

**EL DERECHO DE LA MUJER A DECIDIR SOBRE  
EL PARTO COMO VERTIENTE DE SU INTIMIDAD.  
STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO (RTC\2022\66)**

**Women's right to decide about childbirth  
is part of their right to privacy. STC 66/2022,  
of June 2 (RTC\2022\66)**

**ANA LAURA CABEZUELO ARENAS**  
**Universidad de Sevilla**  
analaura@us.es

**Cómo citar/Citation**

Cabezuelo Arenas, A. L. (2023).

El derecho de la mujer a decidir sobre el parto como vertiente de su intimidad. STC 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66).

*Derecho Privado y Constitución*, 43, 89-120.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.03>

(Recepción: 22/06/2023; aceptación tras revisión: 16/10/2023; publicación: 29/12/2023)

**Resumen**

En este trabajo se estudia la incidencia de la STC 66/2022, de 2 de junio, en la resolución de los conflictos materno-fetales y en la configuración de la intimidad y autodeterminación femeninas a propósito del dictado de una orden judicial. Esta impuso a una embarazada el ingreso en un hospital para inducirle el parto, aun cuando la mujer quería dar a luz en su domicilio.

**Palabras clave**

Libertad; intimidad y autodeterminación de la mujer; derecho de la embarazada a rechazar un tratamiento; solicitud judicial; cesárea forzosa para salvar al feto.

**Abstract**

This paper studies the incidence of STC 66/2022 of June 2, 2022 on the resolution of fetal-maternal conflicts and the configuration of female privacy and self-deter-

mination regarding a Court order that imposed on a pregnant woman the non-voluntary admission to a hospital to induce labor, even though the woman wanted to give birth at home.

**Keywords**

Woman's rights of privacy and autonomy and self-determination; rights of a pregnant woman; hospital's petition requiring judicial permission; cesarean section to deliver the fetus.

## SUMARIO

---

I. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS. II. EL DERECHO A DECIDIR SOBRE LA MATERNIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA MUJER SEGÚN LA STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO (RTC\2022\66). III. ¿DESCONOCIERON LOS DERECHOS DE LA MUJER LOS AUTOS RECURRIDOS? IV. EL TRATAMIENTO DE ESTE CONFLICTO MATERNO-FETAL EN EE. UU. V. ¿CÓMO FUNDAMENTÓ LA DECISIÓN RECURRIDA LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS MATERNOS?: 1. Fisuras en el razonamiento del TC al objetar que la juzgadora invocara el artículo 29 CC. 2. Bondades de la solución del artículo 17.9 LOPJM ignoradas por la juzgadora. VI. EL DERECHO A PERMANECER UNIDOS A PERSONAS DE NUESTRO CÍRCULO FAMILIAR NO FORMA PARTE DEL ARTÍCULO 18.1 CE. INCOHERENCIAS DEL TC E IMPACTO EN ESTA VERTIENTE DE LA INTIMIDAD FEMENINA. VII. CONDICIONANTES DE LA ELECCIÓN DEL PARTO DOMICILIARIO. VIII. ¿ESTAMOS EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO EN EL DERECHO DE DAÑOS? *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El seguimiento del embarazo de doña CP se hacía en los servicios sanitarios del Hospital Universitario de Asturias, que detectaron graves anomalías en una de las revisiones. En aras de ser sintéticos, diremos que la gestación se prolongaba ya alarmantemente, pues atravesaba la semana cuarenta y dos, lo que aconsejaba practicar un control del bienestar fetal y, acaso, inducir el parto. La mujer, que tenía intención de alumbrar en su casa, refirió que consultaría en la medicina privada y volvería, mas no contactó de nuevo con dicho servicio. Al contrario, solicitó los informes escritos pertinentes, a fin de que otros profesionales externos tuvieran conocimiento detallado de su situación y pudiera alumbrar en su propio domicilio.

En vista de su falta de comparecencia, los responsables del servicio público dirigieron un escrito al juzgado solicitando autorización para ingresarla y, de ser preciso, inducirle el parto. Razonaron que el feto estaba expuesto a graves riesgos que aconsejaban esa intervención.

El Ministerio Fiscal emitió un informe favorable, entendiendo que dicho ingreso encajaba en la LJV y en los arts. 29 y 158.6 CC, así como en los arts. 9.6 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y 15 CE. El juzgado ordenó el traslado y la Policía se personó en el domicilio de la recurrente para acompañarla en una ambulancia hasta el hospital.

La cuestión nuclear de esta sentencia gira en torno a decidir si este parto hospitalario, aun cuando la recurrente deseaba originariamente someterse a uno natural en su domicilio, entrañó un desconocimiento de sus derechos a la libertad, intimidad (arts. 17 y 18.1 CE) e integridad física (art. 15 CE). O si la preservación de la vida del *nasciturus* debió prevalecer sobre aquellos, como entendió la juzgadora.

## II. EL DERECHO A DECIDIR SOBRE LA MATERNIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA MUJER SEGÚN LA STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO (RTC\2022\66)

La STC (Pleno) 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66), marcará un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su labor ha sido fecunda cuando hubo de resolver sobre una negativa a recibir tratamiento cimentada en el credo del paciente<sup>1</sup>. Pero esta es la primera vez que el tribunal se enfrenta a la colisión del derecho a la autodeterminación de la madre con la vida del *nasciturus*, en orden a imponer una modalidad de parto que diverge de la originariamente planificada por la mujer.

Al avalar este sacrificio de los derechos de la gestante, se contiene aquí un alegato jurídico en favor de la vida del no nacido verdaderamente reseñable. Especialmente en el presente contexto social, donde su valor parecía haberse depreciado definitivamente por mor de las sucesivas reformas legislativas acaecidas, y que acaban de ser refrendadas con la desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LO 2/2010, de 3 de mayo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, por la STC de 9 de mayo de 2023.

El paso más relevante de la STC 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66), consiste en localizar en el derecho a la intimidad de la mujer la decisión de ser madre y, por extensión, la de escoger cómo se desarrollará dicho proceso. Será este el aspecto sobre el que versará principalmente nuestro estudio, sin perjuicio de que nos detengamos también en otras cuestiones colaterales reflejadas en esta magnífica sentencia.

Siendo una materia ligada estrictamente a su persona, pues la gestación y el alumbramiento comprometen, además, el sustrato corporal de la mujer y su integridad física (art. 15 CE), es ella quien ha de proveer al respecto, por ser suyos los derechos en juego. Con lo que, atinadamente, la sentencia rechaza

---

<sup>1</sup> La archiconocida STC de 18 de julio de 2002 (RTC 2002\154) sobre el menor testigo de Jehová se convertiría en un paradigma en este tipo de conflictos.

que la pareja de hecho de doña CP tenga legitimación activa para interponer un recurso de amparo, por no dirimirse en el proceso la conculcación de derechos fundamentales sobre los que ostentara titularidad alguna. También se la niega a la hija menor de ambos, que se hallaba en el seno materno al tiempo de decretarse el internamiento y carecía de personalidad. Todo lo más, encarnaría entonces un valor susceptible de protección constitucional contra-puesto, además, a los derechos que asistían a la recurrente, que eran los únicos conceptuados como derechos fundamentales.

### III. ¿DESCONOCIERON LOS DERECHOS DE LA MUJER LOS AUTOS RECURRIDOS?

Para la STC 66/2022, de 2 de junio, la ausencia de una disposición legal que regule expresamente el ingreso forzoso de la gestante no descarta la posibilidad de introducir límites en su intimidad, siempre y cuando se actúe conforme al principio de ponderación, esto es, sin que se observe manifiesta desproporción entre el sacrificio que se impone a la mujer y la finalidad que se pretende conseguir.

Considera que en el presente caso se daban todos los componentes para prescindir excepcionalmente del trámite de audiencia de la madre utilizando el trámite procedimental del art. 733 LEC<sup>2</sup>. Refiere que el juzgado contaba ya con los informes de los médicos que examinaron a la paciente en el hospital y donde se reflejaba la prolongación excesiva del embarazo. Aduce, asimismo, que aquellos ya advirtieron a la gestante y a su pareja sobre los riesgos que ello comportaba y el peligro de que derivara en hipoxia fetal cuando doña CP les comunicó que proyectaba dar a luz en su domicilio.

Como objeto en su voto particular el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, esto equivaldría a decir que, existiendo un informe técnico o científico del que se diera traslado al juez, la parturienta poco o nada tendría que opinar. Planteamiento que no parece de recibo. Para prescindir de su intervención no basta con constatar la existencia de un riesgo acreditado documentalmente, sino que hemos de estar ante una verdadera emergencia. Pero entender que no era preciso dar audiencia a la mujer porque esta ya había sido prevenida en su momento por los mismos médicos que se dirigieron después al juzgado exponiendo sus argumentos científicos, nada añade en refuerzo de que no

---

<sup>2</sup> El art. 733 LEC autoriza excepcionalmente a actuar de esta manera cuando «el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar».

respetara esta garantía procedimental. En ese sentido, entendemos fundada la crítica contenida en el voto particular de este magistrado denunciando que, estableciendo esta ecuación, se corre el peligro de sembrar un precedente para prescindir en lo sucesivo de la voluntad de la mujer y supeditarla a cuanto tengan a bien decidir por ella los médicos. Se coadyuva, dice, a reavivar un proceso de «cosificación de la mujer» que ya entendíamos superado.

El quid de la cuestión estaría en demostrar que se atajó una verdadera emergencia, punto este que no queda claro tampoco en la sentencia. Existen discrepancias acerca de si el suceso acaeció en un marco temporal tan apremiante que impidiera tomar en consideración cuáles eran las razones que llevaron a doña CP a refugiarse en su hogar en lugar de seguir el consejo médico. Si bien la sala mayoritariamente aceptó que se imponía proceder con celeridad, incluso prescindiendo de dar audiencia a la gestante, otros magistrados se han desviado de este parecer. Opondrán estos últimos que los acontecimientos no se precipitaron tan vertiginosamente como para excusar que este trámite procedimental no se acatara. En cualquier caso, nuestra sentencia desestima esta queja contra la actuación judicial basada en que doña CP no fuera oída por el juez antes de adoptar la medida, e insiste en que cualquier retraso hubiera tenido fatales consecuencias y habría incrementado el riesgo vital que se cernía ya sobre la criatura y la recurrente. En su FD 6 da por zanjada la cuestión:

Con fundamento, pues, en todas estas circunstancias, hemos de considerar que, excepcionalmente, el necesario trámite de audiencia a la gestante, pudo ser omitido, en aras de poder atender la urgencia que requería una respuesta motivada del órgano judicial a la comunicación presentada y a la solicitud de ingreso obligatorio interesada por los servicios médicos del HUCA de Oviedo. La omisión del preceptivo trámite de audiencia únicamente queda justificada por la extremada urgencia en que el juzgado de guardia hubo de actuar para preservar la vida del *nasciturus*.

De ser cierto entonces, como sostiene la sala mayoritariamente, que la emergencia surgió realmente y se imponía reaccionar con celeridad, varios datos avalarían, a nuestro entender, que se desestimara el recurso.

Primero. Cotejando nuestra sentencia con la dictada en el segundo recurso de amparo interpuesto por doña CP y resuelto por STC (Pleno) 11/2023, de 23 de febrero de 2023, (RTC\2023\11), tenemos conocimiento de cuáles eran los detalles del plan de parto de la recurrente. En él doña CP solo aclaró que no quería someterse a un parto instrumental ni a cesárea injustificadamente, en tanto que, en una coyuntura donde tuviera que decidirse sin dilación para asegurar que madre e hija saldrían sanas y salvas, ese tipo de intervención estaría más que legitimada. Habrá que colegir entonces que la planificación de doña CP, y, por ende, su voluntad, se respetó escrupu-

losamente, pues la práctica litigiosa no fue realizada rutinariamente, que era lo temido por la gestante y cuanto proscibía en ella. Antes al contrario, respondió a la imperiosa necesidad de preservar vidas y fue indispensable<sup>3</sup>. Como expondremos más adelante, es conforme a la jurisprudencia del TEDH que la privacidad de la mujer haya de ceder cuando colisione con otros intereses. Concretamente, cuando el método o lugar de alumbramiento pongan en peligro la vida del futuro hijo, atendidas las particulares condiciones que presenta el embarazo.

Segundo. Ya en el hospital, la recurrente solicitó anestesia epidural, aun cuando originariamente había descartado su administración en dicho plan. Se desvinculó entonces de tales indicaciones y prefirió contar con un soporte anestésico, retractándose de lo dicho. Autorizó, acto seguido, las pruebas indispensables para descartar su alergia a ese compuesto y, surgida esta contraindicación, se atuvo a una segunda alternativa ofrecida por el médico. Consta, además, su consentimiento a la cesárea y el de su pareja, que no ha de plasmarse por escrito, bastando que sea expreso e inequívoco. Doña CP se desdijo entonces de cuanto contenía su trazado en tales puntos. Enmendó algunos extremos y consintió *in situ* unos cambios en el curso del parto.

Tercero. Doña CP permaneció sin ningún tipo de vigilancia en el hospital, paseando por las estancias con plena autonomía. Y previamente ni ella ni su pareja mostraron oposición alguna a ser conducidos al hospital cuando la Policía se personó en su domicilio. Doña CP fue consultada sobre la conveniencia de someterse a una cesárea, visto que el parto vaginal se reveló impracticable finalmente, y se atendieron todas sus peticiones y rectificaciones sobre su diseño originario.

#### IV. EL TRATAMIENTO DE ESTE CONFLICTO MATERNO-FETAL EN EE. UU.

La STC 66/2022, de 2 de junio de 2022 (RTC\2022\66), escenifica, por lo demás, un conflicto materno-fetal ampliamente debatido en otras latitudes, donde no se ha seguido una línea uniforme sobre el alcance del derecho de autodeterminación de la mujer. Disparidad que apreciamos también en nuestra sentencia, donde varios magistrados disienten de la opinión mayoritariamente sustentada por la sala.

En EE. UU. se han producido giros pendulares en la manera de solventar los conflictos maternofiliales, ora dando primacía al bienestar fetal, ora

<sup>3</sup> *Vid.* antecedente de hecho n.º 8.

otorgándosela a la madre, de manera que su decisión libre e informada no quedase anulada o subordinada a aquel.

Una primera tendencia apostaría por el bienestar fetal. En el caso *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*, la Corte Suprema de Georgia avaló el 3 de febrero de 1981 la decisión del juez inferior imponiendo la cesárea, al ser la única manera de salvar a madre e hijo, según el criterio médico<sup>4</sup>.

Idéntica resolución adopta la Corte Superior de la División Civil del Distrito de Columbia en el caso *Madyun*. La mujer llevaba 48 horas de parto vaginal y pasadas 60 horas continuaba sin hacer progresos. Ni ella ni su marido eran partidarios de una cesárea que pugnaba, además, con su religión. Sin embargo, el hospital obtuvo autorización judicial y la llevó a término para que sobreviviera la criatura.

Digno de mención es el caso *Pemberton v. Tallahassee Mem. Regional Med. Ctr., Inc.*, 66 F. Supp. 2d 1247 (ND Fl. 1999)<sup>5</sup>, resuelto el 13 de octubre de 1999 por el Tribunal Federal de Distrito Norte de Florida. El parto casero se complicó y la señora Pemberton no contaba con asistencia médica. Aun cuando se personó en el servicio de emergencias del hospital, la gestante no albergaba intención alguna de permanecer en ese centro. Tan solo pidió una vía intravenosa para regresar a su domicilio y reanudar allí sus intentos por dar a luz. El hospital obtuvo una orden judicial y practicó la cesárea. Se adujo que el nacimiento era inminente y el riesgo de lesiones o muerte fetal, elevadísimo.

Para la señora Pemberton esa cesárea forzada supuso una violación de sus derechos constitucionales a la autonomía personal y libertad. El tribunal dismantela una por una todas estas objeciones que se reproducen, asimismo, en nuestra STC 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66). De entrada, refuta que hubiera sido privada ilegalmente de su libertad, por cuanto la medida se sustentó en una orden judicial motivada. En apoyo de la decisión judicial que autorizó *in extremis* la cesárea, confronta su contenido con el del caso *Roe V. Wade*<sup>6</sup>, para escenificar que la magnitud del sacrificio era menor en el actual. En efecto, en el caso *Roe V. Wade* se le impuso a la mujer tener un hijo contra su voluntad. Se trataba de un feto que presentaba viabilidad y estaba justificado que el estado tuviera interés en proteger la vida de la criatura a partir de ese instante. Pero a Pemberton, en cambio, no se le obligaba a tener un hijo

<sup>4</sup> Disponible en: <https://tinyurl.com/ymuvmxxz>.

<sup>5</sup> Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Norte de Florida - 66 F. Supp. 2d 1247 (ND Fla. 1999), 13 de octubre de 1999. Disponible en: <https://tinyurl.com/ykrc63n5>.

<sup>6</sup> Disponible en: <https://tinyurl.com/4m5mc352>.

no deseado —se adujo—, sino únicamente a variar el método de alumbramiento, con lo que el grado de intromisión en su privacidad era de menor intensidad. En otras palabras, con esta comparación el tribunal quiso dejar constancia de que solo se trataba de vencer la resistencia de la actora en cuanto a la modalidad de parto, partiendo de la base de que quería tener ese hijo. Presunción que haremos extensible a doña CP, toda vez que agotó con creces el plazo para interrumpir su embarazo dentro de la legalidad.

Seguidamente, y esto nos interesa especialmente, sopesa ese precedente norteamericano que la inminencia del nacimiento impidió celebrar un procedimiento contradictorio sin limitaciones. Recuerda que, excepcionalmente, los tribunales relajaron o incluso prescindieron del trámite de audiencia cuando se reveló indispensable para solventar con éxito una emergencia. Esto surge igualmente en nuestro caso, comoquiera que doña CP cuestionó que se hubieran respetado las garantías procesales al adoptarse la medida sin escucharla previamente. Para la mayoría de los magistrados se trató de una decisión razonable que vino impuesta por la urgencia de la situación. Apreciación que, como adelantábamos, no todos comparten, pues los magistrados Sanz Valcárcel y Montalbán Huertas ponen en entredicho en sus respectivos votos particulares que aconteciera una emergencia real que justificara proceder *inaudita parte*. Se hará hincapié, entre otras cosas, en que los acontecimientos transcurrieron entre los días 24 y 26 de abril, tiempo más que suficiente, se objeta, para que el órgano judicial hubiese podido dar trámite de audiencia a la gestante antes del parto, a fin de conocer sus razones y circunstancias personales y emitir, tras ello, una decisión verdaderamente ponderada.

A mayor abundamiento, retomando el análisis de los precedentes norteamericanos, apreciamos una segunda tendencia que puso el foco, esta vez, en los derechos de la mujer. Para sus partidarios, no tiene sentido que estos sean coartados al albur de miramientos o deferencias para con un ente carente de personalidad. Máxime cuando el precio que pagar consistía en exponer a la gestante a perder su propia vida. En nuestra sentencia, algún voto particular está próximo a este planteamiento, como seguidamente mencionaremos.

El caso *Baby Doe v. Mother Doe*<sup>7</sup>, resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Illinois, serviría de arquetipo para la defensa de la autodeterminación femenina. La señora Doe no transigió a la hora de someterse a una cesárea, a pesar de que se la advirtió de que, si no cedía, el niño moriría o nacería con retraso mental. Adujo que confiaba en que la Providencia la salvaría. Tampoco su esposo, que compartía sus ideas religiosas, la disuadió al respecto. Se activó

---

<sup>7</sup> Tribunal de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito. Sentencia de Segunda Sala confirmada. 632 NE2d 326 (Ill. App. Ct. 1994).

un procedimiento para obtener una orden judicial que impusiera esta intervención. El Tribunal de Apelaciones de Illinois concluyó el 5 de abril de 1994 que “la elección competente de una mujer al rechazar un tratamiento médico tan invasivo como una cesárea durante el embarazo debe respetarse incluso en circunstancias en las que la elección pueda ser perjudicial para el feto”.

En *In Re Brown* se dio prioridad, asimismo, a las creencias de la mujer, testigo de Jehová, que fueron postergadas por el juez de primera instancia, quien impuso la cesárea y dio vía libre a la transfusión. El Tribunal de Apelaciones de Illinois, en sentencia de 31 de diciembre de 1997<sup>8</sup>, anuló dicha orden y falló a favor de los derechos de la señora Brown, cuya decisión competente no tendría que haberse orillado, a su entender, con el pretexto de dar preponderancia a lo que era mejor para el futuro hijo.

Otro paso decisivo contra las cesáreas forzadas que conmocionó y dividió a la opinión pública fue *In Re AC*. Angela Carder había batallado contra un cáncer desde temprana edad. Estaba obsesionada con la idea de que se le reprodujera. Cuando se casó y logró quedar embarazada, el cáncer reapareció. La señora Carder rehusó tal intervención, como hicieran también sus familiares. Aun así, fue forzada a una cesárea, para lo que el hospital requirió autorización judicial. Angela Carder falleció dos días después de la operación y el bebé apenas vivió unas dos horas<sup>9</sup>.

Los familiares de la señora Carder litigaron. Finalmente, se reconoció que los derechos al consentimiento informado e integridad corporal de Carder fueron vulnerados sin justificación alguna. El Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia subrayó en su Sentencia de 26 de abril de 1990 que el derecho que asiste a toda persona a rechazar un tratamiento no se atenúa por la circunstancia de que su salud esté gravemente deteriorada o sea una mujer embarazada. Además, instó a no cimentar decisiones sustitutivas en convicciones especialmente arraigadas en la sociedad, sino en las particularmente sustentadas por quien no se hallase en condiciones de expresarse y que fueran deducibles de su trayectoria vital. Aquí hubo de indagarse cuál era la verdadera intención de la señora Carder. Al parecer, cuando supo que el cáncer hizo acto de presencia de nuevo, consintió un tratamiento que entrañaba más peligro para su futuro hijo que esa despreocupación posterior que intentaría remediarse con la cesárea. Con lo que antepuso su curación a los deseos de ser madre. Claramente, con esta remisión a los valores personales de cada mujer, la sentencia combate la tendencia a aceptar indiscriminadamente que toda futura madre haya de sacrificarse siempre y a cualquier precio con tal de salvar

<sup>8</sup> 294 Ill. Aplicación. 3d 159 (Ill. App. Ct. 1997).

<sup>9</sup> Disponible en: <https://tinyurl.com/54m4jddy>.

al feto. Esto aflora también en nuestra sentencia, lo que revela cuán oportuno resulta reparar en la evolución que ha registrado esta problemática en otras coordenadas. De esta manera, la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas expresa sus sospechas de que la decisión recurrida en amparo se haya fundado en los convencionalismos existentes sobre el papel que deben desempeñar las mujeres. Sostendrá así en su voto particular:

Las expectativas asociadas al rol maternal están condicionadas, todavía hoy, por el modelo tradicional de la maternidad, basado en la entrega, cuidado y la emotividad; de manera que la ausencia de audiencia a la mujer pudo deberse a que se apartó del rol de sumisión y obediencia a los servicios médicos —optando por intentar el parto en casa con ayuda de matrona— y se prejuizó como obstinada e irrazonable su postura, por negarse a cumplir lo que el día anterior le habían recomendado los servicios médicos, y entenderse que la madre no se sacrificaba respecto al bien superior del no nacido.

Por su parte, el magistrado Sanz Valcárcel incide en que todo ello se traduce en una marginación de la mujer, subrayando que a doña CP «se la trató como si fuera únicamente el soporte biológico de la vida de su hija no nacida, por lo tanto, solo como un medio y no como un fin en sí misma, como un agente moral». Para este magistrado la decisión de la jueza «no contenía —frente a lo que se afirma en la sentencia— una ponderación genuina de los derechos e intereses concernidos, sino un repaso acríptico del motivo de riesgo alegado por los servicios sanitarios desde la preconcepción de que la vida y la salud de la no nacida eran prevalentes, sin mención alguna ni consideración a los derechos fundamentales de los que era portadora doña CP, como gestante y madre».

## V. ¿CÓMO FUNDAMENTÓ LA DECISIÓN RECURRIDA LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS MATERNOS?

Centrémonos ahora en la argumentación desplegada por el órgano judicial, ante la falta de una ley habilitante, para sacrificar los derechos maternos en pro de la vida de la hija que estaba por nacer.

Acierta, a nuestro entender, la STC (Pleno) 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66), cuando pone en evidencia que la jueza, en su esfuerzo por emitir un fallo en un asunto huérfano de regulación legal, empleó un procedimiento analógico algo forzado. Aunque la mayoría de los componentes del TC se han adherido al criterio de la juzgadora, ponderando que tenía necesidad de fallar en el asunto sometido a su consideración, reconocen que

para encarar la ausencia de una normativa específica utilizó un procedimiento analógico hartamente discutible. Básicamente porque los preceptos de los que quiso inducir un principio general en pro de la tutela del no nacido (arts. 29 y 158.6 CC y 9.6 Ley 41/2002, de 14 de noviembre) estaban diseñados para los menores sometidos a potestad. Otros magistrados, en sus votos particulares, irán más allá, y considerarán sencillamente que esta restricción en los derechos maternos tendría que haberse fundado en una previsión legal expresa.

Dicho esto, realmente la actitud de la madre comprometía gravísimamente los intereses de la futura hija, pues permaneciendo en su casa no hubiera podido solventar las complicaciones que indefectiblemente surgirían y de lo que había sido advertida. Con lo que, *mutatis mutandis*, se genera un antagonismo similar al escenificado en el art. 9.6 Ley 41/2002 para los menores, a los que podría el juez apartar de oficio de peligros surgidos en el plano familiar *ex art.* 158.6 CC. Esto terminaría calando en la opinión mayoritaria de los magistrados.

Con todo, el TC realiza dos críticas a la labor de la juzgadora, por más que acabe secundándola. Una que entendemos irreprochable, y en la que profundizaremos después, centrada en que existía otro resorte jurídico que cuadraba mejor al caso. Y otra, que no compartimos, relativa a la significación del art. 29 CC. Veamos, pues.

## 1. FISURAS EN EL RAZONAMIENTO DEL TC AL OBJETAR QUE LA JUZGADORA INVOCARA EL ARTÍCULO 29 CC

Reprocha el TC en el FD 4 de nuestra sentencia que la juzgadora invocara el art. 29 CC, pues entiende que este se halla relegado exclusivamente a la producción de efectos patrimoniales que reporten provecho al *nasciturus* y que tengan su reflejo en el CC. Básicamente, parece circunscribirlo con esta censura a la aceptación de donaciones por quienes serían sus representantes legales de haberse producido el nacimiento (art. 627 CC) o a la suspensión de la partición hereditaria en espera de que aquel se verifique en las condiciones del art. 30 CC (art. 959 y ss. CC).

Disentimos. Semejante objeción se basa en una interpretación restrictiva del art. 29 CC que resulta fácilmente desmentida no solo con una referencia a otras leyes extracodiciales, sino con el criterio sustentado por los tribunales y por la antigua Dirección General de Registros y del Notariado, que han respaldado el reconocimiento de beneficios puramente personales y exentos de connotaciones patrimoniales.

Conviene llamar la atención sobre la relevancia de la RDGRN 2/2001, de 7 de septiembre de 2001 (RJ 2001\8437), que permitió que el hijo accediera a

la nacionalidad española de origen por tenerla su progenitor cuando aquel era aún un *nasciturus*, aunque posteriormente la perdiera. Este centro directivo expresaría entonces con rotundidad que la protección del nonato trasciende del plano puramente material, defendiendo lo siguiente:

En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 CC. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia.

Es más, partiendo de la ficción de que al *nasciturus* se tiene por nacido si llega a nacer con las condiciones del art. 30 CC, no solo se han conferido ventajas al nonato, sino a otros componentes del grupo familiar, haciéndose gala durante décadas en nuestros tribunales de una hermenéutica que desborda sin ambages la dicción del art. 29 CC.

De esta suerte, se ha facilitado la matriculación de hermanos menores del entonces nonato en centros educativos próximos al lugar de residencia familiar que, evidentemente, ni es un beneficio económico ni redundante en interés del *nasciturus*. Pero sí es un exponente de que se le confiere, siquiera a través de una ficción, la cualidad de componente de la familia, lo que presenta un matiz puramente personal<sup>10</sup>. Sobre ello se pronunció precisamente la STC (Pleno) 271/2015, de 17 de diciembre de 2015 (RTC 2015\271), que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 22 de la Ley de las Cortes Valencianas 6/2009, de 30 de junio (LCV 2009, 267) de Protección de

---

<sup>10</sup> Escribe Corripio Gil-Delgado (2018: 148) que hemos asistido a una «expansión» en la aplicación jurisprudencial del art. 29 CC que trasciende del plano puramente patrimonial para abarcar paulatinamente esferas estrictamente personales. Entre ellas, esta autora comprende el «derecho a que no se interrumpa la gestación». Para Corripio (*ibid.*: 159), ello explica que las audiencias provinciales declaren el riesgo del concebido cuando la madre «desatiende sus deberes de cuidado o existe maltrato prenatal». También estudia detenidamente este fenómeno Gutiérrez Santiago (2013: 492-495). Favorable a este enfoque, asimismo, De Verda y Beamonte (2016: 25), mencionando las indemnizaciones concedidas al *nasciturus* por muerte en accidente de tráfico del progenitor, o a la determinación de pensiones alimenticias en separación y divorcio reparando en que la mujer gestaba un nuevo hijo.

la Maternidad. Dicha ley introdujo este criterio de puntuación en los procedimientos de admisión de alumnos en centros educativos públicos.

Asimismo, el art. 29 CC ha servido de asidero en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7.ª) de 13 de julio de 2021 (JUR 2021\252563) para reconocer a las madres un complemento por maternidad en las pensiones por clases pasivas del Estado. Aunque en el momento de fallecer el marido uno de los hijos aún no había nacido, esa concepción se tomó también en consideración para incrementar la pensión de la peticionaria.

Es más, ya en épocas pretéritas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo barajó parámetros distintos a los ofrecidos por el antiguo art. 30 CC para apreciar el surgimiento de una vida humana independiente. Como se recordará, hasta su modificación por Ley 20/2011, el art. 30 CC supeditaba la adquisición de la personalidad a la concurrencia de dos requisitos: tener forma humana y vivir enteramente desprendido del claustro materno durante veinticuatro horas. Si no se agotaba este período, se estaba ante una criatura abortiva. Pues bien, para la STS (Sala de lo Penal) 726/1998, de 22 de enero de 1999 (RJ\1999\275), el feto ya formado debía reputarse persona una vez iniciado el parto con el período de expulsión. Las maniobras recaerían a partir de entonces sobre una vida distinta de la madre, esto es, afectarían a otro ser humano, aun cuando la criatura no hubiera vivido esas veinticuatro horas enteramente desprendida de aquella como requería el art. 30 CC en su anterior redacción<sup>11</sup>. Como entonces recalcó el Alto Tribunal, no regían

<sup>11</sup> En palabras del Alto Tribunal: «El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado [...]».

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una “persona”, el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal».

en el ámbito criminal las mismas consideraciones que imperaban en el civil, tratándose de determinar cuándo la acción dejó de revestir los caracteres de un delito de aborto, para pasar a presentar las particularidades de un homicidio<sup>12</sup>.

En resumidas cuentas, los efectos del art. 29 CC no solo se cifran en ventajas económicas reguladas en el CC y reservadas al *nasciturus* como esgrime el TC en su crítica. Antes al contrario, acabamos de dismantelar este argumento demostrando que esos beneficios pueden ser estrictamente personales, no estar residenciados en el CC e incluso no tener por destinatario directo al nonato. La invocación del art. 29 CC por parte de la juzgadora parece entonces perfectamente avalada por la jurisprudencia y secundada incluso por el legislador, a la vista del texto normativo cuya constitucionalidad confirmó el mismo TC en su Sentencia (Pleno) 271/2015, de 17 de diciembre de 2015 (RTC 2015\271). Con lo que no parece coherente que el TC refrende el parecer de la juzgadora e introduzca esta objeción.

## 2. BONDADES DE LA SOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 17.9 LOPJM IGNORADAS POR LA JUZGADORA

Ahora bien, coincidimos plenamente con el TC en que la juzgadora debió reparar en la existencia de un resorte jurídico que le habría permitido zanjar el asunto impecablemente: el art. 17.9 LOPJM. Este la liberaba de acuñar un procedimiento analógico contra el que se ha formulado algún voto particular objetando, entre otras cosas, que no se aprecia *eadem ratio decidendi* entre las normas que sustentan el fallo y el conflicto materno-fetal.

El art. 17.9 de la LOPJM establece que las Administraciones públicas se coordinarán con los servicios sanitarios para prevenir, intervenir o hacer un seguimiento en situaciones de posible riesgo prenatal, a fin de evitar que después del nacimiento haya de declararse al niño en riesgo o en desamparo. Como indicativos de ese riesgo potencial el art. 17.9 LOPJM incluye tanto la «falta de cuidado físico de la mujer gestante» como el «consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo».

No encontramos problema alguno para incardinar en el primer supuesto el proyecto de alumbrar en circunstancias que estén absolutamente contraindicadas según la evidencia científica para garantizar el bienestar fetal. Máxime

---

<sup>12</sup> Aunque este criterio se ha mantenido hasta fechas muy próximas, en la actualidad los tribunales lo han sustituido por el de completa separación de la madre para determinar cuándo estamos en presencia de un homicidio y no de un delito de aborto. Repárese en las consideraciones efectuadas por la SAP de Murcia (Sección 3.ª) 437/2022, de 30 de noviembre de 2022 (JUR\2023\16424).

cuando la aplicación del art. 17.9 LOPJM se ve extraordinariamente allanada con una cláusula abierta que anuda la consecuencia prevista en la norma a «cualquier otra actuación de la mujer o de terceros tolerada por ésta que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido»<sup>13</sup>. En tanto que no se acometa una regulación detallada para resolver el dilema al que nos enfrentamos, encajaría en ese sustrato fáctico de la norma la obstinación de la mujer por alumbrar temerariamente en condiciones precarias tratándose de un embarazo de alto riesgo.

La apreciación de riesgo prenatal del art. 17.9 LOPJM es una solución que huye de la más drástica, acuñada en Cataluña, consistente en declarar preventivamente el desamparo. El desamparo se diseñó para hacer frente a situaciones de absoluta desprotección moral y económica de los menores *in potestate*. Con un desamparo preventivo sustraeríamos al niño, nada más nacer, de las manos de quienes han demostrado su incompetencia para velar por él, evitando que ello degenerase en situaciones de manifiesta indefensión.

La declaración preventiva de desamparo goza de raigambre en el derecho catalán<sup>14</sup>, siendo numerosísimas las sentencias recaídas al respecto.

El desamparo preventivo sería decretado entonces cuando la madre no hiciera un seguimiento médico de su embarazo, no tomase la medicación

<sup>13</sup> En la SAP de Navarra (Sección 3.ª) 12/2019, de 15 enero de 2019 (JUR\2019\329495), se incoa un procedimiento para declarar *ex art. 17.9 LO 1/1996* la desprotección de la menor desde que estaba en el claustro materno, atendiendo a los perjuicios que le reportaría la ingesta masiva de alcohol por parte de su madre. Desgraciadamente, estos se materializaron, pues la niña nació con microcefalia y retraso madurativo. La madre recayó en su adicción tras el fracaso del tratamiento ambulatorio y se negó a ingresar en el hospital para no reincidir. Así pues, detectado el retraso fetal y la negligencia materna, se adoptaron las prevenciones antedichas, aunque, desdichadamente, la niña quedó marcada para siempre.

<sup>14</sup> Art. 110.4 Ley Catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia: «La declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido. En el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido».

Además, en el art. 105.2.c incluye, entre los exponentes de desamparo: «c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación».

prescrita o, en general, cuando comprometiera gravemente la salud del nonato. Es una solución razonable y proporcionada cuando han fracasado otras menos invasivas. Es el planteamiento seguido en la STSJ (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de Cataluña 16/2011, de 31 de marzo de 2011, donde los padres falseaban sistemáticamente los datos proporcionados a los servicios sociales y no contaban con el apoyo de la familia extensa ni con un domicilio estable al tiempo de declararse aquel.

Es de admirar que el legislador haya introducido esta figura, traspasando al *nasciturus* un remedio jurídico originariamente diseñado para menores sometidos a potestad. Reflexionaremos sobre este asunto, al presentar conexión con el abordado en nuestra sentencia por partida doble. En efecto, no solo implica que haya de ceder la posición de la gestante en pro del bienestar del hijo nonato, sino que, en aras de garantizar este objetivo, se ha llegado incluso a ordenar el internamiento de la futura madre en establecimientos clínicos para vigilar que no continúe incurriendo en conductas nocivas para el desarrollo fetal. Medida que está en consonancia con la adoptada en nuestra sentencia para asegurar el nacimiento en condiciones seguras. Esto reforzaría la bondad de la argumentación empleada por la juzgadora al decretar el ingreso de la recurrente a petición de los servicios sanitarios. Aunque, en honor a la verdad, en aquellos casos también fue determinante que las futuras madres adolecieran de ciertos desórdenes psicológicos, con lo que se contaba con un marco legal específicamente pensado para esta coyuntura y al que no es dable acudir en el nuestro. Precisamente se recalca en nuestra sentencia que el art. 763 LEC, pensado para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, es inhábil para encauzar la resolución de nuestro asunto.

En cualquier caso, se trata de anticiparse a los acontecimientos y decretar una medida provisoria cuando se aprecia que la gestante no adoptó ni el cuidado más elemental, poniendo en peligro la vida y la salud de su futuro hijo. Para ello, el juzgador ha de tener plena certidumbre de que este, tras su nacimiento, estaría abocado a la más absoluta desprotección de no proceder de esta manera.

La SAP de Barcelona (Sección 18.ª) 295/2019, de 10 abril de 2019 (JUR\2019\143260), ordena así el ingreso de la madre en una institución ante su comportamiento errático que hace mella en la salud física y mental de sus hijos. Se decreta el desamparo de los menores y, asimismo, el del *nasciturus*.

Con todo, la declaración de riesgo del *nasciturus*, en territorios que solo se acogen a esta otra solución, más moderada, enlaza ordinariamente tras el nacimiento con otra de desamparo. Es lo que acontece en la SAP de Burgos (Sección 2.ª) 56/2022, de 28 de febrero de 2022 (JUR\2022\171681), que ratifica una declaración de desamparo basada en la antecedente de riesgo prenatal. La falta de colaboración de los progenitores, tanto antes como

después del nacimiento, fue absoluta. Ocultaron, además, el embarazo de la niña, como antes habían hecho con otra de sus hijas. El patrón de conducta estaba cronificado, pues ya tenían otros tres menores declarados en desamparo sin que hubieran impugnado dichas resoluciones.

Citaremos también la SAP de León (Sección 1.ª) 196/2023, de 14 de marzo de 2023, donde se declaró primero el riesgo del futuro bebé y, nada más nacer, su desamparo, siendo entregado en acogimiento a otra familia. La madre, consumidora habitual de cannabis, fue ingresada para someterse a una cesárea programada. Nada garantizaba que la niña se criaría en un ambiente normal. Tanto la madre como sus parientes eran enfermos mentales enzarzados, además, en enfrentamientos con trascendencia penal. A la sazón, constaban varios internamientos involuntarios de la progenitora por dichos trastornos sin que hubiera cooperado para mitigarlos.

## VI. EL DERECHO A PERMANECER UNIDOS A PERSONAS DE NUESTRO CÍRCULO FAMILIAR NO FORMA PARTE DEL ARTÍCULO 18.1 CE. INCOHERENCIAS DEL TC E IMPACTO EN ESTA VERTIENTE DE LA INTIMIDAD FEMENINA

La tónica dominante en la doctrina del TC ha sido la reivindicación de la intimidad familiar del art.18.1 CE como un derecho distinto a la vida privada consagrada en el art. 8 CEDH, en lo que se ha hecho especial hincapié cuando se solicitó amparo ante una expulsión de nuestro país que obstaba a la reagrupación familiar del peticionario. Nuestra sentencia remarca esa independencia.

¿No se encuadraría entonces en el art. 18.1 CE un derecho a vivir en familia? Hablamos de un derecho a permanecer en la compañía de personas con las que hemos establecido vínculos afectivos y compartido experiencias vitales, formando con ellas un núcleo familiar que queremos preservar.

En ese sentido, la jurisprudencia del TEDH es netamente clarificadora. Asume que la salvaguardia del art. 8 CEDH se extiende a la creación de vínculos afectivos interpersonales, abstracción hecha de que medie o no parentesco entre los implicados. De suerte que ello ha permitido dispensar protección, por esta vía, a la vinculación existente entre dos novios o incluso entre una criatura que se malogra y quien hubiera sido su progenitor varón, en orden a que conste a todos los efectos la filiación paterna del nonato, como apreciamos en el caso *Znamenskaya contra Rusia* resuelto por STEDH de 2 de junio de 2005 (TEDH 2005\64).

Es más, las relaciones familiares defendibles *ex art.8 CEDH* no emanan exclusivamente de lo que identificaríamos con la familia tradicional, pudiendo

surgir para el TEDH de otras realidades diversas. Buena prueba de ello es el caso *Söderbäck contra Suecia*, que culmina con la STEDH de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998\104), donde se desestima la pretensión del padre biológico, que alegaba que se lesionó su vida privada al haberse autorizado la adopción de su hija por el nuevo compañero sentimental de su exmujer. El tiempo que el demandante dedicó a la menor fue ridículo, hasta el punto de que la niña consideraba que su verdadero padre era la pareja de su madre. De donde no existía fundamento alguno para estimar que aconteció una ruptura en la vida familiar del peticionario cuando esta era inexistente y su rol fue asumido por otra persona.

No obstante, la convivencia en familia no se erige, como tradicionalmente sustentó el TC, en el interés tutelado por el art. 18.1 CE, difiriendo en este punto del más amplio alcance del art. 8 CEDH<sup>15</sup>. Puntualizaremos que la «vida familiar» solo se afirma incondicionalmente entre padres e hijos menores. Para predicarla entre padres e hijos adultos, el TEDH exige acreditar que perduran los lazos afectivos y, asimismo, que media entre ambos una relación de dependencia<sup>16</sup>.

Desde la óptica del art. 8 CEDH, en la vida privada sí anida el derecho a reaccionar contra la ruptura de los vínculos familiares impuesta arbitrariamente por la Administración. Vertiente que nuestro art. 18.1 CE no parece abarcar, pero que incide en el derecho de nuevo cuño que reconoce nuestra sentencia<sup>17</sup>. Máxime cuando la principal razón que impulsa a elegir el parto

<sup>15</sup> En el tema de la reagrupación familiar, el TC se desmarca del TEDH en la STC 236/2007 y en el ATC 331/1997, de 3 de octubre.

<sup>16</sup> Entre otras muchas, *vid.* caso *Senchishak contra Finlandia*. STEDH de 18 de noviembre de 2014 (JUR 2014\273386), en cuyo parágrafo 55 se dictamina: «El Tribunal también reitera el principio de que las relaciones entre padres e hijos adultos no entran dentro del ámbito de protección del artículo 8 a menos que “se demuestre que existen factores adicionales de dependencia, además de los lazos afectivos normales” (véase *Emonet y otros c. Suiza*, No. 39051/03, § 35, 13 de diciembre de 2007 y, *mutatis mutandis*, *Kwakye-Nti and Dufie v. the Netherlands* (dec.), No. 31519/96, 7 de noviembre de 2000). Por lo tanto, los solicitantes no pueden invocar la existencia de “vida familiar” en relación con sus padres ancianos, adultos que no pertenecen al núcleo familiar, a menos que se haya demostrado que estos últimos dependen de los miembros de su familia (ver *Slivenko v. Letonia* [GC], citado anteriormente, § 97)».

<sup>17</sup> La STEDH de 21 de marzo de 2019 (TEDH 2019\53), caso *Bigun contra Ucrania*, juzga una injerencia en la vida familiar de reclusos condenados a cadena perpetua. Las restricciones al contacto con sus parientes en sus visitas estaban cifradas tan solo en la duración de su condena, esto es, sin atender a otro factor adicional que las justificara.

a domicilio es el anhelo de la madre de no ser separada instantáneamente del bebé tras dar a luz. Por lo que se atrincheró en su casa, blindándose frente a intrusiones de este tenor en su intimidad. Es más, no solo estamos ante una práctica que, bajo ciertas condiciones, sería atentatoria del derecho a la vida privada de la mujer desde la perspectiva del art. 8.1 CEDH, sino que existen legislaciones donde el desconocimiento injustificado de este derecho por parte del personal sanitario está expresamente catalogado como un exponente de violencia obstétrica y recibe sanciones pecuniarias y administrativas<sup>18</sup>.

Precisamente esta motivación singular se conjugaba para doña CP con otras, como apreciamos al estudiar las sentencias recurridas en la STC 11/2023, de 23 de febrero, que resolvió el segundo recurso de amparo interpuesto por doña CP.

Aunque este último no es objeto de nuestro comentario, es imposible no hacer referencia brevemente a la problemática suscitada en él, por estar entrelazada con el nuestro. De antemano diremos que este segundo recurso fenece igualmente, puesto que las alegaciones de doña CP acerca de que recibió un trato vejatorio estaban huérfanas de sustento probatorio.

Trasciende, empero, que otras causas que impulsaron a doña CP a rehuir el parto hospitalario fueron particularmente traumáticas. Cotejando la STC 11/2023, de 23 febrero de 2023 (RTC 2023\11), dictada en este segundo recurso de amparo, con la recaída en el juzgado tenemos conocimiento de que la recurrente experimentó en el pasado abusos sexuales<sup>19</sup>. Esto explica que quisiera apartar a terceros extraños de cualquier incursión en partes de su anatomía especialmente íntimas que, obviamente, estarían comprometidas en esta intervención obstétrica y sobre las que se intensificaba su sentimiento de pudor. Pero en esta segunda sentencia dictada por el TC no se entienden fundadas tales aseveraciones. El juzgado estimó que el tacto vaginal fue imprescindible para que el obstetra se cerciorase de cómo evolucionaba el parto. Incidiría, además, en que el trato fue exquisito, pues aquel

---

Básicamente, se les imponía una separación a través de barrotes de hierro o cristal, impidiendo todo contacto físico con sus parientes, y la presencia constante de un guardia, limitándose incluso el número de adultos que accederían a las visitas.

<sup>18</sup> Países alejados de nuestro entorno, como México o Argentina, la han sancionado expresamente como tal, como nos enseña García Fernández (2021: 67).

<sup>19</sup> *Vid.* Sentencia JCA n.º 3 de Oviedo 164/2019, de 10 de septiembre de 2019 (JUR\2020\138979), con la que principia el litigio que estudiamos y en cuyo FJ 1 se recogen las quejas de doña CP sobre el particular. Expresaría lo siguiente: «Respecto a la imposición de una tacto vaginal realizado por el Dr. Isidoro, a pesar de haber advertido la familia de que ello podía revivir los abusos sexuales sufridos por la madre, es una forma de maltrato y un trato vejatorio y humillante».

se ofreció a ser sustituido por cualquiera de los profesionales presentes en el centro que fuera del agrado de la actora. Pero la deferencia no pudo llevarse al extremo de ser suplantados por una comadrona contratada privadamente en esa intervención, haciendo que una extraña interfiriera en el funcionamiento de un servicio público. El Tribunal Constitucional concluye que los tactos se realizaron sin degradar a la recurrente por actitud o comentario irrespetuoso alguno, como ya sopesó el juzgado.

Con todo, el TC viene insistiendo en que el art. 18.1 CE alberga un derecho a preservar para sí y para nuestra familia un ámbito reservado libre de injerencias. Algo bien distinto a facultar al individuo para exigir que el Estado garantice su permanencia en el medio familiar al que pertenece. Resultado: no anida en el art. 18.1 CE un pretendido derecho de la gestante a no verse separada de inmediato de su bebé. Con lo cual, el TC solo se muestra parcialmente receptivo hacia las conquistas ya alcanzadas en la jurisprudencia del TEDH que sopesaban que este último formaba parte de la intimidad de la mujer. El TC circunscribe esta última a la elección del lugar del parto que la STEDH (Sección 5.<sup>a</sup>) de 11 de diciembre de 2014 (TEDH 2014\97), en su parágrafo 75 —caso *Dubská y Krejzová contra República Checa*—, ya había localizado en el ámbito de la vida privada de la madre (art. 8 CEDH).

Esta defensa a ultranza de un enfoque restrictivo de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de la que hizo gala el TC cuando entendió de la repatriación no casa bien con otras decisiones en las que se deja sentir la influencia del art. 8 CEDH. El aperturismo se hace patente cuando se incardina en la intimidad del art. 18 CC el derecho a preservarse de inmisiones acústicas y se relaciona aquella con el derecho a la salud y la protección del medio ambiente<sup>20</sup>, posicionándose claramente el TC en la amplia línea esbozada por el TEDH.

Por si esto no bastase, las decisiones del TC se sustentan, a veces, en criterios difícilmente comprensibles y hasta dispares. Así se ha llegado a sostener que el derecho de un menor a permanecer en compañía de sus progenitores no forma parte de su intimidad familiar al hilo de asuntos como la repatriación o cuestiones ligadas al derecho de familia (derecho de visitas, etc.). Mas se ha concedido, empero, que estaría englobado en el art. 18.1 CE el que asiste a unos padres a conservar los restos humanos de un feto, tras abortar la madre, para darles sepultura.

---

<sup>20</sup> Sobre la vida familiar y el medio ambiente, *vid.* TEDH 9 diciembre 1994, caso *López Ostra contra España*, que repercute en el entendimiento de la intimidad en la STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001. Para Santolaya, la asunción de la doctrina del TEDH incorporándola a nuestro art. 18.1 CE ha tenido lugar «sin el grado de razonamiento que una operación de este tipo hubiera merecido» (2009: 555).

El máximo intérprete de nuestra Constitución se inspiró en el caso *Hadri-Vionnet contra Suiza*, que culmina en la STEDH 2008/12, de 14 de febrero de 2008, cuando dictó la STC de 1 de febrero de 2016 (RTC 2026, 11). En el caso *Hadri-Vionnet contra Suiza* se discurre sobre la trascendencia de una orden emitida por el encargado de un registro civil suizo de dar sepultura a un niño nacido muerto sin haber contactado previamente con sus padres. Aunque la inhumación fue absolutamente decorosa, para el TEDH preferir a la madre en la toma de esta decisión afectó a su vida privada, por más que el funcionario no actuase de mala fe. En la STC de 1 de febrero de 2016 (RTC 2026, 11) también se ampara a la madre cuya intimidad personal y familiar se vio lesionada, se nos asegura en el FD 4, por una actividad semejante. La actora se sometió voluntariamente a un aborto, mas no deseaba que el feto se mezclara con los residuos de otras intervenciones quirúrgicas. Con la finalidad de incinerarlo, solicitó la pertinente licencia, para lo que era preceptiva la inscripción en el legajo de criaturas abortivas del Registro Civil que, por una serie de obstáculos normativos y burocráticos, le fue denegada.

Nótese que, al conceder el amparo siguiendo la pauta del TEDH, se ha respaldado la posición de unos padres de tener consigo los restos de una criatura abortiva. Cuanto más habrá de tutelarse entonces el interés de una madre de permanecer en todo momento con su hijo, y no ser separada abruptamente de él después del alumbramiento. Que será la máxima preocupación de la mujer y por lo que se habrá inclinado a escoger un parto domiciliario en no pocas ocasiones.

Reconocer este derecho de nueva creación que acuña nuestra sentencia sin modificar la doctrina hasta ahora propugnada sobre el mantenimiento de los vínculos familiares o la permanencia en compañía de nuestros allegados —desterrada hasta el presente del ámbito de la intimidad familiar del art. 18.1 CE— se nos antoja difícil de entender conforme a lo expuesto. ¿Cómo explicar que el art. 18.1 CE cobije el derecho a permanecer vinculado para siempre con unos residuos fetales y no albergue, en cambio, la perpetuación de la vida en compañía de quienes integran *de facto* nuestra familia?

En lo que respecta al derecho a no ser separada prematuramente del bebé, parece evidente que después de nuestra sentencia habrá que repensar aquello de que la preservación de la convivencia entre padres e hijos no forme parte del contenido del art. 18.1 CC. A lo que se aferró el TC al entender de pretensiones de reagrupación familiar deducidas por quienes fueron apartados bruscamente de sus descendientes al ser expulsados del territorio nacional. Los contrastes en sus decisiones sobre el contenido del derecho a la intimidad son cada vez más acusados. Pero lo más preocupante es que se ha fomentado paralelamente una natural incertidumbre por las oscilaciones registradas en la doctrina del TC, pues su negativa a incluir ciertas parcelas en el art. 18.1 CE

no es congruente con el aperturismo del que hizo gala cuando, siguiendo la estela del TEDH, comprendió otras similares.

En vista de esto, compartimos las críticas sustentadas recientemente por quienes demandan una reformulación de la intimidad familiar desde un planteamiento nítido y coherente, superando estas fluctuaciones. El derecho a mantener vinculación con personas de nuestro círculo familiar y a permanecer unidos o forma parte de la intimidad familiar o no está subsumido en el art. 18.1 CE. Pero escapa a nuestra comprensión que se conceda a los padres que desean enterrar a una criatura abortiva, para que esta no se confunda entre los residuos de las intervenciones quirúrgicas y el hospital se deshaga de ella ignorándose su paradero, y que se niegue, en cambio, a un padre o madre para mantener vinculación con sus hijos, perdurando el lazo afectivo, dañado por la ruptura convivencial<sup>21</sup>. Este último caso se acaba reconduciendo al art. 39 CE, estimando que, no estando en presencia de un derecho fundamental, la tutela de ese interés no se obtendría mediante el recurso de amparo.

## VII. CONDICIONANTES DE LA ELECCIÓN DEL PARTO DOMICILIARIO

Inevitablemente, al reconocerse este derecho a decidir sobre gestación y alumbramiento se plantearán otras cuestiones. No es de extrañar que las mujeres comiencen a demandar partos domiciliarios aun cuando todas las evidencias científicas desaconsejen esta modalidad. Ante esto, ningún médico puede ser compelido a realizar una intervención que contravenga la *lex artis*<sup>22</sup>, ni parece que el derecho que aflora en nuestra sentencia legitime que la mujer exija un tratamiento absolutamente contraindicado para ella. Este debate ya ha surgido en nuestro país cuando las mujeres pretendieron planificar una cesárea en lugar de someterse a un parto vaginal, que por sus antecedentes y características gestacionales era la variante adecuada. Nos tememos que, al hilo de nuestra sentencia, se reproducirá en este otro marco.

---

<sup>21</sup> No existe consenso doctrinal en este punto, aunque es mayoritaria la corriente que defiende la tesis amplia. Patrocinan una visión de la intimidad familiar amplia, criticando que el TC obstaculice la recepción de la labor garantista desarrollada por el TEDH en materia de arraigo familiar, García-Vázquez (2015: 278-279) y Matia Portilla (2020: 281). En sentido contrario, Santolaya Machetti (2009: 547 y 562-563) entiende que las medidas de visita, tutela y adopción no encajarían en la intimidad familiar.

<sup>22</sup> No está de más recordar que la propia ley libera al médico expresamente de ceñirse a los designios del paciente cuando existiera un documento de voluntades anticipadas que contuviera instrucciones contrarias al ordenamiento o a la *lex artis* (art. 11.3 LAP).

Es más, el médico incurriría en un ilícito penal si temerariamente colaborase en la planificación de una paciente entusiasta del parto extrahospitalario, en lugar de disuadirla de persistir en tal proyecto por desaconsejarlo las circunstancias concurrentes. La SAP de Madrid (Sección 7.<sup>a</sup>) 336/2020, de 21 de septiembre de 2020 (ARP 2020\1449), nos viene como anillo al dedo. La gestante era defensora a ultranza de la bondad de esta técnica y precisamente contrató privadamente los servicios del galeno porque ya había sido asistida por él en un primer alumbramiento casero. El tribunal hace hincapié en que el médico debió insistir en que el segundo era una temeridad. Estaban alejados de un hospital y no tenían instrumental ni recursos adecuados para atajar prontamente complicaciones sobrevenidas que, además, eran predecibles. La paciente contaba en ese momento con 49 años, era diabética y tenía hipertiroidismo, y el feto era macrosómico. El médico fue condenado por delito de aborto imprudente por doblegarse en tales condiciones a los requerimientos de su paciente.

Por otro lado, no deja de llamar la atención que las reivindicaciones formuladas en la actualidad en pro del parto domiciliario que esgrimía nuestra recurrente caminen en sentido opuesto a las que hicieron las mujeres a principios del siglo pasado. En el primer tercio del siglo XX, alumbrar en una clínica era un privilegio de las clases pudientes, que podían permitirse el lujo de procurarse la mejor asistencia y velar por la supervivencia de madre e hijo. Paulatinamente, la dispensación de estos servicios por la sanidad pública generalizó esta prestación en la población, poniéndola al alcance de los estratos sociales más humildes y consiguiendo reducir significativamente las tasas de mortalidad en el parto<sup>23</sup>.

Precisamente esta sería la defensa esgrimida por algunos Gobiernos cuando las solicitudes de reforma para incluir el parto domiciliario trascendieron al TEDH, al alegar algunas mujeres que su derecho a la vida privada había sido lesionado por desconocerse para ellas tal posibilidad, pues, en supuestos extremos, incluso se multaba a profesionales que las auxiliaban si concertaban sus servicios privadamente para alumbrar en sus casas.

En el caso *Kosaitė-Čypienė y Otros contra Lituania*, resuelto por STEDH de 4 de junio de 2019 (JUR 2019\178392), las cuatro recurrentes tienen en

<sup>23</sup> No obstante, la generalización del parto hospitalario trajo consigo también efectos perniciosos. García Fernández (2021: 62) denuncia que los médicos aprovecharon esa coyuntura para ensayar nuevas técnicas y métodos, buscando engrosar su prestigio personal. A partir de entonces, se lamenta, «el cuerpo de las mujeres va a ser visto nuevamente como aquel venter, que la Medicina debe intervenir para que pueda parir, aprovechándose, los casos clínicos más complejos, para experimentar y obtener reconocimiento».

común su empeño por dar a luz en su propio hogar. Pretendían que las autoridades lituanas adaptasen su normativa para sufragar el importe de tal decisión. Estas últimas opusieron que ya habían emprendido reformas suficientes para proporcionar un entorno seguro y humanizado a las parturientas y gozar de todos los adelantos técnicos, por lo que no estaban dispuestas a financiar el coste de lo que reputaban un antojo particular. Además, para el Gobierno lituano, esta cuestión no solo concernía individualmente a la mujer, sino que trascendía al conjunto de la sociedad, pues la normativa vigente consiguió reducir significativamente los índices de mortalidad de las embarazadas, que era su máxima prioridad. Valorando estos logros, el Gobierno entendió que «brindar servicios de partería a domicilio, donde no se cuenta con todas las facilidades necesarias para poder brindar ayuda a la mujer que da a luz y al recién nacido, constituiría un paso atrás».

Nuestro sistema público de salud únicamente dispensa cobertura a una asistencia en régimen de hospitalización. Por tanto, cuantas solicitudes se han encaminado a obtener el reintegro de los gastos asumidos voluntariamente por un parto domiciliario han sido denegadas. La razón es simple y radica en que, concertando en la sanidad privada unos servicios que la pública estaba en condiciones de ofrecer a la peticionaria en sus propios centros, no concurren circunstancias excepcionales que avalaran dicho reembolso. A título de ejemplo, es lo que ocurre en la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona 17/2001, de 18 de enero de 2001 (JUR 2002\204338). La actora prefirió alumbrar en su casa abonando los honorarios de una comadrona, aunque reclamó acto seguido que la Administración le devolviera cuanto satisfizo por tal concepto. El juzgado desestima la demanda arguyendo que «es preciso distinguir entre la necesidad y el deseo».

La STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 380/2021, de 13 de julio de 2021 (JUR\2021\293433), falla también en contra de una mujer que instó la declaración de nulidad de órdenes dictadas por la Consejería de Salud de dicha comunidad autónoma por las que se le denegó la prestación del servicio de matrona a domicilio. Para el tribunal, dicha negativa no solo está avalada por razones puramente económicas, sino, asimismo, por la certidumbre de que la atención hospitalaria representó un paso de gigante para las parturientas. Aduce que la permanencia en el hogar sin rellenar siquiera unas mínimas exigencias higiénicas no tiene paragón con el equipamiento de un hospital. La sentencia contrapone la completitud de este último, donde se tiene la certeza de contar con un fluido eléctrico continuo, con la precariedad de una residencia particular, quedando expuestos a cortes de corriente que nos dejen sumidos en las tinieblas en el instante más decisivo del parto.

En síntesis, en nuestro ordenamiento el alumbramiento domiciliario no está proscrito, pero su coste ha de ser asumido íntegramente por la mujer

que desee acogerse a esta modalidad. Esto creará una brecha entre féminas con poder adquisitivo, que ejercerán este derecho a su autodeterminación perfilado en nuestra sentencia sin cortapisas, y aquellas que se verán coartadas por la falta de recursos económicos. Para las segundas, la elección de las circunstancias del parto, parte integrante o faceta del derecho a la intimidad de la mujer según la sentencia que comentamos, no pasará de ser una declaración de intenciones.

Sin embargo, no todo se reduce a términos monetarios. Una futura regulación de este conflicto materno-fetal deberá compaginar el ejercicio de los derechos de la mujer con la elección de un entorno que ofrezca garantías de supervivencia para ella y el futuro hijo. De hecho, un repaso de las sentencias recaídas en el TEDH nos permite arribar a la conclusión de que el derecho a la vida privada de la gestante no se entiende avasallado cuando los Estados, aun realizando el ajuste presupuestario pertinente para incluir esta prestación en su cartera de servicios, impusieran partos hospitalarios en embarazos de alto riesgo, y relegasen la otra opción a los de baja peligrosidad que cumplimentasen, además, ciertos requisitos previos (*v. gr.*, asistencia de un profesional sanitario, cercanía de la casa a un hospital para transportar de inmediato a la madre si surgiera una emergencia, etc.)<sup>24</sup>. Estaríamos entonces ante una restricción razonable en los derechos de la mujer, por quedar equilibrados todos los intereses concurrentes: el de la mujer y el del Estado de proteger la salud y la vida de la madre y la de una criatura absolutamente vulnerable y dependiente de decisiones adoptadas por terceros. Así lo dictaminó el TEDH en el caso *Dubská y Krejzová contra República Checa*, Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (TEDH 2014\97), y en STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016 (JUR 2016\272539).

### VIII. ¿ESTAMOS EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO EN EL DERECHO DE DAÑOS?

Enlazando con el tema de las restricciones que es dable introducir en el desenvolvimiento de este derecho de la mujer, aún resta que nos detengamos en un debate que queda esbozado en nuestra sentencia. Tras recalcar que el Estado, dentro de la cartera de servicios que ofrece la sanidad pública, ha elegido dispensar aquella que aporta mayor seguridad a la madre y al futuro hijo, obsérvese que la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón en su

<sup>24</sup> *Vid.* parágrafo 187 de la STEDH (Gran Sala) 15 de noviembre de 2016 (JUR 2016\272539).

voto particular concurrente menciona un asunto que no es baladí: la responsabilidad que cabría exigir *de lege ferenda* a quienes persistieran en una actitud temeraria aun cuando un alumbramiento domiciliario estuviera absolutamente desaconsejado. Aduce así esta magistrada:

Es importante que el Estado no ignore la realidad social de que existen mujeres que, en ejercicio de su autonomía y libertad ante su maternidad, deseen dar a luz en su domicilio y, en estos momentos, lo pueden estar llevando a cabo sin marco legal alguno. Por tal razón, resultaría aconsejable que, por razones de seguridad jurídica y de seguridad sanitaria, se pueda regular esta situación, estableciendo las condiciones precisas para que pueda llevarse a cabo el alumbramiento en lugares distintos de los centros hospitalarios, especialmente teniendo en cuenta no solo los riesgos que pueden producirse ante partos en los que surjan complicaciones, sino, además, las responsabilidades, en las que, como la experiencia nos demuestra, podrían incurrir tanto los sanitarios que atenderían a las gestantes en el parto domiciliario como incluso los propios progenitores.

Ese derecho de la mujer no es incondicional y así lo corrobora la sentencia comentada. Conoce limitaciones, comoquiera que puede entrar en colisión con derechos de otros o, como aquí acontece, con valores jurídicos protegidos constitucionalmente. Aunque, hoy en día, si al hijo le sobrevinieran taras como consecuencia de una elección temeraria de la madre, que desoyendo el consejo médico se empeñara en dar a luz en su domicilio, no existen acciones civiles a disposición del primero para exigir responsabilidades en el futuro a su progenitora por este menoscabo en su salud.

Un argumento contrario a la admisión de acciones resarcitorias del hijo contra la madre por daños causados por negligencia durante la gestación reside en la excusa absoluta del art. 158 CP *in fine*. Dicho razonamiento se refuerza apelando a las dificultades existentes a la hora trazar una línea divisoria entre aquello que pertenece al ámbito del libre desarrollo de la personalidad de la gestante, pese a ser nocivo para su salud y repercutir sobre el feto (tabaquismo, ingesta moderada de alcohol durante el embarazo, etc.), y otras conductas que directamente irían encaminadas a producir una lesión en el futuro hijo (suprimir la medicación que curaría una enfermedad de la criatura).

No obstante, ello es fácilmente rebatible. No estamos ante un hábito de dudosa catalogación (*v. gr.*, si debería exigirse responsabilidad a una mujer por haber fumado con cierta regularidad durante el embarazo)<sup>25</sup>, sino ante una determinación de enorme calado que incide directa y principalmente en la vida y seguridad del hijo: se está seleccionando el escenario en que vendrá al

<sup>25</sup> Atienza Navarro, 2012: 55.

mundo tras tener conciencia de que el embarazo es de alto riesgo y apuntando todo a que en el curso del alumbramiento se plantearía una emergencia<sup>26</sup>.

Es más, no hay que descartar que la obcecación por alumbrar en un entorno precario a sabiendas de que el embarazo es de alto riesgo esté guiada, a veces, por propósitos poco confesables. Esta es la otra cara de la moneda: la utilización fraudulenta de esta modalidad de alumbramiento para encubrir un aborto al margen de los supuestos permitidos, esto es, extinto ya el plazo de las veintidós semanas y sin encajar en las excepciones en las que cabe interrumpir el embarazo tras ese lapso inicial. Repárese en cómo el actual art. 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, autoriza la práctica del aborto en la hipótesis de urgencia vital de la madre —que sería provocada deliberadamente por esta, insistimos, en la hipótesis que nos representamos— prescindiendo del dictamen médico, que en otro caso sería preceptivo una vez sobrepasado el período en el que cabe abortar libremente.

Las reflexiones contenidas en este voto particular, donde se invita a regular minuciosamente este tipo de partos y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad para progenitores y extraños quizá presagien que la inmunidad materna tocará a su fin en el plano civil, como demanda algún sector doctrinal. Reconozcamos que la inmunidad parental no solo se cimentó en el deseo de preservar la armonía familiar, sino también en razones más sórdidas, como el temor de ver mermado el patrimonio que sirve de sustento al grupo familiar si los padres hubieran de responder de sus actos frente de sus hijos, por torpe que fuera la manera en que se condujeron. Así lo ha puesto en evidencia la Sentencia de la Corte Suprema de Illinois de 26 de agosto de 1993 en el caso *Cates V. Cates*, apostando por una derogación parcial de dicha inmunidad, comoquiera que esta fue absolutamente desconocida en

---

<sup>26</sup> Rodríguez Guitián se pregunta qué ocurriría cuando una madre se negase a ser transfundida en la decimoctava semana de gestación ocasionando daños graves al *nasciturus* cuya producción asumía, empero. Enfrentados el derecho a la integridad física de la madre y la salud del hijo, reconoce esta autora que existen serias dificultades a la hora de fijar taxativamente cuándo ha de ceder la primera hasta el punto de exigir responsabilidades civiles en la línea que se viene proponiendo. Evidentemente, el caso extremo se plantea cuando la negativa se basa en el deseo de la gestante de provocar un aborto —entendemos nosotros que al margen de la ley—, pues el tratamiento médico se desdeña, dice Rodríguez Guitián, «con clara intención de dañar al hijo».

Ahora bien, distinto del tema de la responsabilidad civil, dice esta autora, es «que el Juez haya de intervenir, en ciertos supuestos, para proteger al *nasciturus* ordenando la intervención» (2009: 296). Ello cuadra a la perfección en el caso que se debate en nuestra sentencia.

otras épocas en el derecho anglosajón y ya no se corresponde con la actual configuración de las relaciones paternofiliales<sup>27</sup>.

Por consiguiente, la única cortapisa que debería imponerse a la gestante, caminando en la línea ya emprendida por otros ordenamientos pioneros en normar esta materia, sería requerir que el embarazo fuera de bajo riesgo. Si la mujer traspasara este umbral al rechazar la asistencia hospitalaria, quizá debiéramos replantearnos la oportunidad de introducir cambios en nuestro derecho de daños, en atención a que se habría incrementado deliberadamente el riesgo de que el hijo experimentase las taras o secuelas que finalmente sobrevinieron al no procurarle un entorno idóneo a las circunstancias que exigía su embarazo<sup>28</sup>.

A nuestro juicio, *de lege ferenda* habría que descender a esta cuestión, que diverge por completo del llamado «daño derivado de la procreación»<sup>29</sup>. No nos representamos ahora una hipótesis enmarcada en la transmisión de patologías congénitas, que son consecuencia del azar o de la fatalidad y se hallan desvinculadas de la voluntad materna<sup>30</sup>. Contrariamente, se trataría de conjugar esa

---

<sup>27</sup> Caso *Cates v. Cates*. 156 Ill. 2d 76 (Ill. 1993). 619 NE2d 715.

<sup>28</sup> De la Maza (2012: 100) propone acuñar un patrón o estándar que permita medir la adecuación del comportamiento materno y equilibrar el respeto a la autodeterminación de la mujer y el bienestar del futuro hijo, de manera que la primera no sea fiscalizada en exceso. En su opinión, la madre debería omitir todo aquello que evitaría una «embarazada razonable». Por consiguiente, admite que responda civilmente de los daños prenatales «en la medida en que sus actos u omisiones sean de aquellos que, generalmente, se sabe que causarán daños a la criatura y en la medida que la utilidad que la madre obtiene de estos actos u omisiones no sea superada por el daño experimentado por la criatura».

<sup>29</sup> Con el rigor que le caracteriza, Gutiérrez Santiago (2017: 182 y 185) desarrolla espléndidamente las diferencias entre ambos tipos de daños, exponiendo el rechazo mayoritario de nuestra doctrina hacia la inclusión de acciones que exijan responsabilidad a los padres por procrear a sabiendas de que eran portadores de enfermedades transmisibles a su prole. Esta autora analiza también otras hipótesis en las que la lesión «podría haberse evitado con un comportamiento distinto» de la madre. En ellas residenciamos nosotros las derivadas de su elección arbitraria, aunque plenamente consciente e informada.

<sup>30</sup> Macía Morillo (2005: 68, nota a pie 94) afina en este punto diciendo que con la libertad de procreación se juega con probabilidades y no con certezas. Aunque los padres sean portadores de enfermedades, cabe que permanezcan en la más absoluta ignorancia de las peculiaridades de su código genético, que, además, es una problemática ajena a su voluntad.

Esta ignorancia difiere, por tanto, en nuestro caso, de la actitud de una madre que expone a la criatura conscientemente a un peligro provocado por ella, eligiendo a

libertad de autodeterminación de la madre, eligiendo la modalidad de parto y el lugar de alumbramiento, con la obligación de responsabilizarse de su ejercicio, que sería una contrapartida de la anterior.

En defensa de la viabilidad de acciones esgrimidas por los hijos para resarcirse del daño experimentado por un comportamiento negligente materno despunta la posición defendida por Atienza Navarro, quien no concibe que rija una suerte de compensación de lucro con daño en cuya virtud los daños infligidos a los hijos se vean restituidos con el don de la vida recibido de sus progenitoras<sup>31</sup>. En este punto, nos adherimos a Atienza cuando sostiene que la excusa absolutoria introducida en el art. 158 CP, que exime de responsabilidad penal a la madre por lesiones imprudentes al feto, no ha de ser óbice para que se le exija una reparación en el plano civil con fundamento en el principio *alterum non laedere*<sup>32</sup>. La reclamación de una indemnización por la vía del art. 1902 CC no es tributaria de que el hecho generador sea, además, una conducta tipificada penalmente.

A mayor abundamiento, cabe que la madre se condujera con dolo eventual. Conducta que sí sería penalmente relevante y sancionable *ex* art. 157 CP para la gestante. De hecho, para penalista Fernández Bautista el dolo eventual adquiere en el marco del art. 157 CP singular relevancia<sup>33</sup>. Da por sentado

---

sabiendas una modalidad de parto que entraña una verdadera amenaza para la subsistencia del hijo que espera y donde sería milagroso que no sufriera menoscabo grave o se malograra.

<sup>31</sup> Suscribe esta visión De Verda (2016: 25), para quien este tipo de acciones no deben rechazarse apriorísticamente. Cobas Cobiella (2011: 480 y 488), por su parte, se quejaba en 2011 de que nuestra legislación castigaba básicamente atentados perpetrados por terceros contra el bienestar fetal. Instaba entonces a articular soluciones en el marco civil cuando el niño sucumbiera a causa de la drogadicción materna u otro actuar negligente de la gestante que dejara en él huellas irreversibles. Encuadró en el art. 29 CC el interés del *nasciturus* a llevar una vida sana y defendió una remodelación de nuestro derecho de daños que permitiera actuar cuando el comportamiento de la madre durante la gestación atentara contra el derecho de su futuro hijo a llevar una existencia con calidad.

<sup>32</sup> En este aspecto, Martín Casals y Ribot (2011: 555) parten de una premisa distinta, sustentando que con la falta de punición por lesiones imprudentes en el Código Penal se ha querido defender la intimidad de la mujer y su libertad durante la gestación. Abogan por hacer extensiva al plano civil esta solución, obstando entonces a reclamaciones como las aquí sugeridas.

<sup>33</sup> Atienza Navarro (2012: 60-61). Con posterioridad, la penalista Fernández Bautista (2015: 558) remarca que el sujeto activo del delito de causación dolosa de lesiones al feto puede ser cualquiera, incluso la propia embarazada, y que, aunque se perfila como excepcional, no deben desdeñarse los supuestos de dolo eventual en los que «concurra

que este supuesto será más frecuente en la práctica que aquel otro en que la mujer tenga intención directa de causar lesiones o taras en el feto. Por tanto, aunque nuestros tribunales hayan sido siempre reacios a admitir que los hijos litiguen contra sus madres exigiendo una reparación económica por lesiones ligadas a este tipo de comportamientos, de generalizarse estos alumbramientos caseros, quizás ello debiera acompañarse de una previsión legal que habilite a litigar en tal contexto y asistamos a un cambio de sesgo jurisprudencial en el sentido antes apuntado. No obstante, a la vista de la evolución registrada en el derecho a la autodeterminación de la mujer en EE. UU., existen factores que nos dejan sumidos en la más absoluta incertidumbre acerca de los derroteros que tomará esta cuestión en nuestro país. Máxime cuando nos consta que la mujer ni siquiera fue compelida a someterse a una cesárea aun dependiendo de ello la supervivencia de la criatura. Por consiguiente, si emprendemos esta otra senda, incluso sería extraño que se dictara en el futuro otra sentencia como la nuestra, que pasará a ser, así, *rara avis*.

### **Bibliografía**

- Atienza Navarro, M. L. (2012). La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural. En J. R. de Verda y Beamonte (coord.). *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (pp. 51-82). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cobas Cobiella, M.<sup>a</sup> E. (2011). ¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión. *Revista Española de Drogodependencias*, 4, 479-490.
- Corripio Gil-Delgado, M.<sup>a</sup> R. (2018). El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido». *Revista de Derecho Civil*, 4, 139-182.
- De la Maza Gazmuri, I. (2012). Antes de que nazcas: daños prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica. En J. R. de Verda y Beamonte (coord.). *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (pp. 83-102). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández Bautista, S. (2015). Comentario al art. 157 del Código Penal. En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (dirs.) y J. S. Vera Sánchez (coord.). *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (pp. 556-558). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Fernández, C. (2021). Violencia obstétrica: los antecedentes históricos de un abuso silenciado. En J. G. Fernández Teruelo y R. Fonseca Fortes Furtado

---

la intención de causar en el feto una lesión o una tara». Aunque no le faltaba razón a Atienza cuando decía que la dificultad estriba en distinguir cuándo se ha sobrepasado esa tenue frontera que media, a veces, entre la imprudencia y el dolo eventual.

- (dirs.). *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos* (pp. 45-71). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Vázquez, S. (2015). El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, 261-281.
- Gutiérrez Santiago, P. (2013). Comentario al art. 29 del Código Civil. En R. Berco-vitz Rodríguez Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo I* (pp. 481-516). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos. En P. Gutiérrez Santiago, M. Ordás Alonso y J. García Amado (dirs.). *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (pp. 167-213). Barcelona: Bosch.
- Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín Casals, M. y Ribot, J. (2011). Daños en el derecho de familia. Un paso adelante, dos atrás. *Anuario de Derecho Civil*, 64, 503-561.
- Matia Portilla, F. J. (2020). ¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida. En F. J. Matia Portilla y G. López de la Fuente (dirs.). *De la intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción* (pp. 232-282). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Guitián, A. M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Cizur Menor: Civitas.
- Santolaya Machetti, P. (2009). El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad. En F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti (coords.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 545-566). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Verda y Beamonte, J. R. de (2016). La protección jurídica del concebido en el derecho español. *Revista Bolivariana de Derecho*, 22, 16-33.