En este sentido la Corte sigue la estrategia de relativizar el propio concepto de *hombre*, objeto durante la gestación y también sujeto (de sus derechos) después⁶³.

Respecto de la cuestión del aborto en concreto, dicho Tribunal considera que el art. 8 CEDH, aunque garantiza la autonomía personal, no puede interpretarse en un sentido admisible del aborto⁶⁴, pues éste no cabe en el ámbito del derecho a la vida privada, por más remisiones que haga al margen nacional de apreciación. De hecho, REY MARTÍNEZ (2011, 754) denuncia el efecto práctico contradictorio (permisivo) que se produce como resultado de la postura de *fair balance* que adopta en estos fallos⁶⁵. Para PUPPINCK (2021) el enfoque conflictual de este Tribunal, al situarse en el terreno de la vida privada de la madre, con preferencia al del derecho a la vida del niño, ha conseguido introducir el aborto en la lógica de

los derechos humanos porque si bien admite por un lado la ausencia del derecho al aborto, por otro, empuja a los Estados a liberalizar su práctica (una vez reconocida).

Analizando la jurisprudencia del TEDH, GONZÁLEZ MORENO (2021, 182 y ss.) observa lo que denomina *giro procedimental*. Consiste en la tendencia de que las demandas sobre aborto ante el Tribunal Europeo, incluso respecto de países en los que el aborto está despenalizado en determinados supuestos, se fundamentan mayoritariamente en que el acceso al mismo en la práctica sea restringido o nulo, por la falta de normas claras y garantías procesales para la efectividad real de su ejercicio. El autor denuncia esta disección entre la dimensión sustancial (el propio “derecho al aborto”) y la faceta procedimental (“derechos procesales al aborto”), incluso mantiene que tal “giro procedimental” no es aséptico ni exento de valoración⁶⁶.

Dicha autora califica de “lavado de manos” a esta actitud evasiva del TEDH, de dejar intactas en aras del “margen nacional” las convicciones y valores morales (en relación a la vida humana, la vida en formación) que puedan tener los Estados a la hora de regular el aborto, especialmente cuando su regulación es restrictiva respecto del mismo (GONZÁLEZ MORENO, 2021, 180). Ello resulta políticamente conveniente pero jurídicamente lamentable pues se renuncia a la interpretación evolutiva de los derechos garantizados por el Convenio demostrando la incapacidad del consenso europeo existente para reducir el margen de apreciación estatal (MENA PARRAS, 2012, 116).

Esta situación provoca una auténtica *reconceptualización* del derecho a la vida privada. Y es que según GONZÁLEZ MORENO (2021, 178), de las dos acepciones principales de *vida privada* (como esfera de lo íntimo, y como libertad en aras del libre desarrollo de la personalidad), el TEDH se inclina con preferencia hacia esta segunda⁶⁷; noción amplia que abarca situaciones muy diversas incluíbles en el derecho a la autonomía personal y, en el particular ámbito de nuestro estudio, las decisiones de procrear o de no procrear, fundamentalmente en el sentido genético del término.

No obstante, de la jurisprudencia europea (del TEDH) pueden extraerse algunas conclusiones: las disposiciones legales aplicables deben, en aras de la seguridad jurídica, definir claramente los supuestos admitidos, en su caso, de interrupción del embarazo; también para atenuar el efecto disuasorio para los facultativos que la practiquen en cada caso particular; además de facilitar en esos casos el acceso efectivo, seguro y oportuno a tal intervención. En dicho proceso debe garantizarse el consentimiento informado de la mujer (vg., con audiencia de su opinión en sus circunstancias particulares) y la motivación por escrito de la decisión de los órganos competentes⁶⁸.

En cualquier caso, el ámbito internacional no obsta a la mirada interna estatal. ESPEJEL JORQUERA alude en su apoyo a la jurisprudencia de Tribunales Supremos y Constitucionales de otros países; en concreto al caso alemán, reconociendo el derecho a la vida del embrión humano: el no nacido es una vida individual que ya no es divisible, definida ya en su identidad genética y, por lo tanto, en su singularidad y no intercambiabilidad, que en el proceso de crecimiento se desarrolla no hacia un ser humano sino como un ser humano⁶⁹.

En el ámbito estadounidense la sentencia de su Tribunal Supremo de 24 de junio de 2022 (caso *Dobbs contra la Organización Jackson para la Salud de la Mujeres*) declaró que el supuesto derecho al aborto no está recogido en la Constitución americana ni el feto puede considerarse como propiedad privativa de la mujer. Se rechazan como precedentes admisivos del aborto las sentencias dictadas en los casos *Roe c. Wade* y *Planned Parenthood c. Casey* (fundamentadas en la *privacy* o intimidad) por contrarias a la división de poderes, pues se considera que esta cuestión corresponde decidirla a los Parlamentos de cada uno de los Estados de la Unión,...y no a los Tribunales⁷⁰.

El significado de esta sentencia es que pone fin a un periodo de casi medio siglo en el que el aborto era considerado un derecho constitucional en ese país, pero las críticas que acarrea no solo se refieren a la forma⁷¹ sino al fondo.

Así, no parecen válidos para la suspensión del aborto el argumento que de dicho derecho “*no está firmemente enraizado en la historia y tradición de la nación*”, ni “*implícito en el concepto de libertad ordenada*”, ni “*puede inferirse implícitamente de la Constitución en la 14.ª Enmienda*”. Es evidente que tampoco hay base en el Derecho Constitucional estadounidense para afirmar que otros derechos (como el matrimonio interracial) basados ahora en la *privacidad* (y en no sufrir intromisiones ilegítimas) fueran reconocidos como tales cuando se aprobó la Constitución o sus Enmiendas fundamentales en el siglo XIX, postura que daría lugar a la petrificación del Derecho. Ello se explica porque los fundadores tuvieron, al menos, el buen juicio de “*definir derechos en términos generales, para permitir la evolución futura de su alcance y significado*”.

En definitiva, como concluye SORIANO MENDIARA (2022), la pretensión de modificación constitucional debe ajustarse al procedimiento previsto para ello, sin que los jueces puedan “*crear nuevos derechos y libertades basadas en sus opiniones morales y políticas*”. Reflexión respecto del ámbito norteamericano que sería *mutatis mutandis* aplicable —al menos en este aspecto— al caso de nuestra sentencia.

Como reacción a la postura estadounidense en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, de expresivo título⁷², pide a la Unión y a sus Estados miembros que incluyan el derecho al aborto en la Carta Europea (n.º 24). Evidentemente no se trata de un acto aislado sino uno integrado en una determinada línea con diversas decisiones en parecido sentido⁷³.

En concreto, con alto grado de injerencia en asuntos extranjeros, la Unión Europea insta al Gobierno de los Estados Unidos (n.º 15) a la protección constitucional, federal y estatutaria de los derechos en litigio, la ratificación de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos pendientes y a la correspondiente revocación de las leyes restrictivas del aborto considerando que garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y eliminar todas las formas de violencia y prácticas nocivas contra las mujeres y las niñas son metas en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 3.º y 5.º, a las que también están sujetos los Estados Unidos (Considerando T).

Dicho texto contiene afirmaciones todavía algo atrevidas en el actual estado de la normativa; valga que “el aborto es un elemento esencial de unos servicios sanitarios completos (Considerando A) pero parece impropio incluirlo entre los derechos sexuales y reproductivos, como un derecho fundamental (al menos todavía). En sentido inverso, se afirma que criminalizar, retrasar y denegar el acceso a

servicios de aborto seguros y legales son formas de violencia contra las mujeres y las niñas, tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes (Considerando P)⁷⁴.

Desde luego son rechazables algunos mecanismos denunciados (delación y métodos de geolocalización, letra L) y opinable la referencia a grupos de presión solo en un sentido, el antiabortista: “podría producirse un aumento del flujo de dinero, con una presión renovada por parte de grupos contrarios al aborto en todo el mundo” (letra M).

Otras afirmaciones nos parecen más sostenibles: la falta de acceso a los anticonceptivos y que las mujeres asumen en estas cuestiones una responsabilidad desproporcionada que debe compartirse con los hombres; la mejora del asesoramiento en materia de planificación familiar; de los servicios sanitarios,... (n.º 19). Pero cuestión muy distinta es la inclusión de ese “derecho” en la Carta de Derechos de la UE para lo que es preciso requisitos tales como la unanimidad de sus miembros (poco probable)⁷⁵.

Otra cosa es su reconocimiento en las Constituciones de los distintos Estados miembros. Así, la reciente reforma constitucional francesa redacta su art. 34 con el tenor: “La Ley determina las condiciones en las que se garantizará a la mujer la libertad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo”, con apoyo de una mayoría ampliamente superior a los 3/5 necesarios aunque sin referéndum. Los analistas consideran que es relevante y menos polémico el empleo del término “libertad” que el de “derecho” (y como vimos, preferible la expresión “se garantiza” que la de “se reconoce”), pero en realidad dicha modificación no ha supuesto —ni se prevé— gran alteración del *status quo* vigente (vg., existe consenso respecto a la idea de viabilidad fetal en protección del *nasciturus*). Por ello la trascendencia de tal reforma es más política que jurídica: supone reforzar el marco legal vigente ante —poco probables— intentos de regresión, como el acaecido en el ámbito norteamericano con la sentencia *Dobbs v. Jackson*.

En cambio, el contexto era distinto en el caso irlandés —profundamente católico, no laico como el francés—, donde el referéndum —eso sí, ampliamente favorable al aborto— no se convocó explícitamente para el reconocimiento constitucional del derecho al aborto sino para la derogación de su prohibición, y permitir al legislador su regulación⁷⁶.

VIII. CONCLUSIONES

I. La trascendencia del fallo estudiado no se eclipsa por algunas cuestiones de tiempo y forma (la desmesurada tardanza, la ausencia de apariencia de imparcialidad de la composición del tribunal, la posible pérdida del objeto del recurso,...) y su carácter plenario no le priva de importantes votos particulares.

II. Se observa claramente un cambio de paradigma pues se rechaza como canon de constitucionalidad la jurisprudencia originada por la conocida sentencia 53/1985 y las que la desarrollan que se articula(ba) sobre la ponderación de intereses (vida prenatal y mujer gestante) en una relación de alteridad pues la gestación (va) genera(ndo) un *tertius genus* distinto de la madre, aun antes de su viabilidad.

III. Se funda en el empleo inadecuado de expedientes técnico-jurídicos como el criterio de la interpretación *evolutiva* de la realidad social que desfigura el sen-

tido originario de la protección a la vida que consagra la Constitución, con base en la alegada “autonomía femenina para decidir sobre su cuerpo”, y en el exceso de jurisdicción del Tribunal al blindar un sistema (gradual) de plazos (ya no solo de *indicaciones*) aprovechando la desestimación del recurso de impugnación de preceptos que se reproducen en una ley poco anterior a la sentencia.

IV. Se construye un nuevo derecho fundamental de la mujer a la “autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo”, fundado pero desvirtuando otros sí reconocidos expresamente por la Constitución (vg., integridad física y moral, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, libertad, intimidad,...). No es un “logro” aislado sino que forma parte de una cierta estrategia en conexión con otras “creaciones” recientes como el “derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos”, entre las que se afirma una *ratio decidendi* común.

V. Los votos particulares insisten en la falta de proporción respecto de la insuficiente protección de la vida del *nasciturus* (en especial, durante las 14 primeras semanas) como bien esencial (aunque) carente de personalidad jurídica, en favor de la casi absoluta predominancia de la autodeterminación materna en ese periodo.

VI. Se debaten cuestiones como la eficiencia de la información a la gestante para prestar su consentimiento, la supresión del periodo de reflexión de 3 días, o la falta de consentimiento paterno que coadyuvan a facilitar el acceso a la interrupción del embarazo, al menos como prestación. El apoyo en textos internacionales que se pretenden favorables al fallo resulta insuficiente por no reconocer explícitamente el pretendido derecho al aborto.

VII. En el ámbito internacional también se analiza la vacilante jurisprudencia europea entre un dudoso consenso general en la materia y un amplio margen de apreciación nacional, entre el reconocimiento de un derecho subjetivo al aborto y un reconceptualizado derecho a la vida privada en su modalidad de acceso a la salud sexual y reproductiva. El ambiente del debate se caldea por factores como la existencia de resoluciones europeas por reacción a decisiones norteamericanas, la pretensión de incluir esta materia como derecho en la Carta europea y su plasmación en algunas constituciones del continente, etc.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Los enlaces se entienden referidos al 31.3.2025 como fecha de última consulta
- AZPIROZ VILLAR, J.E. (2023). La muerte del derecho a la vida sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo (Una sentencia ideológica, injusta y reversible), *Diario La Ley*, N.º 10399, 2023, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9211339>
- BENAVIDES CASALS, M.ª A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 15, N.º 1, pp. 295 a 310, [en línea] localizable en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3058010>
- BIOÉTICA-BLOG (2023). ¿Puede entrar el aborto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE? Enero-junio, 2023, vol 11, pp. 257 a 261 [en línea] disponible en <https://www.bioeticablog.com/aborto-en-la-carta-de-derechos-fundamentales-de-la-union-europea/>

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA

— (2009) Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de ley orgánica de Salud sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo, [en línea] localizable en https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/consenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf

— (2014) Informe Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, [en línea] localizable en <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Anteproyecto-LO-Proteccion-Concebido.pdf>

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA (CEE) (2009-2023). La Iglesia frente al aborto, *Documentos a favor de la vida*, [en línea] localizable en <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/aborto/la-iglesia-frente-al-aborto/>

CONSEJO DE ESTADO (2009). Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009, localizable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1384>

DÍAZ DE VALDÉS. J.M (2008). Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos, *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 18 – Julio 2008 (Universidad del Desarrollo, Colombia), pp. 69 a 104 [en línea] Localizable en <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Carmona%20VIII%20BIS/Jurisprudencia/Europea%20y%20sus%20comentarios/Jurisprudencia-de-Corte-Europea-acerca-del-no-nacido.-J.M.-D%C3%8DAZ-DE-VALD%C3%89S.pdf>

DÍEZ-PICAZO, L. (2002). Derecho a la vida y a la integridad física y moral, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 3/2002 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002.

GONZÁLEZ MORENO, J.M. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2021, pp. 173-195. [en línea] localizable en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/7739/7559>

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023, *Ars iuris salmanticensis, Reseñas de jurisprudencia*, Enero-junio, 2023, vol. 11, pp. 257 a 261. [en línea] localizable en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31861/29758>

LOMAS HERNÁNDEZ, V. (2023). Derivación de la gestante a un centro sanitario privado de otra Comunidad Autónoma para la interrupción voluntaria del embarazo (STC 78/2023, de 3 de julio), *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 10383, 2023.

MENA PARRAS, F. (2012). La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional? *Anuario de Derechos Humanos*, N.º 8, 2012, pp. 115-124, [en línea] localizable en www.corteidh.or.cr/tablas/r29434.pdf

PRESNO LINERA, M. A.

- Sobre la constitucionalidad de la legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo en España (mayo 2022). *El derecho y el revés*, [en línea] localizable en <https://presnolinera.wordpress.com/2022/05/17/sobre-la-constitucionalidad-de-la-legislacion-sobre-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-en-espana/>
 - Condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a Polonia por dificultar la práctica de un aborto admitido en su legislación (octubre 2012). *El derecho y el revés*, [en línea] localizable en <https://presnolinera.wordpress.com/2012/10/30/condena-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-a-polonia-por-dificultar-la-practica-de-un-aborto-admitido-en-su-legislacion/>
- PUPPINCKM G. (2021). ¿Por qué el aborto no es un derecho humano? *European Centre for Law and Justice* [en línea], localizable en <https://eclj.org/abortion/un/pourquoi-lavortement-nest-pas-un-droit-de-lhomme>

REVIRIEGO PICÓN, F. (marzo 2024). STC 44/2023 (aborto) y la injustificable demora del TC, *UNED*, [en línea], localizable en <https://blogs.uned.es/derecho-y-constitucion/stc-44-2023-y-la-injustificable-demora-del-tc/>. Video en <https://canal.uned.es/video/65699e5d371fa055ce069192>

REY MARTÍNEZ, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C V. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011, pp. 743–752, [en línea], localizable en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200019

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* n.º 116, Segundo semestre (2023): pp. 261-314, [en línea], localizable en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1779>

SORIANO MENDIARA, P. (julio 2022). Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization: el triunfo del originalismo (Parte I). Blog *Hay Derecho* [en línea] localizable en <https://www.hayderecho.com/2022/07/13/dobbs-v-jackson-womens-health-organization-el-triunfo-del-originalismo-parte-i/>

TENA ARREGUI, R. (febrero 2023). ¿Pero de verdad que el Tribunal Constitucional tiene que decidir sobre el aborto? Blog *Constitución* [en línea] localizable en <https://www.hayderecho.com/2023/02/07/pero-de-verdad-que-el-tribunal-constitucional-va-a-decidir-sobre-el-aborto/>

UNIÓN EUROPEA

- Parlamento Europeo (24 de junio de 2021) Resolución 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)], localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html

- Parlamento Europeo (9 de junio de 2022) Resolución: 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, localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_ES.html

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (marzo 2024) El derecho constitucional al aborto en la Francia laica, *Iustel* [en línea], localizable en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1242277

NOTAS

¹ En particular, la magistrada ESPEJEL JORQUERA denuncia la falta de apariencia de la debida imparcialidad de una parte de sus miembros (además de ella) por el rechazo de su propia abstención, así como respecto al propio presidente del Tribunal, Cándido Conde-Pum-pido. Vid. Informe de 23 de junio de 2009, del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

² Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009, localizable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1384>. Vid. también la Opinión del Comité de Bioética de España sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (7 de octubre de 2009) y el correspondiente Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (13 de mayo de 2014), ambos con un balance general positivo, sin perjuicio de los respectivos votos particulares disidentes, más numerosos en el segundo caso.

³ Recuérdese el lapso de tiempo entre dos momentos: por una parte, la aprobación de la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) publicada en el BOE el 1 de marzo de 2023 y con entrada en vigor al día siguiente y, por otra, la deliberación y votación de esta sentencia el día 9 de mayo de 2023 y publicada en el BOE de 12 de junio de 2023 (aunque hubo sesiones plenarias en días anteriores, a principios de febrero). Es evidente, por tanto, que la fecha de la sentencia es posterior a la de aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2023.

⁴ A este retraso excesivo e injustificado se refiere también GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 257) con la consiguiente pérdida —o al menos reducción muy sensible— del objeto del recurso. A su juicio, “se sacrificó la técnica frente a la pedagogía constitucional” con el objetivo de reinterpretar el criterio evolutivo para cambiar el paradigma de análisis constitucional en esta materia. La UNED también denuncia en su canal este retraso, recordando que paradójicamente en su auto de admisión del recurso el Tribunal reconoció el carácter prioritario de este procedimiento. Vid. REVIRIEGO PICÓN (marzo, 2024) en <https://blogs.uned.es/derechoyconstitucion/stc-44-2023-y-la-injustificable-demora-del-tc/>

⁵ En VP. 2, *ab initio*, basa su afirmación en “la ausencia de reformas constitucionales en materia de derechos fundamentales en más de cuarenta y cinco años de vigencia de la Constitución y las mutaciones culturales y políticas que ha vivido nuestro sistema constitucional desde entonces, máxime si se tiene presente que la ley impugnada ha sido modificada parcialmente por otra ley orgánica que aún podría ser recurrida, al estar en plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, y que mantiene intacto el modelo de despenalización que se recoge en la disposición impugnada”.

⁶ VP. 2, *ab initio*, aclara que dicha trascendencia “pedía del Tribunal claridad, pedagogía constitucional y una motivación clara, pudiendo construir contenidos constitucionales sin que ello suponga usurpar las funciones del legislador o del constituyente; además no existe vinculación del Tribunal, en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada como el nuestro, a sus propios precedentes jurisprudenciales”.

⁷ Y en esa misma línea, AZPIROZ VILLAR (2023) se pregunta por qué no se ha tenido en cuenta el espectacular avance científico producido desde la sentencia de 1985 en áreas como la genética, la embriología, la biología, la medicina, en definitiva, los complejos procesos de la vida humana. Es más, se cuestiona: ¿no hubiera sido igualmente válido un pronunciamiento contrario al emitido, fruto también de una pretendida interpretación evolutiva? Ello sin olvidar otras realidades ignoradas, como la total carencia de regeneración poblacional, con una natalidad que nos aboca al suicidio demográfico.

⁸ Para GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260), precisamente la STC 198/2012, de 6 de noviembre, relativa a constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas

del mismo sexo, lo hace en el primer sentido, más técnico, mientras que la sentencia 44/2023 lo limita al resultado del proceso, es decir, al mero producto de la labor interpretativa. Y es que estrictamente aquel proceso interpretativo se extiende, además de a la realidad social, a la valoración de los avances doctrinales y al derecho comparado de los derechos humanos, factores que en este caso no apoyan realmente la tesis de la sentencia.

⁹ En apoyo de este criterio sociológico la STC 44/2023 acude a la repetida cita de textos y acuerdos internacionales que, en ningún caso, pueden ser tomados como canon de constitucionalidad, como delata el VP. 1.10.

¹⁰ Vid. Fto. 3.C. El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional —la vida humana— y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

¹¹ Vid. VP. 1.3, pfo. 3.

¹² Vid. VP. 1.3, pfo. 3. Una breve y clara síntesis de la doctrina de aquella STC nos la brinda el citado Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo (17 de septiembre de 2009).

¹³ VP. 3.5, *in fine*.

¹⁴ Vid. VP. 1.3, pfo. 2. Así lo sostiene también la magistrada ESPEJEL JORQUERA: “Los razonamientos sobre las presuntas diferencias entre los procedimientos y contextos (vg., el mero transcurso del tiempo) son a su juicio, solo un intento de soslayar pronunciamientos esenciales efectuados en la STC 53/1985 (VP. 3.5).

¹⁵ Dice esta magistrada (VP. 2 apdo. 1.3 pfos. 2 y 3): “... lo que está particularmente justificado cuando los cambios normativos y contextuales, el progreso cultural y el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales permitan desarrollar argumentos nuevos comprensibles y aceptables en y por una sociedad cambiante”.

¹⁶ GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 260) observa en la magistrada de que la sentencia “no resulta suficientemente categórica, porque la dimensión prestacional del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no es una vertiente instrumental del derecho que puede admitir mayores límites que la proclamación del derecho-libertad de acceder al aborto, sino esencial que no queda garantizado por la mera despenalización”.

¹⁷ Vid BALAGUER CALLEJÓN, VP. 2.2. Para GÓMEZ FERNÁNDEZ *op. cit.*, en esta línea pero con otra formulación, tal derecho de autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo puede —y debe— admitir límites, en aras de la preservación de un bien digno de protección constitucional como es la vida capaz de mantenerse de forma independiente del cuerpo materno. O no tan capaz todavía —consideramos— en las primeras fases de su desarrollo, en que carece de viabilidad, no de vida.

¹⁸ En efecto, los expertos de Naciones Unidas destacaron que los derechos humanos (fundamentales) de las mujeres no pueden supeditarse a consideraciones culturales, religiosas o políticas. Vid. Considerando R) de la Resolución del Parlamento Europeo, 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).

¹⁹ La postura de la Iglesia es crítica en sus comunicaciones, tanto respecto a la Ley 2/2010 (Declaración sobre el Anteproyecto de “Ley del Aborto”: atentar contra la vida de los que van a nacer, convertido en *derecho*, 17 de junio de 2009) como a esta sentencia (“Nota ante la resolución del Tribunal Constitucional sobre la *Ley del aborto*”, 9 de febrero de 2023) porque avala una ley ideológica que promueve darwinismo social afirmando la falacia de un supuesto *derecho a decidir sobre el propio cuerpo*; es acientífica y promueve la desigualdad ya que permite que los afectados por Síndrome de Down sean abortados hasta los cinco meses y medio. Vaya por delante —añade— su apoyo incondicional a las mujeres que sufren las consecuencias de un embarazo no deseado, ofreciéndoles ayuda eficaz y consuelo a las víctimas de un aborto voluntario. Advierte que la Historia nos enseña que cada vez que el

ser humano se ha cuestionado la dignidad o el valor de ciertas vidas humanas, por distintos motivos (vg. raza, color de piel, creencias,...) se ha equivocado gravemente.... Una vez más constatamos que “el derecho a decidir y el deseo-sentimiento adquieren categoría jurídica al servicio de la construcción de un nuevo modelo social, para lo que sería preciso *deconstruir* lo esencial del sistema vigente. Vid. <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/aborto/la-iglesia-frente-al-aborto/>

²⁰ VP. 1.2. pfo. 2.

²¹ Vid. VP. 1.5.

²² VP. 3.3 pfo. 8. Para AZPIROZ VILLAR (2023, 8) este desbordamiento de la función de control que corresponde al Tribunal supone mala praxis del sistema y recomienda el ejercicio de sus funciones con muchísima mayor contención sobre el fondo de los asuntos, aunque no se refiere específicamente a la cuestión del aborto, sino al constitucionalismo en general y sin perjuicio de considerar al Tribunal Constitucional como un tribunal político. Vid también TENA ARREGUI (febrero 2023).

²³ Según el VP. 1.4, a): respecto del alcance del control de constitucionalidad, aunque primeramente admite que la labor de interpretación de la Constitución no supone necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas, a continuación explica que la función del juicio de constitucionalidad consiste “en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad” (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3), pero no en la exposición explícita del sistema que el mismo Tribunal —contradiciéndose— propone como en el caso examinado aquí (VP 3.3).

²⁴ Vid. VP. 2.4, pfos. 5 y 7, en relación al Fto. 3.A.” El embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. La decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer —físico, psicológico, social y jurídico— enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” (se cita la STC 192/2003, de 27 de octubre, Fto. 7 relativa a un supuesto de vacaciones laborales, pero ésta a su vez se remite al Fto. 8 de la propia STC. 53/1985, en principio relegada por la STC. 44/2023).

²⁵ Según PUPPINCK (2021), la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece avalar explícitamente este enfoque al señalar que “*la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo*”.

²⁶ Vid. Fto. 5.5 (iv) en relación con el VP. 3.6 pfo. 6.

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN (VP. 2.4. pfo. 9) termina este apartado desviando el enfoque de la cuestión hacia su propósito.

²⁸ VP. 2.4, *in fine*. Por su parte SIEIRA MUCIENTES (2023, 293) estima que realmente el conflicto entre la vida prenatal y el derecho a la integridad física o moral de la mujer solo se presenta en la indicación terapéutica (Fto. 4, c), pero en los supuestos restantes, el conflicto (de alguna forma) se produce entre la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Así se indica también en el Fto. 5 (iv) en el que la sentencia analizada considera que durante las 14 primeras semanas existe el “derecho de la mujer a decidir sobre su propio sustrato corporal y su proyecto de vida”, pues la vida prenatal se encuentra en un estado hipotético o potencial y por tanto, —podríamos deducir— queda muy devaluada la protección a la vida prenatal.

²⁹ AZPIROZ VILLAR (2023, 5/11): ¿No es una trágica contradicción impedir mediante el aborto el nacimiento con base en que por no haber nacido no se es persona y carece del derecho a la vida que tienen estas?

³⁰ Vid. Fto. 7.B a) pfo 9 de la sentencia en estudio, respecto a las impugnaciones específicamente referidas a los distintos supuestos regulados por el art. 15, apartados b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010. Dudamos de la comprensión correcta del siguiente apartado, si no

es que esté basado en un voluntarismo ingenuo: “Como ya apuntó la STC 53/1985 (Fto. 8), a medida que avanzase el desarrollo del Estado social asistencial en materia de derechos de las personas con discapacidad, las previsiones de este tipo resultarían menos necesarias, al disminuir de modo decisivo estas situaciones”. Entendemos que no quiere decir que solo por el éxito de tales interrupciones se disminuya el número de afectados nacidos con discapacidad.

³¹ VP. 3. pfs. 9,10 y 11.

³² Esto puede ser la explicación de esta figura tan polémica, de su importancia ideológica y la sensibilidad política (vg., mediante su declaración constitucional como derecho fundamental por la Asamblea francesa) pero es probable que el motivo esté más allá (vg., en un pretendido control de la natalidad, es decir, con origen en malthusianos antes que en el feminismo).

³³ Ello explica la resistencia a escuchar el sufrimiento de las mujeres que han abortado por el deseo de banalizar este acto; aborto que se ha convertido también en dogma porque, al *liberar* a la sexualidad de la procreación, “libera” a la mujer de la *servidumbre de la maternidad*. En cambio, los opositores al aborto serían sólo idólatras de la vida y enemigos del progreso, pues no habrían admitido que la vida es sólo materia, mientras que la conciencia es espíritu, la esencia del ser humano y su único bien verdadero.

³⁴ En parecido sentido, PUPPINCK (2021), aunque puede defenderse la desigualdad ontológica y jurídica de los seres humanos según su capacidad (en este caso, “los valores a proteger —los derechos del feto y los derechos de una persona viva— son, por naturaleza, desiguales”), si limitamos tal capacidad a la participación activa en la vida cotidiana de una sociedad democrática, cabe plantearse ¿quid de los que no lo hacen (vg. *nasciturus*, enfermos en coma)? ¿prevalece en la jurisprudencia de la Corte la voluntad (la capacidad de obrar) sobre la dignidad? Y concluye que la deshumanización es un requisito previo para la destrucción y de la destrucción *in vitro* a la destrucción *in vivo* no hay más que un paso. Recordemos la decisión judicial de que los embriones humanos congelados *in vitro* (aunque) no son “cosas”, pero sus “padres” pueden decidir destruirlos, en virtud de su propio “derecho a la autodeterminación individual”.

³⁵ Vid. art. 17 de la Ley 2/2010 y VP. 3.10 pfs. 11 y12.

³⁶ Así lo reconoce su Fto. 3, y se contesta en los VP. 1.4 y VP. 3.3 pfo. 7, de la STC 44/2023 en estudio. Aunque sería objeto de otro comentario, podemos adelantar que se trata de una sentencia plenaria (con varios votos particulares) que admite la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Se reconoce en su Fto. 6,C),d) el “derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos”, con base en derechos fundamentales a la integridad física y moral —integridad personal, en definitiva— del art. 15 CE, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE.

³⁷ Precisamente en términos casi idénticos se expresa el art. 12 de la ley impugnada “Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta ley”.

³⁸ Dictamen (citado) sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009.

³⁹ Vid. VP. 1.4 pfo. 1 y ss. GÓMEZ FERNÁNDEZ (2023, 263) cita en este sentido la STC 78/2023, de 3 de julio, que estima el recurso de amparo interpuesto por una mujer a la que se le niega el ejercicio de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en su Comunidad autónoma de residencia (Murcia) consiguiendo abortar en el sistema privado de otra Comunidad y que reclama indemnización por mal funcionamiento de aquella Administración. Sentencia comentada también por LOMAS HERNÁNDEZ (2023).

⁴⁰ En concreto, el art. 2 (1) de la Ley Fundamental de Bonn dice: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”. Recuérdese el art. 31.4 del Tratado de Reunificación de 31 de agosto de 1990, puesto que, en la antigua República Democrática Alemana en materia de aborto regía el sistema de plazos mientras que en la República Federal

regía el de indicaciones. La jurisprudencia constitucional alemana insiste en la protección efectiva de los intereses en juego aunque se vaticina una próxima reforma legislativa. Vid. “Alemania camina hacia la liberalización del aborto” por Christoph Hasselbach 11 de abril de 2024. Una comisión encargada por el Gobierno alemán estudia la posibilidad de que el aborto deje de ser sancionado en las doce primeras semanas de embarazo, localizable en <https://p.dw.com/p/4efgj>.

⁴¹ Fto. 2.C.c,e) y VP.1.4.

⁴² En este sentido, vid. SIEIRA MUCIENTES (2023, 265). AZPIROZ VILLAR (2011, 6/11) más radicalmente afirma que *el Tribunal se ha inventado este derecho en un alarde ideológico de una sentencia con una visión feminista extrema donde la autodeterminación de la mujer supone un valor supremo que no se limita ante la increíble realidad de destruir un ser humano*.

⁴³ La contradicción denunciada es evidente porque la propia Exposición de Motivos (II, pfo 6) de la Ley 2/2010 reconoce que “la ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación, lo que oportunamente veremos resaltado por los magistrados residentes.

⁴⁴ VP. 2 pfo. 4, *ab initio*.

⁴⁵ Vid ESPEJEL JORQUERA, VP. 3.10. BALAGUER CALLEJÓN, VP. 2.4, en ese sentido admite que la viabilidad autónoma del embrión o el feto constituya el límite de la autonomía de la mujer. A pesar de la gran diversidad entre individuos, regiones y sistemas de salud que dificultan su fijación, dicho límite de viabilidad se ha estandarizado entre las semanas veintuno y veinticinco de gestación.

⁴⁶ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), *persona* es *individuo de la especie humana*; al menos desde el punto de vista biológico (incluso existencial y ontológico). Y si se trata de estar al criterio evolutivo también sería coherente admitir que el actual estado del conocimiento científico sobre la vida y su generación ha progresado significativamente respecto del momento de la STC de 1985 (por solo mencionar el desciframiento del ADN) siendo irrefutable que la vida comienza con la *fecundación cuyo fruto es el cigoto*. AZPIROZ VILLAR (2023, 6 y ss.) cita a este respecto a expertos genetistas.

⁴⁷ Vid. VP. 2.2 pfo. 5 (i) mantiene que la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre, frente a lo que sostiene la doctrina de la Iglesia Católica en la Carta Apostólica *Mulieris Dignitatem* (1988) y en algunos documentos posteriores.

⁴⁸ Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que un padre potencial puede presentarse como víctima de un aborto practicado a su hijo no nacido (asunto *Boso c. Italia*). Más coherente con la tan conocida perspectiva de género, inspiradora entre otras muchas, de la ley orgánica impugnada, sería la implicación de los varones, en condiciones de igualdad con las mujeres, en la crianza y cuidado de los hijos, de las que fue expresión relevante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en esa línea fomentar la responsabilidad del varón en las consecuencias de las relaciones sexuales”. Vid. VP. 3.3, *in fine*.

⁴⁹ Recordemos que tras la STC 53/1985 fue aprobada finalmente la Ley Orgánica 9/1985 de reforma del art. 417 bis del Código Penal que despenalizó las indicaciones denominadas terapéutica, ética y eugenésica.

⁵⁰ Vid este duelo dialéctico entre ambas magistradas (VP. 2 y la respuesta VP. 3.10).

⁵¹ Así se afirma constantemente por la jurisprudencia “La vida es el derecho fundamental y troncal sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (SsTC 53/1985, de 11 de abril, Fto. 3 y 32/2003, de 13 de febrero, Fto. 7, entre otras).

⁵² VP. 2 y VP. 3. De la misma opinión es GONZÁLEZ MORENO, p. 189 (63): el derecho al aborto tampoco está consagrado ni en el Derecho Europeo ni en el Derecho Internacional.

⁵³ Ya en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se debatió la determinación del inicio del derecho a la vida y la Asociación Médica Mundial actualizó el

Juramento Hipocrático a través del *Juramento de Ginebra* (1948) mediante el compromiso del *respeto absoluto por la vida humana desde la concepción*. PUPPINCK (2021) reconoce que la cultura democristiana mayoritaria durante aquellas décadas rechazó el reconocimiento del aborto de forma plena. En esencia, además del científico, está presente el debate filosófico y teológico entre la concepción dualista y atea del ser humano, y la cristiana para la que el alma es insuflada por Dios desde la concepción.

⁵⁴ Diversos órganos de la ONU, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) han instado a los Estados a garantizar la suficiencia de servicios de aborto disponibles. Pero paradójicamente tanta insistencia en modificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos para incluir el aborto como un derecho era claro indicio de que, naturalmente, no existe tal reconocimiento (todavía); significativa también es la falta de referencia al derecho norteamericano que no lo reconoce. En cualquier caso y en nuestro ámbito, la modificación solo procederá “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (art. 96. 1 CE).

⁵⁵ VP. 3.4, en relación con la STC. 46/2022, de 24 de marzo, Fto. 6). El enfoque del Tribunal Constitucional no ha de ser el de examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales (STC 11/2023, de 23 de febrero, Fto. 3 c), citando la STC 184/2021).

⁵⁶ VP. 2.1.2.

⁵⁷ VP. 3.4. pños. 6 y ss.

⁵⁸ A juicio de AZPIROZ VILLAR op. cit. pp. 8 y 9, tales medidas no parecen efectivas: en los últimos años los abortos en España siempre han superado los 90.000 (menos en 2020 a causa de la pandemia). La relativa ineficacia de la tutela prenatal podría deberse a un complejo de causas: la falta de la oportuna información a las mujeres sobre alternativas (si esta no la solicita), el forzado ostracismo de los padres, la ocultación sistemática las consecuencias fisiológicas y psicológicas (síndrome *post aborto*), la persecución penal de cualquier expresión contraria al aborto en el entorno en que se practica (incluso simples rezos sin afán de molestar, ex art. 172. quater del Código penal).

⁵⁹ Fto. 2.c, (iii). Localizable en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2020-article-15-science-and>

⁶⁰ Fto. 2.c, (iv).

⁶¹ AZPIROZ VILLAR, (2023, 5/11): ¿Acaso lo es (justo) que al ser humano concebido e indefenso se le pueda privar de su derecho a la vida, sin ningún tipo de defensa o protección, a cambio de una pretendida defensa o protección de los derechos del Convenio Europeo y del consagrado por el Tribunal Constitucional derecho a abortar de la madre?

⁶² Fto. 3. C. 3 últ. pfo. de la STC 44/2023.

⁶³ PUPPINCK (2021) critica esta postura porque, a su juicio, lo que se protege no es propiamente el ser humano biológico, el *continuo* desde el embrión hasta el anciano, sino la conciencia que tiene de sí mismo. Es decir, para la Corte un miembro de la “*especie humana*” no es necesariamente una “*persona*” protegida; Por el contrario, para la Corte la vida de los seres privados de conciencia es sólo una *vida humana biológica* y no una *vida humana personal* que sería la única digna de protección.. Y ello porque la Corte se resiste a determinar cuándo se produciría el tránsito de una u otra modalidad de vida. Concluye que esta indefinición respecto al umbral de la humanidad supone una enorme paradoja (la tilda de vergüenza): la de que un Tribunal de Derechos Humanos no sepa lo que es un “hombre” lo que puede conducir a la aceptación del infanticidio neonatal,...

⁶⁴ Vid, entre otras muchas, SsTEDH de 16 de diciembre de 2010 (asunto *A, B y C contra Irlanda*), y 30 de octubre de 2012 (asunto *P y S contra Polonia*).

⁶⁵ REY MARTÍNEZ (2011, 752) observa en este sentido que una misma conducta puede ser un tipo penal (Irlanda) y un derecho fundamental (España) y se limita a invalidar aquellas situaciones incoherentes en las que un Estado permite el aborto bajo ciertas condiciones (en

un contexto restrictivo: Polonia e Irlanda), pero luego lo impide o dificulta su ejercicio en la práctica porque no pone los medios para ello.

⁶⁶ También MENA PARRA (2012, 117) observa con claridad esta disonancia entre aspecto sustantivo y la dimensión procedimental del aborto en el caso *A, B y C contra Irlanda* (16 de diciembre de 2010): dos de las denunciadas (A y B) se vieron obligadas a abortar en el extranjero (concretamente en Gran Bretaña), posibilidad que expresamente reconoce la legislación irlandesa) ante la prohibición irlandesa del aborto por motivos de salud o bienestar personal. El tercer supuesto (C) estaba legalizado pero la demandante actuó del mismo modo ante la ausencia de un procedimiento efectivo en Irlanda para ejercer su derecho.

⁶⁷ A su juicio (González Moreno, 2021, 180 nota 18) el TEDH entiende la noción “vida privada” en el artículo 8 del Convenio de Roma como una noción más amplia que la noción de intimidad (*privacy*); y que engloba una esfera en la que toda persona puede construir libremente su personalidad y disfrutar en sus relaciones con otras personas y con el mundo exterior.

⁶⁸ PRESNO LINERA (2012).

⁶⁹ VP. 3.4. pfs 25 y ss., alude al art. 2 Ley Fundamental de Bonn y a su jurisprudencia: Tribunal Federal Alemán (sentencia de 25 de febrero de 1975) y Tribunal Constitucional Federal (sentencia de 28 de mayo de 1993).

⁷⁰ Vid. SIEIRA MUCIENTES (2023, 297) y fallos localizables en <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/410/113.html> y <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html>

⁷¹ El caso *Dobbs* supera el principio legal *stare decisis*, por el cual, en Derecho anglosajón son respetados los precedentes judiciales, sin olvidar que el efecto reflejo de la anulación de las citadas sentencias es la entrada en vigor de una serie de leyes (de los Estados norteamericanos) antiabortistas.

⁷² “... 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)).

⁷³ Con el título “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”, fue aprobada con 324 votos a favor, 155 en contra y 38 abstenciones, proponiendo la adición al tenor vigente del art.7 (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”), el inciso final: “toda persona tiene derecho a un aborto seguro y legal”. Localizable en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_ES.html. Además de la Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 24 de junio de 2021 ya citada [2020/2215 (INI)], puede consultarse con anterioridad la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

⁷⁴ Los asimila a “homicidios arbitrarios” desde el punto de vista del género, sufridos únicamente por las mujeres, como consecuencia de la discriminación consagrada en la legislación.

⁷⁵ Según PUPPINCK (2021), además esta modificación sería incompatible con la propia Carta: ésta es oportuna cuando los Estados miembros aplican la legislación de la propia UE pero no puede ir más allá de sus competencias (art. 51). Como señaló la Comisión Europea una vez más, el aborto es un asunto de los Estados miembros, ya que forma parte de la política sanitaria, que no es competencia de la UE.

⁷⁶ VÁZQUEZ ALONSO (marzo, 2024).

