

# LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES CON ENFOQUE DE GÉNERO

The sexual and reproductive rights according to the  
recent doctrine of the Constitutional Court of Spain:  
Constitutional perspectives with gender approach

CAROLINA PÉREZ SALAMANCA<sup>1</sup>  
Universidad Carlos III de Madrid  
liperezs@der-pu.uc3m.es

## *Cómo citar/Citation*

Pérez Salamanca, C. (2024).  
Los derechos sexuales y reproductivos  
en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español:  
perspectivas constitucionales con enfoque de género.  
*IgualdadES*, 10, 219-251  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.08>

(Recepción: 29/01/2024; aceptación tras revisión: 14/03/2024; publicación: 28/06/2024)

## **Resumen**

Recientemente el Tribunal Constitucional español ha dictado varias sentencias relacionadas con la protección de los derechos sexuales y reproductivos (SSTC 66/2022, de 2 de junio; 11/2023, de 23 de febrero; 44/2023, de 9 de mayo, y 78/2023, de 3 de julio), señalando que es necesario un cambio doctrinal en la materia,

---

<sup>1</sup> Investigadora predoctoral en la Universidad Carlos III de Madrid. Magister en derecho público de la misma universidad, y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Experiencia investigadora en asuntos de género, interseccionalidad, conflicto armado y justicia transicional.

debido a la evolución de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos de las mujeres. A pesar de esto, la opinión del Tribunal se enfrenta a múltiples limitaciones y, por lo tanto, es necesario el fortalecimiento de perspectivas que contribuyan a reforzar la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos en clave de igualdad.

### ***Palabras clave***

Embarazo; interrupción voluntaria del embarazo; derechos sexuales y reproductivos; perspectiva de género; aborto; maternidad; autonomía reproductiva; derechos de las mujeres; doctrina constitucional.

### ***Abstract***

The Spanish Constitutional Court has recently issued several judgments related to the protection of sexual and reproductive rights (Judgments 66/2022, of June 2; 11/2023 of February 23; 44/2023 of May 9; and 78/2023 of July 3) pointing out that a doctrinal change is needed in line with the evolution of judicial instruments for the protection of women's rights. Nevertheless, the Court's opinion faces multiple limitations and therefore it is necessary the strengthen of perspectives which reinforce the interpretation of sexual and reproductive rights in terms of equality.

### ***Keywords***

Pregnancy; interruption of the pregnancy; sexual and reproductive rights; gender perspective; abortion; motherhood; reproductive autonomy; women's rights; constitutional doctrine.

## SUMARIO

---

I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RECIENTE EN MATERIA DE AUTONOMÍA REPRODUCTIVA: 1. Interrupción voluntaria del embarazo. 2. Garantías que protegen el desarrollo del embarazo y el parto. II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ENMARCADA EN EL ARGUMENTO DEL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: 1. Obligaciones del Estado para la protección del *nasciturus*: del castigo penal al establecimiento de garantías que protejan el embarazo y la maternidad. 2. Las contradicciones de enmarcar un nuevo criterio doctrinal en la evolución normativa de los derechos sexuales y reproductivos. III. NUEVAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES: LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS: 1. La doctrina constitucional: entre la transformación y la cita de perspectivas constitucionales previas. 2. Una lectura fragmentada de los derechos sexuales y reproductivos: de una teoría fuerte a una aplicación práctica debatible. IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

### I. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RECIENTE EN MATERIA DE AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte de una amplia gama de prerrogativas que incluyen la facultad para elegir casarse o no, el derecho a no sufrir mutilación genital o anticoncepción forzada, el derecho a decidir si se quiere tener hijos o no y en qué cantidad, entre otros. Estas prerrogativas han sido decantadas, principalmente, a partir del contenido de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, instrumento que prescribe que los Estados deben asegurar a hombres y mujeres condiciones de igualdad y los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos que desean tener y el intervalo entre los nacimientos (art. 16 de la mencionada Convención).

El contenido y límites de estos derechos son temas que han dividido el criterio de tribunales constitucionales alrededor del mundo, en particular cuando se discute el ejercicio de estos derechos en titularidad de las mujeres, como quiera que los estereotipos de género siguen presentes en el contenido de las normas y en el racionamiento judicial.

El Tribunal Constitucional español, no ajeno a este debate, se ha pronunciado recientemente en relación con el derecho de autonomía repro-

ductiva de las mujeres (tanto de aquellas que han elegido la maternidad como de las que deciden interrumpir el embarazo en los casos permitidos en la ley) y ha dictado importantes sentencias en la materia (SSTC 66/2022, de 2 de junio; 11/2023, de 23 de febrero; 44/2023, de 9 de mayo, y 78/2023, de 3 de julio). Estas sentencias se enmarcan en un momento en que el órgano constitucional enfatiza en la necesidad de ajustar sus decisiones a los avances que se han dado en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, con lo cual se evidencia un cambio de criterio respecto de otras decisiones, como la contenida en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre interrupción voluntaria del embarazo.

Entre la doctrina reciente, la sentencia que sin duda ha ocupado mayor protagonismo es la STC 44/2023, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular en contra de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pues allí se sientan concretamente las bases de un cambio de lectura de los derechos constitucionales con motivo de la evolución de los derechos de la mujer. Sin embargo, esta es una premisa que ya se había adelantado en otras decisiones, como la STC 66/2022, que da cuenta de un momento en el que se varía la perspectiva constitucional con la que se analizan los derechos de las mujeres.

Más allá de esto, el argumento que se refiere a la evolución de los derechos sexuales y reproductivos en titularidad de las mujeres es ampliamente discutido y controvertido. Por lo tanto, resulta de utilidad analizar la evolución nacional e internacional de estos derechos emergentes y estudiar si las recientes decisiones se ajustan a una variación evolutivo-normativa, o más bien a la modificación de perspectivas constitucionales más ajustadas a la materialización del principio de igualdad. Un estudio en este sentido es de utilidad de cara a futuras decisiones en la materia, pues se advierte que el Tribunal seguirá pronunciándose al respecto ante la presentación de acciones, como el recurso de inconstitucionalidad incoado en contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, señala que son amplios los obstáculos que dificultan la interrupción voluntaria del embarazo, pues, por ejemplo, la mayoría de los procedimientos se realizan en centros extrahospitalarios de carácter privado, y son amplias las diferencias territoriales en el ejercicio del derecho. Asimismo, se establece que deben tomarse medidas, como la eliminación del plazo de reflexión para la toma de la decisión de la mujer y la obligatoriedad de recibir información acerca de los recursos y las ayudas disponibles para continuar con el embarazo, y se deben fortalecer la prestación en los

## 1. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La mencionada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, ratificada por España en 1983, establece que los Estados parte deben, entre otros, asegurar condiciones para que las personas decidan si quieren o no tener hijos (art. 16). Asimismo, el Programa de Acción del Cairo de 1994 señala que la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear y la libertad para decidir si hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia (art. 7.2), garantía que es catalogada como un derecho humano de la mujer en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (art. 96).

Frente a este tema, la Constitución española no contiene prescripciones específicas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la autodeterminación de la mujer para elegir o no la maternidad se encuentra amparada en la Constitución en el principio de dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a la integridad física y moral, tal como se señaló en la STC 44/2023, de 9 de mayo.

La STC 44/2023 resolvió el recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, presentado en contra de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, en el que se alegaba que el establecimiento de un sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo<sup>3</sup> transgredía los derechos a la vida (art. 15 CE), la igualdad (art. 14 CE), las libertades ideológicas, de conciencia y de enseñanza (art. 16. 1 y 2.1. CE), etc., y el deber de proteger al *nasciturus* (art. 15 CE). En la sentencia se declaró

---

servicios hospitalarios de acuerdo con los criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad; todo con el propósito de garantizar en la práctica el acceso a esta prestación.

<sup>3</sup> Según lo señalado en la STC 44/2023, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que el embarazo se puede interrumpir en los siguientes supuestos: a) interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, con el cumplimiento de los requisitos formales y verificando el consentimiento informado; b) interrupción voluntaria del embarazo por «indicación terapéutica», hasta la vigésimo segunda semana de gestación, siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención; c) interrupción voluntaria del embarazo por «indicación embriopática», hasta la semana veintidós de gestación, siempre que exista riesgo grave de anomalías en el feto y así conste en dictamen médico. Indefinidamente cuando detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en dictamen médico, o, cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un dictamen médico.

la carencia actual de objeto de algunas disposiciones demandadas<sup>4</sup> y la constitucionalidad del sistema que permite interrumpir la gestación bajo ciertas condiciones y requisitos se ajusta la Constitución<sup>5</sup>.

En este caso correspondía al Tribunal Constitucional determinar si el legislador había sobrepasado los límites que fija la Constitución al dictar normativa en materia de interrupción del embarazo; límites que no solamente estaban determinados por las garantías que protegen al no nacido, sino por la existencia de derechos fundamentales de la mujer que se ven comprometidos con las implicaciones de un embarazo (como la integridad física y moral y el libre desarrollo de su personalidad). Este problema se plantea desde una doble perspectiva, esto es, si un modelo que permite la interrupción del embarazo es compatible con la Constitución, y si la despenalización del aborto durante las primeras semanas de gestación corresponde a una adecuada ponderación de los valores en conflicto.

En ese sentido, al preguntarse si dentro de las opciones políticas que puede asumir el legislador está la posibilidad de fijar un derecho de interrupción del embarazo dentro de unos plazos, se cuestionó si existen fundamentos que justifiquen el establecimiento de este derecho sexual y reproductivo a la autonomía reproductiva o a la maternidad deseada y si el modelo establecido por el legislador restringe de manera adecuada los derechos afectados y protege los intereses constitucionales involucrados.

En respuesta al problema jurídico planteado, el Tribunal señaló que el sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo se ajusta a la

---

<sup>4</sup> Previo a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, el Tribunal analizó si en este caso se presentaba la pérdida de objeto, toda vez que desde que se presentó el recurso de inconstitucionalidad el legislativo promulgó (i) la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que reforzó la protección de menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, y (ii) la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la ley demandada. Al respecto, se declara la pérdida de objeto únicamente en lo relacionado con la primera de las modificaciones normativas, en las que se produjo un cambio en el sentido normativo, cambio que reforzó la protección de las mujeres menores de edad y con capacidad judicialmente modificada. En cuanto a la reforma surtida en el año 2023, se expuso que el cambio legislativo no afectó el interés constitucional, debido a que se mantuvo el sistema de plazos que permite la interrupción voluntaria del embarazo y que fue catalogado de inconstitucional en la demanda.

<sup>5</sup> La sentencia cuenta con tres votos particulares, uno de estos suscrito por los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño; otro voto (concurrente) suscrito por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, y finalmente un voto suscrito por la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

Constitución, pues el derecho de la mujer a interrumpir su proceso de gestación se encuentra amparado en el principio de dignidad y en los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad en relación con la autodeterminación y la integridad física y moral. Asimismo, se estableció que el legislador respetó el principio de proporcionalidad en cada uno de los supuestos que permiten materializar este derecho, pues el ejercicio de los derechos de la mujer se restringió progresivamente conforme a una justificación legítima, como lo es la protección de la vida prenatal al amparo del art. 15 CE<sup>6</sup>.

De otra parte, con posterioridad a la publicación de la STC 44/2023 el Tribunal volvió a pronunciarse en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, pero esta vez en el marco de un recurso de amparo, en la STC 78/2023, de 3 de julio. En el caso, una mujer reclamaba que el Servicio Murciano de Salud había vulnerado sus derechos fundamentales a la integridad física y moral, la intimidad familiar y personal y el derecho a no sufrir discriminación al no suministrarle información adecuada sobre el estado de su embarazo y posteriormente no garantizar adecuadamente el acceso a la prestación médica de interrupción de la gestación.

De acuerdo con la demanda, la recurrente estaba en uno de los controles prenatales cuando a través de las conversaciones del personal médico se enteró de que el feto presentaba posibles anomalías. Luego, ante la falta de información concreta, acudió a una clínica privada donde le comunicaron que el feto presentaba una anomalía grave. Señala que acudió de nuevo al servicio público de salud donde le confirman el diagnóstico, información con la cual decide solicitar la interrupción del embarazo. Asimismo, relata que el Comité Asesor Clínico aprobó su solicitud y el procedimiento se practicó en la semana 26+5 de gestación en una clínica privada en Madrid, ya que en la comunidad autónoma de residencia de la gestante supuestamente los médicos habían ejercido el derecho de objeción de conciencia de manera conjunta.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional se encontraba ante un problema jurídico consistente en determinar si la autonomía reproductiva se había visto afectada por los servicios de salud, encargados de (i) brindarle las herramientas de consentimiento informado necesarias para que la gestante decidiera o no continuar con el embarazo, y (ii) asegurar una prestación de salud pública y en condiciones adecuadas para la interrupción del embarazo ante la decisión de la gestante.

Al resolver este caso, el Tribunal Constitucional reiteró que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente

---

<sup>6</sup> Esta doctrina es desarrollada en las SSTC 53/1985, de 11 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; descartó la concurrencia de tratos humillantes, vejatorios y prejuiciosos, durante la atención médica<sup>7</sup>, y declaró que, a pesar de que la información suministrada por el personal médico no fue insuficiente como para obstaculizar la interrupción del embarazo, se vulneró el derecho fundamental de la accionante a la integridad física y moral al derivarla a una clínica privada ubicada por fuera de su comunidad autónoma para la práctica del procedimiento, en contravía de los requisitos establecidos legalmente para asegurar el acceso a esta prestación (que establece que el procedimiento se debe realizar en la comunidad autónoma de residencia de la solicitante).

## 2. GARANTÍAS QUE PROTEGEN EL DESARROLLO DEL EMBARAZO Y EL PARTO

Previo al dictado de la STC 44/2023, sentencia en la que taxativamente se habla de derechos sexuales y reproductivos, el intérprete constitucional ya se había pronunciado en relación con el derecho a la autonomía reproductiva, particularmente en cuanto a la facultad de la mujer que decide ser madre para tomar las decisiones que afectan a su embarazo. Y es que, como señaló el Tribunal en la STC 66/2022, de 2 de junio (con amplia referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), el hecho del nacimiento y sus circunstancias están vinculadas al derecho a la intimidad de la gestante.

Al respecto, en las SSTC 66/2022, de 2 de junio y 11/2023, de 23 de febrero, se aborda el caso de una mujer de cuarenta y dos semanas de embarazo, quien había manifestado su voluntad de tener un parto domiciliario, con acompañamiento de una comadrona. Se relata que esta mujer acudió al hospital para una revisión prenatal y allí le sugieren la inducción al parto o una prolongación del monitorio, debido al avanzado estado del embarazo. Sin embargo, la gestante manifestó que esta recomendación iba a ser analizada en conjunto con los profesionales privados que la estaban asesorando antes de tomar una decisión.

Debido a que la embarazada no informó cuál sería su decisión, los médicos presentaron un informe ante un juzgado exponiendo la situación,

---

<sup>7</sup> Frente a este punto, la sentencia explica que en sede de amparo no se debe revisar la valoración de los hechos efectuadas por los órganos judiciales cuando la parte demandante no ha alegado el error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad de las decisiones judiciales, según el criterio desarrollado en las SSTC 93/1992, de 11 de junio, y 56/2019, de 6 de mayo.

requerimiento que terminó con la expedición de orden judicial de ingreso no voluntario, ingreso que se materializó con acompañamiento de la policía en el domicilio de la gestante, cuando ésta iniciaba labores de parto acompañada de una comadrona. La gestante ingresó bajo vigilancia continuada y finalmente se indica la urgencia de practicar una cesárea, procedimiento que es aceptado y se lleva a cabo dos días después del ingreso.

Esta situación fue analizada en dos decisiones que resolvieron recursos de amparo distintos, uno presentado en relación con la actuación de los órganos judiciales que autorizaron el ingreso judicial de la gestante, y el segundo con la actividad del personal médico que atendió el procedimiento hasta que se produjo el parto.

En el primero de estos casos (STC 66/2022), el Tribunal analizó si la orden de limitación del derecho a la libertad de la gestante contaba con habilitación legal y si fue proporcional o si, por el contrario, vulneró los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Es decir, se estudió si era posible restringir la libertad de una gestante que había manifestado su voluntad de tener un parto domiciliario con fundamento en la protección del bienestar del feto.

En este caso, el intérprete constitucional declaró que no existía vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar. Dedujo que, a pesar de que no existía una habilitación legal expresa para restringir la libertad en estos casos, el derecho de la madre a decidir el lugar de alumbramiento (que hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar) podía limitarse con el fin de proteger el bien constitucional de la vida del *nasciturus* y según las prescripciones de las normas civiles. Asimismo, afirmó que se encontraba justificado prescindir de la audiencia en la que debía oírse a la afectada, al demostrarse la urgencia de preservar la vida del *nasciturus* y que se cumplía con los requisitos de proporcionalidad en la afectación de la libertad.

De otra parte, el segundo de los casos (STC 11/2023) se presentó luego de que los demandantes interpusieran recurso de procedimiento especial de protección de derechos fundamentales ante un juzgado administrativo, en relación con la actuación de los servicios de salud que prestaron la atención desde el ingreso judicial y hasta el nacimiento, recurso que fue desestimado y confirmado por otras instancias judiciales. El problema que allí se resolvió era si el Servicio de Salud había vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), por haber privado a doña C.P. de sus derechos a la

autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario. La sentencia concluyó que en ese caso no se limitó la autonomía y consentimiento, pues no se desatendió el plan de parto de la gestante, que había contemplado la opción de cesárea en caso de ser necesaria y consintió este y los demás procedimientos realizados ante el peligro que corría el feto. Se resaltó que las medidas se tomaron en un contexto en que el derecho de la gestante a decidir el modo en que quería dar a luz debió ceder ante la necesidad de proteger el feto. Asimismo, se descartaron las alegaciones en relación con los tratos vejatorios ante la ausencia de pruebas al respecto.

## II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ENMARCADA EN EL ARGUMENTO DEL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En la mencionada STC 44/2023, el Tribunal Constitucional indicó que era necesaria una interpretación evolutiva de las normas constitucionales, pues en el contexto actual debe abordarse el problema jurídico de este tipo de casos desde un enfoque que tenga como eje central la perspectiva de los derechos de la mujer, eje principal que también estructura la argumentación en las SSTC 66/2022, 11/2023 y 78/2023.

### 1. OBLIGACIONES DEL ESTADO PARA LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*: DEL CASTIGO PENAL AL ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS QUE PROTEJAN EL EMBARAZO Y LA MATERNIDAD

Acogiéndose a este criterio, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del sistema de plazos que permite la interrupción del embarazo (STC 44/2023), señalando que en la historia reciente ha evolucionado el reconocimiento de derechos de las mujeres, con lo cual se marca un cambio de contexto social y jurídico respecto de lo acontecido en el año 1985, cuando se dictó la STC 58/1985, de 11 de abril, también sobre interrupción del embarazo, pues en esa época no se habían desarrollado muchos instrumentos jurídicos que en la actualidad protegen a la mujer y le garantizan mayor autonomía reproductiva<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Las referencias normativas que son utilizadas para explicar esta evolución normativa son, entre otros, el *Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo del Cairo* (CIPD) de 1994; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995; la Observación General n.º 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales

Esta doctrina es novedosa si se tiene en cuenta que, a pesar de que en el nivel legislativo en España la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo en España ha oscilado entre diferentes modelos (desde la prohibición penal hasta el modelo de indicaciones y supuestos que garantizan el procedimiento), en el nivel judicial solo existía un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia, en donde además se desarrolló una doctrina totalmente enfocada al desarrollo de los preceptos constitucionales que protegen el bienestar del *nasciturus*.

La sentencia 44/2023 resalta que el Tribunal ha venido desarrollando una doctrina contundente en cuanto a la protección reforzada que merecen las personas gestantes, según la cual el embarazo, el parto y la maternidad condicionan el proyecto de vida de la mujer, de modo que la decisión acerca de continuar con el embarazo enlaza con la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Además, se establece que una regulación que obligue a la mujer gestante a culminar el embarazo al margen de su propia decisión equivale a la imposición de una maternidad forzada y a la instrumentalización de la persona, conducta no permitida por el art. 15 CE (FJ 3).

Esta perspectiva de vinculación del embarazo a los derechos de la mujer va en concordancia con lo señalado en la STC 78/2023, en donde se reiteró que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral, y asimismo constituye una ampliación de lo ya señalado en la STC 66/2022, que indicó que todo lo relacionado con el embarazo y el parto debe entenderse vinculado a la vida privada de la mujer y a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), resaltando que el derecho a la intimidad está vinculado a la dignidad de la persona, al involucrar los aspectos más básicos de la autodeterminación de la persona.

Este criterio varía mucho del señalado en la STC 53/1985, en donde el análisis de constitucionalidad no estaba focalizado en la afectación de los derechos de la mujer, sino en la obligación del legislador de proteger la vida del *nasciturus*. Al respecto, cabe recordar que en la sentencia del año 1985 se

---

y Culturales, y la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión. Asimismo, se traen a colación instrumentos legales internos como la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma al código penal y que despenalizó parcialmente el delito de aborto; la Ley Orgánica 2/2010, que según su preámbulo pretende establecer un marco normativo relativo al desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación al consenso de la comunidad internacional, y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley 2/2010.

analizó la constitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 bis del código penal (actualmente derogada), que en su momento despenalizó el aborto en ciertos supuestos<sup>9</sup>, creando una excepción a la norma penal que castigaba el aborto.

El problema jurídico que se planteó en la STC 53/1985, de 11 de abril, giraba en torno al alcance de protección constitucional del *nasciturus* en el marco del art. 15 constitucional, esto es, de la vida como proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y las obligaciones de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma. Allí se indica que la vida comienza con la gestación, en donde se genera un *tertium* existencialmente distinto a la madre, y que el *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución, ya que no se podría desproteger este valor en la etapa que es condición para la vida independiente del claustro materno.

La sentencia menciona que en el caso analizado se presentaba un grave conflicto que no podía contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*, ya que ninguno de estos tenía carácter absoluto, por lo que el intérprete constitucional se veía obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado<sup>10</sup>. Esta sentencia se enmarca en un contexto en que mayoritariamente se penalizaba el aborto y únicamente se admitía su práctica bajo ciertas circunstancias, en una época en que tribunales constitucionales, como el de España, siguieron el criterio establecido por el Tribunal Constitu-

---

<sup>9</sup> En los supuestos en que el procedimiento fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; cuando el embarazo era consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación siempre que se practicara dentro de las doce primeras semanas de gestación, y cuando fuera probable que el feto nacería con graves taras físicas o psíquicas, siempre que este se practicara dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas.

<sup>10</sup> Ponderación que finaliza con la declaratoria de constitucionalidad de las causales de despenalización del aborto: en el supuesto de que la vida o salud de la embarazada corra peligro, atendiendo a que pues no se puede penalizar a la mujer por defender su derecho a la vida y su propia salud; en el supuesto de violación, porque la mujer no está obligada a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible, y en el supuesto de graves taras físicas o psíquicas en el feto, considerando que la sanción penal excede lo que se le exige a la madre y a la familia y no hay prestaciones estatales y sociales suficientes que contribuyan a atenuar las consecuencias que soportarían los padres en estos casos (FJ 11).

cional Federal de Alemania en 1975<sup>11</sup>, que analizó la constitucionalidad de las excepciones penales que permitían el aborto desde el punto de vista de confrontación entre el deber de protección del Estado frente al no nacido y los derechos de la mujer, y que no tuvo en cuenta las circunstancias que involucran el desarrollo de un embarazo y su vinculación con garantías fundamentales de la mujer (Rodríguez, 2016).

De acuerdo con lo anterior, las nuevas decisiones del Tribunal demuestran un evidente cambio de criterio doctrinal, que abre la puerta a nuevas perspectivas frente al derecho de autonomía reproductiva, cambio que se produce a partir del redireccionamiento del problema constitucional del enfrentamiento de intereses hacia la armonización de los derechos de la mujer y la protección del feto, en una visión que ya no entiende estos intereses como una dualidad independiente, sino en un sentido de dualidad relacional.

Este cambio guarda correspondencia con el criterio establecido en decisiones como la del Tribunal Constitucional Portugués de 2010, que se orientó hacia el reconocimiento de una ciudadanía activa de las mujeres, pues en la medida que los ordenamientos jurídicos comprendían la necesidad de brindar garantías para el embarazo y la maternidad, los tribunales comprendieron que hacía falta poner de relieve tanto las connotaciones de la maternidad en el contexto social y personal, así como las limitaciones del Estado para ofrecer alternativas y facilidades para la protección del embarazo y el ejercicio de la maternidad (í.d.)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1975 se estudió la constitucionalidad de la enmienda al Código Penal que despenalizaba parcialmente el aborto. En esta decisión el discurso del Tribunal giró en torno a tres argumentos principales. El primero de ellos centrado en el reconocimiento de la vida del no nacido como un valor amparable en la Constitución y protegido naturalmente por la madre o en su ausencia por el Estado. La segunda relacionada con la manera en que se resuelve la confrontación entre el compromiso del Estado con la protección del no nacido y los derechos de la mujer, cediendo el primero de estos intereses ante ciertos casos. Finalmente, una tercera línea argumental que se centra en las preconcepciones de género sobre la mujer, pues se indica que el Estado debe obligar a las mujeres embarazadas a renunciar a un placer ilimitado para asumir los deberes naturales de la maternidad. Posteriormente, en una segunda decisión sobre aborto en 1992, el Tribunal Constitucional alemán reiteró lo concerniente al deber del Estado de proteger la vida desde la concepción, pero a su vez señaló que el derecho penal era el último recurso para proteger al no nacido, con lo cual era necesario establecer medidas preventivas de asesoramiento dirigido a informar a las mujeres sobre el contexto de apoyo al embarazo y la maternidad (Rubio, 2022).

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional portugués declaró la constitucionalidad de la Ley 16/2007, de 17 de abril, que despenalizaba el aborto durante las primeras semanas

En España esta nueva perspectiva socio-relacional se corresponde con las modificaciones normativas ocurridas con el dictado de normativa que permite la interrupción voluntaria del embarazo, pues recordemos que la Ley Orgánica 2/2010<sup>13</sup>, de 3 de marzo, derogó el art. 417 bis del Código Penal, estableciendo un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo; esta ley señaló que la sexualidad y la capacidad de procreación están vinculadas a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad y desarrolló las condiciones en que se permite interrumpir el embarazo. Más aún, cabe mencionar que recientemente se promulgó la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de reforma a la Ley Orgánica 2/2010, ley que, entre otros, tiene el propósito de mejorar las condiciones de las mujeres para acceder a la prestación sanitaria<sup>14</sup>.

Ahora bien, cabe resaltar que la aplicación de una perspectiva como la señalada previamente no solo cambia el razonamiento de los tribunales de cara al análisis de la constitucionalidad de normas que prohíben o permiten la interrupción del embarazo, sino que también se traslada a discusiones como la referida en la STC 78/2023, en la que se abordan temas como el incumplimiento de requisitos legales que garantizan la interrupción del embarazo en su faceta prestacional, o a las debatidas en la STC 66/2022, en

---

de gestación. En esta decisión se indicó que en cuanto evoluciona el desarrollo del embarazo también lo hacen los deberes del Estado, de ahí que se considerara adecuado no penalizar el aborto durante las primeras semanas de gestación, ya que en ese momento la unidad entre el feto y la mujer es más fuerte, de manera que es la mujer la persona directamente implicada y quien asume las consecuencias de este proceso. Asimismo, se estableció que la carga de proteger la vida humana por nacer implica el diseño de un Estado de bienestar suficientemente protector del embarazo, el parto y la maternidad.

<sup>13</sup> La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, regula la interrupción del embarazo desde una doble vertiente: la prevención de los embarazos no deseados y al establecimiento de un sistema que regule la práctica y la penalice únicamente cuando se realice por fuera de las condiciones de la Ley. De acuerdo con ella, esta estrategia busca la protección del feto y hace responsable al Estado de crear condiciones para el ejercicio de la maternidad. Esta norma prescribe que los poderes públicos no pueden interferir en la autodeterminación de la mujer, con independencia de las medidas que puede tomar el Estado para restringir el ejercicio de las libertades.

<sup>14</sup> Esta norma destaca, entre otras cosas, que desde que se promulgó la Ley Orgánica 2/2010 las mujeres han enfrentado múltiples obstáculos para acceder al procedimiento y el país está lejos de garantizar el grueso de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos, evidenciándose amplias diferencias territoriales en el ejercicio de este derecho.

las que se analizó la proporcionalidad de una medida de privación de la libertad de cara al enfrentamiento de derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad de la madre, y de intereses constitucionales, como la protección del feto.

En suma, resulta evidentemente que el cambio de doctrina va de la mano de la aparición de perspectivas constitucionales novedosas que se han ido desarrollando conforme cambia la comprensión del fenómeno de la maternidad. Más allá de esto, el Tribunal Constitucional justifica este cambio doctrinal en la necesidad de ajustar la doctrina a la evolución del tratamiento jurídico que se le ha dado a los derechos sexuales y reproductivos, argumento que parece lógico si se hace un seguimiento de las conquistas del movimiento feminista en cuanto a igualdad de género.

A pesar de esto, el término «evolución» en este argumento no debería ser entendido como lo denomina el Tribunal en términos de una «evolución de los instrumentos nacionales e internacionales» concernientes a los derechos sexuales y reproductivos, sino más bien como un cambio de perspectiva que se ajusta más al principio de igualdad y al reconocimiento del estatus jurídico de la mujer como sujeto de derechos.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la historia de los derechos sexuales y reproductivos permite entrever que los cambios normativos no siempre se inclinan hacia una mayor protección del derecho de las mujeres a una maternidad deseada y libre. Y es que incluso en España, desde que se presentó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010 hasta que se dictó la STC 44/2023 (periodo en el que transcurrieron casi trece años), se presentaron múltiples propuestas políticas que pretendían modificar la normativa allí establecida, desde planteamientos que exigían la modificación del modelo en uno y otro sentido, incluso la derogación de la ley, propuestas que están relacionadas con la aprobación de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que en su momento modificó el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo. Y esto, al mismo tiempo que en el Tribunal Constitucional se retrasaba la toma de una decisión por factores como la imposibilidad de llegar a un acuerdo (Reriviego, 2023).

## **2. LAS CONTRADICCIONES DE ENMARCAR UN NUEVO CRITERIO DOCTRINAL EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS**

La denominada teoría del derecho vivo es el fundamento al que se refiere el Tribunal para explicar la variación de la doctrina conforme a una evolución normativa en la protección de los derechos de las mujeres. Según esta teoría,

la Constitución debe ajustarse a las necesidades actuales de cada sociedad<sup>15</sup>. A pesar de esto, este es un criterio que no es compartido en la STC 44/2023 por varios de los magistrados del órgano constitucional, quienes ponen en duda el dictado de normas que la Constitución no establece taxativamente<sup>16</sup>.

Esta opinión tiene que ver con el hecho de que la Constitución no diga nada (vago o claro) sobre el aborto, de ahí que se ponga en duda que las normas resultantes de la interpretación del Tribunal puedan resultar contraproducentes e, incluso, peligrosas para el sistema democrático. Esta opinión disidente se apoya en disertaciones como la alcanzada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia dictada en el año 2022 el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, en la cual no solamente se descartó que la interrupción del embarazo encuentre un sustento jurídico en el texto de las catorce enmiendas, sino que se desvirtuó que este derecho encuentre un sustento jurídico en precedentes judiciales previos<sup>17</sup> (Tello, 2023).

Sin perjuicio de las controversias que levante la aplicación de esta teoría evolutiva, resulta importante cuestionarse si verdaderamente se ha presentado una evolución más o menos progresiva y uniforme en materia de derechos sexuales y reproductivos, y cuáles son sus implicaciones.

Sobre este punto, debe mencionarse que los primeros instrumentos internacionales promulgados frente al tema estuvieran relacionados con el propósito de garantizar el más alto nivel de salud (incluida la salud repro-

---

<sup>15</sup> En la referida STC 44/2023, el Tribunal reitera lo mencionado en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, al indicar que la constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna para asegurar su propia relevancia y legitimidad; de acuerdo con esta teoría el texto constitucional debe leerse a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual para no convertirse en letra muerta (FJ2).

<sup>16</sup> Esta opinión puede evidenciarse más en detalle en los votos particulares suscritos por los magistrados Concepción Espejel Jorquera, Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño.

<sup>17</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1973 (el 22 de enero) dictó el fallo *Roe v. Wade*, en el que se indicó que el aborto (sujeto en el primer trimestre a la voluntad de la madre y en adelante a otras condiciones como la salud de la gestante o la viabilidad del feto) se enmarcaba en el derecho constitucional a la privacidad. Con posterioridad, el 29 de junio de 1993, este organismo judicial dictó el fallo *Planned Parenthood of Southbeastern Pa v. Casey*, en el que confirmó el fallo *Roe*, pero señalando que la autodeterminación de las mujeres para interrumpir el embarazo se encuadraba en el derecho a la libertad. A pesar de esto, el criterio de la Corte cambió con el dictado del fallo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al.*, en el que se anuló el precedente en la materia.

ductiva), en los términos señalados en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (preámbulo).

El contenido de estos instrumentos estuvo determinado en primer momento por la preocupación de la comunidad internacional por regular asuntos de salud pública, como la planificación familiar, pero este criterio fue variando hasta la promulgación de dos importantes instrumentos de derecho internacional en la materia: el Programa de Acción del Cairo de 1994 y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995. Estos instrumentos avanzaron en temas como la ampliación del concepto de salud y de derechos reproductivos, la exaltación de los efectos negativos que tiene la práctica de abortos en condiciones no adecuadas y la denominación de la salud sexual y reproductiva como un derecho humano de la mujer; sin embargo, se trata de documentos no vinculantes para los Estados (Barbé y Badell, 2021).

Con posterioridad, los avances que se alcanzaron con estos instrumentos se vieron disminuidos en los períodos de seguimiento de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, donde se introdujeron cambios que nuevamente entrecruzan el ámbito de protección de los derechos con variables ajenas al ejercicio del derecho, como las económicas, y algunas inconsistencias metodológicas que han problematizado la conceptualización autónoma de estos derechos (Pérez Duarte y Noroña, 2002).

De acuerdo con todo lo anterior, existe un marco jurídico internacional que, derivado de la protección del derecho a la salud sexual y reproductiva, le ha dado un sustento jurídico al establecimiento de estos derechos emergentes. A pesar de esto, los límites de su protección han variado constantemente y este debate sigue vigente ante ciertas dificultades, como el carácter no vinculante de los instrumentos internacionales más relevantes y las reservas de los países que han suscrito estas normas. Adicionalmente, debería tenerse en cuenta que en los instrumentos internacionales de derechos humanos la concepción de lo «humano» en principio no incluía a las mujeres en el contenido de muchos textos (Álvarez, 2020).

Un panorama similar se presenta en el plano regional, pues si bien siguiendo lo señalado en instrumentos como la Observación General n.º 22 de 2016, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han dictado normas ampliamente progresistas, como la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, sobre salud y derechos sexuales y reproductivos en la Unión<sup>18</sup>, no existe un consenso regional en asuntos como la

---

<sup>18</sup> De acuerdo con esta resolución, todas las personas tienen derecho a tomar decisiones sobre sus cuerpos sin discriminación, coacción, ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho.

interrupción voluntaria del embarazo, encontrándose que en países como Suecia se otorga amplias facultades a la mujer para ejercer este derecho, mientras que en otros como Polonia este se restringe ampliamente<sup>19</sup>.

En concordancia con esto, en el sistema europeo de derechos humanos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado frente a la relación entre el embarazo y los derechos de las mujeres, en el marco de interpretación de los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sobre derechos a la vida y el respecto de la vida familiar y personal), dando respuesta tanto al reclamo de protección de los derechos de las madres como a la protección del feto.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha pronunciado frente a los derechos sexuales y reproductivos en el marco del derecho a la vida privada y familiar, y frente a la interrupción del embarazo, ha señalado que no existe una potestad absoluta de los Estados de proteger los derechos de los no nacidos por estar de por medio los derechos de la mujer, pero que está dentro del margen de discrecionalidad de los Estados regular la interrupción del embarazo, salvo que el Estado haya decidido autorizar el aborto en ciertas circunstancias, caso en que le corresponde garantizar su acceso efectivo<sup>20</sup> (Crego, 2015).

---

<sup>19</sup> The Swedish Code of Statutes (Act of 1974) estableció que las mujeres en Suecia pueden abortar sin restricciones hasta la semana 12 de gestación. Una vez transcurrido este tiempo, podían hacerlo entre la semana 12 y 18 tras de ser sometidas a una valoración reglamentada por la ley, y con posterioridad a este término se requería el permiso de la agencia de salud del Estado, prohibiéndose el aborto a partir de la semana en que el feto pudiera sobrevivir fuera del útero. En 1996 esta regulación se modificó en el sentido de eliminar las restricciones existentes entre la semana 12 y 18, de modo que el procedimiento puede realizarse libremente hasta la semana 18 de gestación. A su vez, en 2008 se presentó una nueva modificación que estableció que las mujeres que no son de nacionalidad sueca puedan tener derecho al aborto sin ningún permiso especial, asumiendo el costo del procedimiento (información disponible en la web rfsu.se). A diferencia de esta regulación, en Polonia el aborto solo está permitido cuando la gestación es resultado de un delito o cuando la vida o salud de la mujer está en riesgo, regulación que fue restringiéndose desde 1993, hasta la reciente decisión del Tribunal Constitucional de Polonia de 22 de octubre de 2020 (información disponible en: <https://tinyurl.com/2x6v7yzx>).

<sup>20</sup> En relación con este tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado decisiones como la STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Goodwin c. Reino Unido*; STEDH de 28 de mayo de 2022, asunto *Stafford c. Reino Unido*; STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*; STEDH de 26 de mayo de 2011, asunto *Tysiac c. Polonia*, entre otras.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia han hecho referencia principalmente a la protección del derecho a la vida privada, y si bien este es un derecho que ha sido interpretado desde su concepción de «libertad» (libre desarrollo de la personalidad), el Tribunal ha evitado el análisis de la facultad de autodeterminación sexual y reproductiva para centrarse en un aspecto más procedimental, que concierne a las garantías que permiten la interrupción del embarazo cuando este es legal, asunto que conecta con la importancia de proteger la salud sexual y reproductiva de la mujer y con las obligaciones del Estado para garantizar este propósito, respetando en todo caso la determinación de los Estados de regular o no esta práctica (González, 2021).

Por su parte, España ha ratificado instrumentos internacionales, como el Convenio de Estambul y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Asimismo, en el país se han dictado múltiples normas encaminadas a la protección de los derechos de las mujeres, aparte de las ya mencionadas leyes que regulan la interrupción voluntaria del embarazo<sup>21</sup>, y las múltiples normas constitucionales que propenden por el establecimiento de un derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 1.1., 9.2., 10.1., 14 CE, entre otros)<sup>22</sup>.

A pesar de esto, es importante mencionar que el reconocimiento de la mujer como sujeto autónomo de derechos ha variado en España en diferentes periodos históricos, más allá del cambio que supuso el establecimiento de los Estados modernos y la extensión del principio de igualdad a otros sujetos distintos al ciudadano hombre. Así, por ejemplo, las reivindicaciones alcanzadas durante la Segunda República, que establecieron modificaciones al Código Civil favorables a las mujeres en materias como el matrimonio y la familia (como las relacionadas con las causales de disolución del matrimonio y los deberes paterno-filiares para con los hijos), fueron modificadas posteriormente con medidas que limitaban la capacidad jurídica de las mujeres, prescripciones que se mantuvieron en el tiempo hasta que comenzó la transición política que terminaría con la promulgación de la Constitución de 1978 (Liñán García, 2016).

---

<sup>21</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>22</sup> En ese sentido, normas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, contienen múltiples prescripciones que buscan castigar tipos de violencia de género y promocionar la igualdad.

Asimismo, y aun con sus características actuales, el ordenamiento español no está exento de críticas, como las relacionadas con la ineficacia de las medidas que buscan la protección de las mujeres a través de la ampliación del punitivismo. Así, se indica que en el afán por hacer visible el reproche de tipos de violencia contra la mujer, las instituciones han recaído en lógicas paternalista que en poco contribuyen a la reivindicación del estatus jurídico de la mujer y a la eliminación de la violencia ejercida en su contra (Maqueda, 2020).

De otro lado, las normas que protegen a la mujer se ven limitadas en el plano constitucional ante la inexistencia de previsiones específicas que protejan el derecho a la maternidad deseada. Esta circunstancia, que Astola (2017) cataloga como un sesgo del pacto constituyente (al referirse a la ausencia de perspectiva de género en constituciones que fueron promulgadas sin participación igualitaria de las mujeres), tiene incidencia inevitable en el criterio del Tribunal Constitucional en esta materia, pues se entendería que son muchas las opciones políticas que puede tomar el legislador al momento de regular el tema de la autonomía reproductiva y, en general, de los derechos sexuales y reproductivos.

Sin perjuicio de estas dificultades, no es posible desconocer el fundamento constitucional de un derecho a la autonomía reproductiva, ni consecuentemente las decisiones del Tribunal Constitucional en la materia; en particular, si se analizan las perspectivas con las que se puede evaluar el reconocimiento de estos derechos en el plano constitucional desde el punto de vista de la materialización del derecho a la igualdad.

### III. NUEVAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES: LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHOS

Se dejó entrever que el argumento de la evolución normativa no es suficiente para fundamentar el cambio de lectura constitucional, pues este cambio va más en concordancia con la evolución de perspectivas constitucionales que con una transformación normativa que no es lineal y que podría seguir transformándose de acuerdo con las inclinaciones de diversas opciones políticas. En ese sentido, convendría realizar una lectura más amplia de los problemas constitucionales involucrados, teniendo en cuenta las demandas de las mujeres (antes inobservadas) en las que se reclama nada más que la autonomía para decidir frente a las interferencias sobre sus propios cuerpos.

Sobre este punto, es indiscutible que la ausencia de un precepto constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos no es óbice para desconocer la protección de estos derechos en situaciones como las planteadas y resueltas en las citadas sentencias. Más aún, es justamente la ausencia de un

precepto constitucional un punto que debe analizarse con particular atención y en el marco del contexto histórico en que nacen las constituciones modernas. Y es que, como menciona Esquembre (2014), las mujeres inicialmente no fueron reconocidas como sujetos políticos y sujetos de derechos, y posteriormente su inclusión en el constitucionalismo moderno se produce a partir de una extensión de las prerrogativas que ya habían sido reconocidas a los hombres y que fueron diseñadas por estos. Este fenómeno no solo podría explicar la exclusión de las mujeres de la esfera pública, sino también la sustracción de su autonomía (que pasó a depender de la voluntad del padre y esposo, encargados de gobernar el ámbito de la familia), cuestión que hasta hoy continúa entorpeciendo el ejercicio autónomo de su libertad sexual y reproductiva, ya que, por ejemplo, pareciera que el contenido del derecho a la mujer para decidir sobre su propio cuerpo se modifica una vez la mujer queda embarazada porque las cuestiones que afectan a su embarazo se convierten en asuntos en las que otros pueden interferir.

Más allá de esto, en las circunstancias actuales y al amparo de lo establecido en el art. 15 de la Constitución, es posible inferir que las personas tienen derecho a decidir frente las decisiones que tienen impacto en su vida sexual y reproductiva y su propio cuerpo atendiendo al principio de dignidad (Gómez, 2017), porque queda claro que el desarrollo de un embarazo tiene unas consecuencias múltiples sobre diversas garantías constitucionales relacionadas con asuntos como la autonomía. Este tema es ampliamente desarrollado en varios acápites de la STC 44/2023<sup>23</sup> y otras decisiones que hacen hincapié en la conexión de la autonomía en las elecciones personales que afectan el cuerpo y el proyecto de vida, tal como se ha venido exponiendo.

De igual manera, no cabría al amparo del art. 14 constitucional, según el cual los españoles son iguales ante la ley y no puede prevalecer discriminación

---

<sup>23</sup> En relación con el tema se destacan acápites de la sentencia como el que menciona: «[...] hemos declarado que el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal tales como la prohibición de la convivencia *more uxorio* o, en sentido contrario, la imposición del vínculo matrimonial (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2), la imposición del matrimonio celebrado en determinada forma religiosa o la libre elección de cónyuge (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 12), o la continuación o terminación de una relación afectiva o de convivencia (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 b). Asimismo, este tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida» (FJ 3).

alguna por razones como el sexo, una normativa que castigue la autonomía reproductiva de las mujeres sin fundamentación constitucional suficiente o con base en justificantes que tienen como premisa el comportamiento de una *buena madre* o una *buena mujer*. Y es que, sin perjuicio de que los derechos sexuales y reproductivos correspondan a hombres y mujeres, no cabe duda de que la maternidad y el control sobre la concepción han sido considerados históricamente como un deber de la mujer, panorama que ha dificultado el reconocimiento de la autonomía reproductiva y el castigo de formas de violencia como la anticoncepción forzada, la esterilización forzada o la violencia obstétrica.

Este panorama se enmarca en un sistema estructural que ha afectado a las mujeres y que ha sido reconocido de manera general por el Tribunal Constitucional en decisiones como la STC 44/2023, en la que se reconoce que la maternidad y el cuidado de los hijos se ha asociado a las mujeres con base en una histórica desigualdad entre los sexos, con todas las consecuencias que ello significa, por lo que es necesario tomar acciones que corrijan la situación y materialicen el principio de igualdad.

Contexto de desigualdad que ha sido reconocido por el intérprete constitucional para brindarle una protección constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo, pues el Tribunal indica que para lograr la igualdad efectiva y real de las mujeres no basta con proteger de manera reforzada la maternidad, sino que es necesario proteger los derechos de aquellas mujeres que deciden interrumpir su embarazo libremente dentro de los supuestos establecidos en la ley (STC 44/2023); pero que también ha sido parte esencial de la doctrina que se ha desarrollado en torno a la protección especial del embarazo<sup>24</sup>, y es que, como se menciona en la STC 66/2022 (que responde al reclamo de las mujeres de contar con autonomía suficiente para decidir libremente y sin interferencia sobre su cuerpo durante la gestación), todo lo relacionado con el embarazo y el parto está vinculado al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), a la autodeterminación y a la integridad física y moral (art. 15 CE) de las mujeres.

En este punto es importante destacar que históricamente constituciones como la española no han dejado a un lado las preocupaciones sobre la maternidad y la familia, pues generalmente se ha hecho referencia al lugar especial

---

<sup>24</sup> El Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina constitucional amplia en relación con la protección del embarazo y la maternidad en sentencias como las 153/2021, de 13 de septiembre; 119/2021, de 31 de mayo; 79/2020, de 2 de julio; 108/2019, de 30 de septiembre; 2/2019, de 14 de enero; 17/2003, de 30 de enero; 3/2007, de 15 de enero; 2/2017, de 16 de enero, y 79/2020, de 2 de julio, entre otras.

que guardan la familia y el matrimonio en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha sido la ausencia de la perspectiva e intereses de las mujeres en el contenido de estas normas lo que ha impedido el desarrollo de temas como el fortalecimiento de los deberes compartidos de la crianza y la libertad negativa de las mujeres para no asumir la carga de la maternidad no deseada (Rubio, 2022). En ese orden, limitarse al argumento de ausencia de precepto constitucional específico no solamente desconocería este sesgo constituyente, sino que dejaría de lado una interpretación integral de las garantías involucradas en estos temas.

En ese sentido, una reflexión amplia y transversal sobre las garantías constitucionales aquí involucradas, a la luz del principio de igualdad, permitiría concluir que el derecho a la autonomía reproductiva se sustenta en previsiones jurídicas de obligatorio acatamiento, como los arts. 17.1, 10.1, 15.1 y 18 de la Constitución y en disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos que amparan la vida y la intimidad personal y familiar, entre otras; derechos que deben ser garantizados de manera igualitaria para hombres y mujeres, corrigiéndose aquellas previsiones que supongan trabas para su materialización.

Asimismo, si se tiene en cuenta lo anterior, no solamente bastaría aterrizar en una perspectiva socio-relacional (que tenga en cuenta todas las implicaciones del embarazo individual y socialmente) para abordar temas de derechos sexuales y reproductivos, sino que además debería darse paso a una nueva perspectiva que cuestione las connotaciones de género que siguen reproduciéndose frente a la maternidad, los deberes de las madres, el rol de la paternidad, etc., y que a partir de ese cuestionamiento formule conclusiones sobre el reconocimiento o falta de reconocimiento autónomo de los derechos de las mujeres (Rodríguez, 2016).

Bajo este último criterio, no basta con cuestionar el supuesto enfrentamiento entre los derechos de la mujer y la protección del feto como intereses enfrentados, ni con estudiar las circunstancias del embarazo dentro de un contexto social económico y legal, sino que deberían revisarse las connotaciones patriarcales que siguen afectando el discernimiento de los tribunales.

Este llamado no es fortuito, sino que se fundamenta en las profundas implicaciones que todavía tiene la estructura patriarcal en la materialización del derecho a una maternidad libre y deseada, y es que, como expone Chamallas (1999), la connotación implícita de la categoría de *madre* en el derecho ha sido construida al margen de las experiencias de las mujeres, estando atada a las características de madre casada, heterosexual, dedicada al hogar y a los hijos.

Esta construcción ha sido parámetro para juzgar a las mujeres, de manera que todo lo que se encuentre por fuera del canon es considerado anormal y tiende a ser castigado. De ahí que, si se estudian temas como el aborto bajo

premisas que dejan de lado el ambiente social y legal en el que se decide llegar a ser madre, y se continúa con el panorama de separación entre las categorías de aborto y maternidad, los debates jurídicos seguirán llegando a conclusiones como que la única manera de garantizar la vida del feto es a través de un embarazo obligado o que los derechos sexuales y reproductivos no trascienden más allá del derecho al aborto. En últimas, la reiteración de estos estereotipos en este ámbito dificulta la revisión del estatus de las mujeres en la sociedad y la materialización de su derecho a participar en la sociedad en condiciones igualitarias (í.d.).

En ese entendido, lo que exige esta nueva perspectiva es la aplicación del enfoque de género en la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos<sup>25</sup>, enfoque diferencial que ya ha sido avalado por la parte mayoritaria del órgano constitucional al señalar que la integración de la perspectiva de género significa tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer en dichas áreas de la realidad, con el objetivo último de garantizar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres (STC 44/2023).

Más allá de esto, conviene mencionar que esta perspectiva no solamente parece ser desconocida en el criterio de los votos disidentes que niegan esta connotación progresista de los derechos de las mujeres<sup>26</sup>, sino que por momentos se difumina en decisiones que a pesar de defender la doctrina de autonomía reproductiva incurre en argumentos contradictorios cuando, por ejemplo, se exponen argumentos más conservadores dependiendo de a qué faceta de la autonomía se refiera, a partir de una lectura fragmentada de los derechos sexuales y reproductivos.

## 1. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: ENTRE LA TRANSFORMACIÓN Y LA CITA DE PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES PREVIAS

Los temas que se debaten en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional español conciernen a múltiples facetas de la autonomía reproductiva,

---

<sup>25</sup> De acuerdo con lo señalado en la STC 44/2023, la perspectiva de género es un enfoque metodológico que se ajusta al deber constitucional de materializar el principio de igualdad, con lo cual de manera precisa se concluye que el intérprete constitucional debe hacer uso de esta materia, pues es parte del cumplimiento de los mandatos que decreta la Constitución, en este caso del principio de igualdad, que ha sido ampliamente desarrollado en los instrumentos jurídicos internos e internacionales a los que se ha acogido España.

<sup>26</sup> Esta opinión se puede evidenciar con más precisión en el voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, formulado en la STC 78/2023.

tales como la limitación del derecho de las mujeres que deciden ser madres para elegir el modo de parto, es decir, la elección de las circunstancias en que se produce el embarazo, el parto y la lactancia (STC 66/2022); la limitación del derecho de las mujeres que deciden ser madres a la integridad física y moral durante la gestación y el parto (STC 11/2023); la limitación de múltiples derechos de las mujeres que no desean ser madres, por cuenta de las normas que condicionan la interrupción del embarazo bajo ciertas causales y términos (STC 44/2023); la incidencia de la falta de información suficiente en la materialización del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo (STC 78/2023), y la incidencia de una prestación inadecuada (justificada indebidamente en el derecho de objeción de conciencia) para el ejercicio del derecho al aborto (STC 78/2023).

El análisis de facetas tan diversas de la autonomía reproductiva no fue óbice para que el Tribunal marcara un precedente importante al interpretar de manera similar la fundamentación jurídica que sustenta la protección de los derechos de las mujeres en estos casos, refiriéndose de manera reiterada a cómo el derecho de autodeterminación, concretado en la elección de la maternidad, está enmarcado en múltiples garantías constitucionales. En estos casos, el Tribunal realizó una amplia referencia a la doctrina desarrollada en materia del derecho a la igualdad, la autodeterminación e inviolabilidad del cuerpo frente a las actuaciones médicas, el derecho a la intimidad y su vínculo con lo decantado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad deseada.

Ahora bien, no se puede decir que la doctrina constitucional tuviera la misma coherencia al realizar el juicio de constitucionalidad en la definición de los casos concretos, pues aunque todas las decisiones se refieran de manera general a vertientes de un mismo derecho sexual y reproductivo, el derecho a elegir si se tiene o no hijos y determinar el número de estos, las sentencias en ocasiones realizan un análisis no integral del marco de protección de este derecho y, por el contrario, desarrollan normas de enjuiciamiento variables que no siempre responden con tanta rigurosidad ante la limitación de los derechos.

Esta apreciación de ambigüedad en la argumentativa del Tribunal parte, en primer lugar, del hecho de que las decisiones sigan reproduciendo una presunción de contrariedad entre los derechos de la mujer y la protección del *nasciturus*. No entendida en términos de un enfrentamiento de intereses que traban el problema jurídico, sino en una lógica que desconoce la naturaleza socio-relacional del embarazo. Es decir, una lógica en la cual la mujer que no encaja en el estereotipo de la *buena mujer* toma decisiones sobre su embarazo de manera unilateral y en contra del interés del feto, sacando de contexto las circunstancias en las que se producen las decisiones de las mujeres o, simplemente,

deduciendo que el simple ejercicio de la autonomía es en sí un acto malintencionado e individualista.

Al respecto, resulta llamativo que en la STC 44/2023 se advierta una necesidad de actualizar la interpretación constitucional, pero al mismo tiempo se insista en la existencia de un enfrentamiento entre la protección de la vida prenatal (amparada en el marco del art. 15 CE) y los derechos de la mujer, trayendo a colación apartados de la STC 53/1985, según los cuales la vida humana es un proceso que comienza en la gestación y termina en la muerte, en el que «se genera un tertium distinto de la madre». Y, asimismo, que en sentencias como las 66/2022 y 11/2023 aún se usen expresiones como las de «interés contrapuesto al de sus padres», al referirse a las garantías del *nasciturus*.

Entonces, considerando que esta es una premisa argumentativa que está presente en la doctrina del Tribunal, también habría que evaluar en qué medida esto afecta a una verdadera transformación de las decisiones judiciales en resoluciones acordes con una perspectiva constitucional actual, que se ajuste al principio de igualdad y no discriminación.

## 2. UNA LECTURA FRAGMENTADA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: DE UNA TEORÍA FUERTE A UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DEBATIBLE

De acuerdo con todo lo anterior, al momento de interpretar las garantías relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos, el Tribunal Constitucional desarrolla una argumentación ambigua que se acoge a perspectivas que no tenían como eje central este marco de protección de los derechos de las mujeres y que estaban adscritas a unos determinados estereotipos de género sobre la capacidad jurídica de las mujeres y sobre el rol de la mujer en el cuidado de los hijos.

Este contraste no solamente tiene interferencia en la construcción argumentativa de la doctrina, sino también en la construcción de las reflexiones jurídicas que merece cada caso, pues se evidencia que en algunos acápites de las decisiones se analiza la posible trasgresión de garantías fundamentales al margen de circunstancias determinantes para el ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres. Circunstancias que deben considerarse indispensables teniendo en cuenta el marco de desigualdad y sus efectos sobre la capacidad de las mujeres para ser agentes de sus propios derechos.

En ese sentido, se evidencia que al momento de resolver los casos particulares en los que se alegaba la transgresión de los derechos, la construcción dogmática que desarrolla de manera amplia la vinculación entre el embarazo y las garantías constitucionales, contrasta con la ausencia de perspectiva de

género en la valoración del conjunto de circunstancias que inciden sobre el enjuiciamiento (esto con independencia de la decisión final a la que llegaran las sentencias en cada caso). Y es que, como señala Hunter (2010), no podría realizarse una lectura con enfoque de género de las decisiones judiciales si no se realiza un cuestionamiento de las limitaciones en el tratamiento de hechos, la evidencia cuestionable, las alegaciones recibidas y, en particular, la incidencia de los roles de género en la resolución de los problemas jurídicos.

Esta deficiencia se hace evidente en la citada doctrina, en situaciones como la resuelta en la STC 66/2022, en la que se evaluó el ejercicio de las garantías judiciales que protegen a los ciudadanos de la actuación de las autoridades judiciales, al margen del peso de las garantías constitucionales que fueron restringidas con el ingreso no voluntario de la gestante al hospital. En esta decisión se valoró la incidencia de la orden de limitación de la libertad prescindiendo casi totalmente de que la gestante se encontraba en labores de parto cuando fue sorprendida por las autoridades de policía (quienes prácticamente no tuvieron comunicación directa con ella), y de que con posterioridad al ingreso no voluntario esta permaneció aproximadamente dos días en el hospital sin intervención de autoridad judicial alguna.

Este era un hecho que, como bien lo mencionan algunos votos particulares, tenía una especial transcendencia al considerar que esta mujer fue privada de su derecho a tener una audiencia y ser escuchada. Se menciona en los votos disidentes que la valoración de este contexto debió afectar la rigurosidad con que el juez evaluaba la prescindencia del derecho de audiencia, ya que la gestante había estado más de 24 horas internada, tiempo durante el cual no fue escuchada por el juez, pero si visitada por funcionarios administrativos del hospital.

Estas son reflexiones que están atadas al ejercicio de un marco de garantías que recaen sobre el desarrollo del embarazo y el ejercicio de la autodeterminación y que ponen en entredicho cómo el desarrollo teórico se desconecta por momentos de la práctica judicial. De ahí que aciertan los votos particulares formulados en la STC 11/2023 al señalar que era imprescindible valorar todas las circunstancias de vulnerabilidad que habían rodeado el ingreso de la gestante y lo sucedido durante el tiempo en que estuvo internada al momento de evaluar situaciones como la manifestación del consentimiento informado y su incidencia en el derecho a la integridad física<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> De acuerdo con lo narrado en la STC 11/2023, las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo y del Tribunal Superior de Asturias tuvieron en cuenta en su valoración las alegaciones del hospital en las que se demuestra la necesidad de realizar pruebas diagnósticas, pero también algunas

Esta omisión no es exclusiva de la STC 66/2022, sino que también se evidencia en otras decisiones como la STC 78/2023. Esta última, cuya doctrina estableció que se vulnera el derecho a la integridad física y moral cuando se transgreden las previsiones legales que crean condiciones para que la mujer adopte de forma autónoma y sin coerción la decisión que considere más adecuada sobre la interrupción del embarazo, no tuvo en cuenta el contexto en el que se le brindaba información a la gestante sobre el estado del feto. Y es que, de acuerdo con las alegaciones, la información se da en un contexto en que la mujer (quien padece de una enfermedad congénita denominada agenesia del cuerpo calloso parcial) supuestamente recibe comentarios despectivos sobre su condición<sup>28</sup> y es informada de manera parcial sobre el estado del feto.

Este presupuesto conduce al Tribunal a una conclusión ambigua respecto de la incidencia de la información en la limitación del derecho de autonomía reproductiva, al rechazar acertadamente una presunción de ocultación de información para obstaculizar la interrupción del embarazo, pero concluir al mismo tiempo que la información fue «vaga», pues «el facultativo hubiera debido explicarle en qué consistía esa enfermedad y las posibilidades que había de que las sospechas se confirmaran», pero suficiente porque finalmente se dio dentro de término.

Tener en cuenta estas particularidades contribuye a la materialización del derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que la invisibilización histórica de las experiencias de las mujeres ha incidido en asuntos como la ausencia de castigo para las conductas de violencia reproductiva (Laverty, 2021). Premisa que se expresa en algunos de los votos particulares formulados en las SSTC 66/2022 y 11/2023, en los que se expone una apreciación distinta de los hechos y que incluso pone de manifiesto la alegación de la demanda sobre una

---

apreciaciones en las que se menciona que la posibilidad que se le ofreció a la mujer para que el tacto vaginal lo realizase cualquier obstetra daba cuenta del «trato deferente, y casi que exquisito al que fue sometida la paciente». Este tema está relacionado con una alegación de la parte demandante en la que se reprochaba la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en relación con la afirmación de que «no era admisible rechazar el tacto vaginal que era imprescindible y porque la paciente ya habría sido explorada un año antes por un obstetra o porque se le habría insertado un DIU que precisa de tacto vaginal para su colocación» (FJ 3).

<sup>28</sup> De acuerdo con lo narrado en la STC 78/2023, en una de las consultas a las que asiste la mujer el médico que la atiende detecta una anomalía que comenta con su compañero, y cuando la recurrente y su acompañante preguntan «si eso es malo» le responden: «¿Pero no la ves a ella?», refiriéndose a la entonces gestante (FJ 2).

eventual situación de violencia obstétrica<sup>29</sup>; circunstancias que como se insiste no necesariamente modifican el sentido del fallo, pero si el juicio de ponderación y con ello la interpretación de las garantías constitucionales.

Se insiste en que la reflexión en torno a este tema tiene incidencia en el juicio de constitucionalidad que se realiza en cada caso. Así, en la STC 66/2022 el intérprete constitucional consideró que la decisión del juez de limitar la libertad personal de la gestante se encontraba justificada ante el peligro que corría el feto con la decisión de la mujer de tener un parto en casa. Sin embargo, este razonamiento no tuvo en cuenta que el contexto ya mencionado hacía necesario un examen riguroso de constitucionalidad de la medida judicial. Si bien no se trataba de una orden arbitraria o irracional<sup>30</sup>, en todo caso era una orden que restringía considerablemente un derecho fundamental, sin contar con habilitación legal específica, sin haber escuchado en ningún momento a la afectada y con un justificante constante de peligro inminente para el bienestar del feto, que no se contrastó en ningún momento de cara al caso concreto.

De ahí que la conclusión a la que llega la mayoría de los integrantes del Tribunal no sea compartida por varios magistrados que presentaron voto particular, alegando principalmente la ausencia de habilitación legal expresa y el exceso en la limitación del derecho a la libertad por cuenta de la desproporcionalidad y falta de audiencia en que se escuchara a la afectada. Criterio este que cambia el planteamiento constitucional en cuanto a los límites y garantías de los derechos constitucionales, y es que si bien la resolución no carece de motivación ni es arbitraria o irrazonable, al omitir casi por completo la incidencia de la

---

<sup>29</sup> Este criterio se evidencia específicamente en los votos particulares formulados por los magistrados María Luisa Balaguer Callejón, Ramón Sáez Valcárcel, e Inmaculada Montalbán Huertas, a la STC 66/2022. Asimismo, en los votos particulares formulados por las magistradas María Luisa Balaguer Callejón e Inmaculada Montalbán Huertas, a la STC 11/2023.

<sup>30</sup> En relación con este asunto cabe recordar que, según el relato expuesto en la STC 66/2022, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo ordenó el ingreso no voluntario de la gestante al considerar aplicable al caso el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los arts. 29 y 158 del Código Civil. Posteriormente, previstas en el art. 158 del Código Civil, son susceptibles de ser postuladas, a instancia de parte, del Ministerio Fiscal o de oficio por el órgano judicial, en sede de cualquier procedimiento civil o penal, y que el juzgado de instrucción estaba facultado para adoptarlas cuando se demande de una actuación urgente y necesaria que evite un perjuicio grave e irremediable, como sucedía en el caso (FJ 2).

ausencia de audiencia y del ejercicio del derecho de defensa, se impide el desarrollo de un juicio de proporcionalidad informado (Matia, 2023).

Una reflexión crítica respecto de la construcción argumentativa de estas decisiones no incide necesariamente en la modificación del fallo, sino que tiene como propósito el de desarrollar una argumentación que no esté limitada por la incidencia de los estereotipos de género, verbigracia, que tenga en cuenta circunstancias que contrasten el estereotipo de la *madre irresponsable* que no se somete a las lógicas de un parto en el que se invisibiliza totalmente su voluntad y su sufrimiento, o de la mujer que decide abortar.

De ese modo, incluso en sentencias como la STC 78/2023, en la que se decreta la protección de los derechos fundamentales (por no haberse materializado de manera adecuada la prestación sanitaria), resulta interesante analizar la falta de una evaluación interseccional en el caso que parte de la falta de aplicación de la perspectiva de género. Allí, a pesar de que se concluyó que se transgredieron las normas que garantizan la prestación sanitaria por una supuesta objeción de conciencia generalizada, no se tuvo en cuenta el hecho de que la gestante había alegado ser una mujer con escasos recursos económicos y presentar una condición congénita. Características con tanto impacto en este tipo de situaciones, que, por ejemplo, son una de las preocupaciones más importantes de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, norma que abre la discusión en cuanto a la promoción de la igualdad de aquellas mujeres que enfrentan mayores obstáculos para acceder a la prestación.

En el mismo sentido, si esto se traslada al análisis de constitucionalidad de las normas, habría que reflexionar en torno a los limitantes de los derechos fundamentales, como son el ejercicio de la objeción de conciencia, la prestación de los servicios sanitarios que garantizan el acceso a los derechos, el establecimiento de restricciones adicionales a las que prescribe la ley de autonomía del paciente para la práctica de procedimientos relacionados con el embarazo y su interrupción, entre otros que seguirán siendo objeto de discusión y que, como se ha señalado a lo largo del texto, deben ser analizados a partir del reconocimiento de que las mujeres son titulares de derechos y deben estar en capacidad de ejercerlos en condiciones de igualdad.

En suma, se infiere que la doctrina constitucional ha avanzado enormemente en la reconstrucción de un derecho que no reproduzca los estereotipos de género y que reconozca que las mujeres deben gozar de sus derechos en condiciones de igualdad. Sin embargo, aún quedan muchos asuntos por valorar si se pretende alcanzar en algún momento una verdadera materialización de esa igualdad. Ante este escenario resulta necesario el desarrollo de nuevas perspectivas frente al ámbito y alcance de estos derechos, perspectivas coherentes con la protección de los derechos de las mujeres y con la elimi-

nación de los estereotipos de género que perpetúan la discriminación y la violencia en contra de la mujer.

Por ello, es imprescindible que en la interpretación de las normas constitucionales se cuestionen las connotaciones de género presentes en los preceptos constitucionales. Esta reclamación se relaciona con la necesidad de garantizar un Estado constitucional moderno, que en términos de Fioravanti (2016) se construya sobre preceptos inviolables, como el respeto por los derechos fundamentales de las personas y la promoción del principio de igualdad, como expresiones de un Estado democrático en el cual la Constitución es una norma de garantía y directiva que debe garantizar la pluralidad y representatividad de intereses.

Queda en evidencia que la discusión frente al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos está relacionada con el histórico debate que ha existido frente a la capacidad de las mujeres para ser titulares y para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Se trata de un tema que se relaciona con la potestad de ser sujeto de derechos, facultad que originalmente ha estado condicionada a la variable del sexo y que, por lo tanto, no se garantiza cuando no existen condiciones para gozar de los derechos ni cuando se analizan las diferencias al momento de valorar el contenido de lo «imparcial» (Motta, 2008), asunto que deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional en futuros casos.

#### IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento autónomo de derechos sexuales y reproductivos se ha enfrentado a múltiples barreras, como la ausencia de constituciones que taxativamente protejan la autonomía reproductiva. Este panorama se evidencia en las recientes decisiones del Tribunal Constitucional español, en las que se desarrolla una doctrina sin precedentes en la materia, pero se incurre en imprecisiones argumentativas que van de la mano con los múltiples debates que aún se desprenden del reconocimiento de estos derechos.

La reciente respuesta del Tribunal Constitucional a los recursos en los que se han debatido diversas facetas del derecho a la autonomía reproductiva demuestra que existe un importante desarrollo de la doctrina constitucional al respecto. Sin embargo, la doctrina no es totalmente coherente con una perspectiva que garantice materializar la igualdad y eliminar los estereotipos de género.

La complejidad de la discusión jurídica relacionada el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos debería motivar la apertura de discusiones más amplias en torno al reconocimiento de la maternidad deseada, el fortalecimiento de una argumentación jurídica constitucional libre de sesgos

de género y, en general, la búsqueda de una lectura de un derecho constitucional y de las corrientes constitucionales coherentes con la materialización del principio de igualdad.

### Referencias

- Álvarez Medina, S. (2020). Derechos humanos emergentes. Nuevas formas de garantías y protección. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (coords.). *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (pp. 333-360). Vitoria-Gasteiz: Didot.
- Astola Madariaga, J. (2017). Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 43-57. Disponible en: <https://tinyurl.com/58uhf4sk>.
- Barbé, E. y Badell, D. (2021). Salud y derechos sexuales y reproductivos: entre la salud pública y los derechos de la mujer. En E. Bardé (ed.). *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal* (pp. 43-175). Madrid: Tecnos.
- Chamallas, M. (1999). *Introduction to feminist legal theory*. Colorado: Aspen Publishing.
- Crego, M. (2015). Los derechos sexuales y reproductivos. En E. Carmona (ed.). *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. (pp. 147-207). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Esquembre Valdés, M. (2014). Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 23, 103-121.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales : apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Gómez Fernández, I. (2017). *Una constituyente feminista ¿cómo reformar la constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons.
- González Moreno, J. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 37, 173-195. Disponible en: <https://doi.org/10.53054/afd.vi37.7739>.
- Hunter, R., McGlynn, C. y Rackley, E. (2010). *Feminist Judgments*. London: Bloomsbury Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781472565228>.
- Laverty, C. y de Vos, D. (2021). Reproductive Violence as a Category of Analysis: Disentangling the Relationship between «the Sexual» and «the Reproductive» in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, 15 (3), 616-635. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijab022>.
- Lián García, M. A. (2016). Evolución del status jurídico de la mujer en España: en materia de familia, matrimonio y relaciones paternofiliales. *Arenal*, 23 (2), 349-374. Disponible en: <https://tinyurl.com/3ewpf329>
- Maqueda Abreu, M. L. (2020). La deriva punitivista del feminismo institucional: retos pendientes. En M. Pérez Manzano (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tosido* (pp. 69-279). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- Matia Portilla, F. J. (2023). ¿Puede un órgano judicial acordar el ingreso hospitalario de una mujer embarazada sin oír a la afectada y al margen de sus competencias legales? (STC 66/2022, de 22 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 239-268. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.08>.
- Motta, C. y Sáez, M. (2008). *La mirada de los jueces*. New York: Center for Reproductive Rights. Disponible en: <https://tinyurl.com/mrxcpnhw>.
- Pérez Duarte, A. E. (2002). Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género: panorama internacional entre 1994 y 2001. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 105 (35), 1001-1027. Disponible en: <https://tinyurl.com/26zr3wns>.
- 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 Ruíz, B. (2016). Gender in Constitutional Discourses on Abortion. *Social and Legal Studies*, 25 (6), 699-715. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0964663916668251>.
- Rubio Marin, R. (2022). *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316819241>.
- Tello Mendoza, J. A. (2023). El caso Dobbs: de la Constitución viva a la democracia constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37155>.

### **Sentencias**

- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio de 2022.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2023, de 23 de febrero de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023.