



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2023 POR LA  
QUE SE MODIFICA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL  
ABORTO EN ESPAÑA (LO 2/2010) DESDE LA  
PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO**

Autor: Ana Bravo Vara

5º E-5 Derecho y Relaciones Internacionales

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid

Junio 2023

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN ESPAÑA HASTA EL PRESENTE .....</b>	<b>6</b>
<b>3. EL MÉTODO COMPARADO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1: LA ELIMINACIÓN DE LA ENTREGA DE INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS PARA MADRES Y DEL PERIODO DE REFLEXIÓN Y EL DERECHO ALEMÁN .....</b>	<b>10</b>
1. SENTENCIA BVerfGE 39, 1, DE 25 DE FEBRERO DE 1975 .....	11
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 53/1985, DE 11 DE ABRIL .....	14
3. SENTENCIA BVerfGE 88, 203, DEL 28 DE MAYO DE 1993.....	15
4. LA SENTENCIA 44/2023, DE 9 DE MAYO DE 2023 .....	18
<b>CAPÍTULO 2: LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ÁRBOL VIVO EN ESTADOS UNIDOS Y SU RECIENTE USO EN ESPAÑA .....</b>	<b>23</b>
1. DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO VIVO .....	24
2. ROE V. WADE Y PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEAST PENNSYLVANIA V. CASEY .....	26
3. DOBBS V. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION Y EL ORIGINALISMO .....	27
4. CONSECUENCIAS DE DOBBS .....	28
5. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO EN ESPAÑA .....	29
5.1. Argumentos y contrargumentos reflejados en las sentencias del Tribunal Constitucional.....	30
5.1.1. Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 .....	31
5.1.2. Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023 .....	32
5.1.3. Sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023 .....	33

<b>CAPITULO 3: ELIMINACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL EN MENORES MAYORES DE 16 AÑOS Y LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO.....</b>	<b>35</b>
1. EL CASO DE GILLICK V. WEST NORFOLK AND WISBECH HEALTH AUTHORITY .....	37
2. REVISIÓN DE OPINIONES SOBRE LA REFORMA EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA <i>GILLICK</i> .....	41
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>45</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>49</b>

## RESUMEN

El 28 de febrero de este año se aprobó la Ley Orgánica 1/2023, que modifica la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo. Esta modificación introduce cambios sustanciales en los que se enfocará este trabajo. En específico, se abordará la eliminación de la entrega de información sobre recursos para madres y del período de reflexión, así como la exclusión del consentimiento del representante legal para abortar en menores mayores de 16 años. Para su análisis se compararán estos cambios con la legislación y jurisdicción alemanas y con la doctrina del Reino Unido respectivamente. Se reflexionará también sobre el uso de la doctrina del Constitucionalismo vivo en España y su reversión en Estados Unidos. El objetivo es evaluar los cambios más significativos de la modificación reciente y responder a preguntas sobre su compatibilidad con el régimen legal alemán, la preocupación por el uso actual del Constitucionalismo vivo y la protección del menor.

**Palabras clave:** regulación del aborto, derecho comparado, jurisprudencia alemana, el menor maduro, Constitución viva, Tribunal Constitucional, *Gillick*.

## ABSTRACT

*On February 28 of this year, the Organic Law 1/2023 was enacted, which modifies the Organic Law 2/2010 on sexual and reproductive health and the voluntary termination of pregnancy. This modification introduces substantial changes on which this essay will focus, specifically, the elimination of the delivery of information on resources for mothers and the period of reflection, as well as the exclusion of the consent of the legal representative for minors over 16 years of age. years to abort. For its analysis, these changes will be compared with the German legislation and jurisdictions and with the doctrine of the United Kingdom respectively. It will also reflect on the use of the doctrine of living Constitutionalism in Spain and its reversal in the United States. The objective is to evaluate the most significant changes of the recent modification and answer questions about its compatibility with the German legal regime, the concern for the current use of living Constitutionalism and the protection of minors.*

**Key words:** *abortion regulation, comparative law, German jurisprudence, mature minor, living Constitution, Constitutional Court, Gillick.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de febrero se aprobó la Ley Orgánica 1/2023, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta modificación trae consigo sustanciosos cambios a la ley del 2010 y elimina también la reforma hecha por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre.

La ley Orgánica 1/2023 establece las medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, incluyendo medidas frente al aborto forzoso, la esterilización y anticoncepción forzosa además de otras frente a la gestación por subrogación o sustitución. Introduce, además, la educación sexual en todas las etapas educativas e incluye la menstruación como causa de baja laboral. Asimismo, aumenta la financiación y distribución de anticonceptivos. Como podemos ver, la ley ha legislado sobre un gran conjunto de temas, sin embargo, en este trabajo solo nos centraremos en las reformas relativas a la interrupción del embarazo, poniendo el foco en las tres más importantes: la eliminación del consentimiento del representante legal para menores e incapacitados y la eliminación de la entrega de información sobre recursos para madres y del período de reflexión.

La pretensión de este estudio será analizar los cambios más sustanciosos de la reciente modificación a través del derecho comparado y responder a las siguientes preguntas: ¿Se corresponde esta reforma con el régimen del derecho comparado alemán?, ¿Es preocupante el uso actual de la doctrina del Constitucionalismo vivo? ¿Se genera una desprotección del menor con esta reforma?

Para ello, revisaremos la jurisprudencia alemana centrándonos su posición frente a la eliminación de la entrega de información y el periodo de reflexión, seguido una reflexión sobre el reciente uso en España de la doctrina del Constitucionalismo vivo y cómo se ha revertido su uso en los Estados Unidos y por último, hablaremos sobre la doctrina de Reino Unido y su aproximación al derecho de los menores

## **2. LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN ESPAÑA HASTA EL PRESENTE**

Antes de entrar a desarrollar y analizar estas preguntas es necesario situar el contexto y perspectiva desde el que se abordan y resumir cuál ha sido la evolución del objeto de estudio hasta la fecha.

El aborto es una realidad que afecta a prácticamente todas las sociedades y ante la que el Derecho no puede ni debe inhibirse. El número de interrupciones del embarazo en todo el mundo es muy elevado, pero ha descendido más en los últimos años en aquellos países en los que está regulado y existe al mismo tiempo una política de prevención basada en la anticoncepción. (Comité de Bioética Español, 2009). Contrariamente a la creencia más conservadora, las leyes estrictas sobre el aborto no resultan en menos abortos o tasas de natalidad significativamente más altas. Por otro lado, las leyes y políticas que aseguran el acceso al aborto seguro no resultan en un aumento en la frecuencia o número de abortos. (OMS, 2012) De hecho, las restricciones al aborto en realidad tienen el efecto contrario al resultado deseado. En lugar de reducir la demanda de abortos, estas a menudo resultan en un mayor número de mujeres que buscan abortos ilegales y peligrosos, lo que genera mayores riesgos para la salud y muertes (OMS, 2012).

Es tal constatación la que ha conducido a los países a plantearse la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo con el doble objetivo de responder a una realidad social innegable y de poner los medios necesarios para que esa realidad se aborde con las máximas garantías de seguridad sanitaria y jurídica, así como de respeto a los derechos fundamentales (Comité de Bioética Español, 2014).

En España, el aborto en los últimos cuarenta años ha pasado de ser un delito jurídico a un tema social que divide a la población y es que el siglo XX trajo consigo la flexibilización de las leyes del aborto, la justicia empezó a aceptar interpretaciones más amplias con el objetivo de frenar los daños, que se reconocía que producía el aborto clandestino. Desde finales de la década de 1960, las leyes empezaron a volverse cada vez más permisivas. A partir de 1985, al menos 36 países han aflojado sus restricciones al aborto, y tan solo unos pocos han impuesto más restricciones (OMS, 2012).

En España, la primera despenalización del aborto se lleva a cabo con la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 BIS del Código Penal, llevada a cabo

por el PSOE de Felipe González. Despenalizó el aborto en 3 supuestos que lo permitía darse las condiciones. Estos eran:

- Necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, y así conste en un dictamen emitido por un médico de la especialidad correspondiente, excepto “urgencia por riesgo vital para la gestante” donde se permitía prescindir del dictamen y del consentimiento expreso.
- Si el embarazo hubiera sido fruto de una violación, si este se realizaba dentro de las primeras doce semanas de gestación, y el hecho estuviera denunciado.
- Si se previera que el feto fuera a nacer con “graves taras físicas o psíquicas” y solo dentro de las veintidós primeras semanas de gestación previo dictamen por dos médicos especialistas.

La ley orgánica, antes de entrar en vigor, fue recurrida por el Partido Popular ante el TC que resolvió con la ya histórica STC 53/1985 de 11 de abril. De este recurso hablaremos más adelante junto con la última resolución del Tribunal Constitucional sobre el tema.

No se volverá a dar una reforma sobre el aborto hasta el 2010 con la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, 2/2010 de 3 de marzo, impulsada por el gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero.

La interrupción del embarazo se trata en el Título II, Capítulo I donde la ley vuelve a prever tres posibles supuestos:

- El aborto será libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, necesitando solo la voluntad y consentimiento expreso de la embarazada (salvo que concurra el supuesto de su art. 9.2.b), tras haber recibido información detallada (artículo 14).
- En de las veintidós primeras semanas de gestación siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así lo dictamine un médico o bien grave riesgo de anomalías en el feto y así lo dictaminen dos médicos (artículo 15).

- En caso de que se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable y así se dictamine por un comité clínico (no acota ningún plazo, artículo 15.c)

Cinco años más adelante, el Partido Popular, el 18 de febrero de 2015 impulsó una Proposición de Ley Orgánica para modificar la ley 2/2010. Esta reforma se centraba en lo relativo a la necesidad o no de consentimiento de las menores que piden la interrupción. La modificación eliminaba el apartado cuarto del artículo 13 por lo que las menores necesitarían acudir a dar el consentimiento acompañadas de los titulares de su patria potestad. Por tanto, este cambio modificó además la Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Finalmente, en 2023, ha aprobado el 28 de febrero la reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Estos son los cambios que analizaremos en los próximos capítulos:

- En el artículo 14, sobre interrupción del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación, se eliminan los requisitos de que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido un plazo de reflexión de tres días.
- En el mismo sentido, se modifica el artículo 17, sobre información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo, para que, más allá de la información de carácter sanitario embarazo, las mujeres solo reciban información adicional, como la derivada sobre ayudas a la maternidad, si así lo requieren, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio
- Se añade un artículo 13 bis, «edad», que especifica que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales, derogando así la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, lo que se completa con la disposición final sexta.

Como podemos observar, esta reforma toca varios derechos recogidos en la Constitución española de 1978, siendo los más llamativos la dignidad de la persona

(artículo 10.1 CE), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE), en el derecho a la vida privada y a la intimidad personal (artículo 18 CE), y en la protección integral de los hijos (artículo 39 CE).

La pretensión de este estudio será analizar los cambios más sustanciosos de la reciente modificación a través del derecho comparado. Para ello, dividiremos el trabajo en tres capítulos. El primero abordará el tema de la eliminación de la entrega de información y el periodo de reflexión haciendo una comparativa con la legislación y jurisprudencia de Alemania. Este país siempre ha sido el referente europeo en cuanto a derechos fundamentales y en España, en concreto, las normas y los tribunales constantemente se han inspirado en el modelo alemán. Por ello, consideramos beneficioso realizar un análisis desde la perspectiva del derecho comparado con el Estado alemán para estudiar si la nueva reforma sigue las pautas marcadas por su ideal constitucional. En segunda instancia, veremos qué consecuencias ha tenido la sentencia de 2022 de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el caso *Dobbs* y cómo ha involucionado en este país la doctrina de la Constitución viva que en España, por el contrario, no deja de invocarse. Las recientes sentencias sobre el matrimonio homosexual, la eutanasia y el aborto sugieren un camino completamente opuesto al americano, del que irónicamente acogimos este precepto. Por último, hablaremos de la modificación de la necesidad de consentimiento del representante legal de las menores de edad para la interrupción del embarazo. Comentaremos el precedente que sentó en Inglaterra el caso *Gillick* y cómo su doctrina del menor maduro se convirtió en un referente internacional en cuanto a consentimiento del menor y si es pertinente su aplicación en España en este caso concreto sobre el aborto. A lo largo del trabajo trataremos de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Se corresponde esta reforma con el régimen del derecho comparado alemán?, ¿Es preocupante el uso actual de la doctrina del Constitucionalismo vivo? ¿Se genera una desprotección del menor con esta reforma?

### **3. EL MÉTODO COMPARADO**

Para responder las preguntas de investigación acudimos al método comparado con el cuál nuestro análisis jurídico se basará en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los otros ordenamientos jurídicos para el mismo caso planteado. El método

comparado se puede aplicar a cualquier área del derecho pudiendo realizar micro comparaciones con un estudio específico o de una institución que en nuestro caso será la del aborto (Lerner, 2004).

Este método ha demostrado ser muy útil para la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la legislación. La doctrina jurídica utiliza el derecho comparado para estudiar el derecho vigente. Los legisladores en muchas ocasiones comparan las leyes de diferentes países para comprender mejor el desarrollo de un concepto legal particular y ver su posible aplicación en España o buscar inspiración en otras legislaciones para redactar una nueva ley además de observar qué ha sido un acierto en otros sitios y que ha sido un fracaso legislativo (Lerner, 2004).

La jurisprudencia ha utilizado el derecho comparado para, en muchas ocasiones, interpretar normas jurídicas usando la analogía. En el caso del aborto los jueces del Tribunal Constitucional han comparado las leyes y decisiones judiciales de diferentes países con las españolas para ayudar a su decisión como en la sentencia de 1985 con Alemania o en la más reciente de este año con Estados Unidos.

El derecho comparado es una valiosa herramienta para comprender y mejorar el derecho. Puede ayudarnos a comprender mejor este y proporcionarnos una base intelectual para la interpretación y el análisis de diferentes sistemas jurídicos además de ayudarnos a comprender cómo legislan otros países y construir puentes entre diferentes sistemas legales (Morales, s.f.)

## **CAPÍTULO 1: LA ELIMINACIÓN DE LA ENTREGA DE INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS PARA MADRES Y DEL PERIODO DE REFLEXIÓN Y EL DERECHO ALEMÁN**

Alemania ha sido uno de los países precursores de la Europa Occidental en advertir los derechos constitucionales de las mujeres en torno a la interrupción voluntaria de su propio embarazo. Su icónica sentencia de 1993 y el sistema de indicaciones que propuso sirvió de fuente de inspiración para la ley 1/2010. La reciente reforma de esta ley elimina uno de sus puntos claves que fueron introducidos en la legislación española

siguiendo las pautas alemanas. Este sería el artículo 14 que decía: “El aborto será libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, necesitando solo la voluntad y consentimiento expreso de la embarazada (salvo que concurra el supuesto de su art. 9.2.b), tras haber recibido información detallada (art. 14 Ley 2010)”. Se eliminan los requisitos de informar a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido un plazo de reflexión de tres días quedando la redacción del artículo en lo siguiente: “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada” (Ley 2023).

Esta nueva reforma ha estado llena de polémica pues muchos creen que la eliminación de este requisito ha generado una total desprotección del feto y por tanto ha violado el artículo 15 de la Constitución ya que, hasta la fecha, se ha entendido jurisprudencialmente que el artículo abarca la protección de la vida potencial del *nasciturus* incluidas las 14 primeras semanas del embarazo y la desaparición de este requisito de entrega de información y del periodo de reflexión supone la total desprotección de la vida potencial en esa fase de la gestación.

En los siguientes párrafos analizaremos de donde surge este argumento y cuál fue la justificación del Tribunal alemán para despenalizar el aborto e imponer un sistema de indicaciones en el que se obliga a la entrega de información que disuada a la madre de abortar.

#### 1. SENTENCIA BVerfGE 39, 1, DE 25 DE FEBRERO DE 1975

En 1974, la República Federal alemana (lo que se conoce como la Alemania Occidental) despenalizaba el aborto mediante una ley de plazos que no llegó a entrar en vigor, porque el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional mediante Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975 que respondía a un recurso de inconstitucionalidad.

En esta sentencia, como se ha resumido en el párrafo anterior, se declara inconstitucional la Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal de 18 de junio de 1974

que introducía el sistema de plazos y despenalizaba la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas.

La ley introdujo en el artículo 280 del Código Penal alemán la no punibilidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación. Frente a esta reforma el Tribunal alemán se pronunció considerando en la sentencia que esta Ley incumple la obligación constitucional de proteger la vida humana en formación violando por tanto el artículo 2, párrafo 2, frase 1 de la Constitución alemana, que reza: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”, y el artículo 1 sobre la dignidad humana y su necesidad de protección.

El Tribunal contraargumenta las alegaciones de quienes entendían que la palabra “todos” del artículo alemán no incluía al feto en sus primeras semanas de vida explicando que:

Se ha llegado a objetar que “todos” por lo general designa a una persona humana “consumada”, por lo que una simple interpretación literal hablaría en contra de incluir a los no nacidos dentro del ámbito de protección del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental; frente a esto, se debe destacar que al menos el sentido y el propósito de esta norma constitucional exigen incluir a la vida en desarrollo dentro del ámbito de protección jurídica del derecho a la vida (Schwabe, 2009, pp 116).

En cuanto a la dignidad humana del artículo 1 la sentencia asegura que las facultades potenciales que son inherentes al ser humano desde su concepción son suficientes para fundamentar la garantía de la dignidad humana. (Schwabe, 2009).

El Tribunal Constitucional alemán reconoce que la vida está protegida bajo la Constitución tanto por una dimensión subjetiva como en una objetiva y declara que no hace falta determinar si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida porque sigue estando protegido bajo la dimensión objetiva. Y es por esta justificación que la Sentencia dicta la obligación del Estado de proteger la vida humana en formación, incluida ataques de terceras personas en los que se puede encontrar la propia madre “La obligación del Estado de proteger es amplia. Ella prohíbe no sólo las injerencias estatales directas en la vida que se está desarrollando, sino también impone al Estado la obligación de adoptar una postura

promotora y protectora de esta vida” [...] “La obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo subsiste también de cara a la madre” (Schwabe, 2009, pp. 117).

Al entender que la vida prenatal es dependiente totalmente de la mujer embarazada el Tribunal proclama que, durante el embarazo, la protección de la vida del embrión o feto tiene preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada, y es por ello que no se puede desproteger al feto en ningún momento y alude a la excepción de las 12 primeras semanas que figuraba en la ley.

Prosigue haciendo una referencia a los dos años anterior sentencia de *Roe vs. Wade* indicando que, si el embrión fuera parte del organismo de la mujer embarazada, la interrupción del embarazo sería parte del ámbito privado de decisión de la mujer como se determinó en los Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal los configura como dos organismos separados lo que hace que el feto obtenga una protección constitucional autónoma, limitando el derecho de la mujer embarazada a la privacidad y al libre desarrollo de su personalidad. Amplía diciendo que es la principal labor del Estado tratar de despertar o fortalecer la responsabilidad materna a modo de protección del feto (Schwabe, 2009).

A partir de aquí el Tribunal dice que es deber del Estado de crear medidas de protección eficaces cuya última ratio será el derecho penal pues se ha demostrado ineficaz en esta y otras sociedades para disuadir a las mujeres de abortar debido a todas las implicaciones que tiene la continuación de la gestación.

Finalmente, se pautan ciertas situaciones en el que no sería exigible a una mujer mantener un embarazo cuando la interrupción del embarazo se vuelve indispensable para rechazar una amenaza a la vida de la madre o para evitar un daño grave a su salud, el legislador puede considerar otras cargas extraordinarias o situaciones de conflicto que empeoren la situación de la madre de manera similar a los casos mencionados anteriormente. En caso de considerar que estos supuestos son inaceptables, incluso puede declarar la impunidad del aborto en tales circunstancias (Schwabe, 2009).

Tras establecer estas excepciones la sentencia concluye teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y recalando el deber del Estado de proteger el bien jurídico del *nasciturus*, anima al legislador a adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador. Al año

siguiente de esta sentencia se llevó a cabo una nueva reforma del Código Penal que optaba por un sistema de indicaciones amplio que dejaba impune dentro de las 12 primeras semanas de gestación los supuestos relativos al aborto terapéutico, ético y embriopático, así como un cuarto supuesto denominado estado general de necesidad.

El modelo de indicaciones que da el Tribunal, aunque útil para la redacción de la ley, podría haber llevado al límite sus competencias de proteger el texto constitucional y llegar a ser confundido por legislador pues más allá de indicar la constitucionalidad o no de la norma, termina numerando los supuestos en los que se despenaliza el aborto, lo cual se trata de una labor propia del legislador y no del Tribunal. Con el paso del tiempo esto se ha ido pasando por alto al demostrar su utilidad como modelo de referencia para normas futuras del propio país y del resto de Europa.

## 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 53/1985, DE 11 DE ABRIL

Volviendo a España, 10 años más tarde de la publicación de la sentencia alemana, antes de que se apruebe la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que reforma el artículo 417 BIS del Código Penal despenalizando el aborto. Esta, es recurrida ante el Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre la ley utilizando argumentos muy parecidos a la sentencia alemana.

Al igual que su homólogo alemán el Tribunal español reconoce que de la obligación que tienen los poderes a la Constitución se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales y además, este sometimiento, incluye la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. (STC 53/1985). Es decir, es la labor del Estado proteger, en este caso, el derecho a la vida tanto en su dimensión subjetiva como objetiva.

Pero es cuando se pone a analizar si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida que el tribunal varía de argumentos con respecto a la sentencia alemana, y reconoce que la vida humana anterior al nacimiento no entra en el contenido del derecho a la vida amparado por el art. 15 de la CE, pero que, al ser el presupuesto para el nacimiento,

momento en el que sí se adquiriría la titularidad de este derecho, se trata de un bien jurídico constitucionalmente protegido (STC 53/1985).

Esta protección, continúa la sentencia, implica para el Estado dos obligaciones:

La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales (STC 53/1985, FJ7).

Lo que coincidiría con el razonamiento alemán de usar el derecho penal como última ratio. Y procede a concretar que el legislador si puede dejar impune la interrupción del embarazo en aquellos supuestos en los cuales la vida del «nasciturus», entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales dotados de gran importancia como serían la vida y la dignidad de la mujer. Estableciendo la necesidad de una ponderación de derechos pues los derechos del feto no pueden prevalecer sobre aquellos de la mujer y viceversa. Esta será necesaria cuando se produce una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma. Y enumera las distintas situaciones de colisión: grave peligro para la salud de la embarazada (aborto terapéutico), pues no se puede penalizar a la mujer por defender su derecho a la vida; cuando el embarazo sea consecuencia de un delito de violación (aborto ético) y se aborte dentro de las 12 primeras semanas, pues obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; por la existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto (aborto eugenésico) (STC 53/1985).

### 3. SENTENCIA BVerfGE 88, 203, DEL 28 DE MAYO DE 1993.

En junio de 1992 con la reunificación de la Alemania Oriental y Occidental se promulga una nueva ley del aborto obligado por la situación pues en la primera, la interrupción voluntaria del embarazo se practicaba libremente dentro de las primeras semanas del embarazo. En el marco de este contexto histórico, se redactó otra ley, única para toda Alemania, que abogaba por el sistema de plazos y despenalizaba el aborto dentro de las primeras doce semanas, siempre que se hubiera asesorado previamente a la madre y tras un periodo de reflexión. El nuevo modelo requería que el aborto se practicara

realizada por un médico durante las primeras 12 semanas de embarazo, a solicitud de la mujer embarazada, tras haberse sometido a un asesoramiento, con al menos 3 días de anterioridad. Sin embargo, la ley nunca entró en vigor pues el Tribunal Constitucional alemán la declaró inconstitucional en su Sentencia BVerfGE 88, 203, del 28 de mayo de 1993.

La sentencia confirma alguno de los argumentos dados en 1975, que mencionaremos brevemente para no repetirnos, como la protección constitucional de la que goza la vida humana en formación, afirma la obligación que tiene el Estado de proteger al feto de cualquier ataque e incluso de la propia mujer embarazada y que el derecho a la vida del *nasciturus* no puede en ningún momento de la gestación quedar sometido desprotegido. El Tribunal alemán continúa haciendo una reflexión parecida a la española sobre la ponderación entre la necesidad de protección de la vida humana en formación y entre los bienes jurídicos de los que la mujer es titular (la vida e integridad corporal, el derecho a la libre personalidad y el respeto o protección de la dignidad humana) que chocan directamente con el bien jurídico primero (Schwabe, 2009).

Se hace una vez más hincapié en que es deber del Estado de proteger la vida humana en gestación adecuadamente y de manera efectiva y se mencionan supuestos excepcionales en los que ni el Estado puede hacer exigible la continuación del embarazo, pues en base criterio de la insostenibilidad, según el cual no se puede pretender obligar a la madre a continuar con la gestación cuando existe una carga de tal magnitud. (Umaña, 2016). Sin embargo, con esta sentencia, como desarrollaremos en los siguientes párrafos, se deja al arbitrio de la mujer la determinación de cuándo un embarazo es inexigible para ella y se elimina la punibilidad del aborto durante el primer trimestre de vida condicionándolo al objeto del asesoramiento.

Tatiana Umaña, en su tesis doctoral razona que “la idea central de toda la Sentencia es que la mejor manera de proteger la vida humana en formación, sobre todo en los primeros meses de gestación, no tiene por qué ser necesariamente a través del Derecho penal” (Umaña, 2016, pp. 410). Y es que el legislador puede cumplir con el deber de protección del Estado recurriendo a otros mecanismos que involucren el uso del derecho penal como sería el asesoramiento obligatorio al que deberá someter la mujer embarazada antes de poder tomar una decisión sobre la terminación del embarazo.

Lo más llamativo de la sentencia es que el Tribunal viene a explicar que, aunque se cumpliera con este asesoramiento obligatorio, la interrupción voluntaria del embarazo sigue siendo antijurídica pero esta antijuridicidad no estará penalizada por el derecho penal. En pocas palabras, se libera de la responsabilidad penal, pero no de la ilegalidad pues no está permitido por el derecho penal la terminación del embarazo fuera de las situaciones predeterminadas en la ley, que son los cuatro supuestos explicados anteriormente, y hacerlo no podrá considerarse justificado o legal, pero si no tener una pena asociada (Schwabe, 2009).

Y esta justificación es la que da derecho al legislador para garantizar la protección de la vida del que está por nacer:

Desplazándose hacia un concepto de protección que en la fase temprana del embarazo, en casos de conflictos, ponga el acento en la asesoría de la mujer embarazada, a fin de convencerla para que continúe con la gestación del niño hasta el alumbramiento, y que para ello –con miras a la apertura necesaria y al efecto del asesoramiento– prescinda de la sanción penal determinada mediante indicaciones” (Schwabe, 2009, pp133).

Explicando que la excesiva dependencia que tiene el feto de la madre en las primeras semanas de vida es tal que:

El Estado tendrá una mejor posibilidad de proteger esta vida cuando actúa juntamente con la madre” [...] “Si el legislador le otorga a aquellas mujeres que se someten a la asesoría la responsabilidad última sobre la interrupción del embarazo, y les posibilita eventualmente acudir a un médico para realizar la interrupción, entonces parece que válidamente podrá esperar que la embarazada en caso de conflicto, aceptará la asesoría y expondrá su situación” (Schwabe, 2009, pp134).

De esta manera se da por satisfecha la obligación de brindar protección suficiente al *nasciturus*, a la que está obligado el Estado constitucionalmente siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) que la asesoría se convierta en una obligación para la mujer, 2) que esta persiga animar a la madre a gestar y dar a luz a su hijo, 3) que sea adecuada en cuanto a su contenido, desarrollo y organización para transmitirle a la mujer los conocimientos e informaciones precisos para tomar una decisión responsable y 4) que en el asesoramiento se involucre a aquellas personas que puedan influir positiva o

negativamente en la voluntad de la mujer en caso de conflicto durante el embarazo, siendo esto válido especialmente para el médico o bien para las personas que conforman el entorno familiar y social de la mujer embarazada (Schwabe, 2009).

En base a estos argumentos, la sentencia termina por determinar insuficiente el asesoramiento previsto en la ley de 1992 y declararla inconstitucional. Así, una vez más, la decisión del Tribunal Constitucional motivó una nueva reforma sobre el aborto que incluía las condiciones que la sentencia exigía.

Esto nos lleva a hacernos de nuevo la reflexión, que se discutirá en el siguiente capítulo de este trabajo en relación con España, sobre cómo la actual regulación del aborto en Alemania ha tenido una influencia determinante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, llevándonos a pensar que se ha producido una extralimitación de las competencias reconocidas al Tribunal, y que ha ejercido de legislador sobrepasándose en sus funciones de guardián de los preceptos de la Constitución.

#### 4. LA SENTENCIA 44/2023, DE 9 DE MAYO DE 2023

Inspirados por la legislación alemana en 2010 se aprobó la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y que, aunque mantiene el aborto tipificado en el Código Penal en el artículo 145 como delito contra la vida, se permiten las interrupciones del embarazo, por la simple petición de la embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación y así, se sustituye al anterior modelo de indicaciones por uno de plazos, pues el primero sólo permitía el aborto en aquellos supuestos de riesgo para la vida o salud de la embarazada, violación, o probabilidad de que existieran en el feto graves taras físicas o psíquicas.

La interrupción del embarazo estaba condicionado a la entrega de información a la gestante sobre otras opciones como prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y además de la obligación de un periodo de reflexión de al menos tres días antes de la intervención. Después, hasta la semana 22, podrá practicarse solo si existe grave riesgo para la vida o la salud de la madre o bien graves malformaciones en el feto. Se elige esta semana como límite pues a partir de este plazo se inducirá el parto al ser el

feto ya viable fuera del seno materno. Esta ley ha sido la reformada por la Ley orgánica 1/2023 y que elimina las condiciones explicadas.

Sin embargo, poco después de la aprobación de la reforma, el 9 de mayo, el Tribunal se ha pronunciado sobre el recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular sobre la ley de 2010. Ahora entraremos a analizar lo que dice esta sentencia y la compararemos con las sentencias alemanas para ver si se ajusta al derecho comparado y con la sentencia del 1985 para ver si sigue la misma línea argumentativa.

Empezamos con una de las partes que más ha llamado la atención y es que para muchos, incluidos los magistrados con voto particular, el Tribunal no debería de haber entrado a analizar este recurso y publicar la sentencia una vez se aprobó la reforma de la ley recurrida. Porque el recurso se queda sin objeto al haber perdido los artículos cuestionados su redacción original y eliminar partes clave del recurso. Ante esto el Pleno lo ha justificado con dos argumentos algo cuestionables siendo el primero que el principal cuestionamiento de la demanda de inconstitucionalidad no se refiere específicamente a la regulación contenida en la redacción original de la Ley de 2010, sino a la posibilidad de cambiar de un sistema de indicaciones a otro de plazos, una cuestión que sigue plenamente vigente después de la entrada en vigor de la reforma. Añaden que, de todas las maneras, el Pleno decidió por mayoría desestimar el recurso en su totalidad tras las sesiones plenarias que tuvieron lugar los días 8 y 9 de febrero, antes de la aprobación de la Ley Orgánica de reforma y es ahí cuando se discutieron todos los puntos de hecho, las cuestiones y fundamentos de derecho de la demanda.

Sin embargo, no podemos olvidarnos de que le anteproyecto de reforma ya llevaba puesto sobre la mesa varios meses previos a la sentencia y que no es fácil mantener la imparcialidad cuando se es consciente de las probabilidades de que lo que estas juzgando vayan a ser modificados en un futuro próximo. Por ello, se acusa a los magistrados del Pleno de activismo judicial y de haber blindado de protección constitucional la ley de 1/2023 excediéndose de sus funciones (Voto particular Concepción Espejel, 2023).

Volviendo al fondo de la cuestión sobre el sistema a plazos, este se implantó teniendo en cuenta que es el sistema vigente en la mayoría de los países europeos y que permite la interrupción voluntaria del embarazo por decisión libre de la mujer dentro de las primeras catorce semanas de gestación. El recurso cuestiona la constitucionalidad el sistema la

creer que se incumple el deber estatal de protección de la vida prenatal protegido por el artículo 15 de la Constitución, por lo que se recurre al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre esto.

La sentencia, a diferencia del texto de la predecesora, señala la necesidad de tener en cuenta la importante afectación que suponen el embarazo y el parto para el cuerpo y mente de la madre, al igual que los derechos constitucionales de la titular que el legislador debe respetar al definir la necesaria protección de la vida prenatal. La sentencia ignora la ponderación de derechos que hizo la decisión de 1985 cuando entraban en conflicto los derechos de la mujer con los del *nasciturus* y considera que el sistema de plazos es conforme a la Constitución puesto que, con respecto a la mujer embarazada, le reconoce el ámbito razonable de autodeterminación que requiere la efectividad de su derecho fundamental a la integridad física y moral, en conexión con su derecho a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Y con respecto a la vida en gestación defiende que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal recogido en el artículo 15 de la Constitución pues entiende que se cumple con la limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer que se hace dependiendo de la semana de gestación en la que se encuentre y del desarrollo del feto (STC 44/2023).

Con el siguiente argumento, el Tribunal reafirma que es obligación de las Administraciones Públicas asegurar la prestación de interrupción voluntaria del embarazo pues tienen el deber positivo de velar por la efectividad de los derechos fundamentales. Este razonamiento genera otra cuestión, ya preguntada por los recurrentes, sobre si no es acaso inconstitucional esta interpretación favorable únicamente a la efectividad de los derechos de la mujer. A esto, el Tribunal responde con su propia doctrina en materia de prohibición de la discriminación por razón de sexo, y por lo tanto, deduciendo que cualquier limitación de derechos fundada en circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona, como sucede con el embarazo, el parto y la lactancia natural, es inconstitucional. Y es tras este análisis que concluye su argumento afirmando la que gracias a esta doctrina se crea la “necesidad de interpretar cualquier limitación de los derechos de las mujeres, fundada en acontecimientos que sólo a ellas pueden afectar, del modo más favorable a la eficacia de tales derechos” (STC 44/2023, pp.70).

Todos los argumentos expuestos se enmarcan en una interpretación evolutiva de la Constitución haciendo referencia a *Privy Council, Edwards c. Attorney General for 36*

*Canada* de 1930 y su doctrina de la Constitución viva y entendiendo que la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto.

Con respecto a la sentencia de 1985, aclaran que de acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, el mismo solo se ve sometido por la Constitución y la propia ley, en ningún momento la jurisprudencia del Tribunal constituye un parámetro de control. Continúa explicando la diferencia entre los objetos recurridos en las sentencias es tan grande que no se puede realizar una conexión entre los argumentos de entonces con los de ahora. Antes, se cuestionaba la despenalización del aborto en un contexto en el que todavía estaba sancionado por el Código penal, mientras que ahora, tras 25 años en un contexto de despenalización se pregunta por la constitucionalidad de la técnica legislativa usada para regular el aborto en España y en el resto de los países de la Unión Europea. Este cambio en el paradigma de la interrupción voluntaria del embarazo ha hecho que se creen leyes que regulen la interrupción tratando de buscar el equilibrio entre el respeto a los derechos de la madre y la protección de la vida prenatal por lo que, el Tribunal concluye que “no puede hacerse un traslado sin más de la doctrina vertida en la STC 53/1985 para resolver el recurso de inconstitucionalidad que cuestiona el modelo legal, sino que es preciso un cambio en la aproximación de este tribunal al problema planteado” (STC 44/2023, pp.41).

Los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla, Ricardo Enríquez Sancho, César Tolosa Tribiño, han redactado un voto particular que considera que esta sentencia se excede gravemente el alcance y los límites del control jurisdiccional que corresponde al Tribunal. En primera instancia porque entra a resolver, indebidamente, pues como consecuencia de la reforma de esa ley por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero se ha perdido el objeto del recurso. Tan solo se tendría que haber estimado parcialmente el recurso y pronunciado sobre las impugnaciones que el recurso dirige a los arts. 12 y 15 a), b) y c) de la Ley Orgánica 2/2010 pues son los únicos que se mantienen en su redacción original. Al eludir la delimitación del recurso, la sentencia incurre en un notorio exceso de jurisdicción. (Voto particular Enrique Arnaldo Alcubilla, Ricardo Enríquez Sancho, César Tolosa Tribiño, 2023).

Añaden que rehuendo de manera flagrante la jurisprudencia de 1985, una vez más el Tribunal excede el alcance y los límites del control de constitucionalidad y reconoce un

nuevo derecho constitucional, que denomina “derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo”, anclado en el art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 CE. Reconociendo un nuevo derecho fundamental se sobrepasan las competencias del Tribunal pues este reconocimiento es potestad solo de los poderes constituidos. (Voto particular Enrique Arnaldo Alcubilla, Ricardo Enríquez Sancho, César Tolosa Tribiño, 2023). Prosiguen contradiciendo el núcleo de la sentencia diciendo que no es competencia del Tribunal Constitucional declarar si el sistema de plazos es conforme a la Constitución, su único cometido es declarar la conformidad con la Constitución de lo que se pregunta en el recurso y no extenderse a valorar un modelo legal escudándose en el recurso de del Partido Popular.

En cuanto a la interpretación evolutiva, desarrollaremos las discrepancias de los magistrados sobre esta sentencia en el siguiente capítulo, comparándolo además con la jurisprudencia estadounidense.

Por último, nos interesa sobre el voto particular de la magistrada Concepción Espejel Jorquera cómo se cuestiona la imparcialidad del Pleno pues muchos han ejercido cargo público en ejercicio del cual formaron criterio sobre las cuestiones que han sido objeto de la resolución y por este motivo ella pidió abstenerse a valorar el asunto. En segunda instancia, considera que es inconstitucional el sistema de plazos por la omisión a cualquier protección del nasciturus ya que deja en manos únicamente de la mujer la interrupción del embarazo en las primeras 14 semanas y al ser este un bien jurídico protegido por la Constitución como declaró la sentencia de 1985, el sistema es contrario a nuestra Carta Magna. Finalmente, señala que la creación del inexistente derecho fundamental de la mujer al aborto acaba imponiendo como único modelo constitucional posible el de la LO 2/2010, eliminando cualquier otra opción legislativa posible y por ende blindando la LO 1/2023.

Teniendo todo lo anterior en cuenta y respecto de la reforma de ley de 2023, la eliminación de la entrega de información sobre recursos para las madres y del periodo de reflexión sería completamente contrario a las dos sentencias alemanas y a su legislación actual. Pues en base a las explicaciones que dio el Constitucional en las decisiones arriba analizadas, el estado tiene el deber de proteger la vida del feto pues se trata de un bien jurídico cuya protección viene derivada del derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana de todos y que esta protección es deber del Estado, y como a su vez expresó la sentencia española de 1985, esta estaría satisfecha si se obliga a la madre a recibir una

asesoría orientada a animar a la madre a gestar y dar a luz a su hijo. Pero al eliminar esta asesoría se incumple el deber del Estado de brindar protección al *nasciturus* de manera inexcusable.

Como se ha expuesto previamente, nuestro Tribunal Constitucional discrepa y opina que el sistema de plazos garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal ya que cumple con la limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer que se hace dependiendo de la semana de gestación en la que se encuentre y del desarrollo del feto, siendo esta limitación suficiente. Se trata de la interpretación más forzada del artículo 15 de la Constitución hasta la fecha y que colisiona con los argumentos de la sentencia alemana de 1993 y la española de 1985, por no hablar de la alemana de 1975. Esta interpretación que a su vez los magistrados disidentes también encuentran artificial se justifica diciendo seguir la doctrina de la interpretación evolutiva, pero los votos particulares apuntan que esta interpretación es una extralimitación en sus funciones y la califican de activismo judicial.

## **CAPÍTULO 2: LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ÁRBOL VIVO EN ESTADOS UNIDOS Y SU RECIENTE USO EN ESPAÑA**

El debate constitucional surgido en España en torno al matrimonio homosexual en 2012 vuelve a abrir los titulares de las revistas de derecho con las recientes sentencias del Tribunal Constitucional sobre la eutanasia y la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de la misma que vuelve a ser polémica a día de hoy en los Estados Unidos, pero con los argumentos totalmente opuestos. Mientras que en España el Tribunal Constitucional ha reafirmado una tendencia de interpretación evolutiva de la Constitución atenta a la realidad social, recogida primigeniamente en la sentencia americana *Roe v. Wade* (1973), paradójicamente la Corte Suprema de los Estados Unidos ha revocado esa célebre sentencia y da un giro de 180 grados inclinándose por la doctrina de interpretación originalista apegada al tenor literal.

Esta derogación se adopta en la sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, emitida el 24 de junio de 2022. En ella la Corte revocó el derecho constitucional al aborto reconocido desde *Roe v. Wade*. Este fallo evidencia un conflicto

profundo entre dos enfoques enfrentados de interpretación constitucional: el constitucionalismo evolutivo y el originalismo.

Durante muchos años, la Corte Suprema de Estados Unidos interpretó la Constitución utilizando la doctrina del constitucionalismo vivo. Esta doctrina sostiene que la Constitución es un documento vivo que debe interpretarse a la luz de los valores y necesidades cambiantes de la sociedad. Bajo esta doctrina, y usando la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda como cláusula de apertura del texto constitucional, la Corte reconoció una serie de derechos no reconocidos explícitamente, incluido el derecho a la privacidad, que fue la base de la decisión de la Corte en *Roe v. Wade*, que legalizó el aborto en 1973. Esto sentó un precedente, no solo en el país sino en todo el mundo debido a su relevancia universal.

Sin embargo, esta interpretación nunca ha estado ausente de polémica y en los últimos años aprovechando la ventaja numérica de los conservadores en la Corte se anuló la doctrina con la sentencia de *Dobbs v. Women's Health Organization*. La decisión de la Corte en *Dobbs* señala un alejamiento del constitucionalismo vivo hacia un enfoque más originalista como manera de interpretar la Constitución. El originalismo sostiene que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con el significado original de su texto, tal como lo entendieron los padres fundadores.

Es probable que la decisión en *Dobbs* tenga un impacto significativo en la forma en que la Corte interpreta la Constitución en el futuro. Es posible que la Corte revoque otros precedentes, además del derecho al aborto reconocido en *Roe v. Wade*, que se basaron en un constitucionalismo vivo, como el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. La decisión en *Dobbs* es un gran revés para la doctrina del constitucionalismo vivo. No está claro cuáles serán las implicaciones a largo plazo de la decisión, pero lo que sí está claro que ahora es más probable que la Corte interprete la Constitución de una manera que limite los derechos individuales.

## 1. DOCTRINA DEL CONSTITUCIONALISMO VIVO

Entonces, ¿qué es exactamente el constitucionalismo vivo? El constitucionalismo vivo es la idea de que la Constitución es un documento vivo que puede interpretarse de

nuevas maneras para satisfacer las necesidades de una sociedad cambiante. Se adapta a las nuevas circunstancias sin ser modificada formalmente por un proceso de reforma constitucional. Esto significa que la Constitución no es inamovible, sino que puede adaptarse para reflejar los valores y prioridades cambiantes de la sociedad.

Hay varios argumentos a favor de la interpretación evolutiva de la constitución. Primero, permite que la Constitución siga siendo relevante y efectiva en un mundo cambiante pues al ser esta el texto jurídico básico de cualquier sistema legal se necesita de su adaptación a los tiempos presentes, siendo este mecanismo la única solución a la rigidez del proceso de reforma constitucional (Montalvo, 2011). En segundo lugar, si la Constitución no se modifica, existe el peligro de que se convierta en un texto inflexible sin capacidad de adaptación llegando a perjudicar a la sociedad. Este mecanismo, otorga a los tribunales la flexibilidad necesaria para interpretar la Constitución de manera que proteja los derechos de todos los ciudadanos. En tercer lugar, permite un enfoque más democrático de la interpretación constitucional, ya que otorga a los tribunales el poder de interpretar la Constitución de manera que refleje la voluntad del pueblo (Tello, 2023).

Sin embargo, también tiene numerosos detractores. Las teorías que abogan por limitar la interpretación del Tribunal y, por ende, restringir su capacidad de control, en última instancia protegen la supremacía de la regla de la mayoría sobre el poder contramayoritario, es decir, argumentan que la soberanía reside en el pueblo y por ende defienden la necesidad de respetar el proceso de voto si se quiere realizar una reforma constitucional. Estas teorías también argumentan que puede conducir al activismo judicial, ya que los jueces pueden usar su poder para interpretar la Constitución de una manera que avance su propia agenda política. Además, puede dar lugar a conflictos entre los tribunales y los demás poderes del Estado, ya que cada poder puede tener distintas interpretaciones de la Constitución (Solum, 2019).

Como seguiremos desarrollando, el constitucionalismo vivo es un tema complejo y controvertido. Hay ventajas y desventajas en este enfoque de la interpretación constitucional. En última instancia, corresponde a cada sociedad decidir si adopta o no un constitucionalismo vivo.

## 2. ROE V. WADE Y PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEAST PENNSYLVANIA V. CASEY

La sentencia reconoce la existencia de un derecho constitucional al aborto limitando la capacidad de regulación de los estados. Teniendo en cuenta precedentes anteriores, la Corte entiende que el derecho a la privacidad debe extenderse a la decisión de una mujer de poner, o no, fin a su embarazo. Este es reconocido bajo una interpretación flexible de la Cláusula del Debido Proceso.

La Corte argumenta que el derecho a la privacidad no es absoluto y que han de considerarse otros intereses que podrían entrar en conflicto, en este caso, el interés en la vida y salud de la madre en dos puntos en especial, el final del primer trimestre y en el momento en el que el feto tiene capacidad de desarrollarse fuera del útero materno (*Roe v. Wade*, 1973). Estas dos etapas hacen que la Corte cree una regulación trimestral donde el aborto será libre durante el primer trimestre, en el siguiente los distintos estados podrán regularlo con el fin de proteger la salud de la madre y no la del feto, y en el tercer trimestre cuando el feto ya es viable, podrían restringirlo o prohibirlo, salvo riesgo para la salud de la madre (*Roe v. Wade*, 1973).

Dos décadas después, llegó a las manos de la Corte Suprema el caso *de Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. Convirtiéndose en el segundo precedente más importante sobre el aborto. Esta sentencia utilizó la misma postura de *Roe v. Wade* al entender que la decisión de la mujer de terminar su embarazo goza de protección constitucional en virtud de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. La Corte también dictaminó que los estados pueden regular los abortos después de la viabilidad, pero teniendo en cuenta el criterio de carga indebida. Finalmente, la Corte sostuvo que los Estados tienen interés en proteger la salud y la vida tanto de la mujer como del feto desde el inicio del embarazo (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

El criterio de carga indebida es el cambio más sustancioso que modifica el característico marco trimestral de *Roe*. Este mecanismo impide cualquier regulación previa a la viabilidad dirigida a proteger la vida potencial y por eso la sentencia de *Planned Parenthood v. Casey* cree que infravalora el interés del estado en la vida potencial sustituyendo el marco trimestral por el criterio de la carga indebida, por el que las regulaciones estatales previas a la viabilidad estarán permitidas siempre que no supongan

una “carga indebida” en la decisión de abortar de la mujer. (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

### 3. DOBBS V. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION Y EL ORIGINALISMO

Todo esto cambia en 2022 con la sentencia de *Dobbs v. Women’s Health Organization*. Esta decisión judicial, dictada por una Corte Suprema con mayoría de jueces conservadores, derogó ambos precedentes y abandonó la noción flexible del Debido Proceso que hasta el momento había permitido la evolución de los derechos a través de la interpretación evolutiva de la Constitución. Con este cambio la Corte da un giro radical inclinándose por la teoría del originalismo.

Esta teoría de interpretación constitucional sostiene que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con su significado original. Para hacerlo correctamente hay que tener en cuenta dos principios fundamentales, estos son: el principio de fijación que argumenta que el sentido original de la Constitución se fijó en el momento de su redacción y ratificación, y el principio de restricción por el que los jueces están obligados por este significado original inmutable. En pocas palabras, el originalismo es lo opuesto a la interpretación evolutiva que había sido usada hasta el momento por la Corte Suprema (Solum, 2019).

Dentro del propio originalismo hay muchas ramas en las que no nos detendremos, pero sí que entraremos en el debate entre originalistas intencionales y originalistas textuales pues es uno de los debates más importantes del derecho constitucional en el que no se llega a un consenso. La diferencia más destacada entre estas variantes es su concepción del significado original.

Los originalistas intencionales creen que el significado original de la Constitución es la intención de sus redactores. Esto significa que, para entender el significado de la Constitución, debemos atender al criterio teleológico de los redactores en el momento en que fue escrita. Esto se puede extraer de los debates sobre la ratificación, así como los escritos de los propios redactores (Boykin, 2021).

Los otros originalistas, los originalistas textuales, creen que el significado original de la Constitución es el significado de sus palabras tal como se entendieron en el momento en que se escribió. Esto significa que debemos interpretar la Constitución en base al sentido llano de sus palabras, sin considerar las intenciones de los redactores y solo atendiendo al tenor literal (Solum, 2021).

Este último, se está volviendo cada vez más popular como forma de rechazo a la constitución viva (Tello, 2023). Esta oposición viene de décadas atrás cuando la Corte reconoció el derecho constitucional al aborto en *Roe v. Wade*, la sentencia dividió a la población y la rama conservadora del país se propuso eliminarlo, sin embargo, como ya hemos visto, se terminó confirmando con *Casey v. Planned Parenthood*, lo cual revistió de más seguridad al derecho al contar ya con dos precedentes. Sin embargo, estos no estuvieron exentos de polémica en ningún momento y en muchos estados introdujeron prohibiciones en las semanas previas a la viabilidad y cuando Donald Trump llegó al poder designó jueces que abiertamente declaraban sus tendencias pro-vida (Mangan, 2016). Así, tras haber logrado una mayoría de seis jueces conservadores, el 24 de junio de 2022 la sentencia de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* derogó *Roe v. Wade* y *Casey v. Planned Parenthood*.

#### 4. CONSECUENCIAS DE DOBBS

La Corte Suprema estableció que la Constitución de los Estados Unidos no confiere un derecho al aborto, y devolvió la autoridad para regularlo al pueblo y a sus representantes elegidos (Dobbs, 2022). La sentencia se pronuncia sobre la constitucionalidad el *Mississippi Gestational Age Act* que prohibía, como regla general, el aborto después de la decimoquinta semana de embarazo, contradiciendo los mandatos de *Roe* y *Casey*.

En la decisión *Dobbs*, la Corte Suprema confirma el *Gestational Age Act* y diferencia el derecho al aborto de otros derechos de privacidad, como el derecho a la anticoncepción y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo pues el aborto es único porque implica la terminación de la "vida potencial" esto hace que sea un "asunto moral crítico" lo que lo distingue del resto de derechos de privacidad y que por tanto la extensión no es posible. La Constitución no impide a los ciudadanos de cada estado regular o prohibir el

aborto, lo que significa que los casos de *Roe* y *Casey*, que asumieron esa autoridad, deben ser anulados para "devolver esa autoridad al pueblo y a sus representantes elegidos"

La decisión del Tribunal no desprotege el resto de los derechos que otras sentencias reconocieron a través de la extensión del derecho a la privacidad. La Corte señaló específicamente que su decisión no afecta el derecho a la anticoncepción o el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, la decisión del Tribunal hace que sea más difícil para los tribunales proteger otros derechos de privacidad en el futuro. Esto se debe a que la decisión de la Corte sugiere que los derechos de privacidad no son absolutos y que pueden restringirse si el gobierno tiene un interés apremiante.

La primera consecuencia es, por supuesto, la prohibición de la mayoría de los abortos después de las 15 semanas de embarazo pues es lo que la ley de Mississippi dicta. Esto es un gran revés para el derecho al aborto en los Estados Unidos y se estima que más de la mitad de los estados prohibirán o restringirán severamente el aborto a raíz de la decisión. La segunda, es rechazo a la idea de la interpretación evolutiva de la constitución. Cambia el paradigma y la Constitución deja de entenderse como un documento dinámico que puede interpretarse para reflejar los valores cambiantes de la sociedad, sino que esta decisión sienta el precedente de que es un texto fijo que no se puede cambiar, incluso frente a cambios en las normas sociales. Bajo este nuevo enfoque, la Corte se verá obligada a adherirse más rigurosamente al significado original, lo que limitará en gran medida su margen de interpretación y reducirá su capacidad de actuar como un contrapeso frente a la mayoría. Los derechos que se mencionan explícitamente en la Constitución, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a portar armas, estarán más protegidos que los derechos que no se mencionan explícitamente, pero los que no se mencionan explícitamente tendrán una menor protección y se abre la puerta a que muchos otros, además del aborto, dejen de reconocerse (Marietta, 2023).

## 5. EL CONSTITUCIONALISMO VIVO EN ESPAÑA

De vuelta a la jurisdicción española, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, estamos tomando un enfoque contrario y cada vez aplicando y expandiendo más el alcance la interpretación evolutiva de la Constitución llegando un punto en el que, pese su utilidad, esta doctrina también tiene un grave peligro: conferir al guardián de la

Constitución, al Tribunal Constitucional, un poder omnímodo que altere el principio de mayoría sobre el que se articula la democracia parlamentaria. Una suerte de nuevo legislador positivo que altera el rasgo de negatividad que marcó el origen de la jurisdicción constitucional (Montalvo, 2023) si esta interpretación no cesa de extralimitarse.

El debate sobre si seguir una doctrina originalista o decantarse por la de la Constitución viva lleva ya sobre la mesa unas décadas. Pero la controversia incrementó con la sentencia del 2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues es aquí donde el Tribunal invocó, para muchos de manera desproporcionada, esta interpretación evolutiva. En los últimos meses el Tribunal Constitucional ha dictado dos decisiones judiciales que no han hecho más que avivar el debate y muchos hablan de “activismo judicial”.

Algunas voces ya se han posicionado a favor de una u otra postura como el expresidente González-Trevijano que ha pedido que se evite la aplicación de “anquilosadas lecturas ‘originalistas’ a los nuevos desafíos que cada generación y cada tiempo nos plantea, si no quiere nuestra Carta Magna transmutarse en papel mojado o en letra muerta”(Camoni, 2023).

Así mismo, la Magistrada del Tribunal Constitucional, Balaguer Callejón, ha pedido que los tribunales aboguen por teorías constructivistas superadoras de una concepción formal propia de la jurisprudencia conceptual o positivista pues “desde ese concepto constructivista y creativo de las normas jurídicas en la interpretación, las mutaciones constitucionales se entienden como una inevitable evolución” (Balaguer, 2022, pp. 43)

De manera contraria, el planteamiento disidente del Magistrado Arnaldo Alcubilla, critica la doctrina de la Constitución viva y afirma que la realidad social puede conducir a que se reconozcan nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. (Camoni, 2023).

## **5.1. Argumentos y contrargumentos reflejados en las sentencias del Tribunal Constitucional**

### 5.1.1. Sentencia 198/2012 de 6 de noviembre de 2012

Comenzaremos con la STC 198/2012, de 6 de noviembre sobre el Matrimonio homosexual pues constituyó un ejemplo paradigmático de la incorporación a la interpretación constitucional de la doctrina norteamericana de la *Constitución viva* (Montalvo, 2023). La sentencia declara que al igual que han hecho otros países de nuestro entorno desde 2005 “a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad” (STC 198/2012 FJ9) y que esta evolución pone de manifiesto la existencia de una nueva imagen del matrimonio cada vez más extendida. El tribunal añade que el matrimonio homosexual ya goza de una amplia aceptación social en nuestro país basándose en estudios de opinión. (STC 198/2012).

Es gracias a esta interpretación evolutiva que el Tribunal Constitucional argumenta en su sentencia que el derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es una opción “no excluida por el constituyente que puede tener cabida en el artículo 32 interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española e internacional, aunque no sea unánimemente aceptada” (STC 198/2012, FJ9).

El Tribunal dice que el carácter heterosexual del matrimonio no constituye un elemento esencial de la institución pues la evolución social de las relaciones afectivas ha modificado la institución del matrimonio, dando entrada a la interpretación del artículo 32 de la Constitución (Montalvo, 2017).

Los Magistrados reconocen que si se interpreta literalmente el artículo 32 se deduce que la heterosexualidad es uno de sus elementos esenciales, sin embargo, tampoco puede considerarse que dicha literalidad determine que la Constitución excluya el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y es a través de una interpretación evolutiva, que la Constitución se acomoda a la nueva realidad de las relaciones afectivas y se entiende implícito en el artículo 32 el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012).

El Magistrado Rodríguez Arribas, por su parte, disiente pues considera muy forzado y peligroso sentar un precedente en el que se omite el tenor literal del artículo y se fuerza a que la norma diga algo que no contempla en su redacción y añade que

precisamente es el deber del Tribunal es “evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución”(Voto particular Rodríguez Arribas, 2012).

Siguiendo la línea de este argumento, Andrés Ollero advierte que el Tribunal ha concedido al legislador un salvoconducto para eludir una reforma de la Constitución y añade que aunque la interpretación evolutiva es a veces necesaria para precisar el contenido no quita que el tenor literal de la norma sea siempre obligadamente el primer criterio interpretativo a seguir (Aceprensa, 2012).

Esta sentencia ha tenido un gran impacto al nivel jurídico pues que implementa una forma de interpretación de los derechos y las garantías institucionales que por su propia dinámica “acaba por dotar al Tribunal Constitucional de un poder casi absoluto de configuración de nuestro sistema constitucional, incluso contra la voluntad de la mayoría democrática representada en el Parlamento” (Montalvo, 2017).

Esta doctrina del Constitucionalismo vivo ha continuado usándose intermitentemente por el Tribunal Constitucional en la última década, pero ha sido este año, con apenas dos meses de diferencia, que se han dictado dos sentencias cuyo contenido ha sido objeto de una controversia enorme por lo que muchos consideran como abuso y desnaturalización de la interpretación evolutiva hasta categorizarlo de activismo judicial.

### *5.1.2. Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023*

Empezando con la desestimación del recurso de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, el Tribunal ha reconocido que “la Constitución impone exigencias de protección frente a terceros no solo respecto de la vida como derecho fundamental sino también respecto del derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas” (STC 19/2023, FJ6) Es, decir el Tribunal ha reconocido un nuevo derecho basándose en que la configuración del artículo 15 de la Constitución no implica atribuirle un valor absoluto ni imponer al Estado la obligación paradójica de proteger la vida individual a cualquier costo. Además, no impide el reconocimiento constitucional de la facultad de una persona para tomar

decisiones autónomas sobre su propia muerte en casos de sufrimiento inaceptable causado por una enfermedad incurable, debidamente comprobada médicamente y experimentada por el paciente (STC 19/2023).

Este derecho de autodeterminación en contextos eutanásicos se deriva de una conexión con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Por ello, el derecho a la vida consagrado en la Constitución no se puede desconectar de la voluntad de la persona titular del derecho y sus decisiones sobre cómo y cuándo morir (STC 19/2023).

Del lado contrario, tenemos los votos particulares de los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera que argumentan que en la sentencia sobrepasa los límites del control que corresponde al Tribunal y crea un derecho fundamental de autodeterminación respecto de la propia muerte en contexto eutanásico (Voto particular Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, 2023).

Los Magistrados añaden que en vez de limitarse a examinar la constitucionalidad de la ley, impone el modelo de la Ley Orgánica 3/2021 como el único modelo constitucional posible; de manera que cierra cualquier otra opción legislativa (Voto particular Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, 2023).

### *5.1.3. Sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023*

Por último, la sentencia del 11 de mayo de 2023 sobre la interrupción voluntaria del embarazo ha sido acusada de ser una reforma constitucional encubierta, pues ha creado y reconocido derechos que no están configurados en nuestro texto constitucional por lo que el Tribunal Constitucional se habría excedido en sus funciones convirtiéndose en un órgano legislativo en vez de control (Jamardo, 2023).

La opinión disidente de esta sentencia explica que no se están respetando en las posiciones previas del Tribunal y que no han tenido en cuenta la sentencia de 1985 del propio órgano que abogaba por un juicio de ponderación que determinaba la legalidad del aborto. El Tribunal sin embargo, considera, como explicamos en el capítulo anterior que no se puede hacer un traslado sin más de la doctrina vertida en la STC 53/1985 (STC 44/2023) Esto se debe a que desde la sentencia de 1985 los consensos acerca de la

consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución y esta transformación de la sociedad y de la legislación es tan mayúscula que la doctrina de 1985 no es aplicable a este recurso (STC 44/2023).

Los cuatro jueces conservadores de la Corte, Concepción Espejel, Ricardo Enríquez, César Tolosa y Enrique Arnaldo en su voto particular han refutado la sentencia y asegurado que la corte se ha excediendo los límites del control de constitucionalidad y que la decisión judicial reconoce un nuevo derecho constitucional no previsto en el texto original y que su justificación para ello es una mal entendida interpretación evolutiva para eludir injustificadamente la doctrina sentada en el año 1985 por el propio Tribunal (Jamardo, 2023).

En concreto, Concepción Espejel, razona que crear un inexistente derecho fundamental de la mujer al aborto que dejaría desprotegida la vida humana en formación, desborda los límites de enjuiciamiento del TC y acaba imponiendo como único modelo constitucional posible el sistema de plazos, cerrando, por ende, la puerta a otra opción legislativa diferente. Su planteamiento es que esta sentencia tiene por objetivo establecer una doctrina con carácter preventivo a un posible recurso a la nueva ley orgánica de este año que reforma la de 2010 (Jamardo, 2023).

Y aunque, como dijo Federico de Montalvo, parte del deber del Tribunal Constitucional es controlar el ajuste constitucional de las actualizaciones realizadas por el legislador y los poderes públicos. “El Tribunal debe dotar a las normas de un contenido que permita interpretar la Constitución a la luz de los problemas contemporáneos y las demandas de la sociedad actual, evitando que la Constitución se convierta en letra muerta”. (Montalvo, 2017). Lo cierto es que nada impide que la elección de un nuevo Tribunal compuesto por una mayoría contraria a la actual, se pronuncie en sentido contrario, como ha ocurrido con la sentencia de la Corte Constitucional norteamericana en Dobbs. Demostrándonos que es muy probable que al irse turnando las mayorías ideológicas se generarán interpretaciones absolutamente dispares, sin la más mínima conexión entre estos más de cuarenta años de vida del Tribunal Constitucional. (Montalvo, 2023).

Así mismo, Pablo de Lora nos invita a reflexionar sobre cómo puede una la decisión de una mayoría de esos jueces que no son elegidos directamente por el pueblo y

que no rinden cuentas ante el electorado puede llegar a tener más peso en el resultado de nuestra legislación que la propia mayoría legislativa, la cual si es directamente representativa y tiene el deber de rendir cuentas ante el pueblo. Esto puede llegar a hacer que el Tribunal Constitucional termine autoliquidándose en su respetabilidad y legitimación. (de Lora, 2023).

### **CAPITULO 3: ELIMINACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL EN MENORES MAYORES DE 16 AÑOS Y LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO.**

La reforma 1/2023 de Ley la Orgánica que modifica la Ley Orgánica 2/2010, ha vuelto a habilitar a las adolescentes de 16 y 17 años y a las mujeres con discapacidad para interrumpir voluntariamente sus embarazos sin necesitar del consentimiento de sus tutores legales y en las mismas condiciones que cualquier otra mujer. Esto modifica radicalmente el texto de la ley 11/2015 recuperando la idea original de ley de 2010. Esta reforma del consentimiento válido de menores mayores de 16 años se trata de uno de los aspectos más importantes de la reciente reforma que analizaremos atendiendo a la evolución de la norma y comparándolo con el Derecho inglés por al haberse convertido en un referente europeo y de los países de la Common Wealth en cuanto al consentimiento de los menores.

La primera norma redactada en 1985 abogaba por la mayoría de edad de las gestantes para consentir que se les practicara el aborto y así lo recogía en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente en su artículo 9.4. Sin embargo, la ley del PSOE de 2010 modificaba este artículo eliminando la interrupción voluntaria del embarazo de las acciones sanitarias que precisaban la mayoría de edad y se fijaba en los 16 años siempre que al menos uno de los representantes legales fuera informado de la decisión de la mujer. Aunque se podría prescindir de este requisito si el menor alegaba que provocaría un conflicto grave como violencia intrafamiliar o una situación de desamparo. Esta excepción fue objeto de muchas críticas puesto que se trata de “una salvedad que permite que la excepción se convierta en regla general, y la regla

general en excepción’’ (González, 2010, pp.17) y de esta manera se privaba a la menor de la protección de poder contar con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad ante una intervención sanitaria tan importante.

La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre con la idea de reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, suprimió por completo este precepto e introdujo en la ley 41/2002 la regulación en su artículo 9.4 que anunciaba que para la interrupción voluntaria del embarazo de estas mujeres se necesitaría el consentimiento expreso de sus representantes legales y si surgieran conflictos estos se resolverían por la jurisdicción civil.

Finalmente, la reforma de 2023 introduce un nuevo artículo 13bis que dice que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales y que a las menores de 16 les será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Finaliza diciendo que si existiera discrepancia entre la menor y los representantes cuando se necesite el consentimiento de estos, este conflicto se resolvería por la autoridad judicial, debiendo nombrar a la menor un defensor judicial y con intervención del Ministerio Fiscal.

Si nos dirigimos a la ley del paciente 41/2002 a la que hace referencia el artículo, en concreto el artículo 9.3 vemos que dice que será necesario el consentimiento por representación en tres supuestos, siendo el primero cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. El segundo cuando el paciente esté incapacitado legalmente y el último, cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Con respecto a los menores emancipados y mayores de 16 años el artículo indica que los representantes solo serán informados sobre el procedimiento médico y escuchados solo para los casos de actuación de grave riesgo. Y como se indica en el siguiente apartado, la interrupción voluntaria del embarazo no se considera de grave riesgo, por lo

que los menores mayores de 16 años podrán llevar a cabo la intervención sin conocimiento alguno de los padres o sin su asesoramiento o intervención en el proceso.

La reforma vendría a reconocer que el aborto, al igual que otros procedimientos sanitarios que figuran en la ley 41/2002, establece los 16 años como presunción de capacidad decisoria, es decir, se reconocen las capacidades del menor de entender sobre el hecho y decidir, pero no se trata de la mayoría de edad sanitaria. El fundamento tras esta legislación es que, aunque la capacidad de obrar se debería de analizar en cada caso concreto, se establece un límite objetivo de la edad para evitar la arbitrariedad y proteger la seguridad jurídica. La controversia de esta modificación viene dada porque para nuestro ordenamiento la edad es una presunción “*iuris tantum*” de capacidad natural y por tanto es inevitable que se compare a otras leyes que consideran que se necesita la mayoría de edad para realizar ciertas acciones sin el consentimiento paterno, como comprar alcohol o hacerse un tatuaje, pero el legislador ha decidido fijar esa presunción en los 16 años para la interrupción del embarazo (de Lorenzo, 2022).

Desde nuestro estudio de derecho comparado analizaremos la legislación y jurisprudencia de Inglaterra pues se trata de un referente europeo y de los países de la Common Wealth en cuanto al consentimiento de los menores pues es de los países que más ha abordado este debate. Este reconocimiento ocurrió tras el caso *Gillick* que llevó a la creación de la doctrina que en España se conoce como la doctrina del menor maduro.

## 1. EL CASO DE GILLICK V. WEST NORFOLK AND WISBECH HEALTH AUTHORITY

El caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority*, resuelto por la Cámara de los Lores del Reino Unido en 1985, es considerado uno de los casos más relevantes del *common law* del siglo XX en relación con la relación legal entre padres e hijos. El caso se centró en determinar las facultades del representante legal de un menor, específicamente la madre de una menor, en decisiones relacionadas con la libertad y salud sexual (Montalvo, 2019).

El caso surgió cuando la señora *Gillick* impugnó una instrucción emitida por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra, la cual permitía que menores de dieciséis años acudieran a consultas sobre salud sexual y recibieran orientación sobre anticonceptivos sin el conocimiento ni consentimiento de sus padres. Aunque la instrucción establecía que los profesionales de la salud debían tratar de persuadir al menor para que involucrara a sus padres en el asesoramiento, también permitía brindar orientación y anticonceptivos sin el consentimiento de los representantes legales del menor cuando el médico lo considerara adecuado (Montalvo, 2019).

La Cámara de los Lores decidió, por una mayoría de tres a dos, que la instrucción era legal. Los jueces de la mayoría estuvieron de acuerdo con la decisión del Tribunal de Apelación en el caso *Hewer v Bryant* de 1969, que indicaba que los derechos de los padres disminuyen a medida que sus hijos maduran. Además, concluyeron que establecer una regla de edad estricta en relación con el consentimiento al tratamiento médico de menores de dieciséis años no tendría en cuenta su creciente madurez y capacidad. Por lo tanto, la capacidad de un menor de decidir no se determina únicamente por su edad, sino por su capacidad para comprender el tratamiento médico propuesto (Montalvo, 2019).

La Cámara de los Lores estableció que un menor de dieciséis años no carece de capacidad solo por su edad y que la determinación de la capacidad no debe basarse únicamente en un límite de edad establecido por el sistema judicial y legislativo. Se adoptó un criterio objetivo de capacidad complementado con un criterio subjetivo de madurez. Lord Scarman afirmó que imponer un límite fijo de edad es artificial y no refleja la realidad de un proceso continuo. Los lores usaron como referencia la sentencia de *Hewer v Bryant*, en la que ya se anticipa la figura del menor maduro. En esta decisión se hace referencia al informe Latey (1967) que usando la interpretación evolutiva, establece que el derecho legal de un padre a la custodia de su hijo termina en el décimo octavo cumpleaños de este y que hoy se trata de una facultad que va decreciendo a medida que el hijo va acercándose a dicha edad (Montalvo, 2019).

En cuanto a la prescripción de anticonceptivos a menores sin conocimiento ni consentimiento de los padres, el juez Lord Fraser estableció cinco requisitos que deben cumplirse:

1. Que el menor sea capaz de entender el consejo del médico.
2. Que el médico no pueda persuadir al menor para que informe a sus padres.

3. Que sea probable que el menor inicie o continúe relaciones sexuales sin anticonceptivos.
4. Que la falta de asesoramiento pueda afectar la salud física o psicológica del menor.
5. Que sea en el mejor interés del menor recibir asesoramiento y prescripción de tratamiento sin el conocimiento ni consentimiento de los padres.

Estos requisitos, conocidos como las directrices de Fraser, se consideran pautas a seguir en casos de prescripción de anticonceptivos a menores en el Reino Unido y fueron adoptados por el Departamento de Salud en sus instrucciones de 1986 y 2004. (Montalvo, 2019).

En cuanto al papel de los padres, dos decisiones del Tribunal de Apelación inglés, *Re R* y *Re W*, desarrollaron el concepto de consentimiento concurrente. En estos casos se evaluaron los derechos de los menores en relación con su capacidad para rechazar tratamientos médicos. El caso *Re R* se refiere a una menor de quince años que sufría una enfermedad mental con periodos de comportamiento violento intercalados con periodos de comportamiento lúcido. La menor se negó a tomar la medicación prescrita para su condición, lo que planteó la cuestión de si un menor maduro tiene el derecho absoluto de rechazar el tratamiento médico. El Tribunal de Apelación inglés analizó el caso y llegó a la conclusión de que, incluso si la *menor* pudiera considerarse competente según el criterio establecido en la doctrina *Gillick*, el consentimiento para el tratamiento podía ser otorgado por sus representantes legales o por la autoridad judicial. Esta decisión se basó en la premisa de que la capacidad de un menor para tomar decisiones no implica necesariamente un derecho absoluto a rechazar el tratamiento médico. El Tribunal argumentó que la protección del interés superior del menor es un principio fundamental y que, en ciertos casos, puede ser necesario administrar el tratamiento en contra de la voluntad del menor para garantizar su bienestar. En el caso de *Re R*, dado el carácter intermitente de la enfermedad mental de la menor y los riesgos asociados con su comportamiento violento, el Tribunal consideró que el tratamiento era necesario para proteger su salud y seguridad (Montalvo, 2019).

Esta sentencia supuso una flexibilización de la doctrina *Gillick*, que establece el criterio para determinar la capacidad de toma de decisiones de los menores en asuntos de salud. La decisión del Tribunal en el caso *Re R* reconoció la importancia del

consentimiento informado y de la participación del menor en la toma de decisiones médicas, pero también señaló que en ciertas circunstancias excepcionales, el tratamiento puede ser impuesto en el mejor interés del menor, incluso en contra de su voluntad.

La segunda decisión judicial fue el caso *Re W* donde una adolescente de 16 años que padecía anorexia nerviosa, rechazaba cualquier forma de tratamiento médico para su enfermedad. Al igual que en el caso *Re R* el Tribunal se enfrentó a la cuestión de si un menor tiene un derecho absoluto a rechazar el tratamiento médico. Se examinaron las directrices establecidas por Fraser, que establecen los requisitos para determinar si el tratamiento médico puede ser impuesto a un menor en contra de su voluntad. El Tribunal concluyó que las directrices de Fraser no se cumplían en el caso de *Re W* ya que uno de los síntomas de la anorexia era el deseo de no mejorar y al ser esta una enfermedad grave y potencialmente mortal se determinó que los deseos de la menor no debían ser respetados en este caso. El Tribunal concluyó que el mejor interés de la adolescente era recibir tratamiento, a pesar de su rechazo. En esta sentencia, el Tribunal también se refirió al fenómeno de la responsabilidad médica y la medicina defensiva. Se argumentó que la decisión del Tribunal de imponer el tratamiento a pesar del rechazo de la menor tenía como objetivo proteger a los médicos de posibles responsabilidades legales en las que podrían incurrir al tratar al menor en contra de su voluntad (Montalvo, 2019).

Por último, es reseñable mencionar que la Ley de Capacidad Mental de 2005 en el Reino Unido establece que los menores mayores de dieciséis o años se presumen capaces de tomar decisiones por sí mismos y además se establece la regla general es que el menor ha de consentir cuando sea capaz de comprender la naturaleza, finalidad y riesgos de la intervención combinándose, por tanto, el criterio objetivo de la edad con el criterio subjetivo de capacidad y competencia (Montalvo, 2019).

Esta doctrina nacida de un caso de orientación sobre la toma de anticonceptivos abrió la puerta a la regulación del consentimiento por menores en temas de salud sexual y reproductiva y al igual que la administración de anticonceptivos, el aborto se trata de otro instrumento dentro del ámbito de esta área de la salud. La doctrina *Gillick* se tiene, por tanto, muy en cuenta a la hora de analizar debates sobre este tema y en este caso nosotros la usaremos de referencia junto con otras opiniones para tratar de llegar a una conclusión sobre la reforma de la ley de 2015 y la posterior de 2023.

## 2. REVISIÓN DE OPINIONES SOBRE LA REFORMA EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA *GILLICK*

A pesar de ser parte del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular en 2010, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha decidido no pronunciarse sobre este punto puesto que se ha producido una desestimación sobrevenida del objeto al ser este artículo reformado por la ley de 2015. Y aunque el tenor ha vuelto a ser, una vez más, modificado por la reforma de 2023 que, a diferencia de la de 2010, ya no incluye la necesidad de informar a un representante legal si la mujer que quiere interrumpir el embarazo tuviera los 16 años cumplidos. Sin embargo, el abogado del Estado sí que se pronunció sobre este asunto en su escrito y este fue plasmado en la sentencia, aunque luego no se entró a discutir sobre el mismo.

Los recurrentes objetaban que al ocultar información sobre el aborto a los padres o tomar decisiones sin su conocimiento, se impide que puedan acompañar y aconsejar a su hija menor en una decisión tan importante. Argumentaban, además, que los poderes públicos deben proteger a la familia y respetar los derechos de los padres, lo cual implica informar a los padres sobre el embarazo de su hija y permitirles ser escuchados antes de tomar cualquier acción irreversible. También, aunque reconocen que el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de la menor pueden entrar en conflicto con el derecho de los padres, afirman que la formación de una persona implica influencia en su configuración personal. Por lo tanto, sostienen que la intervención de los padres no debería ser excluida y que, en caso de conflicto, se debe ponderar la situación con la intervención judicial como último recurso (modificación que ellos mismos introdujeron en 2015).

El abogado del Estado opina que, desde un punto de vista constitucional, no hay base para afirmar que solo a partir de los 18 años se debe reconocer autonomía a la mujer para prestar su consentimiento. De hecho, la Constitución distingue entre niños y jóvenes sin definir estos términos, y si nos remitimos a legislación internacional, la Convención de Derechos del Niño de 1989 establece que un niño es todo ser humano menor de dieciocho años, pero en ningún momento esto implica que hasta esa edad el menor no tenga capacidad para tomar decisiones que lo afecten. De acuerdo con el artículo 12.1 de la Convención establece el derecho del niño a formarse un juicio propio y a expresar libremente su opinión en asuntos que lo afecten, teniendo en cuenta su edad y madurez.

El Tribunal Constitucional también ha reconocido la capacidad variable de acción de los menores en relación con la Convención. Por lo tanto, no hay ningún precepto constitucional que impida que el legislador establezca una edad inferior a 18 años para considerar que una mujer tiene capacidad suficiente para abortar según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2010. Además, a la luz del artículo 39.4 (Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos) de la Constitución en relación con el artículo 12.1 de la Convención, sería justificado que el legislador priorice la opinión de la menor en una decisión tan trascendental para ella como la maternidad (STC 44/2023).

Otra institución que ha comentado los cambios es el Comité de Bioética Español en sus dos informes previos a la entrada en vigor de las leyes de 2010 y 2015. Curiosamente, su criterio no es el mismo en los dos informes. El comité en el año 2010 argumenta que la autonomía de la menor debe ser la regla, y la intervención de los padres debe ser la excepción, justificada únicamente en casos de grave riesgo. Reconoce que imponer una decisión como la de continuar o interrumpir un embarazo por parte de los padres carece de fundamento ético y jurídico. Permitir que las mujeres menores de edad tomen sus propias decisiones parece razonable, ya que no se les impide buscar consejo o ayuda de sus padres, pero evita que los padres impongan una decisión determinada. No obstante, se destaca la importancia de fomentar la relación de confianza entre padres e hijos a través de la educación y otras medidas sociales. Además, se sugiere establecer un procedimiento reforzado de información y apoyo para las menores que soliciten la interrupción del embarazo. Es decir, el Comité opina que, excepto en casos de grave riesgo, se debería reconocer la autonomía de la menor y su derecho a la confidencialidad, permitiéndole decidir sobre la interrupción del embarazo. Sin embargo, se considera necesario brindar a la menor información específica, adaptada y reforzada, que incluya la recomendación de informar a los padres o a algún adulto de confianza en caso de no poder hacerlo a los padres, siguiendo la práctica establecida en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (Comité de Bioética Español, 2010).

Por otra parte, en su informe de 2014 saca a relucir que la disposición de la ley de 2010 que permitía a las mujeres menores mayores de 16 años abortar sin que sus padres o representantes tengan conocimiento de la intervención si esto podía suponer un conflicto grave, dejaba en manos del médico responsable de la intervención la estimación

de que tal información expondría a la menor a una situación de violencia o desamparo. Es decir, se dejaba al criterio del médico la decisión sobre una cuestión para la que carecía de la competencia específica como es el valorar si informar a los representantes legales acerca del aborto de la mujer será mucho peor para ella que omitir esa información. Con la reforma de 2015 se traslada de la sede clínica a la judicial al ser el juez quien tomará la decisión en caso de conflicto. Esto, nos recuerda a el caso de Re W comentado anteriormente en el que también se entró a valorar la responsabilidad médica en este tipo de supuestos. Se argumentó que la decisión del Tribunal de imponer el tratamiento a pesar del rechazo de la menor tenía como objetivo proteger a los médicos de posibles responsabilidades legales en las que podrían incurrir al tratar al menor en contra de su voluntad. En ambos casos la legislación encargó una tarea al sanitario profesional para la que no tiene competencia y que sobre todo puede implicarle en muchos problemas con los representantes legales y terminar siendo una tremenda carga para el tener ese poder de decisión. Según este informe, además logra que el aborto de las menores sin el conocimiento de sus padres se mantenga como una alternativa excepcional, pero que en caso de ocurrir, no obstruya su realización (Comité de Bioética Español, 2014).

Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial en su informe de la reforma de 2023 cuando todavía era anteproyecto recalca que no contraviene las observaciones y recomendaciones internacionales ni la doctrina del TEDH y que el marco normativo vigente viene a reconocer a las mayores de dieciséis años cumplidos de un grado de madurez y autonomía suficiente para intervenir en la vida jurídica sin necesidad de la intervención de sus representantes legales. Y que, con respecto al aborto, al ser una intervención dentro del derecho a la vida privada y a la intimidad, y del derecho a la salud sexual y reproductiva de la menor, ha de reconocerse un determinado grado de relevancia del consentimiento de la mujer. No obstante, el Consejo, aunque habla de valor, no lo define como valor absoluto pues los progenitores deben desempeñar ex lege las funciones inherentes a la patria potestad y el consentimiento autónomo y sin conocimiento de estos dificulta que cumplan con esos deberes de orientación y el consejo que ampara la patria potestad. Y argumenta, siguiendo la línea del recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, que por imperativo constitucional en el artículo 39.3, los progenitores deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. Por lo que para este órgano, la redacción de la ley de 2015 sería la más adecuada para proteger estos valores (CGPJ, 2022)

En base a los argumentos del abogado del Estado en expuestos en la sentencia de 2023 y la opinión del Consejo, aunque el 39.4 de la Constitución en relación con el artículo 12.1 de la Convención considere justificado que se priorice la opinión de la menor en una decisión tan trascendental, esto no excluye que los progenitores deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad según el punto 39.3. Para que se logre el cumplimiento de estas obligaciones y de la necesaria garantía del principio de especial protección del menor, lo óptimo sería una regulación como la de 2015 que precisa de la concurrencia del consentimiento de la menor con el de sus tutores, permitiendo conciliar el alcance de la decisión de la menor, mayor de 16 años con la facultad de los padres y tutores de ejercer de un modo real y efectivo la función tuitiva de la patria potestad y en caso de conflicto se pudiera recurrir a la jurisdicción civil para que un juez imparcial decida.

La ley orgánica de 2023 continúa con el criterio de necesidad de consentimiento del representante legal para realizar la intervención excepto para los mayores menores de 16 años, y en caso de conflicto se invoca a la jurisdicción civil para que lo resuelva. De esta manera se protege al médico de las posibles cargas que pudieran surgir si fuera él el que determina si se informa a los padres o no, como ocurría con la ley de 2010 y que preocupaba al Comité de Bioética. Por otro lado, los menores con más de 16 años no necesitan ni el consentimiento ni informar a sus padres de su deseo de interrumpir el embarazo, aquí el Consejo General del Poder Judicial indica que se produce una violación de los deberes derivados de la patria potestad al no informarles de la situación y suprimir su capacidad de aconsejar y orientar reconocida en nuestra legislación. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina *Gillick* y la de su precedente *Hewer v. Bryant*, el derecho legal de un padre la custodia de su hijo termina en el décimo octavo cumpleaños de este y de todas maneras se trata de una facultad que va decreciendo a medida que el hijo va acercándose de dicha edad, y aplicando este precepto, si bien la doctrina no dice que la menor se desentienda de sus representantes completamente, si que dice que los deberes de la patria potestad van perdiendo fuerza a según se acerca la mayoría de edad por entenderse que el menor cada vez esta más cerca de la capacidad de obrar reconocida por el ordenamiento jurídico. Por tanto, creemos que, si la decisión de un menor de 16 años o más es no informar a sus padres por su propia mano, de acuerdo con nuestra interpretación de la doctrina *Gillick*, tampoco debería ser el Estado el que se lo imponga por ley.

## CONCLUSIONES

La ley orgánica de reforma de la ley de 2010 ha generado un debate en cuanto a su regulación sobre el aborto que se ha exacerbado con la última sentencia del Tribunal Constitucional haciendo que se cuestione su constitucionalidad y su adecuación con otros sistemas europeos. Así mismo, ha despertado la preocupación sobre si se está haciendo una interpretación cada vez más forzada de la doctrina del constitucionalismo vivo que extralimita las funciones del Tribunal Constitucional convirtiéndolo en legislador.

En nuestro primer apartado comparábamos con la jurisprudencia y legislación alemana, si la eliminación de la entrega de información sobre recursos para las madres y la supresión del periodo de reflexión suponía la desprotección del feto durante las primeras 14 semanas de vida. Tras el análisis de las sentencias alemanas de 1975 y 1993 concluimos que esta modificación iría en contra de las dos sentencias alemanas y su legislación vigente. Pues de acuerdo con los argumentos del Tribunal Constitucional alemán, el Estado tiene la obligación de proteger la vida del feto, considerándolo como un bien jurídico que cae dentro de la esfera del derecho a la vida y del respeto a la dignidad humana. El tribunal español en la sentencia de 1985, al igual que su homólogo alemán, sostiene que este deber se cumple al obligar a la madre a recibir asesoramiento destinado a fomentar la gestación y el nacimiento de su hijo, eliminando de así la sanción penal. Sin embargo, al suprimir la reforma este asesoramiento, se estaría incumpliendo de manera inexcusable el deber del Estado de brindar protección al *nasciturus*. No obstante, el Tribunal Constitucional español en la sentencia de este año ha discrepado de lo anteriormente expuesto y sostiene que el sistema de plazos establecido en la reforma cumple con el deber estatal de proteger la vida prenatal al limitar los derechos constitucionales de la mujer de manera gradual, teniendo en cuenta la semana de gestación y el desarrollo del feto. Se argumenta que esta limitación progresiva es suficiente para cumplir con la obligación de protección del *nasciturus*.

Con esto nos encontramos con la interpretación más forzada del artículo 15 de la Constitución hasta la fecha y entra en conflicto con los argumentos planteados en la sentencia alemana de 1993 y la sentencia española de 1985. Algunos magistrados disidentes también consideran que esta interpretación es artificial y va más allá de las

funciones del tribunal, catalogándola como un caso de activismo judicial al haberse excedido tanto como para reconocer un nuevo derecho constitucional de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo, tratándose de una situación sin precedentes y que, a nuestro ver, desnaturaliza la interpretación evolutiva bajo la que se ampara para generar este derecho.

Siguiendo la línea de este argumento y analizando las conclusiones del segundo capítulo, nos encontramos con el revés a esta doctrina en Estados Unidos en la sentencia de *Dobbs*. La vuelta al originalismo como forma de interpretación a de la constitución deja desprotegidos a los derechos que fueron admitidos bajo esta doctrina por lo que se espera un retroceso en el reconocimiento de estos, y en especial el del aborto, muy severo. En España sucede el caso contrario, nuestro Tribunal lleva haciendo uso de la doctrina durante años y decantándose cada vez por una interpretación más abierta de esta. La sentencia que reconoce el derecho al matrimonio homosexual sentó el primer hito en relación con su uso y determinó que acorde a los tiempos actuales se interpretaba que la constitución no prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo. La sentencia de la eutanasia de este año razonaba que, igual que existe un derecho positivo a la vida, también existe un derecho negativo que se traduce en una muerte digna de la persona que lo solicite en los casos regulados por la ley de la eutanasia. Pero esta última sentencia sobre la interrupción del embarazo ha reconocido un nuevo derecho de tal forma que, a efectos prácticos, es como si hubiera añadido un nuevo artículo en nuestra Constitución. Las opiniones discrepantes no se hicieron esperar y, ya en la propia sentencia, se recogen varios votos particulares que acusan al Tribunal de haberse excedido en sus competencias, convirtiéndose en legislador, escondiéndose tras una falsa interpretación evolutiva. Como explica Federico de Montalvo en su tribuna, se ha creado un escenario en el que, dependiendo de la mayoría conservadora o progresista que componga el Tribunal, se irán generando interpretaciones absolutamente dispares, sin la más mínima conexión con las anteriores, hecho que podría terminar con la respetabilidad y legitimación de este órgano jurisdiccional.

En cuanto al régimen del menor sobre el aborto, se trata de un asunto que se ha reformado muchas veces y sobre el que distintas instituciones se han pronunciado cada vez que ha habido un cambio en su regulación. Es difícil legislar sobre esta materia porque unos prefieren pecar de precavidos y dotar de más protección al menor, pero a su vez restringiendo sus derechos y no reconociéndole capacidad decisoria en aspectos íntimos

como es en este caso el derecho al aborto. La jurisprudencia europea ha ayudado mucho a delimitar los deberes de la patria potestad en conflicto con los derechos del menor. En concreto la doctrina *Gillick* sienta un precedente al que ha perdurado durante décadas y que encontramos de aplicación a este debate sobre la última reforma. La Ley Orgánica de 2023 mantiene el requisito de obtener el consentimiento del representante legal para llevar a cabo una intervención, excepto en el caso de los mayores de 16 años. En caso de conflicto, se recurre a la jurisdicción civil para resolver la situación. Esta medida consigue proteger a los médicos de posibles repercusiones al tener que decidir si informar o no a los padres, como ocurría con la ley de 2010.

Por otro lado, los menores de más de 16 años no necesitan ni el consentimiento ni la obligación de informar a sus padres sobre su decisión de interrumpir el embarazo. El Consejo General del Poder Judicial considera que esto viola los deberes derivados de la patria potestad al no informar a los padres y privarles de su capacidad de asesorar y orientar, tal como establece nuestra legislación. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina *Gillick* y el caso precedente *Hewer v. Bryant*, el derecho legal de un padre a la custodia de su hijo termina cuando el hijo cumple los 18 años. Además, esta facultad disminuye a medida que el hijo se acerca a esa edad puesto que, atendiendo al criterio de edad objetivo, se le va presumiendo cada vez más capacidad de obrar. Siguiendo este principio, aunque la doctrina no afirma que el menor pueda desentenderse por completo de sus representantes, sí establece que los deberes de la patria potestad van perdiendo fuerza a medida que se acerca a la mayoría de edad, ya que se considera que el menor se acerca cada vez más a la capacidad de obrar reconocida por la ley. De esta manera, si un menor de 16 años o más decide no informar a sus padres por su propia cuenta, de acuerdo con nuestra interpretación de la doctrina *Gillick*, tampoco debería ser el Estado quien le imponga esta obligación mediante ley.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN**

Constitución Española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15 de noviembre de 2002).

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 (BOE 1 de marzo de 2023).

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 22 de septiembre de 2015).

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 de marzo de 2010).

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 BIS del Código Penal (BOE 12 de julio de 1985).

### **JURISPRUDENCIA**

Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975

Sentencia BVerfGE 88, 203, del 28 de mayo de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985

Voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño a la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de noviembre de 2012 dictada en el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, a la sentencia dictada por el Pleno con fecha 9 de mayo de 2023 en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 4523-2010.

#### OBRAS DOCTRINALES Y RECURSOS DE INTERNET

Aceprensa. (2012). “Interpretación evolutiva” frente a mutación constitucional. Aceprensa. <https://www.aceprensa.com/familia/interpretacion-evolutiva-frente-mutacion-constitucional/>

Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Boykin, S. (2021). Original-Intent Originalism: a reformulation and defense. *Washburn Law Journal*, 60 (2), 245-287.

Camoni, D. (2023). Originalismo e interpretación evolutiva a debate en España *Fundación Manuel Giménez Abad*.  
<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/originalismo-e-interpretacion-evolutiva-debate-en-espana>

Coarasa, R. (2023). Sentencia del aborto: los jueces discrepantes creen que el TC ha "reescrito" la Constitución. *La Razón*. Recuperado de:  
[https://www.larazon.es/espana/sentencia-aborto-jueces-discrepantes-creen-que-reescrito-constitucion\\_20230511645d0a9e277db7000153baa8.html](https://www.larazon.es/espana/sentencia-aborto-jueces-discrepantes-creen-que-reescrito-constitucion_20230511645d0a9e277db7000153baa8.html)

Comité de Bioética Español. (2009). Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de  
[http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/consenso\\_interrupcion\\_embarazo\\_comite\\_bioetica\\_oct\\_2009.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/consenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf)

Comité de Bioética Español. (2014) Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. Recuperado de  
<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf>

Consejo General del Poder Judicial. (2022). Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Recuperado de:  
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder->

[Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-2-2010--de-3-de-marzo--de-salud-sexual-y-reproductiva-y-de-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo](#)

De Lorenzo, R. (2022). La contradicción de los dieciséis años como mayoría de la edad sanitaria. Redacción mediática. Recuperado de: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/la-contradiccion-de-los-dieciseis-anos-como-mayoria-de-la-edad-sanitaria-7463>

González-Varas Ibáñez, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, ISSN-e 1696-9669, N°. 23.

Jamardo, M. (2023). Aborto y eutanasia, las sentencias del TC que reforman la Constitución de manera encubierta. *El Debate*. Recuperado de: [https://www.eldebate.com/espana/20230510/aborto-eutanasia-sentencias-tc-reforman-constitucion-manera-encubierta\\_113635.html](https://www.eldebate.com/espana/20230510/aborto-eutanasia-sentencias-tc-reforman-constitucion-manera-encubierta_113635.html)

Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37(111), 919-966. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332004000300004&lng=pt&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300004&lng=pt&tlng=es).

Lora, P. (2023). El Constitucional y la gestación subrogada de los derechos. *The Objective*. Recuperado de: <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2023-05-13/constitucional-gestacion-subrogada-derechos/>

Mangan, Dan (2016). Trump: I'll appoint Supreme Court justices to overturn Roe v. Wade abortion case. *CNBC*. <https://www.cnn.com/2016/10/19/trump-ill-appointsupreme-court-justices-to-overturn-roe-v-wade-abortion-case.html>

Marietta, M. (Ed.). (2023). SCOTUS 2022 Major Decisions and Developments of the US Supreme Court. Palgrave Macmillan.

Montalvo Jääskeläinen, F. (2011). La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete. *Icade Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 82, 45-99.

Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una nueva forma de interpretar el Derecho y los derechos en España?. *Icade Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 100.

Montalvo Jääskeläinen, F. (2019). *Menores de edad y consentimiento informado*. Tirant lo Blanch.

Montalvo Jääskeläinen, F. (2023). La peligrosa candidez del Tribunal Constitucional. *ABC*. Recuperado de: <https://www.almendron.com/tribuna/la-peligrosa-candidez-del-tc/>

Morales, M. A. (s.f.) Guía de estudio para la asignatura Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: [https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias\\_optativas/Actualizadas/Guia\\_Derecho\\_Comparado.pdf](https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Actualizadas/Guia_Derecho_Comparado.pdf)

Organización Mundial de la Salud. (2012). Safe abortion: technical and policy guidance for health systems. Recuperado de: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789241548434\\_eng.pdf;jsessionid=1F7529207FAF2782314B840BC9BDA67E?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789241548434_eng.pdf;jsessionid=1F7529207FAF2782314B840BC9BDA67E?sequence=1)

Rubio, R. (2021). Claves del debate constitucional en materia de aborto (III): la experiencia europea. *El Diario*. Recuperado de: [https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/claves-debate-constitucional-materia-aborto-iii-experiencia-europea\\_132\\_8604441.html](https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/claves-debate-constitucional-materia-aborto-iii-experiencia-europea_132_8604441.html)

Solum, L. (2019). Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. *Northwestern University Law Review*, 113 (6), 1243-1296.

Solum, L. (2021). The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning. *BUL Rev.*, 101, 1953.

Solum, L. (2021). The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning. *BUL Rev.*, 101, 1953.

Tello Mendoza, J. A. (2023). El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165.