



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**Los "nuevos derechos" en la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional (matrimonio
homosexual, aborto y eutanasia)**

Diego Pinar Pérez

Tutor: José Miguel Vidal Zapatero

Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico
del Estado (Derecho Constitucional)

Curso: 2023-24

Listado de abreviaturas:

Sentencia del Tribunal Constitucional: STC

Tribunal Constitucional: TC

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH

Convenio Europeo de Derechos humanos: CEDH

Ley Orgánica: LO

Sentencia del Tribunal Supremo: STS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH

Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: LORE

Ordenamiento jurídico: OJ

RESUMEN:

El presente trabajo de fin de grado tiene como objeto el análisis del reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la creación legislativa de nuevos derechos con fundamento jurídico-constitucional. Para ello, se toman como referencia las leyes sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, libre interrupción del embarazo y eutanasia, así como las sentencias de nuestro más alto tribunal recaídas sobre las mismas. En estas resoluciones del Tribunal Constitucional se descubre una doctrina de fondo común a cerca de la extensión de la protección iusfundamental a nuevos supuestos vinculados con la interpretación evolutiva de la Constitución.

ABSTRACT:

The aim of this thesis is to analyse the recognition by the Constitutional Court of the legislative creation of new rights with a legal-constitutional basis. To this end, the laws on same-sex marriage, free termination of pregnancy and euthanasia are taken as a reference, as well as the rulings of our highest court on them. These rulings of the Constitutional Court reveal a common basic doctrine regarding the extension of the protection of fundamental rights to new cases linked to the evolving interpretation of the Constitution.

PALABRAS CLAVE:

Constitución, Tribunal Constitucional, sentencia, Ley Orgánica, derecho fundamental, matrimonio homosexual, interrupción voluntaria del embarazo, eutanasia, recurso de inconstitucionalidad, “árbol vivo”, impugnación, voto particular.

KEYWORDS:

Constitution, Constitutional Court, ruling, Organic Law, fundamental right, homosexual marriage, voluntary interruption of pregnancy, euthanasia, unconstitutionality appeal, “living tree”, challenge, dissenting vote.

INDICE:

1- INTRODUCCIÓN:	8
2- LOS “NUEVOS DERECHOS” DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN HASTA NUESTROS DIAS.	10
2.1-El matrimonio homosexual.....	10
2.1.1-El matrimonio homosexual antes de su desarrollo legislativo.	11
2.1.2-La Ley 13/2005, de 1 de junio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.	11
2.2-La interrupción voluntaria del embarazo.	12
2.2.1-La interrupción voluntaria del embarazo antes de la aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo.....	13
2.2.2-El antiguo sistema de indicaciones.....	13
2.2.3-La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.	14
2.2.4-La LO 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.	15
2.3-La eutanasia	15
2.3.1-La eutanasia antes de su regulación legislativa.	15
2.3.2- La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.	16
3- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS “NUEVOS DERECHOS” SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	17
3.1-STC 198/2012 de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual.....	17
3.1.1- Infracción del artículo 32 de la Constitución.	18
3.1.2-Infracción del artículo 10.2 de la Constitución.	21
3.1.3-Infracción del artículo 14 en relación con los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución.	21
3.1.4-Infracción del artículo 39 apartados 1, 2 y 4 de la Constitución.....	22
3.1.5-Otros artículos infringidos según los recurrentes.	23
3.1.6-Conclusión del Tribunal Constitucional.	25
3.1.7-Otras críticas a la STC 198/2012, de 6 de noviembre.	26
3.2-STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre derecho a la vida e interrupción voluntaria del embarazo.	27
3.2.1-Breve resumen de la STC 53/1985, de 11 de abril, y sus diferencias con la STC 44/2023, de 9 de mayo.....	27

3.2.2- La interrupción voluntaria del embarazo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).	29
3.2.3-Infracción del derecho a la vida, a la integridad física y moral en relación con el derecho a la dignidad de la persona de la Constitución y de la doctrina del TC por los artículos 14, 17.2 y 17.5 de la LO 2/2010.	30
3.2.4-Infracción del principio de seguridad jurídica, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la no discriminación de personas discapacitadas y la doctrina del TC por el artículo 15, letras b) y c) de la LO 2/2010.	32
3.2.5-Infracción del derecho a la vida, la integridad física y moral por el artículo 12 de la LO 2/2010.	34
3.2.6-Infracción del derecho a la integridad física y moral, el derecho a la educación de los hijos según la convicción de sus padres, y el derecho a la protección de la infancia por el artículo 13.4 y la disposición final segunda de a LO 2/2010.	35
3.2.7- Otros artículos infringidos según los recurrentes.....	37
3.2.8- Conclusión del Tribunal Constitucional.	42
3.2.9-Otras críticas a la STC 44/2023, de 9 de mayo.....	42
3.3-STC 19/2023, de 22 de marzo, sobre derecho a la vida y a la integridad física y moral..	43
3.3.1. Vulneración de los derechos del artículo 23 de la Constitución debido a vicios en la tramitación parlamentaria de la LO 3/2021.	43
3.3.2-Impugnación por motivos sustantivos de la LO 3/2021.	45
3.3.3-Impugnación de los artículos 7.2, 8.4, 17, 18 a) párrafo cuarto y la disposición final primera de la LO 3/2021.	46
3.3.4-Impugnación de los artículos 3 d), e) y h), 5.1 c), 5.2, 6.4, 9, 12 a) apartado cuarto y la disposición adicional sexta, párrafo segundo de la LO 3/2021.	49
3.3.5-Impugnación del artículo 5.2 segundo párrafo, 17.5 y la disposición adicional sexta de la LO 3/2021.....	52
3.3.6-impugnación del artículo 16.2 y la disposición final tercera de la LO 3/2021...	53
3.3.7-Conclusión del Tribunal Constitucional.	54
3.3.8- Otras críticas a la STC 19/2023, de 22 de marzo.	56
3.4-Otras sentencias relevantes en relación con “los nuevos derechos”.	57
3.4.1-La STC 75/2024, de 8 de mayo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.....	57
3.4.2-La STC 92/2024, de 18 de junio contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.....	58

3.4.3- La STC 78/2023, de 3 de julio de 2023 sobre Vulneración del derecho a la integridad física y moral: lesión causada por la derivación a una clínica privada, ubicada fuera del territorio autonómico, para la práctica de la interrupción del embarazo.	60
4- LA DOCTRINA DEL “ARBOL VIVO” DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	61
4.1-Concepto y origen de la doctrina de “árbol vivo”.....	61
4.2- Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	62
5- CONCLUSIONES.....	64
6- BIBLIOGRAFIA.....	67
7- JURISPRUDENCIA	70

1- INTRODUCCIÓN:

La Constitución Española entró en vigor el 29 de diciembre de 1978 siendo la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, y recogiendo los derechos y deberes de los españoles dentro del territorio español.

Actualmente, se van a cumplir 46 años de su entrada en vigor, de entre los cuales, los primeros 25 años fueron para desarrollar derechos fundamentales allí recogidos. Todo esto nos hace ver que ya es un texto ciertamente antiguo y que tampoco ha sufrido modificaciones importantes por la dificultad de la reforma, en concreto la recogida en el artículo 168 de la Constitución, con el que se pueden modificar o suprimir el Título preliminar, el Capítulo segundo, la Sección primera del Título 1 y el Título 2. Lo cual, hace realmente difícil incluir de modo expreso nuevos derechos dentro de nuestro texto constitucional.

Mi trabajo va a consistir en cómo se han incorporado por parte del Tribunal Constitucional y las leyes aprobadas por el legislador los nuevos derechos de interrupción voluntaria de embarazo, matrimonio homosexual y eutanasia dentro de nuestra Constitución.

En primer lugar, empezaré realizando una introducción sobre el matrimonio homosexual, la interrupción voluntaria del embarazo y la eutanasia; y analizaré cómo han evolucionado estos “nuevos derechos” desde la entrada en vigor de nuestra Constitución, en 1978, hasta la actualidad. Ello conlleva el análisis de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la Ley 13/2005, de 1 de junio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Posteriormente, daré cuenta de los argumentos que ha utilizado el TC para justificar la constitucionalidad de estas leyes, lo que supone la plena incorporación a nuestro sistema constitucional de estos nuevos derechos, y junto a ello, aparece mencionada la opinión discrepante de los magistrados que suscribieron sendos votos particulares a la sentencia, así como la doctrina que se ha ocupado de las mismas,

Tras esto haré un pequeño análisis sobre la doctrina de “árbol vivo” que tan importante es para estos pronunciamientos, y como la ha aplicado el Tribunal Constitucional en sus sentencias.

Mencionaré también los problemas que tiene interpretar una Constitución que envejece para adaptarla a los nuevos tiempos.

Por último, sacaré una serie de conclusiones sobre estos pronunciamientos, la opción de los Magistrados en los votos particulares y la opinión de juristas para destacar los puntos más importantes.

2- LOS “NUEVOS DERECHOS” DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓN HASTA NUESTROS DIAS.

2.1-El matrimonio homosexual.

Nos podemos referir al matrimonio homosexual como una reforma jurídica de la institución del matrimonio por la cual en el ordenamiento jurídico se reconoce a las personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio entre sí, beneficiándose así de los derechos que la institución del matrimonio reconoce dentro de la Constitución y la ley.

2.1.1-El matrimonio homosexual antes de su desarrollo legislativo.

Para empezar a hablar sobre el matrimonio homosexual antes de ser reconocido por la Ley 13/2005, de 1 de junio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, nos tenemos que remontar a la entrada en vigor de nuestra Constitución, el 29 de diciembre de 1978.

En cuanto al matrimonio dentro de la Constitución, nos tenemos que fijar en el artículo 32 ya que es el artículo que lo regula, y nos viene a decir que tanto el hombre como la mujer pueden contraer matrimonio en plena igualdad jurídica¹, pero nada más, aunque se deja la posibilidad abierta de la regulación de formas del matrimonio. Con la entrada en vigor de la Constitución podemos observar que estas palabras son claras en que el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio con plena igualdad, pero nada más, aunque se deja la posibilidad abierta de regulación de formas de matrimonio.

El Tribunal Constitucional se pronunció antes de la entrada en vigor de la ley sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo. En una de sus sentencias, el Tribunal Constitucional dice claramente *obiter dicta* que la unión entre personas del mismo sexo no está regulada y tampoco es un derecho constitucional².

Con lo cual, se puede afirmar que durante el periodo de 1978 hasta 2005 no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin que se excluyera expresamente en una futura regulación.

2.1.2-La Ley 13/2005, de 1 de junio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹ Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Art 32.

² STC 184/1990, de 15 de noviembre. Antecedente b): “Al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, al matrimonio entre un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes”.

El 3 de julio de 2005 entra en vigor la Ley 13/2005, aprobada el 1 de junio, y por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, convirtiéndose así España en el tercer país que lo hacía, siguiendo los pasos de Países Bajos (2001), Bélgica (2003) y Canadá (2005). Actualmente el matrimonio homosexual está regulado en 35 países de todo el mundo.

La creación de esta ley se llevó a cabo mediante una proposición de ley al Congreso de los Diputados por parte del Partido Socialista Obrero Español y se aprobó con 187 votos de parte de los diputados del PSOE, Grupo Mixto, Izquierda Verde, ERC, PNV, CC, dos diputados de Convergencia y la ex ministra del PP Celia Villalobos, solo votando en contra los diputados del Grupo Popular.

Hay que decir que la aprobación de la ley no fue fácil debido a que la España más conservadora no estaba de acuerdo en que se equiparase el matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio heterosexual, pero la población española estaba mayoritariamente a favor de este cambio con el 66% a favor en el año 2005 (CIS junio 2004).

El cambio fundamental realizado por la Ley 13/2005 fue la reforma del artículo 44 del Código Civil que pasa a referirse en su texto a la igualdad del matrimonio entre personas del mismo sexo y matrimonio entre personas de distinto sexo, añadiéndose para ello un párrafo dentro de este artículo que decía que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”³.

Posteriormente a esta reforma, el Grupo Parlamentario Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad el 30 de septiembre de 2005 frente a esta ley de reforma del Código Civil.

2.2-La interrupción voluntaria del embarazo.

³ Código Civil español 1889. Art 44. “Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Podemos definir la interrupción voluntaria del embarazo como la “pérdida del producto de la concepción antes de alcanzar la viabilidad extrauterina”⁴. Esta interrupción del embarazo debe ser realizada por profesionales sanitarios para su validez. La principal diferencia entre la interrupción voluntaria del embarazo y otros tipos de aborto es que en este caso la mujer decide si quiere o no continuar con la gestión y en el caso de otros tipos de aborto no es así, como ocurre con el aborto terapéutico que se realiza por causas médicas.

2.2.1-La interrupción voluntaria del embarazo antes de la aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo.

De similar forma que con el matrimonio homosexual y como tendré que hacer posteriormente con la eutanasia, hay que remontarse a la entrada en vigor de la Constitución en 1978.

En cuanto al derecho a la vida en nuestra constitución está recogido en el artículo 15 que proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral⁵, y como se puede ver en ningún momento se hace referencia de forma explícita a la interrupción voluntaria del embarazo en nuestro texto constitucional.

2.2.2-El antiguo sistema de indicaciones.

La interrupción voluntaria del embarazo se empieza a desarrollar muy pronto en nuestro ordenamiento jurídico ya que en el año 1985 se promulga la LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417.bis del Código Penal, tras ser declarada la interrupción voluntaria del embarazo en ciertos supuestos como constitucional por la STC 53/1985, de

⁴ Diccionario médico. Clínica Universidad de Navarra. (s. f.). Definición de aborto.

⁵ Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Art 15 “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

18 de mayo. Esta LO lo que hace es regular la interrupción voluntaria del embarazo practicada por un médico en los casos de posible daño para la salud de la madre y del feto, o en casos de delito de violación⁶. Esta legislación permaneció en vigor hasta el año 2010, y la principal diferencia entre estas dos regulaciones es la posibilidad de interrumpir el embarazo libremente en la legislación del 2010 al contrario que en la LO 9/1985.

2.2.3-La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

El 3 de marzo de 2010 se aprobó la nueva ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El desarrollo de esta ley trajo causa por el gobierno socialista de entonces mediante un proyecto de ley aprobado en consejo de ministros.

Con esta nueva legislación se viene a sustituir al sistema de indicaciones de la LO 9/1985, de 5 de julio por un nuevo sistema de plazos que permitía abortar a las mujeres desde los 16 años durante las primeras 14 semanas de embarazo por decisión propia, y hasta la semana 22 en caso de riesgo grave para la salud del feto o de la madre⁷.

Esta nueva legislación no fue exenta de polémica ya que se mostraban en contra tanto los partidos políticos conservadores y diversas instituciones católicas, interponiendo el Grupo Parlamentario Popular un recurso de inconstitucionalidad el 1 de junio de 2010 contra varios de los artículos recogidos en la LO 2/2010.

Tampoco esta ley fue exenta de reformas ya que en el año 2015 se llevó a cabo la primera reforma de esta ley por una mayoría parlamentaria de distinto signo al que había aprobado el texto inicial restringiendo el aborto a las mujeres entre 16 y 18 años y a las mujeres con capacidad modificada, que a partir de entonces tendrían que solicitar permiso a sus padres para poder abortar.

⁶ LO 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Artículo único.

⁷ LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Artículos 14 y 15

2.2.4-La LO 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.

Esta LO es la última reforma realizada a la LO 2/2010 y se realizó mediante proyecto de ley presentada por el gobierno socialista del momento. Esta reforma volvía a permitir a las mujeres mayores de 16 años abortar libremente sin tener que solicitar permiso de sus padres al igual que en la redacción original del texto de 2010 pero añadiendo el factor de que se elimina el periodo de tiempo de reflexión de 3 días para la interesada. Otro de los factores que esta reforma modifica es que se crea un registro de objetores de conciencia por autonomía para que quien sea objetor de conciencia lo sea tanto en la sanidad pública o privada, se incluyen las bajas por reglas incapacitantes, se regula una baja de parto a partir de la semana 39 de embarazo. Por último, con esta reforma también se regula la distribución de métodos anticonceptivos gratuitos.

2.3-La eutanasia

La eutanasia se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento⁸.

2.3.1-La eutanasia antes de su regulación legislativa.

El derecho a la vida está recogido en el artículo en el artículo 15 de la Constitución, y en este artículo, al igual que en el resto del texto constitucional, en ningún momento se hace referencia de que una persona pueda decidir sobre su propia muerte en el momento

⁸ LO 3/2021, de 24 de marzo. Preámbulo.

de padecer una patología muy grave e incurable que le produzca un sufrimiento constante. Lo más parecido a la regulación de la eutanasia se podría decir que son los cuidados paliativos, de los cuales tampoco hay legislación a nivel estatal salvo la incidencia de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La mayor parte de la legislación al respecto se ha realizado por las Comunidades Autónomas.

Con lo cual, podemos ver que antes de su reciente desarrollo no hay ninguna mención en nuestro texto constitucional a la eutanasia, ni tampoco regulación alguna en nuestro Ordenamiento Jurídico.

2.3.2- La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

El desarrollo de la eutanasia o también llamada “buena muerte” se ha realizado de forma muy reciente en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que la aprobación de su ley por parte del Parlamento se ha llevado a cabo en el año 2021 con la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia tras una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

La reciente ley viene a regular la eutanasia, por la que se da la posibilidad a una persona de poner fin a su vida por parte de profesionales sanitarios siempre que sea de nacionalidad española, padezca una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave y haya formulado dos veces de manera escrita su deseo de recibir esta prestación⁹.

Al igual que las otras regulaciones, esta no ha estado exenta de polémica ya que los partidos políticos conservadores y asociaciones católicas se han mostrado en contra de la regulación de la eutanasia por parte del Parlamento, interponiendo tanto el Grupo Parlamentario Vox como el Grupo Parlamentario Popular recursos de inconstitucionalidad contra la LO 3/2021, de 24 de marzo, aunque siendo primero resuelto

⁹ LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Preámbulo.

el recurso del Grupo Parlamentario Vox y basándose la sentencia del recurso del Grupo popular en la misma.

3- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS “NUEVOS DERECHOS” SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

3.1-STC 198/2012 de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

En esta sentencia, la reforma del artículo 44 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de junio es declarada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional.

3.1.1- Infracción del artículo 32 de la Constitución.

En primer lugar, y en cuanto a la vulneración del artículo 32, los recurrentes defienden que este artículo hace referencia a que se pueden casar hombres y mujeres con plena igualdad, pero no casándose con personas del mismo sexo ya que este artículo no hace referencia a ello¹⁰. Se basan también en la doctrina del propio TC para defender su opinión ya que el TC dijo en una sentencia que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, al matrimonio entre un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes”¹¹. Esta misma postura es defendida también por los Magistrados Ramon Rodríguez, Andrés Ollero y Juan José González quienes en sus votos particulares dentro de la sentencia del TC mencionan esta contradicción del Pleno del Tribunal, justificándolo este último Magistrado mediante la jurisprudencia del TC que dice que “las relaciones homosexuales no son equiparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto”¹².

El Tribunal Constitucional no está de acuerdo con la idea de los recurrentes, y para su argumentación también se escuda en su propia doctrina ya que la garantía institucional como encargada de la protección de determinadas instituciones y derechos fundamentales que evita que el legislador pueda regular desnaturalizando el derecho, se encarga de preservar las instituciones en términos reconocibles para la sociedad en cada momento del tiempo¹³. Esto según el TC, da al legislador un margen amplio para definir el matrimonio, preservándolo en términos reconocibles para la sociedad del momento. El Magistrado Andrés Ollero en su voto particular se expresa en contra de este argumento

¹⁰ STC 198/2012, de 6 de noviembre. Antecedente b): “se señala que la referencia expresa al hombre y la mujer que hace el art. 32 CE debe interpretarse a la luz de la mención a la «plena igualdad jurídica» contenida en su inciso final, mención que se justifica por la desigualdad existente en el ordenamiento civil preconstitucional, pero que presupone el carácter heterosexual del matrimonio, puesto que de otro modo no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges”.

¹¹ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹² ATC 446/1984, de 11 de julio.

¹³ STC 32/1981, de 28 de julio. Fundamento jurídico 3: “Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

poque la interpretación de preceptos constitucionales por determinadas pautas o conductas sociales iría en contra de la doctrina del TC que expresa que “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución”¹⁴. En cambio, el profesor Alejandro Villanueva está de acuerdo con la argumentación del TC, y lo expresa diciendo que “la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles no quedando afectada su naturaleza jurídica, y que se encuentran satisfechos los intereses jurídicamente protegibles, lo que implica que no se modifica materialmente la garantía institucional recogida en el artículo 32 de la Carta Magna”¹⁵.

Además, el Tribunal Constitucional, para la defensa de su opinión también menciona la doctrina de “árbol vivo”, de la cual hablaré detenidamente más tarde pero que el TC la entiende como realizar una interpretación evolutiva de la Constitución, no ciñéndose a la interpretación literal del texto constitucional y teniendo en cuenta la evolución del pensamiento, la jurisprudencia y la sociedad. El Magistrado Ramon Rodríguez es contrario a la aplicación de esta doctrina dentro de la sentencia ya que, según su opinión, la sociedad española no tiene aceptación por las uniones entre parejas homosexuales, sino que se podría hablar más bien de indiferencia, lo que en ningún momento es suficiente para aceptar la constitucionalidad de estas uniones utilizando el método que utiliza el TC¹⁶. También el Magistrado Manuel Aragón critica la incorrecta

¹⁴ STC 81/1982, de 21 de diciembre, sobre Discriminación por razón de sexo en el pago de horas extraordinarias a Ayudantes Técnicos Sanitarios.

¹⁵ Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 14.

¹⁶ STC 198/2012, de 6 de noviembre. Voto particular magistrado Ramon Rodríguez Arribas: “la Sentencia de la que discrepo, llega a la conclusión de que la Ley 13/2005, al modificar el Código civil en cuanto a los contrayentes del matrimonio y de acuerdo con nuestra cultura jurídica, no lo hace «irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea», cuando la realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación, sino la de la indiferencia, que de cualquier forma no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad, ni favorece la no discriminación de las personas de orientación homosexual, cuya dignidad, a la que se alude, exigía que sus pretensiones en el acceso al matrimonio no fueran satisfechas por la puerta de atrás de la Constitución, sino postulando su reforma”.

aplicación que se hace del término “interpretación evolutiva” por el TC ya que daría lugar a interpretar cualquier precepto y dejar sin relevancia la Constitución¹⁷.

El Tribunal Constitucional también tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución que hace referencia a que hay que interpretar los derechos y libertades fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de los tratados internacionales ratificados por España. El Magistrado Juan José González en este caso se muestra en contra de este argumento porque los tratados internacionales ratificados por España no implementan el matrimonio homosexual en sus textos, aunque según los tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no hay ninguna prohibición de implementar el matrimonio homosexual.

En resumen, el TC no considera que la institución del matrimonio quede desnaturalizada ya que tanto la sociedad española como el derecho a nuestro alrededor se ha ido abriendo más a la regulación y la aceptación de este tipo de enlaces, lo cual, ha sido reflejado en diversas encuestas donde una cifra claramente superior al 60% de la población española estaba a favor de este tipo de uniones. La ley aprobada no supone ninguna limitación en el derecho al matrimonio, sino que se modifican las condiciones del matrimonio para equiparar el matrimonio homosexual al matrimonio heterosexual, con lo cual, el legislador habría hecho uso de la libertad que le confiere el artículo 32 de la Constitución para modificar el matrimonio¹⁸.

¹⁷ STC 198/2012, de 6 de noviembre. Voto particular magistrado Manuel Aragón Reyes: “Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho», y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución.

¹⁸ Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Art 32.2: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

3.1.2-Infracción del artículo 10.2 de la Constitución.

Para argumentar la infracción de este artículo, los recurrentes mencionan que según el artículo 10.2 de la Constitución, hay que interpretar los derechos fundamentales en relación con los tratados internacionales ratificados por España, y estos tratados declaran que el matrimonio tiene que ser entre un hombre y una mujer, aunque no se descarte la posibilidad de un matrimonio homosexual. Con lo cual, habría que interpretar el artículo 32 de la Constitución según lo que dispone el artículo 10.2.

El TC no está de acuerdo con esta argumentación por parte de los recurrentes ya que, según su opinión, la interpretación que se ha realizado en la Ley 13/2005 del artículo 32 de la Constitución se ha hecho conforme los tratados internacionales ratificados por España y respetando tanto la doctrina del propio TC como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este argumento se opone el Magistrado Juan José González que, en su voto particular, expresando que los tratados internacionales ratificados por España no implementan el matrimonio homosexual en sus textos, aunque según los tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no hay ninguna prohibición de implementar el matrimonio homosexual. Y el Magistrado Andrés Ollero también argumenta en parecidos términos que la idea del apoyo al matrimonio dentro del contexto internacional no tiene fundamentos.

3.1.3-Infracción del artículo 14 en relación con los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución.

Los recurrentes basan su argumentación en que la Ley 13/2005, en su exposición de motivos, se justifica en promover la igualdad de los ciudadanos por medio del libre desarrollo de la personalidad basándose en los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución¹⁹.

¹⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio. Exposición de motivos: “Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores

La ley vulneraría el principio de igualdad ya que se tratarían de forma igual realidades diferentes como son el matrimonio heterosexual y el homosexual según los recurrentes.

La respuesta que da el TC a esta argumentación es que lo que realmente impide el artículo 14 de la Constitución es la distinción infundada o discriminatoria²⁰. Por lo tanto y según el TC, este artículo no protege un derecho a la desigualdad de trato, como tampoco defiende que se trate de forma igual supuestos desiguales.

3.1.4-Infracción del artículo 39 apartados 1, 2 y 4 de la Constitución.

Los recurrentes critican que la Ley 13/2005 con su redacción da la posibilidad de adoptar hijos a las parejas homosexuales, lo cual resultaría inconstitucional por infringir el artículo 39.2 de la Constitución sobre protección integral de los hijos ya que supondría que se antepusiese el deseo de las parejas homosexuales al interés del propio menor, apoyándose también en un informe del Consejo de Estado del 26 de enero de 2005²¹.

consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición.

²⁰ STC 86/1985, de 10 de julio. Fundamento jurídico 3: “La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos» (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico 2.º) y por ello, lo que el artículo 14 de la C.E. impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares.

²¹ STC 198/2010, de 6 de noviembre. Antecedente e). “Aunque esta vulneración se predica de la Ley en su conjunto, el desarrollo de esta alegación se circunscribe al apartado siete de su artículo único, que da una nueva redacción al art. 175.4 CC que abre la posibilidad que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente. Esta previsión resulta contraria, según los recurrentes, al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepone la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes”.

El TC responde a este argumento sin expresarse sobre la cuestión de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, pero sí saliendo al paso a la conexión que hacen los recurrentes del artículo 39 con el artículo 32 de la Constitución ya que la familia y el matrimonio son bienes constitucionales diferentes que se encuentran en distintos preceptos del texto constitucional²². Además, menciona que el artículo 39 de la Constitución también incluye a las familias que no tienen origen en el matrimonio. Con lo cual, y al ver que familia y matrimonio son dos instituciones totalmente diferenciadas, no se podría producir ninguna vulneración del artículo 32 y 39 de forma conjunta.

3.1.5-Otros artículos infringidos según los recurrentes.

Infracción del artículo 53.1 de la Constitución en relación con el artículo 32:

Los recurrentes critican que el reconocimiento de uniones matrimoniales del mismo sexo por parte de la Ley 13/2005 sin ser un derecho constitucionalmente reconocido, conlleva una alteración del matrimonio tal como está recogido en la Constitución en el artículo 32, vulnerando de igual modo el artículo 53.1 de defensa de los derechos del Título 1 por parte de los poderes públicos²³.

El TC responde que este derecho solo se vulneraría si se diese la lesión del artículo 32 en su contenido esencial. Con lo cual, y como no entiende vulnerado el artículo 32, no puede ver infracción al artículo 53.1.

Infracción del principio de jerarquía del artículo 9.3 de la Constitución y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: Los recurrentes

²² STC 19/2012, de 15 de febrero. Fundamento jurídico 5. “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia”.

²³ STC 198/2012, de 6 de noviembre. Antecedente f) “La inadecuación de las normas contenidas en la Ley impugnada también deben entenderse referidas, en su opinión, al art. 53.1 CE, puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art. 32 CE y, por tanto, el art. 53.1 CE.

expresan que debido a la infracción del artículo 32 de la Constitución, también se vería infringido el artículo 9.3 por el principio de jerarquía normativa debido a que la vulneración del artículo 32 y otros preceptos constitucionales por parte de las normas de la Ley 13/2005, daría como resultado la infracción del artículo 9.3.

El TC responde a la argumentación de los recurrentes planteando que el principio de jerarquía no estaría bien aplicado al caso ya que como dice su propia jurisprudencia, la contradicción de una norma con la Constitución resultaría directamente en la inconstitucionalidad de la ley y no en un problema de jerarquía normativa²⁴.

Los recurrentes invocan la infracción del principio de arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 por tratar legislador de manera igual situaciones desiguales, debido a que no se ha respetado el artículo 32 de la Constitución en cuanto a la reserva al hombre y a la mujer del matrimonio que se establecería en favor del hombre junto a la mujer, y que todo ello se haya realizado sin reforma constitucional.

La respuesta del TC a esta argumentación de los recurrentes es que la primera infracción mencionada, el carácter discriminatorio de la ley impugnada se ha basado en un “exceso de igualdad” no censurable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución. En cuanto a la segunda infracción, se reitera a que se ha respetado el límite que marca el artículo 32 de la Constitución, y por lo que respecta a la tercera, el TC alega que no es necesario modificar la Constitución para incluir el matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico.

Infracción del artículo 167 de la Constitución: Los recurrentes critican que se hubiera infringido el artículo 167 de la Constitución debido a que no se habría seguido la

²⁴ STC 91/1998 de 23 de abril. Fundamento jurídico 2. “Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino, pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley.

vía adecuada para reforma el artículo 32 de la misma, optándose en lugar de ello por una reforma legislativa para la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El TC responde diciendo que esta infracción no se puede dar ya que las leyes no pueden afectar a la fuerza normativa de la Constitución debido a que la contradicción entre una ley y el texto constitucional acabaría con la ley siendo declarada inconstitucional. Además, la Ley 13/2005 en ningún momento se ha presentado como un intento de reformar la Constitución. Con lo cual no puede haber vulneración de este artículo. EL Magistrado Andrés Ollero expresa su disconformidad con esta opinión del TC ya que considera que la inclusión de matrimonio de personas del mismo sexo se debería haber hecho por medio de la reforma constitucional prevista en el artículo 167 de la Constitución y no por medio de una ley ordinaria²⁵. Esta misma opinión también la comparte en su voto particular el Magistrado Juan José González diciendo que “La inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el art. 167 CE”.

3.1.6-Conclusion del Tribunal Constitucional.

Como conclusión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, el TC funda su sentencia en la doble dimensión del matrimonio, como garantía institucional y como derecho constitucional. Como garantía institucional, con la extensión del derecho del matrimonio a las personas del mismo sexo, no se hace una institución irreconocible y entra dentro del margen que concede el artículo 32 de la Constitución.

²⁵ STC198/2012, de 6 de noviembre, voto particular Magistrado Andrés Ollero Tassara. “La Sentencia no llega a levantar acta del cambio de paradigma, pero reconoce que al evaluar la reforma del «derecho a contraer matrimonio, ha de partirse de la certeza de que la misma ha introducido importantes matices» (FJ 11), y que «la institución matrimonial, antes de la reforma y después de ella, se ha modificado jurídicamente» (FJ 8). El problema radica en que quien la ha modificado ha sido un legislador coyuntural que, en contra de lo afirmado (FJ 7), no está habilitado para «definir el contenido de la institución», dado que esta tiene una expresa configuración constitucional; tampoco está en condiciones de preservarla «en términos reconocibles», si no es respetando el texto constitucional o modificándolo por la vía del art. 167”.

Con lo cual, y al ser el matrimonio homosexual una extensión del matrimonio, y estar amparado por el artículo 32.1 de la Constitución, el TC afirma que “lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio”.

El profesor De Montalvo hace referencia a que con este fallo el TC “opta claramente por una visión evolutiva de la Constitución, descartando cualquier fórmula que exija seguir la voluntad de los Padres Fundadores, es decir, una interpretación originalista. Lo relevante para el Tribunal son los elementos esenciales del matrimonio que lo hacen socialmente reconocible, no los elementos que constitucionalmente permiten mantener que no se altera lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución”²⁶.

3.1.7-Otras críticas a la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

En primer lugar, el Magistrado Ramon Rodríguez hace referencia en su voto particular a que la descripción de matrimonio que se realiza por parte del pleno es muy enrevesada y se evita hablar de sexo para definir al matrimonio, prescindiéndose con esta definición del componente biológico integrado en el matrimonio. Además, también destaca que la unión matrimonial se destina en parte para la perpetuación de la especie humana, lo cual, no es posible dentro de parejas homosexuales.

El Magistrado Manuel Aragón se refiere en su voto particular a que la forma de la que el Pleno del TC justifica la inconstitucionalidad de recurso hace que la sentencia no sea tan sencilla y clara como le habría gustado ya que bastaba con decir que para la

²⁶ Montalvo Jääskeläinen, F. de. (2017). La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España? *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, (100).

sociedad y para la cultura jurídica la heterosexualidad ya no es únicamente concebida como indispensable en el matrimonio.

El Magistrado Andrés Ollero critica en su voto particular que STC 198/2012 no es capaz de fundamentar su decisión en los criterios tradicionales de interpretación que venía teniendo el TC.

3.2-STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre derecho a la vida e interrupción voluntaria del embarazo.

En esta sentencia, la LO 2/2010, de 3 de marzo, sobre salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, es declarada conforme a la Constitución por el TC tras el recurso interpuesto.

3.2.1-Breve resumen de la STC 53/1985, de 11 de abril, y sus diferencias con la STC 44/2023, de 9 de mayo.

Antes de empezar el análisis de la STC 44/2023, de 9 de mayo, me parece muy necesario también dedicar unas palabras a la STC 53/1985, de 11 de abril, ya que es una sentencia muy relevante para la actual sentencia sobre aborto y para la sentencia sobre el derecho a la eutanasia que analizare después.

La sentencia 53/1985 trae causa de un recurso previo de inconstitucionalidad contra un proyecto de LO que pretendía modificar el artículo 417 bis del Código Penal para despenalizar el aborto en ciertos casos.

En cuanto a las quejas de los recurrentes, podemos encontrar que consideraban que el *nasciturus* entraba dentro de la protección del artículo 15 de la Constitución, que en un Estado Social no cabe la desprotección del derecho a la vida, que se incumplían los principios de legalidad y de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, que la no intervención del padre dentro del proceso del aborto vulneraba los artículos 4 y 39.2 de la Constitución, se incumpliría el deber de los poderes públicos de proteger la vida

humana dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, y por último, se entendía que esta despenalización del aborto en ciertos casos no acabaría con los abortos clandestinos²⁷.

La respuesta del TC al recurso fue declarar inconstitucional la LO que pretendía la modificación del artículo 417 bis del Código Penal, pero no porque el aborto en sí no cupiese dentro de la Constitución, sino por motivos de incumplimiento del artículo 15 de la Constitución. Para el TC, la redacción del sistema de indicaciones que solo admite el aborto de forma excepcional en caso de riesgo grave para la salud física o mental de la mujer embarazada, violación y malformaciones o taras, físicas o psíquicas es constitucional. El TC afirma que al *nasciturus* sí que le corresponde la protección del artículo 15 aunque no es titular del derecho a la vida ya que solo corresponde a las personas ya nacidas, que la protección que le proporciona el artículo 15 no es absoluta. También dice que la vida del *nasciturus* no prevalece sobre los derechos de la madre de forma incondicional, se menciona que no se incumple el principio de seguridad jurídica, que los supuestos de aborto que se quieren implementar son constitucionales. Y, por último, que no es inconstitucional que la decisión de aborto la tome la madre ya que la decisión le afecta primordialmente a ella²⁸.

El TC cree que es necesario marcar diferencias con su anterior pronunciamiento realizado casi 40 años antes sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando por primera vez fue declarado el tribunal como constitucional, ya que, con la nueva sentencia, se pretende variar la jurisprudencia marcada.

Este tribunal ve necesario mencionar que sus sentencias anteriores no son un parámetro de control para el tribunal ya que “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”²⁹.

La primera diferencia que destaca el TC es el procedimiento ya que la STC 53/1985 resuelve sobre un recurso previo de constitucionalidad contra un proyecto de ley

²⁷ STC 53/1985, de 11 de abril. Antecedente 1.

²⁸ STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamentos jurídicos 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

²⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Artículo primero.

orgánica que pretendía regular la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en ciertos casos y la presente ley se dirige contra ciertos artículos de la LO 2/2010 que pretende regularla como derecho de la mujer y como prestación sanitaria.

En segundo lugar, otra diferencia sería la evolución que ha habido desde que se dictó la STC 53/1985 a la actual sentencia, partiendo de una sentencia que se dictó en un momento donde la interrupción voluntaria del embarazo estaba penalizada de forma muy severa, mientras que la sentencia actual se dicta en un plano muy diferente donde lo que se pretende es proteger y garantizar los derechos de las mujeres y de la vida prenatal.

Por todo ello, el tribunal cree que no puede aplicar directamente lo dispuesto por la STC 53/1985 al caso actual.

Los Magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Arnaldo y César Tolosa en su voto particular conjunto critican esta separación de la propia doctrina debido a que esta doctrina ha sido ratificada en sentencias posteriores del TC y en la propia LO 2/2010. La sentencia actual, cambia la doctrina que ha venido dando durante los años, pero lo hace de forma injustificada, no expresando que ha llevado al pleno de la sala a hacer este cambio. La magistrada María Luisa Balaguer tampoco está de acuerdo con la ruptura hecha de la doctrina de la STC 53/1985 debido a que, sí que se produce cierta desconexión de esta sentencia, pero cree que la desconexión con la sentencia de 1985 debería ser mucho más profunda ya que la sentencia actual se basa en parte de los argumentos de la sentencia anterior. En los términos anteriores también se pronuncia en su voto particular la magistrada Concepción Espejel, criticando que el TC se aparte de una sentencia reiterada en otras posteriores y que debería haber servido de análisis para la constitucionalidad de la ley.

3.2.2- La interrupción voluntaria del embarazo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El TC considera que el derecho a la integridad física y moral en conexión con el principio al libre desarrollo de la personalidad ya que estos derechos según lo que dice “exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación”. Al legislador le corresponderá determinar la forma en la que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer para la protección de la vida prenatal garantizando un razonable ejercicio de sus derechos a la mujer.

3.2.3-Infracción del derecho a la vida, a la integridad física y moral en relación con el derecho a la dignidad de la persona de la Constitución y de la doctrina del TC por los artículos 14, 17.2 y 17.5 de la LO 2/2010.

Los recurrentes en este caso argumentan que el sistema de plazos regulado en la LO 2/2010 es una extensión injustificada de lo que era el sistema de indicaciones, lo cual iría en contra de la doctrina del TC que admite el aborto cuando hay grave riesgo para la salud³⁰. Por todo ello la vulneración del artículo 15 de la Constitución vendría dada por no establecer una ponderación adecuada de los valores y bienes en conflicto y no realizar un control de la causa del aborto para que se garantice que la interrupción del embarazo se realiza conforme a la ley. También se critica la información que reciben las embarazadas, y cómo la reciben para tomar la decisión de la interrupción voluntaria del aborto, tal como está recogido en el artículo 17.2 de la LO 2/2010.

La respuesta del TC a los recurrentes es que no cree que haya ningún problema sobre cómo define el término “salud” la LO 2/2010. Los recurrentes consideraban que el término “salud” tal como está definido en la ley podría dar lugar a que se pudiese

³⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11: “En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro» para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9

interpretar un problema grave de salud de forma extensiva, pudiéndose acreditar como un problema grave para la salud algo que no lo es y así poder abortar hasta la semana 22 de embarazo, pero el TC dice que su misión es pronunciarse sobre si una norma se opone a la Constitución y no sobre interpretaciones que se podrían hacer de un artículo, y aun así, el artículo 15 a) deja bien claro que se necesita una indicación terapéutica emitida por un médico especialista que diga que efectivamente existe un grave riesgo en el embarazo y así poder abortar hasta la semana 22³¹, lo cual, también daría un control suficiente a este supuesto de interrupción voluntaria de embarazo. La magistrada Concepción Espejel muestra su disconformidad con esta opinión del TC en su voto particular diciendo que debería haberse efectuado una interpretación conforme que excluyera del concepto «salud», a efectos de aplicación de este precepto, el bienestar social de la mujer.

La información que se le concede a la embarazada sobre las medidas de las que puede ser beneficiaria si no opta por la interrupción voluntaria del embarazo y de las que habla el artículo 17.2 de la LO 2/2010 no es ineficaz como dicen los recurrentes, sino que esa información tiene que cumplir la función de tener la mejor información posible sobre este asunto trascendental. En contra de esta argumentación, los Magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Arnaldo y César Tolosa se muestran disconformes con este punto en su voto particular ya que este artículo no garantizaría que la mujer reciba la información sobre el aborto de forma oral de forma clara y comprensible a no ser que sea solicitado de forma expresa, lo cual incumpliría el artículo 15 de la Constitución por desprotección de la vida prenatal.

³¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Artículo 15 a): “Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen”.

3.2.4-Infracción del principio de seguridad jurídica, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la no discriminación de personas discapacitadas y la doctrina del TC por el artículo 15, letras b) y c) de la LO 2/2010.

En cuanto a las infracciones que señalan los recurrentes, son:

- La infracción del artículo 9.3 se debe a la palabra “anomalía” en la LO 2/2010 ya que no se define este término ni tampoco se especifica cuando la “anomalía” es grave, lo cual generaría inseguridad jurídica.
- En cuanto a la infracción del artículo 14 de la Constitución, se discriminaría a ciertos seres humanos por el hecho de padecer una enfermedad o anomalía graves.
- La vulneración del artículo 15 de la Constitución se daría porque no se respetaría el derecho a la vida de las personas con discapacidad al permitir su aborto, además de permitir interrupciones del embarazo en fetos viables, desprotegiendo así la vida de los mismos y permitiendo que solo se haga con el dictamen de un especialista.
- La infracción de los artículos 43 y 49 de la Constitución se daría por el incumplimiento del deber del Estado de proteger la salud de forma adecuada de personas con discapacidad y enfermedades graves.
- Por último, la vulneración en la doctrina del TC se basa en la STC 53/1985 que habla de que no se le puede exigir a la madre ni a la familia una conducta que se exceda de lo normalmente exigible³². Los recurrentes consideran que actualmente y con las ayudas y el apoyo que se concede, el aborto en caso de embriones que

³² STC 53/1985 de 11 de abril, fundamento jurídico 11: “El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

vayan a padecer algún tipo de discapacidad infringiría lo dispuesto en esta sentencia.

Como respuesta a la primera infracción señalada por los recurrentes, el TC responde que en cuanto a la imprecisión en la ley de los términos “graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” y “enfermedad extremadamente grave e incurable” que vulnerarían el artículo 9.3, sí que tienen cierto margen de apreciación, pero pueden ser interpretados acorde con el sentido idiomático general³³.

En segundo lugar, el TC responde a la vulneración de los artículos 14, 43 y 49 de la Constitución argumentando que el no nacido no es titular de derecho fundamental alguno³⁴, por lo que no se podrían vulnerar los artículos 14, 43 y 49 de la Constitución. Tampoco ningún tratado internacional ratificado por España en el que se obligue a otorgarle el derecho de persona a un no nacido ni de concederle ningún otro derecho.

En tercer lugar, el TC a la vulneración del artículo 15 de la Constitución responde que solo se podrá abortar en estos casos cuando se encuentre en el feto una enfermedad grave e incurable o anomalías incompatibles con la vida, tal como dice el artículo 15 c) de la LO 2/2010. Según el TC, en el caso de anomalías incompatibles con la vida, no cabe otorgar a estos fetos protección del artículo 15 de la Constitución porque no van a nacer, y en el caso de enfermedades graves e incurables, sí que contarían con la protección del artículo 15 pero entra en conflicto con los derechos de la embarazada, que en este caso prevalecen. La magistrada Concepción Espejel Jorquera muestra en su voto particular su disconformidad con este punto ya que se según su opinión se pueden compatibilizar los derechos de la madre con el interés superior de la vida del hijo, aun cuando este padezca una enfermedad grave.

Por último, y en cuanto a la vulneración de la doctrina del TC, el propio tribunal recuerda a los recurrentes que el aborto a partir de la semana 14 hasta la semana 22 por graves anomalías en el feto, se legitima dentro de la STC 53/1985 porque entra dentro de la inexigibilidad de otra conducta. Además, los artículos 10.1 y 15 de la Constitución

³³ STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 10.

³⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 5 y 7. STC 212/1996, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 3. STC 116/1999, de 17 de junio, fundamento jurídico 5.

confieren a la mujer un ámbito de libertad razonable para tomar la decisión que crea oportuna. El no extender el plazo hasta la semana 22 podría desencadenar en que no se pudiesen encontrar las graves anomalías en el feto a tiempo, lo cual afectaría negativamente a la toma de decisión de la madre.

Los Magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Arnaldo y César Tolosa, en su voto particular dicen estar de acuerdo con la decisión de que el artículo 15 letras b) y c) son constitucionales, pero no están de acuerdo con la argumentación ya que, según ellos, el TC se aparta de forma injustificada de su propia doctrina dentro de la STC 53/1985.

3.2.5-Infracción del derecho a la vida, la integridad física y moral por el artículo 12 de la LO 2/2010.

La regulación que hace el artículo 12 de la LO sobre la garantía de acceso de la mujer al aborto, que se hará como más se favorezca a los derechos de la mujer embarazada sería según los recurrentes contrario a la interpretación que hizo la STC 53/1985 del artículo 15 de la Constitución que dijo que ni los derechos de la mujer embarazada ni los del *nasciturus* podían prevalecer unos sobre otros³⁵.

El TC responde a los recurrentes diciendo que lo que pretende el artículo 12 no es más que garantizar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo, respondiendo así al derecho de la maternidad libre elegida. En cuanto a cómo se practica el aborto, es por medio de un especialista en un centro sanitario acreditado con el consentimiento de la mujer, lo que cumpliría la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. Con todo esto, se da cumplimiento al artículo 15 de la Constitución y a la doctrina del TC de que se deben

³⁵ STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamento jurídico 9: “Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, es un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

garantizar la vigencia de los derechos fundamentales por parte del Estado³⁶, y a lo dispuesto en el artículo 8 del CEDH sobre el derecho fundamental a la vida privada. Además, la legalidad de las leyes ordinarias ha de ser interpretada generalmente de la forma más favorable para las personas y los derechos en juego³⁷.

También con la LO 2/2010 se da cumplimiento al artículo 14 de la Constitución sobre la no discriminación por razón de sexo. El TC argumenta que, para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, es necesario dar la posibilidad a las mujeres de interrumpir un embarazo mediante las formas previstas en la ley.

3.2.6-Infracción del derecho a la integridad física y moral, el derecho a la educación de los hijos según la convicción de sus padres, y el derecho a la protección de la infancia por el artículo 13.4 y la disposición final segunda de a LO 2/2010.

Los recurrentes señalan desprotección a los menores en la LO 2/2010 por las siguientes razones:

- En primer lugar, se infringiría el artículo 15 de la Constitución ya que se está la opción de interrumpir su embarazo una menor de edad que carece de la capacidad de juicio suficiente para tomar esta decisión, desprotegiendo así al *nasciturus*.

³⁶ STC 129/1989, de 17 de julio, fundamento jurídico 3: “Esta garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, este Tribunal se ha cuidado de advertir que nada legítima que quienes presten servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares «deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional», de suene que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral» (STC 88/1985, de 19 de junio, fundamento jurídico 2.º)”.

³⁷ STC 76/1987, de 25 de mayo, fundamento jurídico 2. STC 136/1999, de 20 de julio, fundamento jurídico

- La infracción del artículo 27.3 viene dada porque la LO 2/2010 supondría una restricción de los derechos de los padres a formar la conciencia moral de sus hijos y a velar por el bienestar físico y psíquico de los menores de edad. Que un menor pueda abortar solo teniendo que informar a uno de sus progenitores, no respeta el derecho de los padres a educar a sus hijos con sus valores.
- Por último, el artículo 39.4 se vulneraría debido a la indeterminación de los presupuestos de la regulación del aborto en menores de 16 y 17 años, lo cual impide un control efectivo como por ejemplo el momento en el que se debe informar al progenitor o lo que ocurre en los casos de conflicto grave, desprotegiéndose así al menor.

En cuanto a la respuesta del TC, no da una respuesta a las quejas de los recurrentes ya que tal como explica en la sentencia, la LO 2/2010 es modificada en 2015 por la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Esta reforma lo que hace es suprimir el artículo 13.4 de la LO 2/2010³⁸. Con lo cual, según el criterio del TC no hace falta pronunciarse sobre este asunto al estar el artículo suprimido. Por lo que respecta a la LO 1/2023 que modifica la LO 2/2010 volviendo a permitir el aborto sin consultar a los progenitores a las menores de 16 y 17 años, el TC dice que no se puede pronunciar sobre ello ya que “los distintos motivos de inconstitucionalidad que sirven de fundamento a la demanda fueron objeto de deliberación y desestimación por este tribunal en las sesiones plenarias de los días 8 y 9 de febrero de 2023, fecha en la que no se había producido todavía la modificación de la Ley Orgánica 2/2010 por la Ley Orgánica 1/2023”.

También se modifica la disposición adicional segunda de la LO2/2010 incorporando una norma distinta a la que impugnan los recurrentes, por lo que en este caso tampoco ven necesario pronunciarse sobre ello.

³⁸ LO 11/2015, de 21 de septiembre, artículo primero: “Se suprime el apartado cuarto del artículo 13, que queda sin contenido”.

3.2.7- Otros artículos infringidos según los recurrentes.

Infracción del artículo 9.3 de la Constitución en garantía de la seguridad y de la doctrina del TC por el artículo 14 de la LO 2/2010, de 3 de marzo: Los recurrentes alegan que la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución se produce por el artículo 14 de la LO 2/2010, de 3 de marzo, ya que no se especifica desde que fecha hay que empezar a contar para que se produzca la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras catorce semanas, lo cual, produciría inseguridad jurídica³⁹. Además, también se iría en contra de la doctrina del TC al no garantizarse la vida del *nasciturus* y tratarse la vida de este como una de inferior categoría, no dándose al Estado control sobre la protección del *nasciturus* y anteponiéndose los derechos de la madre al derecho de este.

El TC responde a esta argumentación negando la infracción del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, ya que, aunque la fecha de inicio de estas 14 semanas tiene cierto margen de apreciación, se puede definir de forma acorde con el “sentido idiomático general” tal como expresa la doctrina del TC⁴⁰.

Infracción del derecho de libertad ideológica y religiosa y el derecho a la intimidad por el artículo 19.2 de la LO 2/2010: Los recurrentes entienden que la regulación del artículo 19.2 de la LO 2/2010 sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios está restringida de forma injustificada al solo dejar que los sanitarios directamente implicados la puedan objetar. Además, estas restricciones serían contrarias tanto al derecho a la intimidad del artículo 18.1 y a los artículos 16.1 y 16.2 de la Constitución.

³⁹ STC 44/2023, de 9 de mayo. Antecedente a). “se afirma que el art. 14 de la Ley Orgánica 2/2010 vulnera el art. 9.3 CE, pues genera una grave inseguridad jurídica respecto del requisito temporal determinante de la existencia o inexistencia de infracción penal «dentro de las primeras catorce semanas de gestación», al no precisarse el dies a quo desde el que debe iniciarse el cómputo”.

⁴⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 10: “El Tribunal no puede compartir esta alegación de los recurrentes, pues aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

El TC responde a los recurrentes hablando sobre la interpretación que realiza su doctrina sobre el artículo 16.1 de la Constitución, y es que la alegación de objeción de conciencia no es suficiente para liberar a los ciudadanos de los deberes constitucionales⁴¹ ya que sería peligroso para los mandatos jurídicos, aunque no se debe ignorar que mediante la regulación de ciertas materias por parte del legislador se pueda menoscabar la libertad de conciencia. Tampoco la objeción de conciencia está reconocida en nuestro derecho, aunque tal como dice el TC, se puede aplicar de forma excepcional en algunos casos por el legislador⁴². Con lo cual, el TC no considera acertada la opinión de los recurrentes de que se restrinja el derecho a la objeción de conciencia porque es una excepción a la obligación.

Según el TC, el artículo 19.2 de la LO2/2010 tampoco contiene un límite sobre el derecho a objetar, sino que lo que busca es solo garantizar la prestación por parte de las administraciones públicas sobre el aborto. El profesor Zaldibia Luengo está de acuerdo con esta tesis del TC ya que “si este mandato no constituye ningún límite a la objeción de conciencia, tesis que se comparte, no existe razón alguna para aplicar el principio de proporcionalidad”⁴³.

Por último, el TC dice que no habría ninguna infracción de los artículos 16.2 y 18.1 de la Constitución ya que para que se aplique el derecho a la objeción de conciencia se ha de presentar la necesaria colaboración para que el derecho pueda ser efectivo⁴⁴. Con

⁴¹STC 160/1987, de 27 de octubre, fundamento jurídico 3. STC 321/1994, de 28 de noviembre, fundamento jurídico 4. STC 55/1996, de 28 de marzo, fundamento jurídico 5.

⁴² STC 161/1987, de 27 de octubre, fundamento jurídico 3: “La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”.

⁴³ Luengo, P. Z. (2023). Objeción de conciencia al aborto: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. *Herri-ardulariaritzazko Euskal Aldizkaria*, 127, 267-306.

⁴⁴ STC 160/1987, de 27 de octubre, fundamento jurídico 4: “De ahí la necesidad de la interpositio legislatoris. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 C.E.), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo -frente a la coacción externa- en la intimidad personal, en cuando nadie está «obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 C.E.). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece

lo cual, la objeción de que la objeción de conciencia se manifieste anticipadamente y por escrito no iría contra estos preceptos constitucionales. No habría tampoco una colisión entre la objeción de conciencia y el derecho a la intimidad porque se tiene que renunciar por parte de la persona en este caso concreto a mantener ese ámbito de su vida privada en la intimidad para que se pueda aplicar esta circunstancia excepcional, sería necesario por parte de los sanitarios exteriorizarlo para que se pueda aplicar. El ahora exmagistrado del TC Andrés Ollero es extremadamente crítico con la visión del TC en esta sentencia sobre la objeción de conciencia, expresando que “la actitud ante el derecho a la objeción de conciencia, más de una vez considerado fundamental por el Tribunal, es extremadamente restrictiva, apoyándose en algunos pronunciamientos, en su mayoría relativos a algo tan cercano al aborto como el servicio militar”⁴⁵.

Infracción del principio de seguridad jurídica, el derecho de libertad ideológica y religiosa y el derecho a la libertad de cátedra por el artículo 5.1 e) de la LO 2/2010: Los recurrentes aprecian varios problemas en la educación médica tal como está redactada en la LO 2/2010:

- La idea de la educación sanitaria con perspectiva de género recogida en el artículo 5.1 e) de la LO 2/2010 generaría inseguridad jurídica debido a su indefinición, infringiendo así el artículo 9.3 de la Constitución.
- También se incumplirían los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución al obligarse a los poderes públicos a garantizar la educación médica con un sesgo ideológico, no respetándose así la libertad ideológica, religiosa y la libertad de enseñanza e impidiendo el pleno desarrollo de la personalidad que se pretende con la educación.

conformarse con la técnica constitucional: el propio art. 16 ya admite la entrada legislativa al determinar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable, como antes se ha indicado. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental”.

⁴⁵ Tassara, A. O. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca. De Lege Ferenda, 1, 92-97

- La libertad de cátedra reconocida en el artículo 20.1 c) de la Constitución también se vería vulnerada ya que no se puede imponer a los docentes una perspectiva ideológica determinada.

Por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, el TC responde que la expresión “perspectiva de género” tal como está recogida en la LO 2/2010 es conforme a derecho ya que se puede realizar su interpretación tanto mediante los tratados internacionales ratificados por España (Declaración de Beijing de 1995), como por la legislación europea (Tratado de Ámsterdam) y la propia legislación española (Ley 30/2003, de 13 de octubre, y LO 5/2018, de 28 de diciembre) que hacen que esta expresión sea perfectamente interpretable y no genere inseguridad jurídica.

En lo que se refiere a la infracción de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución por incurrirse en adoctrinamiento, el TC responde que la inclusión de la perspectiva de género en la educación sanitaria está orientado a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, lo cual es conforme a tratados internacionales ratificados por España, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o la Resolución de la 60 Asamblea Mundial de la Salud de Naciones Unidas que pretenden medidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer y tratar las cuestiones de género dentro del Estado. Asimismo, dentro de nuestro texto constitucional se aboga por la defensa de los llamados “principios democráticos de convivencia⁴⁶”, entre los que se encuentra la igualdad, y además, en la doctrina del Tribunal Supremo también se afirma que hay que integrar la perspectiva de género como medio para lograr la igualdad entre hombres y mujeres⁴⁷.

⁴⁶ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Art 27.2. “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

⁴⁷ STS 11/2020, de 6 de febrero de 2020, fundamento jurídico 3.3: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos afirma la obligación de jueces y tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”

En cuanto a la infracción de la libertad de cátedra del artículo 20.1 de la Constitución, según el TC este artículo no se infringe ya que, aunque como ha expresado la doctrina del TC, el docente con su libertad de cátedra puede negarse a dar la enseñanza con una orientación ideológica determinada⁴⁸, la LO 2/2010 no pretende imponer ninguna orientación ideológica a los docentes ya que la LO no tiene ninguna orientación ideológica. El profesor Andrés Ollero muestra su desacuerdo con esta postura ya que según la sentencia se obliga a la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo como formación sin tener en cuenta la objeción de conciencia y obligando a alumnos que no estén dispuestos a formarse en esta materia a realizarlos diferenciándolos así del personal sanitario⁴⁹.

Infracción del derecho de libertad ideológica y religiosa y el derecho de la autonomía de las universidades de la Constitución por el artículo 8 de la LO 2/2010:

Los recurrentes creen que la imposición que realiza la LO 2/2010 sobre los programas y currículos universitarios vulnera los artículos 16.1 y 27.10 de la Constitución. El artículo 16.1 se incumpliría por el hecho de no contemplar la objeción de conciencia en la práctica de interrupciones de embarazo sanitarios, y el artículo 27.10 porque una ley no puede imponer la enseñanza de una determinada materia en una universidad.

Por lo que respecta a la infracción de los artículos 16.1 y 27.10 de la Constitución por el artículo 8 de la LO 2/2010, el TC responde que no existe infracción en el artículo 16.1 debido a que la libertad ideológica y de conciencia del artículo 16 no es suficiente para eximir a los ciudadanos de los deberes legalmente establecidos.

El profesor Pablo Zaldibia critica que no se haya realizado en la sentencia una teoría general sobre los límites de la objeción de conciencia, ya que según su opinión “al

⁴⁸ STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 9: En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.

⁴⁹ Tassara, A. O. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca. De Lege Ferenda, 1, 92-97

no precisarse o acotarse el alcance o ámbito de actuación del derecho a la objeción de conciencia, no se proporciona seguridad jurídica a los operadores legales”⁵⁰.

3.2.8- Conclusión del Tribunal Constitucional.

El TC declara toda la LO 2/2010 como conforme con la Constitución, confirmando así el sistema de plazos que viene a sustituir al sistema de indicaciones de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio como constitucional y en cierta medida blindando blindando la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho fundamental de las mujeres amparado dentro del derecho a la libertad personal y a la integridad física y moral, aplicando para ello una doctrina distinta de la seguida dentro de la STC 53/1985, aunque no impidiendo que se pueda regular de forma más restrictiva o más permisiva en el futuro.

3.2.9-Otras críticas a la STC 44/2023, de 9 de mayo.

La magistrada Concepción Espejel Jorquera, en su voto particular realiza otras muchas críticas a la sentencia del pleno como la pérdida de imparcialidad del TC, el indebido uso de la doctrina del “árbol vivo” para resolver el fallo, exceso de jurisdicción al analizar el sistema de plazos completo y no solo los preceptos impugnados de la LO 2/2010 y la creación de un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no recogido en la Constitución mediante la invasión de competencias que no son suyas.

Los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo y César Tolosa en su voto particular conjunto critican sobre la sentencia del pleno que se haya calificado la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho ya que se exceden los límites de control del TC. También critican que se enjuicie el modelo de plazos de la LO 2/2010 en vez de preceptos concretos de la propia ley, al igual que la magistrada Concepción Espejel.

⁵⁰ Luengo, P. Z. (2023). Objeción de conciencia al aborto: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. *Herri-ardulararitzazko Euskal Aldizkaria*, 127, 267-306.

3.3-STC 19/2023, de 22 de marzo, sobre derecho a la vida y a la integridad física y moral.

En esta sentencia, LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, es declarada conforme a la Constitución por el TC tras el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox.

3.3.1. Vulneración de los derechos del artículo 23 de la Constitución debido a vicios en la tramitación parlamentaria de la LO 3/2021.

Los recurrentes tienen varios problemas al respecto:

- Los recurrentes aluden a que la tramitación de la LO 3/2021 se realizó de manera acelerada y además, durante la vigencia de un estado de alarma. Con lo cual, se habría quitado a la ciudadanía y a los parlamentarios de un debate sobre una ley que según los recurrentes altera la concepción de la vida humana tal como se venía teniendo, la cual es el derecho nuclear del resto de derechos recogidos en nuestro Ordenamiento Jurídico.
- En segundo lugar, los recurrentes recriminan que no se haya solicitado el informe del Comité de Bioética durante el proceso legislativo, tal como está recogido en la Ley de investigación biomédica⁵¹.
- Por último, los recurrentes critican que no se haya solicitado el correspondiente informe del Consejo General del Poder Judicial para la tramitación parlamentaria de la ley tal como dice la LO del Poder Judicial⁵².

⁵¹ Ley 14/2007, de 3 de julio. Artículo 78.1.a: “Son funciones del Comité de Bioética de España: emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes”.

⁵² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Artículo 561.1: Se someterán a informe del Consejo General del Poder Judicial los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre las siguientes materias: modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinación y modificación de las demarcaciones judiciales, así como de su capitalidad, fijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y

El TC responde que la queja primera queja de los recurrentes carece de relieve jurídico-constitucional ya que la LO 3/2021 no fue tramitada por el procedimiento de urgencia y tampoco se puede observar que durante el estado de alarma se menoscaben efectivamente los derechos de los parlamentarios a participar en el procedimiento legislativo de la regulación de la eutanasia, no relacionándose este tema con anterior doctrina dictada por el tribunal durante el Estado de alarma.

En cuanto a la segunda queja, el TC alega que tal como expresa la doctrina del tribunal, las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren en ningún caso la emisión de ningún tipo de informe previo⁵³. Tampoco quedan sujetas a valoraciones que puedan hacer expertos sobre la materia que se pretende legislar por parte de las Cortes Generales.

La última queja es respondida por el TC diciendo que no es necesario solicitar el informe del Consejo General del Poder Judicial ya que no lo necesita al no cumplirse las condiciones del artículo 561.1 de la LOPJ⁵⁴ al no tratarse de un anteproyecto de ley, sino de una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso.

magistrados, estatuto orgánico de Jueces y Magistrados, estatuto orgánico de los Letrados de la Administración de Justicia y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales, normas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales, leyes penales y normas sobre régimen penitenciario y cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna.

⁵³ STC 215/2016, de 15 de diciembre, fundamento jurídico 5.

⁵⁴ LO 6/1985, de 1 de julio. Artículo 561.1: Se someterán a informe del Consejo General del Poder Judicial los anteproyectos de ley y disposiciones generales que versen sobre las siguientes materias:

- 1.ª Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2.ª Determinación y modificación de las demarcaciones judiciales, así como de su capitalidad.
- 3.ª Fijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y magistrados.
- 4.ª Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados.
- 5.ª Estatuto orgánico de los Letrados de la Administración de Justicia y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.
- 6.ª Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales.
- 7.ª Normas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales.
- 8.ª Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario.
- 9.ª Cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna.

3.3.2-Impugnación por motivos sustantivos de la LO 3/2021.

Según los recurrentes, la eutanasia no se podría legislar en nuestro ordenamiento jurídico debido a que el derecho a la vida es absoluto que debe ser protegido incluso frente a su titular y no existe un derecho a la muerte, que no hay suficiente fundamento constitucional para justificar el derecho a la eutanasia y que el derecho a la vida quedaría desprotegido. Además, exigir que el Estado provocase la propia muerte de una persona también iría en contra del derecho a la vida. También alegan una imprecisión a la hora de definir “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”⁵⁵.

El TC responde a los recurrentes diciendo que ni la Constitución ni el CEDH exigen una protección a la vida de carácter absoluto oponiéndose a la voluntad libre de la persona y tampoco resulta compatible con la consideración de la persona que hace la propia Constitución. El TC se refiere a que poner fin a la propia vida de forma libre y consciente por parte de una persona que está padeciendo sufrimiento extremo por causas medicas graves e incurables “es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”. Este derecho según el TC lleva al Estado a la obligación de habilitar los medios para que la persona que cumpla con los puntos mencionados pueda elegir sobre su muerte en condiciones de libertad y dignidad. Aunque el legislador se tiene que encargar de establecer medidas suficientes para los bienes y derechos que se puedan ver afectados por esta decisión, cosa que ha hecho al configurar la prestación a morir basándose en los siguientes elementos:

1. La exigencia de que concurran dos presupuestos materiales (decisión de la persona y una enfermedad incurable que provoque gran dolor y sufrimiento) y cuyos términos están bien definidos.

⁵⁵ LO 3/2021, de 9 de mayo. Artículo 5.1.d: Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable.

2. Una intervención estatal obligatoria en el proceso previo de toma de decisión del paciente.
3. Un control administrativo obligatorio y ex post compatible con los controles que pudieran sustanciarse en vía judicial
4. La previsión de que el incumplimiento de las garantías previstas en la propia Ley dará lugar a las responsabilidades civil, penal, administrativa, y estatutaria o profesional que correspondan, manteniéndose para tales casos la penalización de la eutanasia.

Con lo cual, el TC descarta la inconstitucionalidad sustantiva que alegaban los recurrentes contra el conjunto de la LO 3/2021.

En la respuesta a la impugnación por motivos sustantivos, el magistrado Enrique Arnaldo cree que el TC se excedió en el alcance y los límites de control de constitucionalidad que corresponde al tribunal ya que se reconocería un nuevo derecho fundamental que se definiría como “derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas” que se deriva del derecho a la integridad física y moral. Con ello el magistrado considera que se cierra la puerta a otros modos de regulación de la eutanasia imponiendo el modelo de la LO 3/2021 como el único posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La magistrada Concepción Espejel destaca que no está de acuerdo con la interpretación del artículo 15 de la Constitución ya que considera que “la regulación de la eutanasia sería una excepción al deber estatal de protección de la vida, que es como se contempla en la mayoría de los países de nuestro entorno”.

3.3.3-Impugnación de los artículos 7.2, 8.4, 17, 18 a) párrafo cuarto y la disposición final primera de la LO 3/2021.

Como queja, los recurrentes aluden a que no se establecen unas garantías mínimas para protección adecuada del derecho a la vida ya que se pueden recurrir resoluciones

desfavorables sobre la eutanasia, pero no resoluciones que estén en favor de la eutanasia, lo cual, iría en contra de los artículos 24, 53.2 y 106 de la Constitución por imposibilitar control judicial a una decisión administrativa que decide sobre la vida de una persona. El artículo 18 a) párrafo cuarto establecería un plazo demasiado breve desde la aprobación de la eutanasia para su prestación, lo cual impide salvaguardar el derecho a la vida incumpliendo de igual forma los artículos 24, 53.2 y 106 de la Constitución. La disposición final primera vulneraría la dimensión procedimental del artículo 15 de la Constitución ya que eliminaría el deber del Estado de investigar las causas de una muerte, infringiendo también así los artículos 24, 106 y 117 de la Constitución.

Como respuesta a la crítica de la imposibilidad de recurrir una resolución favorable a la eutanasia, el TC responde en ningún caso el legislador cierra la posibilidad a la impugnación de una resolución que reconozca el acceso a la prestación de la eutanasia “por vicios de voluntad en la solicitud del paciente, por la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica o, entre otras hipótesis concebibles, a causa de irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento” teniendo legitimación para ello las personas que menciona la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁵⁶. También por parte del Ministerio Fiscal, que tiene la facultad de interponer recurso contencioso-administrativo para la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

En cuanto a la queja de los recurrentes de que se da un plazo demasiado corto entre la resolución favorable sobre la eutanasia y la realización de la misma, el TC responde que la administración según el artículo 103.1 de la Constitución, debe cumplir con el principio de eficacia⁵⁷ y que no es incompatible con el artículo 24.1 del de deriva la potestad jurisdiccional de adopción de medidas cautelares y de suspensión de ejecución. Con ello se entiende que satisface ya que el derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del TC “se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte

⁵⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio. Artículo 19.1 a): “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”.

⁵⁷ Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311. Art 103.1: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

menester, resuelva sobre la suspensión”⁵⁸. Tampoco la LORE dice nada sobre la exclusión de la posibilidad de solicitar la suspensión del reconocimiento de la prestación de ayuda a morir. Además, el artículo 18 a) de la LORE no exime a la administración sanitaria de observar la doctrina constitucional, dando lugar a que según la doctrina del TC se pueda llevar a cabo la suspensión de este acto administrativo⁵⁹. También el TC aclara que en ningún momento el artículo 18 a) no establece que la eutanasia deba hacerse en un plazo ineludible de 7 días. El plazo de 7 días no se refiere a la decisión definitiva sobre la realización del procedimiento, se refiere a que frente a la denegación de la solicitud de eutanasia o frente a la denegación del médico responsable.

Por último y en cuanto a la queja de los recurrentes sobre la vulneración del artículo 15 de la Constitución por la disposición final primera de la LO debido al deber del Estado de investigar las causas de la muerte, el TC responde que, según el TEDH, el artículo 2 del CEDH obliga a investigar la muerte de una persona siempre que así se requiera para determinar las responsabilidades por la muerte, pero esa doctrina no es aplicable al caso de las muertes por eutanasia de la LORE ya que la propia doctrina del TEDH dice que “cuando la muerte es resultado de una eutanasia practicada en el marco de una legislación que la autoriza con subordinación a condiciones estrictas, una investigación penal no es, en general, exigible”⁶⁰, aunque el TC utiliza la sentencia de modo orientativo ya que el caso es diferente. La magistrada Concepción Espejel Jorquera considera que las consideraciones del TC sobre la doctrina del TEDH no son correctas ya que se llegan a conclusiones distintas a las alcanzadas dentro de su jurisprudencia. También el profesor y catedrático Fernando Rey critica que solo se use la doctrina del TEDH a efectos orientativos diciendo que no es el parámetro de control que se utiliza en España, aunque utilizando esa doctrina para justificarse después⁶¹.

⁵⁸ STC 66/1984, de 6 de junio, fundamento jurídico 3.

⁵⁹ STC 78/1996, de 20 de mayo, fundamento jurídico 3: “En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica”.

⁶⁰ STEDH 78017/17 Caso Mortier vs Bélgica.

⁶¹ Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27(2), 297-336.

3.3.4-Impugnacion de los artículos 3 d), e) y h), 5.1 c), 5.2, 6.4, 9, 12 a) apartado cuarto y la disposición adicional sexta, párrafo segundo de la LO 3/2021.

Los recurrentes tienen varios problemas con este punto:

1. En primer lugar y en cuanto al concepto de “situación de incapacidad de hecho” dentro de la Ley 3/2021, se manifiesta “falta de calidad de la ley” en los artículos 3 h), 5.2 y en la disposición adicional sexta ya que estos artículos según los recurrentes, omiten los criterios para apreciar la incapacidad de hecho en un paciente, además de que la incapacidad de hecho la tiene que dictar un órgano administrativo que es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud omitiendo cualquier intervención judicial.
2. Los recurrentes también critican la documentación previa para solicitar la eutanasia en caso de incapacidad de hecho debido a falta de calidad de la ley por una grave indeterminación causada por los artículos 5.2 y 6.4 ya que se hace que para solicitar la eutanasia en este caso sirva cualquier documento en el que hubiese recogido su deseo de morir. Además, de que quien se encuentre en situación de incapacidad de hecho, no puede solicitar que se posponga o se revoque la solicitud de morir tal como dice el artículo 6.3 de la LORE.
3. También se critica la valoración de la incapacidad de hecho recogida en los artículos 5.2 y 3 d) ya que la incapacitación se lleva a cabo al margen de la autoridad judicial por medio del médico responsable cuando considere que la incapacidad del paciente es inminente tal como dice el artículo 5.1.c de la LORE.
4. Por último, los recurrentes critican que la incapacidad pueda ser solicitada por una persona distinta del paciente, en este caso el médico encargado. Lo cual, iría en contra de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Constitución.

Como respuesta, el TC se posiciona en favor de la argumentación dada por el abogado del Estado alegando que, de darse una situación de incapacidad en un paciente, los requisitos para solicitar la prestación de la eutanasia no se dejan al criterio del médico

responsable, ya que solamente se podrá reconocerse el derecho a la eutanasia si el paciente lo ha solicitado de forma anterior tal como dice el artículo 5. 1.a⁶² de la LORE. Lo que se hará, es comprobar que el paciente no tiene posibilidad de prestar su consentimiento por medio de documentación previa.

En cuanto a la queja de los recurrentes de la definición de la situación de incapacidad de hecho, el TC considera que se encuentra bien definida en la ley ya que el artículo 3 h de la LORE se encarga de su definición y se refiere a ello como la “situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”, y esta definición no ofrecería ningún problema para la comprensión de la incapacidad de hecho.

Por lo que respecta a la crítica de los recurrentes al “documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos”, el TC responde que es requisito indispensable para recibir la eutanasia que el paciente que no fuese consciente hubiese dejado la documentación necesaria de antemano para recibirla. Además, no se podrá solicitar la eutanasia por medio de un consentimiento por representación. Por lo que respecta al documento previo para solicitar la eutanasia no existe problema alguno con él ya que existía en nuestro ordenamiento jurídico y además, es un documento que es revocable en cualquier momento tal como dice el artículo 11.4 de la Ley 41/2002⁶³ por quien sea mayor de edad, capaz y consciente. La decisión de obtener la eutanasia debe ser libre, voluntaria y consciente y manifestada por quien se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. El magistrado Enrique Arnaldo critica dentro de su voto particular que cuando transcurre cierto tiempo entre el otorgamiento del testamento vital y la concurrencia de la eutanasia en una persona incapacitada, no se puede asegurar que esa decisión siga siendo firme. También la

⁶² Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo. Artículo 5.1.a: Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos:

a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

⁶³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Artículo 11.4: Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

magistrada María Luisa Balaguer dice que cree que esta justificación no es suficiente para disipar las dudas de inconstitucionalidad

Ante queja de los recurrentes sobre la valoración de la situación de incapacidad de hecho, el TC responde que corresponde valorar conforme a pautas y criterios de exigencia médica a los médicos responsables y consultores sin perjuicio de que pueda llegar a intervenir el control administrativo y finalmente a la autoridad judicial. Además, como garantías procedimentales para que se conceda la eutanasia será necesaria la autorización del médico responsable y del médico consultor que pertenecerán a equipos diferentes necesitara tener formación en la patología del paciente, al igual que la autorización de la comisión de garantía y evaluación, y en su caso, la autorización de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con lo cual, esta queja de los recurrentes no puede ser estimada. El magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla no está de acuerdo con esta afirmación del pleno del tribunal ya que él en su voto particular considera que el legislador tenía que haber aplicado en la LO 3/2021 medidas de protección mayores para los derechos y bienes constitucionales en juego. La magistrada Concepción Espejel tampoco está de acuerdo con cómo se define la incapacidad de hecho dentro de la sentencia ya que destaca múltiples errores en la definición de incapacidad de hecho realizada por la ley y la forma en la que la defiende en la sentencia el TC.

Por ultimo y en cuanto a la queja de los recurrentes de que la solicitud de eutanasia para un paciente pueda ser solicitada por el medico que lo trata vulnerando así el artículo 18.1 de la Constitución, el TC responde que la LORE no prevé en ningún caso que se pueda solicitar la muerte de una persona declarada en incapacidad de hecho. Lo que si se permite es que un tercero traslade la voluntad del paciente que quiera solicitar la eutanasia⁶⁴, por lo que un tercero no puede solicitar la eutanasia para otro si no se predispuso así en su día.

⁶⁴ Ley 3/2021 de 13 de marzo. Artículo 6.4: En los casos previstos en el artículo 5.2, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia. En tal caso, dicho médico que lo trata estará legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la Comunidad

3.3.5-Impugnación del artículo 5.2 segundo párrafo, 17.5 y la disposición adicional sexta de la LO 3/2021.

Los recurrentes tienen varios problemas con estos preceptos ya que según ellos “dejan la determinación de aspectos sustanciales sobre, nada menos, que el fin de la vida humana y la extinción del derecho fundamental a la vida, a disposiciones absolutamente indefinidas en su contenido que no ostentarían ni siquiera rango reglamentario”:

1. En primer lugar y en cuanto al artículo 5.2 párrafo segundo y la disposición adicional sexta, los recurrentes sostienen que se habilita a un organismo administrativo como es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para las valoraciones de las situaciones de incapacidad de hecho interpretando con ello que “la apreciación de una incapacidad de hecho por el médico responsable [...] permite obviar el consentimiento directo e inmediato de la persona para provocar su propia muerte”.
2. En segundo lugar, se denuncia la inconstitucionalidad del artículo 17.5 debido a que se da la orden al Ministerio de Sanidad junto a los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación reunirse anualmente para la homogeneización de criterios y el intercambio de buenas prácticas para la prestación de la eutanasia. Además, también se denuncia la inconstitucionalidad del primer párrafo de la disposición adicional sexta ya que ordena al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaborar un manual de buenas prácticas para la puesta en práctica de esta ley de forma correcta, lo cual, para los recurrentes no se puede hacer ya que estas cuestiones tienen que quedar perfectamente determinadas dentro de la LO.

En cuanto al primer problema de los recurrentes, el TC se refiere a un argumento que ya expuso anteriormente diciendo que el concepto de incapacidad de hecho queda

Autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con la letra d) del punto 1 del artículo 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

perfectamente definido en los artículos 3 h) y 5.2 de la LORE. Además, los protocolos de actuación a los que se refieren los recurrentes lo que hacen es referirse a la valoración de la situación de incapacidad de hecho en el caso concreto por el médico responsable. Con lo cual, no existe indeterminación en la ley.

Por lo que respecta a la segunda queja de los recurrentes, el TC responde que es evidente que ninguno de los preceptos de la LORE da el deber a órganos administrativos de la regulación de aspectos cubiertos por la ley, ni tampoco quiere decir que lo recogido en la LORE incurra en falta de calidad de la ley. Ni el artículo 17.5 ni el párrafo segundo de la disposición adicional sexta se refieren al marco normativo previsto por el legislador orgánico, solo procuran que la LORE se aplique de forma uniforme en todo el territorio nacional sin complementar a la LORE en un plano normativo.

3.3.6-impugnación del artículo 16.2 y la disposición final tercera de la LO 3/2021.

Los problemas de los recurrentes con estos preceptos de la LORE son los siguientes:

1. Los recurrentes critican el rango de ley ordinaria que la disposición adicional tercera da al artículo 16.1 por afectar a la objeción de conciencia en la práctica de la eutanasia, que es una parte fundamental del derecho a la libertad ideológica y religiosa.
2. También se critica el artículo 16.2 de la LORE debido a que el registro de objetores de conciencia es contrario a la Constitución debido a que el registro de objetores de conciencia significa señalar a los médicos que se niegan a participar en la colaboración de la muerte de una persona lo que podría producir riesgo de discriminación e ir en contra del artículo 16.2 de la Constitución que exige a cualquier persona de declarar sobre sus creencias. También se deja que se pueda salir del registro de objetores de conciencia a lo largo del ejercicio profesional, lo cual, no se muestra como un instrumento idóneo para la complejidad del tema. Por último, esto iría en contra del principio de proporcionalidad ya que no es necesario ni adecuado crear un archivo interno de objetores de conciencia.

Como respuesta, el TC en primer lugar responde que, aunque la objeción de conciencia pueda llegar a ser alegada en un juicio no significa que sea un derecho fundamental que tenga que ser desarrollado por LO. La única forma de objeción prevista en la Constitución se encuentra en el artículo 30.2 y solamente afecta a los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución⁶⁵. El magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla no está de acuerdo con esta argumentación del pleno ya que declara que, si se declara que la objeción de conciencia no es un derecho fundamental que se tenga que desarrollar por LO, lo que habría que haber hecho era declarar el rango de ley del artículo 3.f de la LORE.

En segundo lugar, el TC responde que la inscripción en el registro de objetores de conciencia no condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia ya que para que sea oficial hay que manifestarla por adelantado y por escrito. Su función es garantizar que la prestación de ayuda a morir se aprestada efectivamente. Además, el registro de objetores de conciencia se somete al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal. El ejercicio de la objeción de conciencia por parte del sujeto no puede permanecer en su esfera íntima ya que con él se exime el cumplimiento de un deber. Por ello, el objetor debe presentar la necesaria colaboración para facilitar la tarea a los poderes públicos.

3.3.7-Conclusion del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional declara toda la LO 3/2021 conforme a la Constitución argumentando que cabe reconocer “una facultad de autodeterminación consciente y

⁶⁵ STC 160/1987, de 27 de octubre. Fundamento jurídico 2: “Lo expuesto nos lleva a una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (sección 1.ª del cap. II, título I) relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales, ya que el derecho, *nominatim*, no está, en efecto, en esa lista constitucional de derechos y porque, además, dicha fórmula se corresponde literalmente con la del epígrafe de la sección 1.ª del capítulo II del título I de la Constitución, deduciéndose de ello en principio que es a esa sección, y sólo a esa sección, a la que se refiere el art. 81.1 y no a cualesquiera otros derechos reconocidos fuera de ella. Lo que la doctrina de este Tribunal hace es delimitar el ámbito y alcance de una determinada garantía (art 81.1 referido a la sección 1.ª), sin prejuzgar la existencia de otros derechos y de otras garantías, pero a los que no se extiende la de la Ley Orgánica”.

responsable de la propia vida que cristalizaría en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)”. EL TC también dice que “en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual libre y consciente de darse muerte por propia mano”. No se atribuye al derecho a la vida un valor absoluto, por lo que no se impide el reconocimiento de poder decidir sobre la propia muerte.

Con esta conclusión es crítico el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla ya que en su voto particular dice que “lo que no tiene sustento es alumbrar un pretendido derecho constitucional a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas con anclaje en el derecho a la integridad física y moral (a la integridad personal, si se prefiere) del art. 15 CE, como una suerte de derecho fundamental al que la citada ley habría venido precisamente a dotar de efectividad”. También la magistrada Concepción Espejel Jorquera se pronuncia en similares términos.

El profesor y catedrático de la Universidad de Valladolid Fernando Rey Martínez está de acuerdo con la conclusión del TC en parte ya que considera que “el derecho a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico está vinculado con la dignidad humana y

el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y con el derecho fundamental de integridad personal (art. 15 CE)”⁶⁶, pero que además habría que añadir los derechos de libertad real y efectiva y el derecho de libertad ideológica. Además, no estaríamos ante un derecho nuevo como justifica el TC, sino que estaríamos ante una nueva facultad de un derecho existente.

⁶⁶ Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(2), 297-336.

3.3.8- Otras críticas a la STC 19/2023, de 22 de marzo.

La magistrada María Luisa Balaguer Callejón critica la incoherencia en la que cae la sentencia del pleno ya que los presupuestos en los que se basa para resolver las críticas de los recurrentes ya que sus conclusiones no son consecuentes con las premisas del enjuiciamiento que previamente se han sentado.

La magistrada Concepción Espejel Jorquera considera que dentro de la LORE no se da relevancia a la existencia de cuidados paliativos y que la sentencia del pleno no lo tiene en cuenta a la hora de pronunciarse en el fallo. También considera que no se ha tenido en cuenta por parte de la sentencia que no se especifique en la LORE la cualificación que deben tener los sanitarios para realizar el procedimiento de la eutanasia y en los procedimientos en los que el paciente no se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales. Critica también que el procedimiento de selección del médico responsable y el medico consultor para la realización del procedimiento no garantiza la independencia ni la imparcialidad.

El profesor y Catedrático de la Universidad de Valladolid Fernando Rey Martínez destaca la contradictoria opinión del TC al decir que el derecho a la autodeterminación de la propia muerte no supone una injerencia en la vida ni como derecho fundamental, ni como bien constitucional, pero por otra parte dice que, si no se ponen las medidas de protección adecuadas, el derecho a la vida podría resultar lesionado. También destaca que la STC 19/2023 “es extensísima, desordenada, escrita de manera premiosa y las contradicciones y reiteraciones se suceden sin solución de continuidad”⁶⁷. Se critica que la sentencia solo se limite a declarar que la LORE cumple unos mínimos de protección sin entrar en sistemas mejores al actual.

⁶⁷ Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27(2), 297-336.

3.4-Otras sentencias relevantes en relación con “los nuevos derechos”.

3.4.1-La STC 75/2024, de 8 de mayo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta sentencia trata sobre la reforma realizada en el Código Penal por la LO 4/2022, de 12 de abril para penalizar el acoso que reciben las mujeres embarazadas que acuden a las clínicas a interrumpir de forma voluntaria su embarazo por personas en contra de esta práctica.

Los recurrentes en este caso entienden que se ha vulnerado varios derechos fundamentales de las personas que intentan impedir las interrupciones voluntarias del embarazo de forma pacífica como la exigencia de taxatividad, el derecho de libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución y el derecho de libertad de expresión del artículo 20. Además, también se verían vulnerados los derechos de igualdad, manifestación, intimidad y reunión.

El TC entiende en este caso que la penalización de la conducta recogida en la LO 4/2022 no es un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales que mencionan los recurrentes ya que se considera que estos actos la intención que tienen es impedir el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Lo que se sancionaría en estos casos según el TC no son expresiones de la libertad de opinión sino “conductas de acoso atentatorias a la libertad de terceros para el ejercicio de sus derechos”⁶⁸. Con lo cual, lo que intenta hacer la LO 4/2022 no sería otra cosa más que proteger un derecho constitucional como es la interrupción voluntaria del embarazo por parte de las mujeres que lo deseen, y también se pretende proteger un ámbito de libertad que pretende la igualdad entre hombres y mujeres mediante la garantía de los derechos sexuales y

⁶⁸ STC 75/2024, de 8 de mayo. Fundamento jurídico 5.

reproductivos, todo ello en conexión con el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral.

Por todas las argumentaciones dadas, el TC decide desestimar el recurso interpuesto.

3.4.2-La STC 92/2024, de 18 de junio contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

Esta sentencia trata sobre la reforma realizada de la LO 2/2010 por la LO 1/2023 que vuelve a incluir la interrupción voluntaria del embarazo para las menores de 16 y 17 años sin necesidad de tener que informar a sus padres, además de incorporar un registro de objetores de conciencia por autonomía para que quien lo sea tanto en la sanidad pública o privada, se incluyen las bajas por reglas incapacitantes, se regula una baja de parto a partir de la semana 39 de embarazo. Por último, con esta reforma también se regula la distribución de métodos anticonceptivos gratuitos.

Los recurrentes impugnan varios de los apartados del artículo único de la LO 1/2023 por vulneración de varios preceptos constitucionales, en concreto los artículos 1, 9.3, 14, 15, 16.1, 18.4, 27.3, 39.2, 39.3 y 103.1 de la Constitución.

En respuesta a este recurso, el TC argumenta que el artículo 16.1 de la Constitución no se puede ver vulnerado por lo expuesto en la STC 44/2023 donde se defiende que el enfoque de género en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo no se convierte en adoctrinamiento, sino que es un enfoque para promover la igualdad entre mujeres y hombres⁶⁹. También el enfoque de género de esta ley estaría de acuerdo con los artículos 1.1 respetando el principio de igualdad como valor superior del OJ, con el artículo 9.2 por crear condiciones para que la igualdad y la libertad sean efectivas y con el artículo 14 por defender el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

⁶⁹ STC 44/2023, de 9 de mayo. Fundamento jurídico 10.

Tampoco existe ningún tipo de discriminación por motivos ideológicas ya que los preceptos recurridos de la LO 1/2023 no vulneran los artículos 14 y 16.1 de la Constitución debido a que la diferencia de trato que se establece dentro de la ley responde a una diferencia de trato justificada objetivamente y razonable.

Otra vulneración que se descarta es la del artículo 103.1 de la Constitución debido a que lo que pretende el legislador con la LO 1/2023 es la defensa del interés general y con lo cual se pueden fomentar la participación de organizaciones que concurran a la satisfacción del interés general.

La infracción del artículo 27.3 de la Constitución también es descartada ya que no se produce ningún tipo de abuso por la inclusión de la educación sexual, y si llegase a existir un abuso el OJ tiene medios suficientes para ponerle fin.

También se descarta la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debido a que la LO 1/2023 si que cuenta con una justificación racional según el TC.

Por lo que respecta a la vulneración del artículo 39.3 de la Constitución por la inclusión de la capacidad de las mujeres de 16 y 17 años para prestar consentimiento por si mismas para interrumpir voluntariamente sus embarazos, el TC responde que su doctrina dice que los menores son titulares de todos los derechos fundamentales⁷⁰. La jurisprudencia del TC permite al legislador regular la capacidad de los menores según su madurez. Para que hiciese falta el consentimiento dado por sus representantes legales, sería necesario que la menor entre 16 y 17 años careciese de capacidad intelectual o emocional para conocer el alcance de la intervención a la que se quisiera someter⁷¹. Además, tampoco se impone un modelo en el que se deba privar de toda capacidad de obrar a los menores de edad. Con lo cual, la opción seguida por el legislador en esta LO es constitucional.

Por lo que respecta a la queja de los recurrentes de que se eliminan requisitos previstos en la LO 2/2010 para la protección de las madres y de la vida del *nasciturus*, el

⁷⁰ STC 141/2000, de 29 de mayo. Fundamento jurídico 5.

⁷¹ STC 148/2023, de 6 de noviembre. Fundamento jurídico 4.

TC responde que no se produce ninguna vulneración ya que solo se modifica la LO 2/2010 sin eliminar nada de la misma.

Por ultimo y en cuanto al registro de objetores de conciencia incluido en la LO 1/2023, el TC no ve discriminatorio que haya un registro en el que se tengan que incluir las personas objetoras de conciencia y no todos los sanitarios. Además, el tratamiento de los datos recogidos en estos registros de objetores de conciencia se realiza con el debido cuidado y según la legislación vigente.

Por todas estas razones dadas, el TC considera completamente constitucional la LO 1/2023 de reforma de la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

3.4.3- La STC 78/2023, de 3 de julio de 2023 sobre Vulneración del derecho a la integridad física y moral: lesión causada por la derivación a una clínica privada, ubicada fuera del territorio autonómico, para la práctica de la interrupción del embarazo.

Esta sentencia trata sobre la solicitud de una interrupción voluntaria del embarazo debido a una grave enfermedad del feto que se realiza en una clínica privada de Madrid a pesar de no haberse acreditado la objeción de conciencia por parte de los sanitarios murcianos a realizar el procedimiento. La mujer a la que le fue aplicada la intervención solicitó una indemnización al Servicio Murciano de Salud al considerar que la aplicación de esta intervención la había causado daños. Además, según la recurrente no se le realizó el trato debido por los profesionales sanitarios ni se le informó sobre el riesgo que podría tener su embarazo ni tampoco la posibilidad de interrumpir su embarazo, lo cual alargó su espera 6 semanas.

El TC responde a este recurso expresando que no se pueden comprobar los tratos vejatorios realizados por el personal sanitario. Tampoco hubo ningún tipo de ocultamiento por parte de los facultativos del Servicio Murciano de Salud sobre el desarrollo del embarazo ni sobre la enfermedad del feto, y tampoco se pusieron obstáculos para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Tampoco se puede

deducir que las pruebas que se le realizaron en una clínica privada no se le fueran a haber realizado en la sanidad pública. Por último, sí que puede considerarse probado que desde el Servicio Murciano de Salud la recurrente fuese derivada a una clínica privada de Madrid, lo cual no fue correcto ya que se establece en la LO 2/2010 que la interrupción voluntaria del embarazo se debe llevar a cabo en centros públicos salvo excepción.

Con todo lo expuesto, el TC en su fallo considera que se ha vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la recurrente al derivarla a un centro privado de Madrid para la práctica de su interrupción voluntaria de embarazo.

4- LA DOCTRINA DEL “ARBOL VIVO” DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

4.1-Concepto y origen de la doctrina de “árbol vivo”.

El concepto de “árbol vivo” es una doctrina que tiene su origen en Inglaterra y es una concepción en la que las Constituciones de las democracias contemporáneas cuyo significado ha de adaptarse a los cambios sociales que se van produciendo sin infringir la literalidad de la Constitución.

El origen del uso de esta expresión se remonta a Inglaterra, perteneciendo así a la tradición de la *common law*, el cual, es diferente a nuestro modelo. La primera vez que se menciona el término “árbol vivo” es en la Sentencia Edwards del Comité Judicial del Privy Council del Reino Unido en el año 1929. Se trata del caso en el que Emily Murphy se presenta al cargo de senadora federal, pero se rechaza su candidatura ya que en la Constitución canadiense se entendía que la palabra “persona” solo era aplicada a los hombres y no a las mujeres y era una condición de elegibilidad para el cargo. El Privy Council del Reino Unido justifica su decisión diciendo que “La exclusión de las mujeres de todos los cargos públicos es una reliquia de días más bárbaros que los nuestros” y explicando que no se debe limitar la interpretación de la Constitución a una interpretación estricta, sino que debería darse en este caso una interpretación más liberal acorde con los nuevos tiempos que se estaban viviendo.

4.2- Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El desarrollo de la doctrina de “árbol vivo” en la jurisprudencia del TC se basa en 3 sentencias que son la STC 198/2012 de 6 de noviembre, la STC 44/2023, de 9 de mayo y la STC 19/2023, de 22 de marzo.

En primer lugar y en cuanto a la STC 198/2012, la aplicación de la doctrina del “árbol vivo” se realiza en torno al artículo 32 de la Constitución. El TC reconoce que el artículo 32 se refiere al hombre y a la mujer como titulares del derecho pensando en la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el ámbito del matrimonio y no buscando el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero tampoco prohibiéndola. En este punto, el TC justifica la validez del matrimonio homosexual y su conformidad con el artículo 32 de la Constitución mediante la interpretación de la Constitución como un “árbol vivo” debido a que la nueva regulación desarrolla el matrimonio según la cultura jurídica actual sin hacerla irreconocible para la sociedad española basándose para ello en el derecho comparado, el convenio internacional de los derechos humanos, las estadísticas de la amplia aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España y la doctrina científica que es mayormente favorable al reconocimiento de este tipo de uniones.

En cuanto a la doctrina de “árbol vivo” en la STC 44/2023, de 9 de mayo es mucho más simple que en el resto de las sentencias y el TC se limita a justificar el empleo de esta doctrina por el enfoque evolutivo que realiza el TEDH al interpretar el Convenio de Roma, además, de que el TC dice que tiene que interpretar la sentencia atendiendo al contexto histórico.

Por último y en cuanto a la STC 19/2023, de 22 de marzo se invoca la doctrina de “árbol vivo” afirmando que “la Constitución es un árbol vivo que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta⁷²”. Lo que se quiere decir con esto es que la Constitución no puede ser interpretada al pie de la letra como fue escrita, sino que tiene que ir adaptándose a los nuevos tiempos y a los cambios sociales del futuro para así poder seguir siendo la base y el pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

En opinión del profesor Fernando Rey considera innecesario el uso de la doctrina del “árbol vivo” ya que considera que tanto el matrimonio homosexual como la eutanasia y la interrupción voluntaria del embarazo no son nuevos derechos, sino que serían ampliaciones de derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución. Con lo cual, lo que habría hecho el TC, es estimar el criterio evolutivo para justificar la constitucionalidad de estos “nuevos derechos” que precisamente es un método más complicado⁷³.

⁷² STC 19/2023, de 22 de marzo. Fundamento jurídico 6.

⁷³ Rey Martínez, F. (2023). La interpretación de la Constitución como “árbol vivo: una metáfora espiciosa (pendiente de publicación).

5- CONCLUSIONES

Primera: la Constitución Española es la base de nuestro ordenamiento jurídico y es un texto que, en sus 46 años de vigencia, sus primeros 25 años han servido para el desarrollo de derechos fundamentales allí recogidos mediante leyes. En este tiempo se ha visto que la interpretación literal de la Constitución no siempre es lo más recomendable debido a la evolución de la sociedad y de ciertos derechos que no se pueden interpretar exactamente tal como se redactaron 46 años atrás.

Segunda: el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo se tramitó por medio de una proposición de ley del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados. Se aprobó el 1 de julio de 2005 y dio lugar a la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y lo que hizo fue modificar el Código Civil para equiparar los matrimonios de personas del mismo sexo al matrimonio de personas de distinto sexo. El TC se pronunció al respecto al recurso interpuesto por el Grupo Popular del Congreso a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo justificando su argumentación en que el derecho del matrimonio no se hace una institución irreconocible por la inclusión del matrimonio homosexual dentro de los posibles matrimonios, siendo así el matrimonio homosexual una extensión del derecho recogido en el artículo 32.1 de la Constitución. En mi opinión, sí que existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo que se encuentra dentro del artículo 32.1 de la Constitución ante la no negativa de la legislación ya que así se puede deducir de la interpretación de este artículo tal como dice el TC y entendiendo su interpretación mediante el artículo 14 de la Constitución que prohíbe la discriminación por razón de sexo.

Tercera: El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo se empieza a regular con la LO 9/1985, de 5 de julio con la que se desarrolla el sistema de indicaciones que permite la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de posible daño para la salud de la madre y del feto, o en casos de delito de violación tras la declaración de constitucionalidad del aborto en estos supuestos en la STC 53/1985. Posteriormente se aprobó la LO 2/2010, de 3 de marzo con el que se implanta el sistema de plazos, con el que se permite la interrupción del embarazo a las mujeres mayores de 16 años sin ningún tipo de impedimento durante las 12 primeras semanas, y hasta las 22 primeras semanas siempre que haya grave riesgo para la salud del feto o de la madre. Mediante la STC 44/2023, de 9 de mayo el TC declaró el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho fundamental de las mujeres que se ampara dentro del derecho a la libertad personal y a la integridad física y moral, pero no prohibiendo poder realizar en el futuro regulaciones más restrictivas. En mi opinión, la interpretación del TC sobre el aborto es correcta, aunque con algunos errores como decidir romper con la anterior

doctrina de la STC 53/1985 alegando la diferencia entre el caso de aquella sentencia y el caso actual, pero utilizando esa sentencia a su conveniencia para justificar algunas partes de su argumentación. Además, la forma en la que está redactada la sentencia me parece errónea ya que dificulta su lectura y su entendimiento tal como dice en su voto particular la Magistrada María Luisa Balaguer y además de ser demasiado larga y contradictoria en algunas ocasiones, repitiéndose de manera recurrente tal como opina Fernando Rey⁷⁴. Es un derecho que se podría regular de una forma pero que tendría una base que no se podría restringir para garantizar el derecho.

Cuarta: El derecho a la eutanasia se reconoce como expresión del derecho a la autodeterminación de la muerte en circunstancias extraordinaria. Este derecho fue aprobado el 24 de marzo de 2021 dando lugar a la LO 3/2021 sobre constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos. Lo que hizo esta LO es permitir la práctica de la eutanasia en determinados casos cuando el paciente sea de nacionalidad española, padezca una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave y haya formulado dos veces de manera escrita su deseo de recibir esta prestación. El TC declaró en la STC 19/2023, de 22 de marzo que el derecho a la vida no tiene un valor absoluto y con lo cual no se impide decidir sobre la propia muerte, creándose así el derecho a la eutanasia como un nuevo derecho. También se apoya en su argumentación de que el derecho a la eutanasia se recogería en el artículo 15 de la Constitución y estaría también en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Mi opinión aquí coincide con la de Fernando Rey al ver que con lo que nos encontramos no es un nuevo derecho como afirma el TC, sino ante una “facultad de un derecho fundamental ya existente, que es la libertad de decisión de las personas para elegir cuándo y cómo morir en un contexto eutanásico”⁷⁵.

⁷⁴ Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(2), 297-336.

⁷⁵ Rey Martínez, F. (2023). La interpretación de la Constitución como “árbol vivo: una metáfora espiciosa (pendiente de publicación).

Quinta: La teoría del “árbol vivo” aplicada por el Tribunal Constitucional ha servido para argumentar la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, la LO 2/2010, de 3 de marzo y la LO 3/2021, de 24 de marzo. Esta doctrina se ha usado de modo necesario pero erróneo y un poco caótico al tratar como nuevos derechos a ampliaciones de contenido de derechos fundamentales, si bien se acude a ella innecesariamente cuando nuestra legislación como sostiene el profesor Fernando Rey ya que se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁶.

6- BIBLIOGRAFIA

Álvarez, I. (2024). Rezar es delito: comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GRRnayk76JLlOZZQ-- KLRyDa3W2nDX_vupawUNP6JPeb6OyjnQVcOxj4NcLZUymrpnzeoaxNDKCUwX7 sned6s2gk4ZpYAf7u48LjTiBNVw8lX5VJyyYfqhC1- 12ps78941LDCiRc4_l8TV6D8NotbZb-_5hzUKlKgCnGCgLmTmG-

⁷⁶ ⁷⁶ Rey Martínez, F. (2023). La interpretación de la Constitución como “árbol vivo: una metáfora espiciosa (pendiente de publicación).

UsID74SFjcfMBBodjsrwxusl-tz0zcRvZ4kH_9n45L2AYU-
MVH2z9wbiCq1bfEAAAA=WKE

Chueca Rodríguez, R. (2024). Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 251-290.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.130.08>

Diccionario médico. Clínica Universidad de Navarra. (s. f.).
<https://www.cun.es>. <https://www.cun.es/diccionario-medico>

Luengo, P. Z. (2023). Objeción de conciencia al aborto: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. *Herri-arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*, 127, 267-306. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.127.2023.07>.

Montalvo Jääskeläinen, F. de. (2017). La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España?. *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, (100).
<https://doi.org/10.14422/icade.i100.y2017.004>

Picón, F. R. (2023). Reflexiones sobre la STC 44/2023, de 9 de mayo y la injustificable demora del Tribunal Constitucional. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11.

Portilla, M. (2012). "Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y Tribunal Constitucional: una sobria ensayo los Constitucionalidad Del Primero y Los Límites de la Actuación del segundo" *Revista General de Derecho Constitucional*.

Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(2), 297-336.

Rey Martínez, F. (2023). La interpretación de la Constitución como “árbol vivo: una metáfora espiciosa (pendiente de publicación).

Ruiz, B. R. (2023). *Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9214424>

Tassara, A. O. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca. *De Lege Ferenda*, 1, 92-97. <https://doi.org/10.30827/dlf.1.2023.28938>

Torres-Díaz, M.C. (2023). Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo: Sobre el derecho a la autodeterminación de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(2), 252–256. Sección: Crónica de Legislación – Derecho Constitucional. Ediciones Universidad de Salamanca.

Torres-Díaz, María Concepción (2023). ¿Qué dice Tribunal Constitucional sobre la Ley orgánica de regulación de la eutanasia? Apuntes sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11 (diciembre 2023). ISSN: 1889-4380.

Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 14. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/2147>

Waluchow Wilfrid J. (2009). Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el *common law*. Universidad Cambridge.

Zamora, J. L. F. (2018). *Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7031687>

7- JURISPRUDENCIA

Constitución Española 1978. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

STC 129/1989, 17 de julio «BOE» núm. 189, de 09 de agosto de 1989.
BOE-T-1989-19265.

STC 136/1999, 20 de julio «BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 1999. BOE-T-1999-
17665.

STC 141/2000, de 29 de mayo «BOE» núm. 156, de 30 de junio de 2000
BOE-T-2000-12312.

STC 148/2023, 6 de noviembre «BOE» núm. 301, de 18 de diciembre de 2023.
BOE-A-2024-9839.

STC 16/1999, 17 de junio «BOE» núm. 162, de 8 de julio de 1999. BOE-T-1999-15024.

STC 160/1987, 27 de octubre «BOE» núm. 271, de 12 de noviembre de 1987.
BOE-T-1987-25336.

STC 184/1990, 15 de noviembre BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1990. BOE-T-
1990-29360.

STC 19/2012, 15 de febrero «BOE» núm. 61, de 12 de marzo de 2012. BOE-A-2012-
3534.

STC 198/2012, 6 de noviembre «BOE» núm. 286, de 28 de noviembre de 2012. BOE-A-
2012-14602.

STC 215/2016, 15 de diciembre «BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2017. BOE-A-2017-
650.

STC 32/1981, 28 de julio «BOE» núm. 193, de 13 de agosto de 1981
ECLI:ES:TC:1981:32.

STC 321/1994, 28 de noviembre «BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1994.
BOE-T-1994-28697.

STC 44/2023, 9 de mayo «BOE» núm. 139, de 12 de junio de 2023. BOE-A-2023-13955.
STC 5/1981, 13 de febrero «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 1981. ECLI:ES:TC:
1981:5.

STC 53/1985, 11 de abril «BOE» núm. 119, de 18 de mayo de 1985.
BOE-T-1985-9096.

STC 55/1996, 28 de marzo «BOE» núm. 102, de 27 de abril de 1996. BOE-T-1996-9371.

STC 56/1984, 6 de junio «BOE» núm. 141, de 14 de junio de 1989. BOE-T-1989-13598.

STC 75/2024, 8 de mayo de 2024 «BOE» núm. 140, de 10 de junio de 2024
BOE-A-2024-11773.

STC 76/1987, 25 de mayo «BOE» núm. 137, de 09 de junio de 1987.
BOE-T-1987-13601.

STC 78/2023, 3 de julio de 2023 «BOE» núm. 184, de 3 de agosto de 2023.
BOE-A-2023-17864.

STC 81/1982, 21 de diciembre «BOE» núm. 13, de 15 de enero de 1983. ECLI:ES:TC:
1982:81.

STC 86/1985, 10 de julio «BOE» núm. 194, de 14 de agosto de 1985.
BOE-T-1985-17395

STC 88/1985, 19 de junio «BOE» núm. 194, de 14 de agosto de 1985.
BOE-T-1985-17397

STC 9/2023, 22 de febrero «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2023. ECLI:ES:TC:
2023:9.

STC 91/1998. 23 de abril «BOE» núm. 120, de 20 de mayo de 1998. BOE-T-1998-11713.
STC 92/2024, 18 de junio. ECLI:ES:TC: 2024:92.

STC 94/2023, de 12 de septiembre «BOE» núm. 244, de 12 de octubre de 2023. BOE-A-
2023-21156.

STEDH 78017/17 Caso Mortier vs Bélgica de 4 de octubre de 2022 (Demanda núm. 78017/2017).

STS 11/2020, 6 de febrero de 2020, Poder Judicial. TS 364/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:364.

8- LEGISLACIÓN

Declaración de Beijing. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 15 de septiembre de 1995.

Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007. BOE-A-2007-12945.

Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. «BOE» núm. 167, de 14/07/1998. BOE-A-1998-16718.

Ley 3/2021 de 13 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. «DOE» núm. 45, de 08/03/2021, «BOE» núm. 192, de 12/08/2021. BOE-A-2021-13834.

Ley 30/2003 de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. «BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 2003. BOE-A-2003-18920.

Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002. BOE-A-2002-22188.

Ley Orgánica 11/2015 de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 227, de 22/09/2015. BOE-A-2015-10141.

Ley Orgánica 13/2005, 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Publicado en «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005. BOE-A-2005-11364.

Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Publicado en «BOE» núm. 55, de 04/03/2010. BOE-A-2010-3514.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Publicado en «BOE» núm. 72, de 25/03/2021. BOE-A-2021-4628.

Ley orgánica 5/2018 de 28 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en

materia de violencia de género. «BOE» núm. 314, de 29 de diciembre de 2018. BOE-A-2018-17988.

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985. BOE-A-1985-12666.

Ley orgánica 9/1985 de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Publicado en «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 1985. BOE-A-1985-14138.

Ley Orgánica de 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 «BOE» núm. 51, de 01/03/2023. BOE-A-2023-5364.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Tratado de Ámsterdam sobre modificaciones sustantivas del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y de determinados actos conexos de 2 de octubre de 1997.