

CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL AL ABORTO Y SUS PREOCUPANTES CONSECUENCIAS EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: LA STC 75/2024

**Consolidation of the jurisprudential right to abortion
and its worrying consequences on personality rights:
STC 75/2024**

MARÍA REMEDIOS GUILABERT VIDAL
Universidad de Alicante
maria.guilabertv@umh.es

Cómo citar/Citation

Guilabert Vidal, M. R. (2025).

Consolidación del derecho jurisprudencial al aborto y sus preocupantes consecuencias en los derechos de la personalidad: la STC 75/2024.

Derecho Privado y Constitución, 46, 69-102.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.46.02>

(Recepción: 31/12/2024; aceptado tras revisión: 14/3/2025; publicación: 19/06/2025)

Resumen

La STC 75/24, de 8 de mayo, declara constitucional la regulación del tipo penal de nuevo cuño conocido como acoso antiabortista contenido en el art. 172 *quater* del CP, introducido en nuestro *corpus* penal a través de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril. Ninguno de los motivos de constitucionalidad aducidos en el recurso de inconstitucionalidad presentado ha sido atendido por el Tribunal Constitucional, utilizando al respecto controvertidos argumentos, los cuales serán objeto de análisis pormenorizado. Como elemento exegético fundamental se recurre al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, creado por el Tribunal Constitucional *ex novo* en la STC 44/23, de 9 de mayo, afianzándose de este modo su vigencia y, con ello, su estatus e intangibilidad. Como contrapartida, las libertades de expresión, de reunión y manifestación quedan seriamente comprometidas con la postura propugnada por el Tribunal Constitucional, alejado ostensiblemente de la amplia concepción defendida sobre estos derechos fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el propio Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Acoso; aborto; libertad de expresión; reunión; efecto disuasorio.

Abstract

STC 75/24, of May 8, declares constitutional the regulation of the new type of criminal offense known as anti-abortion harassment contained in art. 172 quater of the CP, introduced in our penal Corpus through Organic Law 4/2022, of April 12. None of the constitutionality reasons adduced in the unconstitutionality appeal presented have been addressed by the High Court, using controversial arguments in this regard, which will be the subject of detailed analysis. As a fundamental exegetical element, the fundamental right to voluntary interruption of pregnancy is used, created by the Constitutional Court ex novo in STC 44/23, of May 9, thus strengthening its validity and with it its status and intangibility. As a counterpart, the freedoms of expression, assembly and demonstration are seriously compromised with the position advocated by the Constitutional Court, ostensibly far from the broad conception defended on these fundamental rights by the European Court of Human Rights and by the Constitutional Court itself.

Keywords

Harassment; abortion; freedom of speech; assembly; chilling effect.

SUMARIO

I. CONTENIDO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO Y DE SU CONTESTACIÓN: 1. Argumentos acerca de la inconstitucionalidad del tipo penal de acoso antiabortistas. 2. Argumentos partidarios de la constitucionalidad del tipo penal de acoso antiabortista. II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. Delimitación del objeto de debate. 2. Fundamentos de derecho. III. LA CREACIÓN Y CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. Nada nuevo bajo el sol. 2. La soslayada reforma constitucional para la inclusión del derecho fundamental al aborto y su posible reversión en el futuro. 3. Graves consecuencias de la creación y consolidación jurisprudencial de derechos fundamentales: especial referencia al efecto desaliento. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONTENIDO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO Y DE SU CONTESTACIÓN

El recurso del que trae causa la presente reflexión fue interpuesto por cincuenta y un diputados del grupo parlamentario Vox contra el art. único de la LO 4/2022, de 12 de abril, el cual modificó el Código Penal, introduciendo el art. 172 *quater* del CP, que penaliza el denominado comúnmente acoso antiabortista¹.

¹ Art. 172 *quater* del CP: 1. «El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. 2. Las mismas penas se impondrán, a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en el ejercicio de su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo. 3. Atendidas a la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años. 4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representante legal».

1. ARGUMENTOS ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE ACOSO ANTIABORTISTAS

Los argumentos que se exponen en el recurso de inconstitucionalidad planteado son los que a continuación se presentan. En primer lugar, se aduce la vulneración del principio de legalidad penal, debida a la falta de taxatividad del tipo penal recurrido, dada la inconcreción de que adolece. Así se expone, por un lado, la falta de congruencia entre el preámbulo de la ley, puesto que el delito no circunscribe su ámbito de aplicación exclusivamente a los centros sanitarios donde se practica el aborto, los cuales se pretendían proteger de acuerdo con dicho preámbulo, y, por otro, la falta de claridad de las conductas consistentes en actos molestos u ofensivos, de manera que se ha procedido a establecer en el tipo una circunstancia de carácter subjetivo.

En segundo lugar, se alegan infracciones a la libertad ideológica, de expresión, de reunión, manifestación e igualdad. Para fundamentar esta postura se cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la extensión de estos derechos y el principio de proporcionalidad, para evitar el desaliento del ejercicio de estos, en caso de verse restringidos por la legislación penal. Además, se indica expresamente que el Tribunal Europeo se muestra contrario a la aplicación de las penas de prisión para sancionar el ejercicio de la libertad de expresión, salvo en los casos concretos de discurso del odio o incitación a la violencia.

En tercer lugar, se invoca por los recurrentes una transgresión del derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa, de tal manera que la penalización de la oración pública contra el aborto, que pueda resultar molesta, supondría la realización de un delito de coacciones. Para finalizar, en cuarto lugar, se entendió por la parte recurrente que la configuración como delito público implica la exposición, también pública, de las víctimas, privándoles con ello del derecho a renunciar al proceso.

Por su parte, el art. 172 recoge diversos tipos del delito de coacciones, siendo interesantes a los efectos del presente trabajo los siguientes: art. 172.1: «El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. 3. Fuera de los casos anteriores, el que cause una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

2. ARGUMENTOS PARTIDARIOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DE ACOSO ANTIABORTISTA

La Abogacía del Estado presentó los siguientes contrargumentos a los expuestos con anterioridad. Con carácter previo, en relación con el objeto del recurso, se alegó la inexistencia en el recurso de inconstitucionalidad de la preceptiva carga argumental respecto de los apdos. 3 y 4 del art. 172 *quater* del CP. De ahí que, a juicio del abogado del Estado, se debiese excluir del debate sobre dichos preceptos.

En primer lugar, entrando ya en el contenido de las alegaciones, se expuso la oposición a la infracción del principio de legalidad penal, por cuanto la conducta típica queda definida en el tipo con el verbo *acosar*, el cual, además, se emplea en otros delitos del Código Penal. Además, según esta posición, se incluyen en la redacción típica los actos que pueden producir el acoso, el resultado, la finalidad de la conducta y las personas afectadas.

Esta deficiencia regulatoria ha provocado una más que intensa labor interpretativa por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de análisis, la cual se hubiera evitado contando con una interpretación auténtica del término *acoso* por parte del legislador penal.

Baste por el momento señalar que el acoso se erige en uno de los actos más graves contra la libertad de las personas, difícilmente realizables mediante actos molestos, dicho sea de paso, y que en definitiva «trata de una forma de cercenar la voluntad de un tercero de ejecutar actos libres y coartar esa decisión libre de hacerlo, lo que determina una especie de posición de ejercicio de supremacía coactiva de una persona a otra imponiéndole y exigiéndole lo que debe y lo que no debe hacer» (Magro Servet, 2022).

Igualmente se apunta por la Abogacía del Estado que la falta de delimitación del espacio no implica indefinición del tipo. Con arreglo a esta interpretación, la prohibición quedaría extendida a cualquier lugar, incluido el domicilio de los trabajadores, facultativos o directores de los centros sanitarios en los que se practicasen abortos. Igualmente quedarían sancionadas las conductas llevadas a cabo en un espacio virtual. Así entendemos que cabría la aplicación del tipo en ámbitos digitales como webs, canales de YouTube, metaversos, juegos *online*, etc., con los que la víctima pudiera entrar en contacto. De este modo se abriría paso a las eventuales responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y de los usuarios, así como aquella derivada de la implementación de contenidos antiabortistas generados por inteligencia artificial que pudieran ser susceptibles de subsunción en el tipo penal que nos ocupa.

En segundo lugar, sobre la contravención de las libertades ideológica, religiosa, de expresión, reunión, manifestación e igualdad, se aduce por la

parte recurrida la exigencia de acoso y menoscabo a la libertad de las personas. Es decir, en virtud de esta exégesis, la mera expresión de opiniones o creencias no estaría castigada.

En tercer lugar, por lo que respecta al ataque de la intimidad de las víctimas, la Abogacía del Estado afirma la legitimidad de no someter a la voluntad de las víctimas la persecución de los delitos. Afirmando que esta circunstancia protegería su intimidad, al no tener la necesidad de presentar denuncia frente a los acosadores. Entendemos que verse inmerso obligatoriamente en un procedimiento penal sobre estas delicadas cuestiones efectivamente va a causar serias molestias a la persona que precisamente se pretende proteger mediante el tipo objeto de análisis.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE DEBATE

En primer lugar, el Tribunal Constitucional entiende que la falta de argumentación en relación con la pretendida inconstitucionalidad de los apdos. 3 y 4 del art. 172 *quater* del CP no resultaba óbice para excluir del debate planteado dichos preceptos, dado su carácter accesorio (imposición de determinadas penas y aplicación de concursos delictivos, respectivamente). No obstante esta argumentación, debemos traer a colación el voto particular del magistrado Enríquez Sancho, en el que manifiesta su disconformidad al entender que el reconocimiento expreso de la falta de carga alegatoria en relación con los apdos. 3 y 4 del tipo impugnado bastaba para decretar la desestimación del recurso en relación con estos preceptos.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A la hora de abordar la fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional expone, para con posterioridad trasladarlo al tipo penal que nos ocupa, la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de taxatividad; aquella referida también a la limitación penal al ejercicio de derechos fundamentales y, por último, la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad en el proceso penal.

En relación con el principio de taxatividad, este queda encuadrado, con arreglo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, en el seno del principio de legalidad penal, residenciado en la estricta determinación de la descripción del supuesto de hecho o *lex certa*. De tal manera, las leyes han de configurarse de forma precisa, clara e inteligible, no obstante admitirse la compatibilidad

de dicho principio con los denominados conceptos jurídicos indeterminados, dado que las normas son abstractas y, además, estas deben ir adaptándose a la realidad. Por lo que se refiere a la aplicación de esta doctrina al art. 172 *quater* del CP, en primer término, se aduce que la incongruencia alegada entre el preámbulo de la ley (en el que se expresa la voluntad de proteger las clínicas abortistas) y el precepto impugnado no afecta al principio de taxatividad, dado que el preámbulo carece de valor normativo.

En segundo lugar, sobre la queja de los recurrentes en relación con la tipificación de conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados tales como «actos molestos, ofensivos», se realiza por el Tribunal Constitucional una interpretación restrictiva, como no podía ser menos, dados los superiores valores en juego, obligado por la grave indeterminación del legislador penal². Así, se indica que la conducta «acosar» se limita a través de los medios comisivos, es decir, los «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos», siendo el resultado el menoscabo de la libertad del sujeto pasivo. Además, se alega que dicha conducta ha de realizarse con la finalidad de «obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» u «obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo»³.

Sobre esta cuestión, debemos precisar que el Tribunal Constitucional señala la exigencia de un resultado en el tipo penal (menoscabo de la libertad del sujeto pasivo), absolutamente ambiguo y vago. ¿De qué libertad hablamos? ¿Se configura en el tipo explícitamente un derecho, y no una libertad, al aborto? ¿Cuándo se entenderá menoscabada dicha libertad? ¿En qué medida se debe menoscabar la libertad? ¿Gravemente, mediante actos sencillamente molestos? El tipo omite cualquier referencia al respecto. Como se puede

² Así, el Tribunal Constitucional puntualiza: «Además, a los efectos de valorar una eventual imprevisibilidad en la comprensión de los elementos del tipo actos molestos y ofensivos, y una interpretación subjetivizante, debe tenerse en cuenta que estos elementos aparecen, por un lado, integrados en otros medios comisivos como la intimidación y las coacciones y, por otro, vienen acompañados de la precisión de que dichos actos tienen que menoscabar la libertad del sujeto pasivo. Esta contextualización, acompañada de la finalidad típica de que se trata de una conducta de acoso para obstaculizar el ejercicio de determinados derechos, permite un adecuado entendimiento de la expresión actos molestos y ofensivos por parte de los destinatarios y de los operadores jurídicos, parificados no solo con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos en relación con el derecho a la libertad, sino con su efectivo menoscabo mediante la obstaculización al ejercicio de concretos derechos».

³ Pone el acento sobre la «autoconfesión de los riesgos interpretativos» realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de estudio, de aplicarse una exégesis laxa de los referidos actos molestos (Martínez Sanromà, 2024: 624).

observar, las notables imprecisiones del legislador han obligado a realizar algo más que una exégesis, incompleta, además, en aras de la salvaguardia del precepto impugnado.

Tampoco se sabe cómo se va a poder acreditar si los sujetos efectivamente tienen una intención de obstaculizar el ejercicio del derecho al aborto o profesión o cargo, o si, sencillamente, se encuentran manifestando de forma no violenta su ejercicio legítimo a la libertad de expresión. O tan solo desean facilitar información, ayuda, opciones o recursos a las mujeres embarazadas, todo lo cual podría ser interpretado, de modo subjetivo, como una intención de obstaculizar⁴.

Sobre este particular, resulta especialmente ilustrativo el razonamiento establecido en el voto particular a la sentencia que comentamos emitido por los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera. De este modo, se hace referencia a que el legislador, al definir el acoso en el art. 172 *quater*, omite los detalles que objetivan la conducta, y que existen efectivamente en las otras modalidades penales de acoso (sexual, laboral o inmobiliario). Además, se denuncia que el acoso queda configurado respecto de unas acciones, entre las que se encuentran los controvertidos actos molestos. Por otra parte, se alega que la conducta consistente en «molestar» no puede equipararse a la acepción de «impedir u obstaculizar algo», dado que se trataría en esencia de la conducta del delito de coacciones, pero sin el carácter violento.

Igualmente, se indica por los magistrados disidentes que para definir actos molestos no resulta suficiente el resultado de menoscabo de la libertad o la finalidad de obstaculizar un derecho, profesión o cargo. Ello supone que un acto puede ser molesto con independencia de estos elementos. Además, se resalta, desde el punto de vista de la estructura del delito, la concurrencia de un delito de resultado o de mera actividad, según la clase de víctima de que se trate, esto es, una mujer o un trabajador, facultativo o directivo. Finalmente, se incide en la escasa lesividad de «molestar» para menoscabar la libertad ajena⁵.

Por lo que respecta a la capital cuestión de la limitación vía penal de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional circscribe el análisis exegético de forma conjunta a la posible afectación a la libertad de expresión y reunión. De este modo, descarta de plano el examen de la eventual infracción de las libertades ideológica y religiosa. Sobre esta manifestación debemos traer a colación el voto particular a la sentencia que comentamos emitido por los

⁴ Sobre los problemas de la inclusión del elemento subjetivo del injusto, García Arroyo (2024: 8-9).

⁵ Pone el acento en la insuficiente lesividad del precepto penal que comentamos Lascuña (2022a).

citados magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, que afirman rotundamente la afectación de estos derechos fundamentales⁶.

Al hilo de esta cuestión, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 498/2022, de 21 de octubre, que declaró la inexistencia de vulneración de la libertad religiosa y de culto y de la libertad de expresión e información. En este sentido, el Tribunal indicó que dichos derechos fundamentales no habían sido conculcados por la Resolución 6 de mayo de 2022 de la directora de la Ertzaintza. En virtud de esta se modificó el recorrido de la manifestación comunicada ese día, ordenando que discurriese fuera de las zonas de acceso y alrededores de la Clínica ASKABIDE de San Sebastián, acreditada para la práctica de abortos, debiéndose celebrar de forma estática a las 19:30 horas junto a un centro cultural. Para fundamentar su decisión, el Tribunal, al respecto de la libertad de expresión e información, argumenta: «[E]n relación con las pautas de aplicación y el contenido de la resolución recurrida, tenemos que excluir que con ella se vulneran los derechos fundamentales que ahora están en cuestión, porque no se impedía ejercitar tales derechos fundamentales con la concentración admitida junto al Centro Cultural Koldo Mitxelena».

Así como lo siguiente:

En este caso, la Sala no puede concluir que la resolución recurrida, enlazando con la convocatoria y finalidad, junto a la decisión de la Administración, implicara vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa en su dimensión *ad extra* en los términos constitucional y legalmente reconocido, en cuanto a manifestación pública con fines religiosos, porque no puede considerarse cercenado por la modificación de la manifestación, dado que, expresamente se reconoció, aunque lo fuera en un lugar distinto al inicialmente previsto y de forma estática, la celebración de la reunión donde se podría expresar las manifestaciones o expresiones vinculadas al fenómeno religioso, en relación con los fines de la asociación demandante; en concreto porque la decisión recurrida no impedía a quienes se reunieran rezar e informar de la posición de la asociación recurrente⁷.

En este orden de cosas, resulta esencial referirnos a la siguiente afirmación expresada por el Tribunal Constitucional: «[Y]a que lo sancionado son unas

⁶ Así determinan los referidos magistrados que «las conductas ahora tipificadas se enmarcan, en ocasiones, en contextos de debate público y social concurrentes con manifestaciones de la libertad ideológica y religiosa, que en este caso aparecen estrechamente conectadas con el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión».

⁷ JUR 2023/276747.

concretas conductas de acoso atentatorias de la libertad de terceros para el ejercicio de sus derechos y no la mera posición personal o su expresión fundamentada en razones ideológicas o religiosas sobre la interrupción voluntaria del embarazo». Parece que, conforme a esta línea interpretativa, los simples rezos junto a clínicas abortivas difícilmente podrían ser considerados hechos típicos, por mucho que resultasen molestos⁸. Pero, si se prolongan en el tiempo por un nutrido grupo de personas, ¿podrían constituir una conducta de acoso típica con una intensidad análoga a las coacciones o amenazas que se contienen en el delito objeto de estudio?

En relación con el delito de coacciones, un sector de la doctrina rechaza las interpretaciones que, eludiendo la exigencia del medio comisivo violento, afirman la concurrencia de dicho delito con la mera restricción ilegítima de la libertad ajena. De esta manera la violencia requerida en las coacciones englobaría los supuestos de fuerza en las cosas, fuerza física corporal o intimidación con causación de mal inmediato (Ragués i Vallès, 2003: 496). Esta exégesis resulta del todo incompatible con la equiparación valorativa de los términos «actos molestos» con aquellos coactivos efectuada por el art. 172 *quater* del CP.

En relación con la praxis judicial, dada la novedad del precepto objeto de análisis (y la innecesidad que sobre este postulamos), contamos con muy escasas resoluciones en el orden penal relacionadas con este. Así, podemos hacer referencia al Auto 261/2023 de la AP de Guipúzcoa, de 27 de junio, Sección 3.^a, por el que se confirmó la adopción de la medida cautelar de prohibición de aproximación a menos de cien metros de la clínica ASKABIDE, contenida en el Auto del 7 de octubre de 2022 del Juzgado n.^º 1 de San Sebastián. En esta ocasión, el Tribunal, sin acoger una interpretación restringida del art. 172 *quater* del CP, establece que «el comportamiento descrito en la denuncia, rezar con rosario en la mano frente de la Clínica ASKABIDE con una camiseta 40 días por la vida, mirar a las personas que acuden a la Clínica, echar risas a ellos es perceptible por mujeres o trabajadores y susceptible de generar, cuando menos malestar, intranquilidad o desagrado en dichas personas». Y que «los hechos denunciados (y policialmente comprobados, tal como se pone de manifiesto al folio 26 del atestado) son susceptibles de tildarse de molestos, cuando menos, en los términos del tipo siendo la reacción del Sistema, conforme a la ley mencionada, la salvaguarda de la seguridad del Centro y

⁸ Descarta que sean punibles las sugerencias, recomendaciones o intentos de reflexión sobre la decisión de abortar Martín Aguado (2022: 204). En el mismo sentido, refiriéndose a la acción de rezar y de dar información, Colina Ramírez (2022: 157-158). También destaca la falta de lesividad de la acción de rezar Lascuraín (2022b), e, igualmente, Martínez Sanromà (2023: 9; y en 2024: 629).

sus usuarios y, en consecuencia, la adopción de la medida cautelar de aseguramiento, como es el caso»⁹.

Por lo que atañe a la afectación de los derechos fundamentales mediante la tipificación penal, el Tribunal Constitucional alude a la doctrina constitucional relativa a la proporcionalidad de la medida empleada por el legislador. De esta manera, se recuerda que deberá verificarse «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes». Así como: «En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación de la entidad del delito y la entidad de la pena».

Una vez asentados estos axiomas, se procede a valorar con arreglo a estos el art. 172 *quater* del CP. En primer lugar, se entiende que, de acuerdo con la STC 44/2023, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo cuenta con suficiente cobertura constitucional, con base en la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad física y moral de la mujer embarazada.

Como se pondrá de manifiesto en su momento, la sentencia aludida supuso un cambio, a nuestro modo de ver injustificado, de la doctrina del Tribunal Constitucional y la creación vía jurisprudencial de un derecho fundamental al aborto, procedimiento inadmisible, desde nuestra consideración, consolidándose esta doctrina mediante la sentencia que nos ocupa.

Asimismo, se destaca por el Tribunal Constitucional la existencia de un problema social de acoso a las mujeres y profesionales que practican los abortos, indicándose sin más argumentos que las consecuencias punitivas se erigen como un instrumento necesario e idóneo para resolver dicha cuestión.

A estos efectos, debemos recordar que, en el análisis de la proporcionalidad respecto de una restricción de derechos fundamentales, se requiere llevar a cabo los juicios fácticos de idoneidad y necesidad, así como un tercero, de carácter jurídico, referente a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto¹⁰. Sin perjuicio de otras posiciones que defienden la superación de esta tesis de la ponderación, en el presente trabajo analizaremos la aplicación de este en la STC 75/24, por ser el parámetro seguido por el Tribunal Constitucional ante los casos de colisión de derechos¹¹.

⁹ JUR 2023/430620.

¹⁰ Alexy, 2011: 13-19. Así, también RTC 1995/66 y RTC 2000/265.

¹¹ Sobre las ventajas de teoría de la especificacionista y la crítica de la teoría de la ponderación para resolver los casos de acciones próximas al ejercicio de derechos fundamentales, véase Fernández Perales (2022: 794).

En primer lugar, el tipo penal analizado no resulta idóneo, prueba de ello es que las manifestaciones frente a los centros sanitarios siguen produciéndose en la actualidad, no obstante la conminación penal. En segundo lugar, existen otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales, por ejemplo, de carácter administrativo, aplicables para proteger a las mujeres. Esta insuficiencia coincide con la inobservancia, en estos casos, de los principios esenciales de fragmentariedad, intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal y el recurso al derecho penal simbólico¹². Sobre esta cuestión reflexiona el voto particular a la sentencia ahora objeto de estudio de los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, señalando que, en relación con el art. 172 *quater*, nos encontramos ante un supuesto de «intervención máxima», en lugar de la aplicación de los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del derecho penal.

En este sentido, se podría haber debatido sobre la viabilidad del establecimiento por la legislación administrativa de espacios de paso seguro para garantizar el acceso a las clínicas, distancias mínimas de seguridad personal, presencia policial, sanciones extrapenales frente al incumplimiento de estas previsiones, etc.¹³.

Sobre esta cuestión debemos señalar la presencia en nuestro entorno cultural de regulaciones muy concretas en esta materia destinadas a garantizar tanto los derechos de la mujer que va a interrumpir el embarazo como también las libertades de aquellas personas que deseen manifestarse o protestar frente a estos actos, en defensa de la vida humana. Así, debemos traer a colación la profusa regulación existente, por ejemplo, en Inglaterra, Irlanda del Norte, Australia, Canadá o Estados Unidos, sobre distancias de seguridad fijas, flotantes, acciones prohibidas y sanciones aplicables¹⁴.

De este modo, encontramos, según los casos: limitaciones de distancia respecto de los centros sanitarios que practiquen el aborto, que suelen oscilar desde los cincuenta a los ciento cincuenta metros; zonas de seguridad interpersonales de dos a tres metros de separación; prohibiciones que se extienden

¹² Reflexiona acerca del «populismo punitivo», el «trasfondo político» y las «reformas propagandísticas» en relación con la reforma penal que nos ocupa García Arroyo (2024: 10 y 12).

¹³ Sobre la posibilidad de subsumir las conductas cercanas al ejercicio de derechos fundamentales en sanciones administrativas menos gravosas, véase Urías (2023: 335).

¹⁴ Así, por ejemplo, podemos citar, entre otras muchas: *Order Public Act (Section 9)*, 2023, de Inglaterra; *Abortion Services (Safe Access Zones) Act*, 2023, de Irlanda del Norte; *The Public Health Amendment (Safe Access Zones) Act*, 2021, de Australia; *The Safe Access to Abortion Services Act*, 2017, de Manitoba, y *Freedom of Access to Clinic Entrances Act*, 1994, de Estados Unidos.

desde la simple presencia en estas zonas hasta el ofrecimiento de información, contacto visual, seguimiento, grabación de la imagen y sanciones económicas y/o penas privativas de libertad con un límite con carácter general de seis meses de prisión (Ottley, 2024: 53-63).

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia extranjera han valorado reiteradamente la conveniencia de la fijación de estos espacios seguros. De este modo, encontramos posiciones conformes con la exclusión, incluso de rezos en las zonas de seguridad establecidas, hasta otras en las que se han rechazado las restricciones de distancia interpersonales o zonas burbuja, existiendo un amplio abanico de posibilidades, debiéndose adoptar, en su caso, la más ajustada a los valores de nuestro ordenamiento jurídico¹⁵. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos el 26 de junio de 2013 declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Massachussets de 2007 que estableció una zona protección de treinta y cinco pies respecto de la entrada de los servicios de salud reproductiva, por contravenir la libertad de expresión de los grupos antiabortistas. También se determinó por parte del Tribunal de Apelación que la Ordenanza n.º 49 de Pittsburgh, de diciembre de 2005, contrariaba la primera enmienda de la Constitución estadounidense en relación con la libertad de expresión, dado que esta quedaba severamente limitada, fundamentalmente, porque establecía una zona de seguridad flotante (añadida a una zona de seguridad fija) en la que no se podían entregar panfletos informativos a las usuarias que acudían a las clínicas abortistas. Junto con esta resolución podemos citar la sentencia de la Corte Suprema de Florida, de 30 de junio de 1994, n.º 93-880, *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, en virtud de la cual el establecimiento de una distancia de seguridad de treinta y seis pies alrededor de la clínica conculcaba la libertad de expresión de los protestantes contra la práctica del aborto¹⁶.

Pero es que, además, el tipo penal objeto de estudio no se ciñe a castigar las conductas realizadas en las inmediaciones de las clínicas, sino que amplía de forma injustificada su ámbito de aplicación objetivo hacia espacios desmesu-

¹⁵ Véase sobre esta cuestión Lord y Regan (2024: 5); propugnan la prohibición de grupos antiabortistas fuera de las clínicas Lowe y Graeme (2018: 342-344), Sifris y Penovic (2018: 337), y Vergara Pérez (2017: 67).

¹⁶ Gottlieb (2000: 1368); Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *McCullen v. Massachussets* de 26 de junio de 2013, n.º 12-1168, disponible en <https://supreme.justia.com>, consultado el 27.11.2024; Sentencia del Tribunal de Apelación, *Third Circuit, Brown v. City of Pittsburgh*, de 30 de octubre de 2009, n.º 08-1819, disponible en <https://is.gd/clykSU>, consultada el 27-11-2024, y Sentencia de la Corte Suprema de Florida, *Madsen v. Women's Helath Center, Inc. ET AL.*, de 30 de junio de 1994, n.º 93-880, disponible en <https://tile.loc.gov>, consultada el 27-11-2024. Sobre esta última resolución, véase también Wohlstadter (1995: 573-574).

radamente remotos respecto a aquel en el que se va a practicar el aborto, como sería el caso de internet. Además, debemos apuntar la innecesaria reiteración conductual en los ecosistemas *online* para que la conducta pueda ser considerada acoso. Ello es así porque mediante la subida de contenidos a internet a través de una única acción, eso sí, con carácter de persistencia, se colmaría el tipo, pese a exigir este la concurrencia de una pluralidad de acciones¹⁷.

En consecuencia, resulta posible considerar por parte de nuestro legislador una multitud de opciones extramuros del derecho penal, de manera que los principios que fundamentan esta rama del ordenamiento jurídico español puedan ser respetados, así como los intereses de las partes en conflicto. Así las cosas, las medidas administrativas que pudieran adoptarse igualmente deberán ser proporcionadas, dado que, en caso contrario, se cercenarían los derechos de las personas que se manifiestan contra la práctica del aborto, como sería el caso del establecimiento de una zona de seguridad especialmente alejada del centro sanitario, en cuyo caso las protestas devendrían carentes de sentido¹⁸.

Además, para los casos de especial entidad ya contábamos con los delitos de coacciones o amenazas, dándose la circunstancia de que el nuevo tipo penal contempla una pena de menor entidad que dichos tradicionales delitos contra la libertad¹⁹.

Y, en tercer lugar, la lesividad de las conductas consistentes en molestar u ofender, exentas, además, de violencia, resulta francamente irrisoria, dado que las mujeres continuaban abortando, pese a las molestias ocasionadas. Resultando por ello a todas luces desproporcionado desde el punto de vista jurídico el establecimiento de una pena privativa de libertad de hasta un año de duración para sancionar estas acciones. Con ello se produce la hiperprotección de una posición ideológica, en claro detrimento de la contraria.

Tampoco entendemos acorde con el principio de proporcionalidad la inclusión en el tipo penal que ahora comentamos de conductas de muy diverso calado. Así, molestar y coaccionar o intimidar son todas ellas acciones constitutivas

¹⁷ Destaca que haya de existir cierta reiteración de la acción, dado que se usan el plural y el término *acoso* en el tipo Cugat Mauri (2023: 1338).

¹⁸ Sobre la posibilidad de aplicar medidas extrapenales, de naturaleza administrativa o civil, véase Colina Ramírez (2022: 154-155). También sobre la conveniencia de optar por acciones preventivas, en lugar del recurso al derecho penal, Cugat Mauri (2023: 1329-1339).

¹⁹ Entiende que los tratos degradantes consistentes en ofensas, intimidaciones y coacciones no podían ser penalizados por no contar con tipificación específica Martín Aguado (2022: 203). Destaca la incongruencia legislativa consistente en privilegiar la pena del art. 172 *quater* respecto de la establecida para el delito de coacciones García Arroyo (2024: 5).

del delito objeto de estudio y conminadas con idéntica sanción penal, siendo obvia la diferente gravedad entre estas. Tal y como expresa el voto particular a la sentencia que comentamos emitido por los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, se otorga el mismo desvalor a todas las conductas recogidas en el tipo.

Prosiguiendo con el juicio de proporcionalidad de la pena prevista, el Tribunal Constitucional destaca la configuración del delito como menos grave, con bajas extensiones; la existencia de pena alternativa a la de prisión; la posibilidad de suspensión de la sanción penal y la aplicación de circunstancias atenuantes, como la referida al ejercicio de un derecho. No obstante, tal y como apuntan los citados magistrados en sus votos particulares, el rango penológico es susceptible de elevación mediante la apreciación de concursos reales de delitos o del subtipo agravado del delito de coacción²⁰.

Finalmente, por lo que respecta a la cuestión del respeto al derecho a la intimidad de las mujeres embarazadas en el proceso penal y su aplicación al art. 172 *quater* del CP, se subraya por el Tribunal Constitucional la existencia de un interés público que justifica la intromisión en la esfera de intimidad de las eventuales víctimas. A este respecto también se apunta a la existencia del estatuto de la víctima del delito que posibilita la aplicación de medidas de protección de la intimidad de estas personas.

Un aspecto importante sobre esta conclusión es el que ofrece el voto particular del magistrado Enríquez Sancho, al poner el acento en la peligrosidad de la doctrina que emana de la sentencia objeto de estudio. De este modo, se indica que la configuración pública del delito de acoso antiabortista implica que la naturaleza privada o semipública de las infracciones penales no protege los intereses de las víctimas. Con ello el Tribunal Constitucional estaría realizando valoraciones propias del legislador, que en caso de contradicción devendrían prevalentes.

III. LA CREACIÓN Y CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. NADA NUEVO BAJO EL SOL

En relación con la seria cuestión que ahora nos ocupa relacionada con la creación normativa de derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional

²⁰ Sobre el abuso de la pena de prisión por parte de los tribunales en relación con el delito de *stalking* frente a la hipótesis de que las víctimas consideran necesaria la imposición de una pena, véase Salat y Badía (2022: 14-105).

tucional, debemos traer a colación, por su elocuencia, el voto particular que el magistrado Rubio Llorente emitió en su día contra la STC 53/85. En esta ocasión ya se plasmó la preocupación por las extralimitaciones en la actuación del Tribunal Constitucional apreciadas por uno de sus miembros disidentes.

Así, se manifestó explícitamente en aquel momento lo siguiente:

El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores, que, a su juicio, tales preceptos encarnan para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es si quiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizás más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone.

La sentencia que ahora nos ocupa remite de forma explícita a la STC 44/23 para fundamentar la decisión que ahora adopta. Dicha resolución afirmó la existencia de un derecho fundamental al aborto, el cual no existe en nuestro texto constitucional, coligiendo que este se deriva de la dignidad, el libre desarrollo y la integridad física y moral de la mujer²¹.

De esta manera, se estableció (dicho sea de paso, después de inexplicables trece años de pendencia del recurso), por una parte, que, «de acuerdo con ello, el legislador no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de la mujer y al “libre desarrollo de la personalidad” al regular la interrupción voluntaria del embarazo». Y, por otra, que «la decisión de la mujer relativa a la interrupción voluntaria del embarazo se sitúa *prima facie* dentro de esa doble vertiente protectora, y por ello tanto en lo que concierne a su integridad corporal como a su integridad física y moral».

En relación con esta sentencia se emitió el voto particular de los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, los cuales mostraban también su discrepancia en relación con la confección jurispru-

²¹ Otra extralimitación de este Tribunal en sus funciones es la valoración efectuada en la STC 44/23 de la opción legislativa del sistema de plazos, estimándose la más adecuada y petrificándose este sistema en detrimento de cualquier otro modelo regulatorio, que eventualmente se pueda proponer en el futuro, salvo que se siga haciendo caso omiso al valor del precedente. El Tribunal Constitucional debe analizar si una norma resulta inconstitucional y abstenerse de enjuiciar ningún sistema de regulación del aborto y mucho menos de consagrar determinadas opciones legislativas, en detrimento de otras igualmente loables siempre que respeten los márgenes constitucionales.

dencial de derechos fundamentales efectuada en esta y también en la STC 19/2023, relativa a la eutanasia, bajo el paraguas de una pretendida interpretación evolutiva del texto constitucional. Así las cosas, se concluyó nuevamente que «con ello la sentencia se sitúa fuera de los márgenes del control de constitucionalidad que a este tribunal corresponden, pues reconocer derechos fundamentales es una potestad del poder constituyente, no de los poderes constituidos y, por tanto, no lo es del Tribunal Constitucional».

Sobre esta cuestión debemos significar igualmente el acierto técnico del voto particular del magistrado Enríquez Sancho, en la STC 75/2024 que ahora nos ocupa, al expresar que no se puede derivar tal derecho fundamental de prestación, como es el derecho a abortar, del derecho a la integridad física, puesto que esta se refiere a la negativa a someterse a intervenciones no autorizadas sobre el propio cuerpo, salvo por motivos constitucionalmente aceptados. Además, este magistrado advierte con acierto la innecesaria alegación de un derecho fundamental al aborto para la declaración de constitucionalidad el artículo impugnado²².

Al hilo de esta cuestión debemos recordar igualmente que el Código Penal no protege exclusivamente derechos fundamentales, sino aquellos intereses que, por ser los más relevantes socialmente, quedan protegidos penalmente frente a las conductas más intolerables²³. Por tanto, no resultaba en modo alguno necesaria la creación *ex novo* de un derecho fundamental para la solución del recurso planteado, a menos que se pretendan alcanzar otros objetivos.

El Tribunal corrobora ahora el estatus de derecho fundamental al aborto, procediendo a ponderar el conflicto existente entre este interés y las libertades de expresión, reunión y manifestación (eludiendo el debate en relación con la libertad ideológica y religiosa). Pero, como hemos manifestado, no resultaba preceptivo crear un derecho fundamental nuevo, dado que el Tribunal Constitucional ha utilizado esta vía para enjuiciar la constitucionalidad de las normas legales limitativas de derechos y bienes constitucionales²⁴. Eso sí, a nadie se le escapan las trascendentales consecuencias jurídicas y también simbólicas que entraña el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental.

²² También declaran la inexistencia del derecho fundamental al aborto los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera en sus votos particulares a la sentencia objeto de estudio.

²³ Recuerda que el derecho penal no solo protege derechos fundamentales Muñoz Conde (2011: 2).

²⁴ En este sentido, Chano Regaña (2022: 245), y también sobre la innecesariedad de la creación de los derechos fundamentales al aborto y eutanasia, Sieira Mucientes (2023: 287-292).

Sobre este punto debemos traer necesariamente a colación la conocida doctrina del desaliento del ejercicio de los derechos fundamentales, provocada por una reacción penal desproporcionada y que desarrollaremos con posterioridad. Baste de momento en este punto destacar que precisamente la eventual afectación a esos derechos esenciales exige una mayor intensidad por lo que atañe a la justificación de las restricciones previstas penalmente (Cuerda Arnau, 2022: 100-101).

Desde nuestra posición, consideramos que la invención jurisprudencial de derechos fundamentales (como es el caso del derecho al aborto) se trata de un artificio para justificar las restricciones a otros derechos que sí ostentan tal naturaleza (libertad de expresión, reunión, manifestación, ideológica y religiosa), por cuanto equipara los rangos de ambos intereses. Nótese no solo la entidad, sino también la pluralidad de los derechos esenciales afectados por el art. 172 *quater* del Código Penal, y que exigiría, más si cabe, un despliegue argumentativo superior.

En relación con esta cuestión debemos detenernos en la función institucional de los intereses referidos, la cual trasciende del individuo, poseyendo un efecto social esencial en la formación del Estado democrático, dimensión que justificaría la especial consideración hacia las conductas típicas limítrofes a estos derechos fundamentales, las cuales no deberán ser tratadas como un delito cualquiera²⁵.

Por si no fuera suficiente, hemos tenido que presenciar la aplicación de esta inquietante e innovadora doctrina (por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, dado que, como veremos, fue aplicada en Estados Unidos hace cincuenta años en relación con el derecho al aborto, encontrándose en la actualidad superada) de forma reiterada en los últimos tiempos. De este modo, debemos aludir a la invención del derecho fundamental a la muerte o del derecho fundamental a la vivienda por parte del Tribunal Constitucional.

Es más, una vez constatado el asalto a los derechos fundamentales, núcleo duro del texto constitucional, no resultaría extraña la modificación o creación de otros contenidos de la Carta Magna en cualquier momento. Con ello debemos poner de manifiesto una vez más el carácter político del Tribunal Constitucional, el cual viene soslayando el correspondiente procedimiento de modificación constitucional para lograr la imposición de una determinada opción ideológica, en detrimento de cualquier otra que pretenda abrirse camino.

Ante esta tesisura, ¿cuál es el órgano que debe fiscalizar de forma imparcial la actuación del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico?

²⁵ Colomer Bea (2019: 103). Sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, véase también Urías (2023: 326).

Sobre esta cuestión, podemos indicar que un sector de la doctrina defiende la posibilidad de que el Parlamento ejerza también el control constitucional de las leyes²⁶.

2. LA SOSLAYADA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA INCLUSIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO Y SU POSIBLE REVERSIÓN EN EL FUTURO

La única vía acorde con el ordenamiento jurídico vigente para consagrar el derecho fundamental al aborto consiste en plasmarlo en el texto constitucional a través del oportuno procedimiento de reforma constitucional. Todo aquello que no se ajuste a este axioma supone un exceso y la correlativa invasión de competencias del legislador constituyente.

Así fue considerado explícitamente por los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño en su voto particular a la STC 44/2023, al afirmar que «la realidad social puede conducir a que se manifieste incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional».

Sobre este particular debemos realizar obligada referencia al antecedente que sobre esta cuestión se ha producido recientemente en el vecino Estado francés. Con ello nos estamos refiriendo a la modificación constitucional acaecida mediante la Ley Constitucional n.º 2024-200, de 8 de marzo de 2024, la cual ha introducido el derecho fundamental al aborto, mejor dicho, la «libertad» de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo, en el ordenamiento jurídico francés²⁷.

Resalta el correcto *modus operandi* del legislador el magistrado Enríquez Sancho a través de su voto particular a la sentencia objeto de estudio, al determinar que «la Constitución dice lo que dice y los juristas debemos atenernos a su texto, siendo tarea de ciudadanos y políticos modificarla como ha hecho Francia, por ejemplo, mediante la Ley Constitucional núm. 2024-200, relativa a la libertad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo».

Si bien la reforma constitucional se erige en el cauce procedimental adecuado para la inclusión del referido derecho con carácter fundamental, debemos manifestar, desde nuestra consideración, la insuficiencia del debate social en Francia acerca de la necesidad de susodicha reforma constitucional, dada la trascendencia del derecho al que se quería dotar del máximo estatus jurídico. De hecho, la nueva regulación no fue sometida a referéndum por

²⁶ En este sentido, Magallón Montañés (2022: 417-447).

²⁷ Sobre este importante cambio jurisprudencial, véase Vázquez (2024).

decisión del presidente de la República, no obstante, esta opción se ajusta a la legalidad del derecho francés.

Entendemos que la expedita modificación del texto constitucional francés, así como los artificios argumentativos del Tribunal Constitucional español para constitucionalizar el derecho al aborto, bien se puede deber a la obligación de dar respuesta frente a la conocida sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Dobbs v. Jackson Women's Helath Organization*, de 24 de junio de 2022, la cual rechaza la existencia de un derecho fundamental al aborto en aquel país²⁸. Resulta cuanto menos sorprendente que, tanto en la STC 44/2023 como en la resolución que ahora nos ocupa, se prescinde de toda alusión a esta reciente y valiosa doctrina norteamericana, ni tan si quiera cuando en la primera de estas sentencias se trae a colación un buen número de instrumentos jurídicos internacionales. La sentencia *Dobbs* supone la realización de un giro copernicano respecto de la concepción del aborto en aquel país, dado que rechaza el anclaje constitucional del derecho al aborto, el cual fue reconocido en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Roe v. Wade*, de 22 de enero de 1973, reconociéndose que en aquel momento se le privó a la ciudadanía norteamericana del poder de decisión sobre tan significativa cuestión (Salinas Mengual, 2023: 16). Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional copia y pega una doctrina creada hace cincuenta años en la Corte Suprema estadounidense, la cual se encuentra en la actualidad superada²⁹.

Es decir, se ha optado por la creación y posterior consolidación jurisprudencial del derecho a abortar, presuntamente derivado de la dignidad humana y de la integridad física y moral, desprotegiendo, a su vez, la vida humana prenatal durante las catorce primeras semanas de gestación (sin que se justifiquen, entre otras cosas, las razones del establecimiento de este plazo, ni el procedimiento para la determinación del *dies a quo* de este), puesto que la información y el procedimiento de su ofrecimiento a la mujer embarazada resultan más que deficientes para lograr una mínima protección del *nasciturus*. En este sentido resulta contundente el voto particular de la magistrada Espejel Jorquera a la STC 44/2023, al destacar que durante las catorce primeras semanas el *nasciturus* carece de protección alguna³⁰.

La doctrina denuncia la falta de información de las consecuencias sobre el *nasciturus* y la mujer (como, por ejemplo, acerca del síndrome del posta-

²⁸ Resalta el carácter simbólico de la reforma constitucional francesa como respuesta a la doctrina de la sentencia *Dobbs* Vázquez (2024).

²⁹ En este sentido, véase Ollero Tassara (2023: 92).

³⁰ Un sector de la doctrina destaca la naturaleza efímera del pretendido derecho al aborto al tener una vigencia tan solo de catorce semanas (Ollero Tassara, 2023: 94).

barto), las alternativas o ayudas públicas existentes. Incluso un sector de la academia señala la necesidad de que la madre pueda escuchar el latido del corazón o contemplar una ecografía del *nasciturus*³¹. Es más, se convierte ahora en delincuentes a quienes intentan suplir las carencias informativas que el Estado no ha sabido cubrir para proteger someramente la vida humana dependiente³².

Gracias a la creación del art. 172 *quater* se evita que las mujeres embarazadas obtengan la debida información sobre el aborto y su aplicación, dado que ni siquiera el sector privado puede llevar a cabo esta labor, so pena de comisión delictiva. Con ello, se eliminan las cortapisas que pudieran existir sobre el ingente negocio del aborto. En relación con esta cuestión debemos resaltar que se sitúa en torno al 82 % la cifra de los abortos practicados en centros privados, ascendiendo la práctica del aborto al número de cien mil intervenciones anuales en España³³.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha soslayado sin ambages el procedimiento de reforma constitucional y cualquier debate social en torno a esta trascendental cuestión³⁴. Cuando bien podría haberse planteado este durante los trece años que se han necesitado para la resolución del recurso interpuesto. En su lugar, se ha utilizado la puerta de atrás para favorecer determinadas posiciones ideológicas, en claro detrimento de otro derecho fundamentalísimo efectivamente reconocido en el texto constitucional, esto es, la protección de la vida humana prenatal, a la que todos tienen derecho, con arreglo al art. 15 de la CE³⁵.

Al hilo de esta cuestión, aun sabiendo que el desarrollo de este asunto excede los límites del presente estudio, debemos manifestar que la vida «humana» existe desde el momento de la fecundación, en virtud del cual se crea un ser con un ADN perteneciente a la especie humana, diferente al de sus padres y al de cualquier otro individuo, encontrándose en un proceso

³¹ Salinas Mengual (2023: 12 y 16). Desde nuestra consideración, creemos conveniente el establecimiento de los denominados «refugios seguros», en los que las madres puedan, preservando su anonimato, dejar allí a los bebés exentos de peligro.

³² Aduce estas graves carencias sobre la información que ha proporcionarse a la mujer embarazada Azpiroz Villar (2023: 13-14), y aduce la violación del derecho al consentimiento informado Salinas Mengual (2023: 26).

³³ Sobre este particular, véase el Observatorio Demográfico CEU-CEFAS (2023: 17).

³⁴ Celebra el reconocimiento del acceso al aborto como un derecho fundamental, efectuado por la STC 44/2023, Rodríguez Ruiz (2023: 517).

³⁵ Sobre la intención de descartar el aborto con la expresión «todos tienen derecho a la vida», véanse Ollero Tassara (2023: 92-97) y Salinas Mengual (2023: 19). Véase, sobre la demora de la STC 44/2023, Reviriego Picón (2023).

de evolución y siendo por ello titular del derecho a la vida. Extremos biológicos todos ellos corroborados desde hace años por el saber científico mediante argumentos genéticos, evidencias de biología celular y pruebas embriológicas concluyentes, que, de forma objetiva, sitúan el comienzo de la vida humana en el momento de la concepción. De este modo, se ha podido constatar que, desde la fecundación, la persona posee una identidad genética propia y diferente a la de sus progenitores, y a la de cualquier otro individuo, e inmutable hasta la muerte. De tal manera el cigoto ostenta información genética de vida humana y propia, así como también capacidad informacional, es decir, aquella que le permite una potencialidad suficiente para el desarrollo del plan embriológico, el cual queda establecido desde la primera división celular del cigoto; igualmente, el desarrollo del embrión se caracteriza por ser dinámico, sin solución de continuidad, y, además, el embrión no forma parte de ningún órgano del cuerpo de la madre, ni resulta imprescindible para su supervivencia. Fruto de estas premisas se colige que la persona debe ser sujeto de derechos inviolables desde el momento de la fecundación³⁶.

Por tanto, discrepamos radicalmente de las posiciones acientíficas que consideran el embrión y el feto como parte del cuerpo de la mujer, tal y como expresó el voto particular de la magistrada Balaguer a la STC 43/23³⁷.

Para un adecuado entendimiento de esta cuestión se debe separar la dimensión del derecho a la vida como *prius* lógico, ontológico, dotado de dignidad y extrema hipervulnerabilidad, de la asunción de personalidad jurídica «a efectos civiles», con arreglo a los arts. 29 y 30 del Código Civil. Sobre este particular hay que recordar también que el título II del Código Civil ostenta la rúbrica «Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil». Efectivamente, el concebido se tiene por nacido en todo lo que le sea favorable, siempre que nazca vivo y producido el entero desprendimiento del seno materno. Pero es que con la práctica del aborto no se le permite nacer, con lo que esta regulación aplicada a ultranza resulta un sofisma irresoluble, dado que si le priva de nacer nunca ostentará derechos³⁸.

Los requisitos de los referidos preceptos del Código Civil han dotado de seguridad jurídica al sistema mediante la creación de una ficción jurídica en un tiempo en el que se desconocía el proceso evolutivo de la vida humana

³⁶ En este sentido, Jouve de la Barreda (2007: 30-44).

³⁷ En el mismo sentido que se postula en este trabajo, Azpiroz Villar (2023: 11) y Jouve de la Barreda (2007: 39). En otro sentido, mostrándose a favor del contenido del voto particular de la magistrada Balaguer, Torres Díaz (2023: 256).

³⁸ Sobre el la titularidad del derecho a la vida y el concepto de vida prenatal, véase Azpiroz Villar (2023: 6-9).

intrauterina, sin los avances científicos actuales mediante los que podemos comprobar en todo momento el estado vital del embrión o feto. Con ello queremos significar que una cosa es la existencia natural de la persona, que comienza con la concepción (dado que con ella surge un individuo con ADN humano propio, diferente al de sus progenitores y al de cualquier otro individuo), y otra, la asignación de personalidad «a efectos civiles». El momento de dicha atribución por parte del derecho civil puede ser debatido, ampliándose o restringiéndose el ámbito normativo en aras de la seguridad jurídica, si bien la existencia de la persona como tal es un dato empírico indiscutible³⁹. Este axioma debe ser complementado con la ineludible alusión al término «todos» del art. 15 de la CE, muestra indudable de la voluntad del legislador constituyente de proteger también la vida humana intrauterina.

No debemos olvidar que, en otras ramas del ordenamiento jurídico, como es el caso derecho penal, se ha desarrollado tradicionalmente el concepto de vida, con la calificación de «humana», dependiente o no, a la hora de diseñar los tipos delictivos contra la vida⁴⁰. El Código Civil recoge simplemente una noción de personalidad a «efectos civiles», que no de persona. Asimismo, debemos indicar que incluso existiendo diversas posturas entre doctrina penalista que discrepan en torno al momento en el que la vida humana es dependiente, bien desde el momento de la fecundación, bien desde la anidación del óvulo fecundado en el útero, se reconoce que el bien jurídico protegido es la vida humana⁴¹.

Ya en otro orden de cosas, y por lo que respeta a la posible reversión de la situación creada por la STC 44/2023 y consolidada mediante la STC 75/2024, debemos hacer obligada referencia a la doctrina del precedente. Con arreglo a esta tesis del propio Tribunal Constitucional, no resulta posible que el máximo intérprete de la norma suprema desatienda sus propios precedentes

³⁹ Entiende que el *nasciturus* posee personalidad, pero no capacidad de obrar, Florit Fernández (2023: 140).

⁴⁰ Sobre la nota de dependencia con posterioridad al nacimiento, véase Florit Fernández (2023: 99-100).

⁴¹ Respecto de las ventajas e inconvenientes de las diversas teorías sobre el inicio de la vida humana, véase Muñoz Conde (2011: 81-83). Debemos destacar que, si bien este autor se muestra partidario del sistema de plazos en relación con la práctica del aborto, reconoce la existencia de vida humana desde el momento de la anidación. También resulta destacable la reflexión realizada por este en relación con la preceptiva información que ha de darse a la mujer embarazada para excluir el tipo penal de aborto, en la que se destacan las posibilidades de que esta se convierta en una mera rutina burocrática superflua o incluso una humillación. Destaca la existencia de bienes jurídicos diferentes en el delito de aborto Florit Fernández (2023: 118-119).

jurisprudenciales, a menos que se ofrezcan cumplidas razones del cambio de criterio.

Este crucial axioma ya se plasmó en resoluciones como la STC 103/1984, de 12 de noviembre, al determinar que «un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable»⁴².

En su momento, los votos particulares de los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño a la STC 44/2023 expresaron la infracción de la doctrina del precedente, al apartarse esta sentencia de los criterios establecidos por la STC 53/85, la cual determinó para los referidos disidentes dos declaraciones fundamentales, en modo alguno superadas. Por una parte, que ni los derechos de la mujer ni los del *nasciturus* tienen carácter absoluto. Y, por otra, que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución, lo que obliga al Estado a su protección, incluso utilizando la vía penal.

La Sentencia 75/2024 no solo continúa sin aportar ningún argumento al respecto de este cambio, sino que profundiza en la brecha creada al consolidar el carácter fundamental del derecho al aborto creado con anterioridad, prefiriendo este, como resultado de la ponderación efectuada, frente al ejercicio no violento nada más y nada menos que de las libertades de expresión, reunión, manifestación, ideológica y religiosa⁴³.

Al hilo de esta cuestión, y en relación con el derecho de reunión y manifestación, podemos aludir a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 477/2022, de 11 de octubre, la cual acertadamente decretó la vulneración del derecho de reunión y manifestación por parte de la Resolución de 5 de octubre de 2022 de la directora de la Ertzaintza, que modificó el lugar de las concentraciones comunicadas el 8 de septiembre frente a la Clínica ASKABIDE en Vitoria. De esta manera,

⁴² RTC 1984/103.

⁴³ Manifiesta que la doctrina penal alude a un posible conflicto con el derecho de reunión pacífica Ragués i Vallès (2023:118). Resulta de interés destacar por la analogía respecto de las acciones de los grupos antiabortistas la problemática de las limitaciones del derecho de reunión durante la veda electoral, cuyas restricciones no son absolutas, que un sector de la doctrina apunta incluso a la posibilidad de repensar la necesidad e idoneidad de dicha veda. Así, Sevilla Duro (2021: 67-68). También determina que las limitaciones al derecho de reunión durante la jornada de reflexión o veda electoral deben referirse a actos electorales, debiéndose aplicar las restricciones con posterioridad a la celebración de la reunión, Sandoval Ballesteros (2013: 123).

el Tribunal determina: «Por ello la administración actuó incorrectamente, al margen de las atribuciones recogidas en el ordenamiento jurídico aplicable, al exigir la modificación del lugar de reunión, incidiendo con las atribuciones que el ordenamiento jurídico recoge para otro supuesto, no para el supuesto de que 2, 3, o 9 personas realicen las conductas que refieren las actuaciones»⁴⁴.

No obstante, un examen más concienzudo de la cuestión permite apreciar que, precisamente, la desvinculación del precedente también podrá servir en el futuro para efectuar una eventual modificación de la posición del Tribunal Constitucional, no exento de riesgo este actuar por lo que respecta al principio de seguridad jurídica⁴⁵.

Así, en hipótesis, la recepción de la doctrina *Dobbs* acarrearía la inconstitucionalidad del art. 172 *quater* objeto de estudio, no solo por la inexistencia del derecho fundamental al aborto, sino por la contravención del ejercicio de las libertades de expresión, reunión, y manifestación, y la necesidad de la protección de la vida prenatal que llevan a cabo los grupos antiabortistas al ofrecer información relevante acerca del aborto a las mujeres embarazadas. Eso sí, siempre bajo el entendimiento de que dicho ofrecimiento se efectúe sin la comisión de delitos de coacciones, amenazas, injurias u otros delitos que ya estaban contemplados en el Código Penal, haciendo innecesaria la inclusión del art. 172 *quater*.

3. GRAVES CONSECUENCIAS DE LA CREACIÓN Y CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ESPECIAL REFERENCIA AL EFECTO DESALIENTO

La creación jurisprudencial de derechos fundamentales permite la petrificación del sistema constitucional, dependiendo del contexto histórico y político en el que nos encontremos, a menos que hagamos caso omiso a la teoría del precedente. Con ello no podemos más que significar la apertura por el Tribunal Constitucional de la caja de Pandora. Este proceder puede acarrear una grave inestabilidad en el ordenamiento en caso de cambio de la composición de los miembros del Tribunal Constitucional y, con ello, la asunción de otras corrientes de pensamiento en un sentido político diferente.

Además, estas innovaciones jurisprudenciales podrían operar sobre cualquier materia constitucional, dado que, de un modo u otro, todo interés

⁴⁴ JUR 2023/275104.

⁴⁵ Sobre la posibilidad de cambiar la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Constitucional en el futuro, dado que no se encuentra ligado a sus precedentes, véase Azpiroz Villar (2023: 10).

se puede hacer derivar de conceptos tan genéricos como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad. Máxime cuando ya se ha normalizado en la praxis del Tribunal Constitucional la creación y consolidación de derechos fundamentales de la envergadura de los derechos a abortar y a morir o el politizado derecho a la vivienda⁴⁶. Con ello queremos expresar nuestra honda preocupación por la asunción del papel de legislador constituyente por parte del Tribunal Constitucional, bajo el paraguas de una pretendida interpretación evolutiva de la norma suprema, proceder a todas luces inadmisible⁴⁷. Sobre esta interpretación debemos añadir que en nada se han tomado en consideración otras realidades, como el actual estado de la ciencia en cuanto a métodos de anticoncepción y planificación familiar e información existentes o las disminuidas cifras de natalidad de nuestro país, que bien aconsejarían una postura radicalmente contraria desde un punto de vista pragmático.

Sobre este particular, debemos destacar que un sector de la doctrina acertadamente pone el acento en la necesidad del Tribunal Constitucional de romper con el paradigma interpretativo de la STC 53/85, más que en la aplicación de una interpretación evolutiva del texto constitucional (Gómez Fernández, 2023: 259). Así las cosas, y contando, además, con el precedente que crea el tipo penal objeto de análisis, la conducta «molestar» bien puede convertirse en una acción muy socorrida para tipificar y con ello acallar otras manifestaciones de la libertad de expresión, reunión o manifestación, pilares del sistema democrático, provenientes de sectores disidentes frente a la actuación, verbigracia, de autoridades, políticos, funcionarios, etc.⁴⁸.

Resulta especialmente trascendente la significativa reducción del ejercicio de las libertades esenciales operada, no obstante la cual consideramos que, de ser necesario en algún momento un ejercicio de las libertades públicas de mayor intensidad a la que estamos acostumbrados, este deberá quedar amparado bajo el abrigo del texto constitucional y frente a modificaciones legales subrepticias.

Además, por si fuera poco, las perniciosas consecuencias apuntadas se pueden ver incrementadas, dado que la actividad el Tribunal Constitucional está excluida de control interno, pudiéndose verse abocado el sistema a un

⁴⁶ Niega el carácter de derecho fundamental a la eutanasia De Montalvo Jääskeläinen (2023: 208).

⁴⁷ Sobre la crítica a esta interpretación evolutiva, véase Azpiroz Villar (2023: 4-5); observa la pérdida de virtualidad del precedente y de la jurisprudencia en la STC 44/2023 Salinas Mengual (2023: 26).

⁴⁸ En relación con la interpretación de los «actos molestos», expresa la existencia de «unos tintes autoritarios que no debemos consentir bajo ningún pretexto por progresista que *a priori* pueda parecer una legislación» García Arroyo (2024: 7).

continuo periplo hacia las instancias supranacionales, en aras del control del necesario equilibrio constitucional, con los problemas prácticos que ello podría generar y el desgaste del prestigio de las instituciones españolas.

La posición del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de análisis dista mucho de la concepción amplísima que mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las limitaciones utilizando la vía penal de las libertades de expresión, reunión y manifestación. En este sentido, resulta de notable interés el voto particular a la sentencia que comentamos emitido por los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, los cuales recuerdan que únicamente se podrán establecer penas de prisión frente a la incitación a la violencia o el discurso del odio, de acuerdo con la doctrina del referido Tribunal europeo, adoptada también por el propio Tribunal Constitucional en un buen número de resoluciones⁴⁹.

En el presente caso, debemos señalar que nos encontraríamos con una pena de prisión de hasta un año de duración por la comisión de actos molestos u ofensivos, carentes de toda violencia. Incluso dicho marco penalógico podría ser superado tal y como hemos comentado con anterioridad. Así las cosas, los referidos magistrados expresaron que la redacción del art. 172 *quater* puede desalentar el ejercicio de los derechos fundamentales implicados, máxime cuando la conducta no lleva aparejada la taxatividad requerida y se prevé, además, una reacción penal desproporcionada.

Entramos mediante esta reflexión en el campo del efecto disuasorio o *chilling effect*. Este concepto se puede definir, partiendo del análisis de la proporcionalidad estricta, como “el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, debiéndose colegir en estos casos que el recurso al derecho penal resultaría falso de la debida proporcionalidad»⁵⁰.

De este modo, se afirma que se derivan dos obligaciones ineludibles y que se ven seriamente comprometidas con la creación del art. 172 *quater* del CP. Una de ellas, dirigida al legislador, en virtud de la cual se debe abstener de castigar las conductas de escasa lesividad cercanas al ejercicio, así como la de respetar el principio de taxatividad. Y otra destinada al órgano jurisdiccional, de tal manera que declare la atipicidad de la conducta o proceda a la aplicación proporcionada de la pena mediante, por ejemplo, la imposición

⁴⁹ Por ejemplo, entre otras muchas, TEDH 2019/117, TEDH 2019/29, y RTC 2000/110 y RTC 1999/136.

⁵⁰ Cuerda Arnau (2022: 92); también sobre la disuasión de libertades políticas en relación con el art. 172 *quater*, Lascuraín (2022a) y Pasquao Liaño (2018).

de mínimos penológicos, penas alternativas menos graves, suspensión, sustitución, indulto parcial, eximente incompleta o atenuante analógica⁵¹.

No obstante estos antecedentes, la doctrina ha destacado el actual abandono en la aplicación de la teoría del desaliento por parte del Tribunal Constitucional, sin que se hayan dado, desde nuestro punto de vista, cumplidas razones de la actual inobservancia de esta, en coherencia, eso sí, con la ruptura del respeto al precedente (Cuerda Arnau, 2022: 116-126). Este cambio de orientación supone dar cabida a la constitucionalidad de normas penales que puedan desalentar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales y la atenuación de las exigencias de proporcionalidad exigidas al legislador y a los órganos jurisdiccionales, incrementándose con ello la desprotección de los derechos fundamentales. Siendo claro exponente de esta restrictiva concepción la sentencia objeto de este trabajo, cuando, de acuerdo con aquella doctrina, resulta preceptiva una interpretación limitada del tipo penal que nos ocupa⁵².

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En virtud del estudio realizado, debemos manifestar que nos encontramos ante un número creciente de despropósitos jurídicos difícilmente asumibles, dadas la trascendencia y las consecuencias de las cuestiones debatidas en la sentencia que nos ocupa.

La creación injustificada e ilegítima del derecho fundamental al aborto vuelve a ser la base de la *ratio decidendi* de la sentencia que comentamos. Con ello no se ha hecho más que ahondar en la inseguridad jurídica que este proceder del Tribunal Constitucional provocó en su momento.

Esta inadmisible intromisión en el núcleo duro del texto constitucional no solo resulta reiterada respecto al derecho a abortar, sino que ya se extiende a otros ámbitos, especialmente sensibles desde el punto de vista político, dicho sea de paso, mediante la invención de otros derechos con carácter fundamental, como el derecho a morir y el derecho a la vivienda. Conocidas son también las consecuencias de la naturaleza fundamental de un derecho, no

⁵¹ En materia de proporcionalidad también distingue una perspectiva abstracta relacionada con el mandato de taxatividad dirigido al legislador y otra en la aplicación concreta de la respuesta penal a las conductas cercanas al ejercicio de derechos fundamentales Urías (2023: 329-335); en relación con esta cuestión, véase también Cuerda Arnau (2022: 92 y 100, y 104-107) y Colomer Bea (2019: 105-106).

⁵² Vaticina una interpretación restrictiva de los actos molestos u ofensivos por parte de los tribunales, en parte por la asunción de la doctrina del efecto desaliento, Martínez Sanromà (2023: 9).

solo en relación con sus garantías, sino también en lo que se refiere a su *status* e inamovilidad.

A día de hoy, en virtud de la aplicación de la doctrina actual del Tribunal Constitucional, se puede revestir del ropaje de fundamentalidad cualquier derecho o interés, por inverosímil que resulte, dado que todos podrían tener respaldo en el concepto indeterminado de dignidad humana. Piénsese detenidamente, por ejemplo, en los principios rectores de la política social y económica, como ha sido el caso del derecho a la vivienda, convertidos en derechos fundamentales, cuya virtualidad desde el punto de vista económico sería, sencillamente, tan demagógica como absurda⁵³.

Dada la pretendida igualdad de rango proyectada de los intereses enfrentados en el caso que nos ocupa, en la consideración del Tribunal Constitucional, esto es, el derecho a abortar, por un lado, y la libertad de expresión, manifestación y reunión, por otro, el Tribunal Constitucional llega a la necesaria ponderación de intereses, prefiriendo el primero de ellos, sobre la base de un inexistente derecho fundamental al aborto.

Pero es que la restricción efectuada mediante el tipo penal a las referidas libertades fundamentales (y a otras que ni considera el Tribunal Constitucional, como la libertad ideológica y religiosa) no resiste siquiera el juicio de proporcionalidad y ello por diversos motivos.

A estos efectos debemos recordar que, en el análisis de la proporcionalidad respecto de una restricción de derechos, se requiere llevar a cabo los juicios fácticos de idoneidad y necesidad, así como un tercero, de carácter jurídico, referente a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Y, tal y como hemos indicado con anterioridad, estos requisitos no son superados por la legislación recurrida. La sanción penal del acoso antiabortista ni era necesaria, porque las mujeres continuaron abortando, pese a las protestas, ni idónea, porque existen otros mecanismos menos lesivos para dirimir la controversia, chocando, además, de frente contra el principio de proporcionalidad en sentido estricto, con arreglo a la doctrina del *chilling effect*⁵⁴.

Como se puede apreciar, el efecto disuasorio de la cominación penal impedirá incluso el ofrecimiento informal de información a las mujeres

⁵³ Sobre la posibilidad de que el libre desarrollo de la personalidad pueda servir para la conversión de los principios rectores de la política social y económica en derechos fundamentales y las consecuencias económicas que ello conllevaría, véase Sieira Muentes (2023: 310).

⁵⁴ Resulta muy ilustrativo que el informe al que se refiere el preámbulo de la LO 4/2022 demostrase que el cien por cien de las mujeres abortaron, pese a las manifestaciones de los grupos antiabortistas (Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del embarazo, 2018: 6).

embarazadas, tratándose en ocasiones de un mero trámite burocrático en las instancias oficiales. Con ello se deja la vía expedita en no pocas ocasiones al aborto irreflexivo, con el consecuente desprecio hacia la vida humana, favoreciéndose con ello un incesante y lucrativo negocio.

De acuerdo con el proceder observado del Tribunal Constitucional, tan solo se requerirá, sin más argumentos, expresar la relación de una propuesta legislativa con principios como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad para que se implemente constitucionalmente un nuevo derecho fundamental⁵⁵. Sin importar, por tanto, las consecuencias sobre el resto del ordenamiento jurídico y muy especialmente sobre los derechos fundamentales expresamente recogidos en la Constitución desde 1978.

Y ello a pesar de tener muy cerca la actuación del legislador constitucional francés, el cual actuó respetando el procedimiento de reforma constitucional establecido y no la puerta de atrás para introducir el derecho fundamental al aborto. En el caso español se han eludido cualquier tipo de debate social y la preceptiva transparencia que debe ofrecerse ante estas cuestiones de capital importancia.

Por si fuera poco, la STC 75/2024 igualmente provoca el desaliento ciudadano del ejercicio de los derechos fundamentalísimos a la libertad de expresión, reunión y manifestación, elementos clave del juego político, tan ultrajados históricamente por los régimenes dictatoriales. Desde nuestra consideración, resulta extremadamente preocupante el castigo con una pena de prisión la causación de molestias en el ejercicio de dichas libertades, cuando, efectivamente, su ejercicio resulta consustancialmente inoportuno siempre para alguien que ostente una opinión discordante, puesto que de eso se trata, de protestar y ser una molestia, para, de esta manera, hacer audibles otras pretensiones⁵⁶.

En la actualidad presenciamos manifestaciones descafeinadas del derecho de manifestación a las que en cierta medida nos hemos acomodado, pero el derecho de manifestación como pilar de toda sociedad democrática puede llegar a ser más que molesto, dado que puede llegar a ser incómodo, inoportuno, desagradable, tenso, impetuoso, efusivo, vehemente, persistente,

⁵⁵ Sobre la mutación efectuada por el Tribunal Constitucional del libre desarrollo de la personalidad en derecho fundamental y la posición de preeminencia de la dignidad frente a cualquier derecho, véase Sieira Mucientes (2023: 266- 272 y 311).

⁵⁶ Entendemos que las conductas contenidas en el tipo penal objeto de estudio no resultarían punibles, dado que la ofensa es leve, la respuesta penal prevista, desproporcionada, y el agente ostenta derecho, de acuerdo con el árbol de criminalización de Miró Llinares (2015: 58).

y no por ello dejar de ser legítimo, en todo caso, limitado por las acciones violentas o instigadoras de esta⁵⁷.

Pensemos por un instante en las «molestias» las padeciese un político, autoridad, funcionario, etc., ante las críticas de su gestión por parte de los ciudadanos. ¿Podría llegar a tipificarse esta conducta y ser considerada constitucionalmente adecuada? ¿No resultaría un tanto intolerante la incapacidad para soportar molestias, incluso reiteradas, derivadas del ejercicio de derechos fundamentales plasmados constitucionalmente?

Pero es que, además, nos encontramos con la aplicación de la teoría del doble rasero, puesto que se sancionan con una pena privativa de libertad conductas consideradas molestas (que en modo alguno son violentas o constitutivas del denominado discurso del odio) frente a otras que permanecen encumbradas. El ejercicio de la libertad de expresión no depende del signo ideológico o político de aquello que se exprese. Consideramos que, ante esta situación, deviene imprescindible citar a Voltaire: «Podré no estar de acuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo». ¿Realmente hemos retrocedido tanto?

Bibliografía

- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.
- Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del embarazo (2018). *Estudio: Percepciones de las mujeres que interrumpen su embarazo frente al hostigamiento de los grupos anti derechos/anti elección en las puertas de los centros acreditados para la IVE. (Informes ACAI)*. Boletín; octubre). Gijón: ACAI.
- Azpiroz Villar, J. E. (2023). La muerte del derecho a la vida. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo (Una sentencia ideológica, injusta y reversible 1). *La Ley Digital. Sección Tribuna*, 10399, 1-13.
- Colina Ramírez, E. I. (2022). Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código Penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 137, 139-160.
- Colomer Bea, D. (2019). La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el derecho penal y los derechos fundamentales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 97-116. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.41.13969>.
- Cugat Mauri, M. A. (2023). La tipificación del acoso a abortistas como antiejemplo de técnica jurídica. Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. En *Libro homenaje a José Luis Díez Ripollés* (pp. 1329-1339). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵⁷ Al hilo de esta cuestión, véase sobre la versión blanda del derecho de manifestación Pasquao Liaño (2018).

- Cuerda Arnau, M. L. (2022). La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia. *Indret*, 2, 88-131. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i2.03>.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2023). Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica de eutanasia: ¿Demasiado rápido, demasiado lejos? *Revista General de Derecho Constitucional*, 39, 162-209.
- Fernández Perales, F. (2022). La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal. *ADPCP*, 75, 754-801. Disponible en: <https://doi.org/10.53054/adpcp.v75i1.9704>.
- Florit Fernández, C. (2023). *La idea de ser humano y el concepto jurídico de persona. El bien jurídico digno de protección ante la sentencia del Tribunal Constitucional de 2023 sobre el aborto*. Pamplona: Aranzadi.
- García Arroyo, C. (2024). El nuevo delito del 172 *quater*, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del derecho penal simbólico. *Revista Penal*, 53, 82-95.
- Gómez Fernández, I. (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de junio de 2023. Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo. *Reseñas de Jurisprudencia Constitucional. Ars Iuis Salmanticensis*, 11, 257-261.
- Gottlieb, S. (2000). Buffer zone law for abortion clinics declared unconstitutional, *British Medical Journal*, 321, 1368. Disponible en: <https://doi.org/10.1136/bmj.321.7273.1368/e>.
- Jouve de la Barreda, N. (2007). Lo que dice la biología sobre el comienzo de la vida humana individual. *Almogaren*, 40, 25-45.
- Lascuraín J. A. (2022a). Acoso antiabortista y libertad de expresión. *Almacén del Derecho* [blog], 19-8-2022. Disponible en: <https://is.gd/Nf9y3h>.
- Lascuraín J. A. (2022b). El delito de rezar. *Iustel*. Disponible en: <https://is.gd/eMDbhf>.
- Lord, J. y Regan, L. (2024). Triumphs and trials with the UK abortion law: The power of collaboration in abortion reform. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 164, 5-11.
- Lowe, P. y Graeme, H. (2018). Anti-Abortion Clinic Activism, Civil Inattention and Problem of Gendered Harassment. *Sociology*, 53, 330-346. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0038038518762075>.
- Magallón Montañés, A. (2022). Interpretar derechos fundamentales desde el escaño. Algunas reflexiones sobre la argumentación constitucional en las deliberaciones legislativas del parlamento español. En Á. D. Oliver Lalana (coord.). *Debatiendo leyes: estudios sobre la justificación constitucional en las deliberaciones legislativas del Parlamento español* (pp. 417-447). Madrid: Dykinson.
- Magro Servet, V. (2022). Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril. *Diario La Ley*, 10059.

- Martín Aguado, S. (2022). Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que 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 (BOE-A-2022-6044). *Crónica de Legislación. Ars Iuis Salmanticensis*, 10, 203-204.
- Martínez Sanromà, O. (2023). El acoso antiabortista. *Diario La Ley*, 10272.
- Martínez Sanromà, O. (2024). ¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo (2024). *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, Indret*, 617-630.
- Miró Llinares, F. (2015). La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, 1-65.
- Muñoz Conde, F. (2011). Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal Estudios sobre el Código Penal Español de 1995 (Parte General). *Derecho y cambio social*, 22, 1-11.
- Observatorio Demográfico CEU-CEFAS (2023). *Demografía del aborto en España* (Informes CEU-CEFAS, boletín; noviembre). Madrid: CEU.
- Ollero Tassara, A. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca. Comentario a la STC 44/2023, de 9 de mayo. *De Lege Ferenda*, 1, *Derecho y Sociedad Digital*, 92-97.
- Ottley, E. (2024). International Comparison of Abortion Safe Access Zones Legislation: Literature Review. *University of Winchester*, 1-63.
- Pasquao Liaño, M. (2018). El derecho de manifestación pacífica y la represión penal de sus desviaciones o excesos. Disponible en: <https://is.gd/dm2jsu>.
- Ragués i Vallès, R. (2003). ¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal. En E. Montealegre Lynett y J. A. Caro John (eds.). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario* (pp. 482-496). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ragués i Vallès, R. (2023). Delitos contra la libertad. En J. M. Silva Sánchez (dir.) y R. Ragués i Vallès (coord.). *Lecciones de derecho penal. Parte Especial* (pp. 97-119). Madrid: Dykinson.
- Reviriego Picón, F. (2023). Reflexiones sobre la STC 44/2023, de 9 de mayo y la injustificable demora del Tribunal Constitucional. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11.
- Rodríguez Ruiz, B. (2023). Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática. *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 493-519.
- Salat, M. y Badía, R. (2022). ¿Qué casos de *stalking* conocen los tribunales? Una comparativa de las sentencias por el art. 172 ter CP con los datos de prevalencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 27, 83-108.
- Sandoval Ballesteros, N. (2013). Las restricciones a la libertad de reunión con las elecciones en España y Méjico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136, 97-123.

- Sevilla Duro, M. A. (2021). Los límites al derecho de reunión durante las jornadas de reflexión y votación. La veda electoral en España. *Justicia Electoral*, 28, 43-76.
- Sieira Mucientes, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023. *Revista de las Cortes Generales*, 116, 261-314.
- Sifris, R. y Penovic, T. (2018). Anti-abortion protest and effectiveness of Victoria's safe access zones: an analysis. *Revista de Derecho de la Universidad de Monash*, 44. Disponible en: <https://surl.li/ymjhv>.
- 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. *Ars Iuris Salmanticensis*, 11 (2), 252-256.
- Urías, J. (2023). El efecto disuasorio (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 305-336.
- Vázquez, V. J. (2024). El derecho constitucional al aborto en la Francia laica. *Diario del Derecho, Iustel*.
- Vergara Pérez, K. A. (2017). Reproductive Healthcare Services an the U.S. Supreme Court: Beyond Roe v. Wade and Abortion Clinics. *Revista de Investigações constitucionais*, 1, 43-68.
- Wohlstadter, J. (1995). *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*: The Constitutionality of Abortion Clinic Buffer Zones. *Golden Gate University Law Reviews*, 25, 543-577.