

## EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD (AUTODETERMINACIÓN): LA EUTANASIA Y EL ABORTO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/2023 Y 44/2023

THE FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY AS A GENERAL FUNDAMENTAL RIGHT OF AUTONOMOUS FREEDOM: EUTHANASIA AND ABORTION IN THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENTS NUM.19/2023 AND NUM.44/2023

Sara SIEIRA MUCIENTES  
Letrada de las Cortes Generales  
<https://orcid.org/0000-0002-0595-6832>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023  
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

### RESUMEN

*Las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023 tienen un nexo común argumental que viene a constituir su principal ratio decidendi, consistente en la creación de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que pasan a constituir nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, integrándolos en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), limitando así la libertad de configuración del legislador respecto de los mismos. El activismo judicial desplegado en esta operación no puede dejar de suscitar una gran perplejidad. El hasta ahora considerado «principio» de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en virtud de esta innovadora jurisprudencia, deja de operar como tal para convertirse, no ya en un «principio general de libertad», cuestión que distaría incluso de ser pacífica en la doctrina, sino en un verdadero «derecho fundamental general de libertad», en definitiva, como norma de clausura del sistema de libertades públicas. A diferencia de la regulación en derecho constitucional alemán, inspirador del Anteproyecto de la ponencia*

*constitucional en España, en que el libre desarrollo de la personalidad constituye un derecho fundamental, también norma de clausura, con unos límites bien establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, ni la dicción literal, ni la sistemática de la Constitución española permite una incorporación acrítica de la construcción alemana, ni su empleo por parte del Tribunal Constitucional español ha sido, en esta última jurisprudencia, adecuado. La extensión del núcleo esencial de los derechos por esta vía es tal, que resulta muy complicado señalar sus límites, pues, en un proceso de ponderación, la dignidad de la persona y su corolario, el libre desarrollo de la personalidad, resultará una proposición fácilmente vencedora frente a cualquier otro interés constitucional o derecho fundamental en supuesto «conflicto» con ella. Por consiguiente, con esta supuesta «ampliación» de la declaración de derechos fundamentales, se ha operado una inevitable relativización de la intensidad de su protección.*

*Palabras clave: Tribunal Constitucional, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, suicidio, eutanasia, aborto, interrupción voluntaria del embarazo, norma de clausura, contenido esencial, principios rectores, derechos fundamentales, límites, ponderación, objeción de conciencia, consentimiento informado, art. 10 CE, art. 15 CE.*

### ABSTRACT

*Constitutional Court Judgements 19/2023 and 44/2023 have a common argumentative nexus that constitutes their main ratio decidendi, consisting of the creation of a new fundamental right of self-determination to decide on one's own death and on the voluntary interruption of pregnancy, which come to constitute new fundamental rights to euthanasia and abortion, integrating them into the right to physical and moral integrity (art. 15 CE), thus limiting the legislator's freedom of configuration with respect to them. The judicial activism deployed in this operation cannot fail to arouse great perplexity. The hitherto considered "principle" of the dignity of the person and the free development of personality (art. 10.1 CE), by virtue of this innovative case law, ceases to operate as such to become, no longer a "general principle of freedom", a question that would even be far from peaceful in the doctrine, but a true "general fundamental right of freedom", in short, as a rule of closure of the system of public freedoms. Unlike the regulation in German constitutional law, which inspired the Preliminary Draft of the constitutional report in Spain, in which the free development of the personality constitutes a fundamental right, also a rule of closure, with limits well established by the jurisprudence of the Karlsruhe Court on the matter, neither the literal*

*diction nor the systematic structure of the Spanish Constitution allows an uncritical incorporation of the German construction, nor has its use by the Spanish Constitutional Court in the above mentioned rulings been adequate: The extension of the “essential nucleus” of rights in this way is such, that it is very difficult to indicate its limits, since, in a process of weighing, the dignity of the person and its corollary, the free development of the personality, will be an easily victorious proposition over any other constitutional interest or fundamental right in “conflict” with it. In short, with this supposed “broadening” of the declaration of fundamental rights, there has been an inevitable relativization of the intensity of their protection.*

*Keywords: Constitutional Court, dignity, free development of personality, self-determination, suicide, euthanasia, abortion, voluntary interruption of pregnancy, closure rule, essential content, guiding principles, fundamental rights, limits, weighting, conscientious objection, informed consent, article 10 Spanish Constitution, article 15 Spanish Constitution.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ABORTO Y A LA EUTANASIA EN LAS SSTC 19/2023 Y 44/2023. II. LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD. III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: SU ORIGEN CONSTITUCIONAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES. IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA. V. LA CONTROVERTIDA TEORÍA SOBRE LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES EN DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. VI. LAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INNECESARIO RECURSO A LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VII. LA PONDERACIÓN QUE LAS SENTENCIAS HAN EVITADO HACER: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA MUJER EMBARAZADA Y EL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN CONTEXTOS EUTANÁSICOS Y EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. VIII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ABORTO Y A LA EUTANASIA EN LAS SSTC 19/2023 Y 44/2023

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado sendos pronunciamientos avalando la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, este último, pendiente de resolución desde hace más de una década. Ambos pronunciamientos tienen un nexo común argumental que viene a constituir su principal *ratio decidendi*, consistente en la creación, por el Tribunal Constitucional, de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que se proclama como contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral, que aparece constitucionalmente vinculado a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE)<sup>1</sup>.

El activismo judicial desplegado en esta operación no puede dejar de suscitar una gran perplejidad. No solo porque resulta excesivamente forzado afirmar que el derecho a la integridad física y moral comprenda el derecho a la «auto lesión» física hasta el punto de poner fin a la propia existencia y con ello, también fin a la existencia del derecho a la integridad que dice estarse ejerciendo, en el caso de la eutanasia; o que el derecho a la «integridad moral», en el caso del aborto, comprenda el derecho a poner fin a la existencia de un «*tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5), el nonato. Lo que más sorprende es que el Tribunal Constitucional apuesta por la utilización resolutoria (no meramente enfática) del principio del libre desarrollo de la personalidad, que, siendo un principio rector de la Constitución, junto con la dignidad de la persona (art. 10 CE), carece de las garantías que se reservan a los derechos fundamentales. En

---

<sup>1</sup> El derecho a la integridad física y moral «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8).

consecuencia, el hasta ahora «principio» de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, en virtud de esta innovadora jurisprudencia, deja de operar como tal para convertirse, no ya en un «principio general de libertad», cuestión que distaría incluso de ser pacífica en la doctrina, sino en un verdadero «derecho fundamental general de libertad», en definitiva, como norma de clausura del sistema de libertades. Quedan así consagrados como nuevos derechos fundamentales las decisiones libres e informadas sobre la propia muerte o incluso la de un tercero (en algunas situaciones de ausencia de capacidad para consentir), en el caso de la eutanasia, y sobre la muerte del nonato, en el caso del aborto.

Esta arriesgada operación de integración del texto constitucional desborda, a todas luces, el ámbito del ejercicio de la función hermenéutica al tratarse de una ampliación (no menor) del elenco tipificado de derechos fundamentales<sup>2</sup>. No debe olvidarse que en los países en que existe una Constitución rígida, como es el caso de España, impera, junto con la concepción material, relativa a su contenido, la concepción formal de los derechos, que considera que son «derechos fundamentales» aquellos declarados como tales en normas constitucionales, básicamente caracterizados por su resistencia frente al legislador, que no puede «disponer» de los mismos, merced a las cambiantes mayorías existentes en cada momento en el Parlamento. Existe en ellos un núcleo intangible, el contenido esencial, ya definido en la temprana STC 8/1981, de 8 de abril<sup>3</sup>, únicamente disponible para el poder constituyente derivado mediante la oportuna reforma constitucional, la cual, además, tratándose de una reforma del Título

<sup>2</sup> Conforme, ORTIZ FERNÁNDEZ, M., (2023), p. 10.

<sup>3</sup> FJ 8: «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. (...) Se puede (también) entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

I, habrá de producirse por el procedimiento agravado, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 166 y 168 del texto constitucional.

Los problemas éticos y jurídicos del aborto y la eutanasia distan de ser similares y no es, ni podría ser el objetivo del presente artículo, un análisis en profundidad de estos. Se trata aquí, únicamente, de poder abordar una visión crítica de la conversión de la eutanasia y el aborto en derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución mediante el uso técnicamente inadecuado del art. 10.1 CE, cuyo origen directo se encuentra en el art. 2 (1) de la Ley Fundamental de Bonn, pero allí, a diferencia de la naturaleza de principio general que posee en nuestro texto constitucional, el libre desarrollo de la personalidad es vinculante como derecho fundamental del máximo rango. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional alemana en la materia ha procedido a un correcto análisis de sus límites en «la ley» y en «los derechos de los demás» como explicitan, por otra parte, ambos textos constitucionales. Sin embargo, la extensión del núcleo esencial de la integridad física y moral como derecho fundamental que el Tribunal Constitucional español ha operado en las SSTC 19 y 44 de 2023 es de tal calibre que resulta muy complicado señalar sus límites, pues el concepto de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad que subyace en esta construcción jurisprudencial sobrepasa con mucho las fronteras de la ciencia jurídica y no parece fácilmente derrotable si se ha de introducir en un proceso de ponderación.

Esta virtualidad del libre desarrollo de la personalidad como comodín ampliatorio del contenido de los derechos fundamentales en consecuencia, conduce a una relativización de la intensidad de la protección en el sistema de libertades.

## II. LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD

Como si de una fórmula física se tratase, Francisco Rubio Llorente escribió que «la capacidad de las expresiones jurídico-públicas para engendrar retórica huera es directamente proporcional a la complejidad de las categorías que designan y al cuadrado de la

dignidad ética que a tales categorías se les atribuye o se les supone»<sup>4</sup>. Al respecto, Javier Jiménez Campo ha calificado de «precepto muy sugestivo para la vanilocuencia» el art. 10.1 de la Constitución. Este artículo, pórtico de la declaración de derechos de la Constitución española, refunde el contenido de los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana, que consagran la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Distinguiendo entre los usos retóricos u ornamentales (legitimantes) y los usos resolutorios, ambos propios del poder judicial, alerta el autor sobre estos últimos, en los que el precepto, con argumentación o sin ella, se invoca como norma única o principal de la decisión (Jiménez Campo, 2008, p. 181).

La dignidad es el rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, y consiste en que, como ser ético-espiritual puede, por su propia naturaleza, autodeterminarse consciente y libremente, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea. La dignidad se asocia intrínsecamente con la capacidad humana de autogobierno individual, la autolegislación kantiana, la autodisponibilidad y la autodeterminación, que corresponden a los campos vitales del ser humano, y con la decisión respecto de la propia condición y el proyecto de vida (González Pérez, 1986, p. 11; Wintrich, 1973, p. 236; Viteri Custodio, 2012, p. 120; González Amuchástegui, 2004, p. 423 y Ryszard Kosmider, 2018, p. 697). En palabras de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8: «es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás»<sup>5</sup>.

Se trata de una noción compleja y onniabarcante, porque un entendimiento «material» del principio de dignidad de la persona que pueda traducirse, bien en la imposición o bien en la interdicción de unos determinados contenidos en reglas y actos jurídicos, es un imposible lógico. La búsqueda, desde el Derecho, de lo que sea la «dignidad de la persona» puede conducir a una desustancialización de la idea, a una noción sin concepto, que es lo que ocurre cuando se

<sup>4</sup> Prólogo en op. col. Rubio Llorente, F., et al, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, (1995, p. VIII).

<sup>5</sup> Y en el mismo sentido, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7.

manejan en el discurso jurídico, sin formalización alguna, categorías externas al Derecho, o, en este caso, a la Constitución.

En un sentido similar, señala Manuel Atienza que la dignidad humana tiene una estructura diferente de los derechos fundamentales, porque en ellos, una intromisión solo es una lesión de los mismos cuando no está justificada. En cambio, en el caso de la dignidad, este principio carece de la estructura de «intromisión/límites», y en este aspecto, se asemeja a una «regla»: toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero se distingue, sin embargo, de las reglas, en que, en estas, sus razones no son absolutas sino perentorias o circunstanciales (por ejemplo, la regla del respeto a la libertad de expresión, que es un derecho fundamental), mientras que en el caso de la dignidad, a diferencia de otros principios/derechos, no parece ser derrotable, lo que significa que, en principio, no puede ser ponderado, o que en una ponderación, siempre resultará vencedor (Atienza, 2001a, p. 678; 2022b, pp. 72-73). El problema más espinoso de esta construcción jurisprudencial es el de señalar los límites, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad.

Es imposible no coincidir con la afirmación de que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son el sustrato fundamental de los derechos, pero la coincidencia es estéril. Con todo, la infecundidad de la argumentación así construida no es su mayor tacha, sino que lo más grave, como anticipó Jiménez Campo (2008, p. 182), es el riesgo de incurrir en lo que cabría llamar «paradoja moral»: quien se atreve a definir la dignidad de alguien define, por ende, la indignidad de otro. Y aún peor: la amenaza de que la indefinición de la noción la convierta, sin réplica posible, en instrumento «contramayoritario» de una jurisdicción constituida en clase redentora.

Esto es lo que puede estar sucediendo en el caso de las sentencias que nos ocupan.

En el caso de la eutanasia, la STC 19/2023, de 22 de marzo, dispone que:

los derechos a la integridad física y moral del art. 15 CE incluyen un derecho de autodeterminación de la persona que, además de proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad» orientada a su plena efectividad

(por todas, STC 37/2011, FJ 3). Por ello ha declarado este Tribunal que el derecho a la integridad personal ampara (...) a quien de manera libre, informada y responsable rechaza someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios (SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6; 154/2002, FJ 9 b) y 37/2011, FFJJ 3 a 7), aun cuando esta decisión, tomada en uso de su autonomía de la voluntad, pudiera conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5). (...) Este derecho de autodeterminación respecto de tratamientos médicos forma parte del derecho al respeto de la vida privada enunciado en el art. 8.1 del CEDH, aun cuando su ejercicio pudiera conducir a la muerte del sujeto (por todas, SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido* 63 y 65 y de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, 142 y 180) (FJ 6 C, d) i)).

Por lo anterior, el TC viene a concluir que

Concurriendo estas precisas circunstancias ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución (FJ 6 C, d) ii)) (subr.ntro).

El importante salto cualitativo entre la autodeterminación conducente al rechazo a los tratamientos médicos, y la que conduce a una eutanasia activa, en la que una persona da muerte a otra bajo petición, por muy comprensibles que sean las circunstancias que se dan en un «contexto eutanásico» aparece justificado exclusivamente en virtud del art. 10.1 CE.

En el caso del aborto, también los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad aparecen como el único fundamento de la extensión del derecho a la integridad física y moral para dar cabida, dentro de su contenido, al derecho fundamental de la mujer a decidir libremente sobre la interrupción voluntaria del embarazo (FJ 3A de la STC 44/2023, de 9 de mayo):

La interrupción voluntaria del embarazo, en cuanto presupone la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de la máxima trascendencia, goza de una primera protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad, que constituyen «el fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE). (...)

El embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. La decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). (...)

Asimismo, este tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida.

A la vista de esta doctrina, puede concluirse que la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida.

De acuerdo con ello, el legislador no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer y al «libre desarrollo de la personalidad» al regular la interrupción voluntaria del embarazo.

En particular, dichos principios resultarían con toda evidencia ignorados si se impusiera a la mujer gestante, en términos absolutos, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento. (STC 44/2023, FJ 3A).

En esta Sentencia, también es la integridad física y moral la que ampara, como fundamental, el derecho al aborto:

En íntima conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad proclamados por el art. 10.1 CE, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se ve también concernido por la decisión estatal de prohibir a la mujer que interrumpa un embarazo no deseado, imponiéndole, como opción única, la de continuar adelante con la gestación y convertirse en madre. (...) puede afirmarse que el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos.

En lo que concierne a la vertiente moral o espiritual de la integridad personal, la decisión acerca de la continuación del embarazo o su interrupción constituye, con toda evidencia, una cuestión de profunda relevancia vital, que incide de manera trascendente en el proyecto de vida de la mujer embarazada y en el libre desarrollo de su personalidad. Del hecho mismo de la maternidad se derivan obligaciones que pueden, de facto y de iure, imponer a la mujer variar por completo su propio plan de vida. Por ello, una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE.

Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). (STC 44/2023, FJ 3B) (subr.ntro)

La conclusión a que abocan las anteriores consideraciones nos lleva a adentrarnos someramente en el estudio del principio del libre desarrollo de la personalidad y su aplicación en los ordenamientos afines al nuestro, señaladamente, el alemán, del que trae origen su regulación constitucional en el art. 10.

### III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: SU ORIGEN CONSTITUCIONAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES

Aunque el más remoto origen constitucional del libre desarrollo de la personalidad puede encontrarse en la Declaración del buen pueblo de Virginia (12 de junio de 1776)<sup>6</sup> como derecho innato a la «búsqueda de la felicidad» (*the pursuit of happiness*) que pasa a la Declaración de Independencia (4 de julio de 1776) y a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (17 de diciembre de 1787), es oportuno hacer notar aquí que el precedente inmediato del texto constitucional español, el anteproyecto de la ponencia constitucional, ubicaba el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental partiendo de la inspiración directa del texto constitucional alemán, pues se incardinaba en el capítulo II, bajo la rúbrica «De las libertades públicas» del Título II, «De los derechos y deberes fundamentales», disponiendo el art. 2.1, rubricado «libertad de acción y de la persona» lo siguiente: «Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral»<sup>7</sup>.

Este fue el texto que la Ponencia nombrada por la Comisión Constitucional del Congreso tuvo delante para redactar su anteproyecto, primer borrador de la Constitución española de 1978. El entonces artículo 13 proclamaba: «La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad son fundamento

---

<sup>6</sup> «Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad».

<sup>7</sup> Se cita la traducción de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann accesible en la web del Deutscher Bundestag (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>)

del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás».

Ninguna de las enmiendas que se aprobó y discutió fue sustancial, a salvo de la del Sr. Fernández de la Mora, diputado de Alianza Popular, que propugnaba la supresión del artículo por estimar que no establecía ningún derecho y que entrañaba una definición sobre materia no constitucional, que no prosperó. Pero, en lo que aquí importa, el cambio más relevante en cuanto a la versión definitiva fue el de su ubicación: quedó finalmente fuera del capítulo relativo a los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que, aunque resultase vinculante para todos los poderes públicos, lo haría como principio general del derecho, con sus habituales funciones: legitimadora del orden político, promocional de la libertad y la igualdad reales y efectivas, junto con una función hermenéutica como pauta interpretativa de todas las normas del ordenamiento jurídico favorable al ejercicio de las libertades. Sin embargo, no disfrutaría de las garantías que el art. 53.2 CE reserva a los derechos fundamentales: tutela del recurso de amparo, núcleo o contenido esencial indisponible para el legislador y regulación mediante ley orgánica.

Nótese que en Alemania, además, el texto de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, 1949) consagra, según la jurisprudencia, la noción de libertad general de actuación (*allgemeine Handlungsfreiheit*) si bien, a renglón seguido, lo limita, pues el art. 2.1 GG señala que dicho derecho no puede vulnerar ni los derechos del otro, ni el orden constitucional, ni la ley moral. Lo más relevante de esta cuestión a los efectos que nos ocupan es que del juego de los artículos 1 y 2, y, especialmente, de la ubicación de este último como derecho fundamental en la Constitución alemana, deriva el «catálogo abierto» de derechos fundamentales que en este ordenamiento se produce a partir del principio del libre desarrollo de la personalidad, como derecho fundamental, en su combinación con el principio rector de la dignidad de la persona<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> A la libertad general de acción se pueden añadir otras esferas de amparo, tales como el derecho a la autodeterminación (*Recht auf Selbstbestimmung*); la extensa interpretación de preceptos relativos al derecho al libre desarrollo personal y también a la protección de la dignidad humana es la consecuencia del catálogo abierto de derechos subjetivos, incluidos fundamentales, que derivan de los mismos. Por ejemplo, la Sentencia BVerfGE 34, 238 (Reproducción de una grabación secreta) aplica la norma del Artículo 2.1 GG a la protec-

Ese «catálogo abierto» no existe, propiamente, en el derecho constitucional español<sup>9</sup>. Se ha planteado, no obstante, su existencia en relación con la «libertad informática» del art. 18.2 CE, respecto del que la doctrina se ha cuestionado si se trataba de un nuevo derecho fundamental<sup>10</sup>. En todo caso, si se hubiera creado un nuevo «derecho

---

ción de «la propia imagen, como el derecho de expresarse; BVerfGE 99, 185 (Cienciología) deriva del Artículo 2.1 GG la protección de la imagen de la persona en la sociedad (la buena fama/la honra); BVerfGE 96, 56 (Investigación de la paternidad) reflexiona acerca del «derecho del niño a conocer su origen, protegido en el art. 2, párrafo 1 en relación con el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental»; BVerfGE 101, 361 (Carolina de Mónaco) resuelve que «La esfera privada, protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el artículo 2, párrafo 1 en relación con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico»; BVerfGE 106, 28 (Grabación de conversaciones telefónicas) afirma que «La garantía del derecho a la protección de la palabra hablada forma parte del derecho general de la personalidad, previsto en el Artículo 2, párrafo 1 en relación con el Artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental; este derecho protege a los involucrados en una conversación e impide que una de las partes, por ejemplo, mediante el uso de un micrófono, ponga el contenido de la conversación a disposición de un tercero no involucrado en la misma»; BVerfGE 65, 1 (Censo de Población) se refiere a la autodeterminación informativa y dispone que «Dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad, contemplado en el artículo 2, párrafo 1, en relación con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza en esta medida la capacidad de los individuos, para determinar, en principio, la divulgación y empleo de sus datos personales»; BVerfGE 90, 145 (Cannabis) señala que «no existe un «derecho a drogarse» que se pueda deducir del Artículo 2.1 GG RYSZARD KOSMIDER, M., 2018, pp.687-688. Tampoco puede derivarse de este derecho general de libertad la obligación constitucional del Estado de establecer medidas de protección contra la pandemia del Coronavirus, si bien es necesario sopesar hasta qué punto las medidas limitativas de la libertad de movimiento son proporcionadas a la magnitud del peligro concreto para la vida o la salud (Murswiek, D., 2021).

<sup>9</sup> Como señala Luis M<sup>a</sup> Díez-Picazo (2013, p.28): «Aun es más grave que la inflación de derechos pueda llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados. Ello tiene que ver con que los derechos fundamentales están llamados a funcionar, en la célebre expresión de Ronald Dworkin, como “triumfos” que, como en una partida de cartas, el particular puede jugar frente al Estado, y, en especial, contra el legislador. Así, reconocer nuevos derechos no es una operación inocua: si se toman en serio, comportan nuevas limitaciones a la acción del Estado, y, por ende, también a la política democrática; pero si solo se les atribuye un significado simbólico, el respeto por la idea misma de derechos fundamentales queda dañado».

<sup>10</sup> Manuel Pulido Quecedo (2000) lo ha descartado por cuanto que el art. 18.4 CE tiene una entidad autónoma respecto del derecho a la intimidad, y es en esa ubicación donde puede ubicarse sin forzar dicho derecho: «No hay, por tanto, “*numerus apertus*”, habida cuenta que los constituyentes incluyeron el apartado 4 del art. 18 CE tratando de proteger algo distinto de lo protegido en el derecho a la intimidad personal, pero sí existe una recreación del derecho a la protección de datos como un derecho distinto del contemplado

fundamental» con base en el libre desarrollo de la personalidad, aquí no se estaría empleando en el sentido de libertad positiva, como derecho a decidir, sino negativa, tendente a la evitación de intromisiones no consentidas en la esfera íntima, sin perjuicio de la posible extensión de la libertad informática en la denominada sociedad del conocimiento y el juego que puede desplegar en este ámbito el libre desarrollo de la personalidad (Ryszard Kosmider, 2019). Se ha planteado esta misma cuestión, apertura del *numerus clausus* de los derechos fundamentales, en la regulación del ruido, pero esto se hizo como consecuencia de un controvertido mandato operado en su día por el TEDH<sup>11</sup>.

El eventual ámbito de ampliación de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE, para cubrir lesiones que en

---

en el artículo 18.1 CE, al tener una diversa función que garantiza a su titular un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Función que determina su singularidad en cuanto a su objeto, que es más amplio que el del derecho a la intimidad: no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos sean o no fundamentales, puesto que su objeto comporta la protección de datos personales, “habeas data”».

<sup>11</sup> Aquí sí que ha existido lo que Pulido Quecedo ha denominado «efecto pasarela»: la dimensión subjetiva del artículo 45 CE supone la traslación de un principio rector de la Sección Tercera del Capítulo II del Título I CE a un derecho fundamental de la Sección 1ª del capítulo II del Título I de la CE. Es decir que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se ha transformado por esta vía en el derecho fundamental a la protección de la intimidad del art. 18 CE. Esto se ha operado, efectivamente, por mandato del TEDH, en Sentencia de 16 de noviembre de 2004, que corrige a nuestro Tribunal Constitucional en el caso de la Sra. Moreno Gómez c. España (STC 119/2001, de 29 de mayo), al apreciar la vulneración del derecho a la intimidad; en la dicción literal del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por atentar contra el respeto de la vida privada y familiar. La pasividad de un ayuntamiento frente a la contaminación acústica sufrida en su domicilio por la actora se actuó bajo el amparo de los derechos a la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria (arts. 18.1 y 18.2 CE), que por esta vía sufren una extensión hacia una dimensión positiva, derivada del libre desarrollo de la personalidad, orientada hacia la plena efectividad de los mismos como obligación para el poder público. El Tribunal de Estrasburgo pone énfasis en su concepción del derecho a la intimidad personal y familiar de una manera más penetrante que las jurisdicciones nacionales, en nuestro caso, el TC: «La demandante sufrió una vulneración grave de su derecho al respeto del domicilio debida a la pasividad de la administración frente al ruido nocturno», señala la STEDH, coherentemente con el principio de que todo daño tiene un precio, dando una proyección interesante al art. 29 de la LJCA para que los tribunales controlen la inactividad administrativa (Pulido Quecedo, 2004).

realidad son más propias de los principios rectores (art. 43 o 45, derecho a la protección de la salud o a un medio ambiente adecuado) preocupa, no solo porque derechos de inmunidad o libertad puedan pasar a tener una «dimensión positiva», sino porque ello comporta una expansión, sin límites discernibles, que rompen la divisoria entre jurisdicción ordinaria y constitucional, al reabrir la valoración de los hechos probados ante la primera. Otro problema, que apuntó Jiménez Campo (2008, pp. 190-191), es el de que el hipotético mandato de respetar el contenido esencial de estos nuevos derechos fundamentales resulta por completo ilusorio si la acción legislativa de protección a dicho derecho ha de articularse en políticas orientadas a objetivos, pues el criterio de control no lo puede dar una norma jurídica sino un principio de coherencia y eficacia entre medios y fines (De Otto, 1987, pp. 43-44). Así ocurre con algún derecho fundamental, como el derecho a la educación, pero es excepcional dentro del capítulo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por este motivo el constituyente sustrajo a los principios rectores de la política social y económica de la garantía del contenido esencial frente al legislador. El posible enjuiciamiento constitucional no podrá nunca dejar de reconocer los amplios márgenes de oportunidad que existen para su adopción, por lo que la propia garantía de los derechos fundamentales disminuiría en intensidad y extensión; a menos que se considere que las decisiones del TC pueden condicionar *sine die* la política presupuestaria y las leyes de Presupuestos Generales del Estado, lo cual supone, desde luego, un indudable exceso de poder.

En suma, el elenco constitucional de derechos es lo suficientemente amplio como para no tener que crear otros nuevos, y si tal fuera el caso, llegada la necesidad, ha de hacerse con prudencia y con una sistemática aceptable, que no cree más problemas de los que resuelve.

#### IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA

Dado el uso resolutorio del principio del libre desarrollo de la personalidad por las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023, inspirándose claramente en la teoría de la norma de clausura y la naturaleza jurídica de este como derecho fundamental en la

dogmática alemana, debemos, si quiera someramente, considerar cómo se aplica por el Tribunal Constitucional Federal.

En el caso de la eutanasia, la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe de 26 de febrero de 2020<sup>12</sup> resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la modificación del parágrafo 217 del Código Penal que introdujo la Ley de criminalización de los servicios de suicidio asistido<sup>13</sup> (*Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*) de 3 de diciembre de 2015<sup>14</sup>. En la demanda se señala que quienes quieren hacer uso de la asistencia al suicidio derivan la propia autodeterminación respecto de la muerte, de un derecho general de la personalidad (art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn). Tras la distinción de conceptos, del suicidio asistido o eutanasia activa respecto de la «muerte asistida», que es equivalente a la eutanasia pasiva, al conllevar un acortamiento de la vida que es aceptada como efecto o consecuencia del tratamiento para evitar el dolor, y que está exenta de responsabilidad criminal, la sentencia realiza un estudio comparado de las legislaciones en que el suicidio asistido está despenalizado, así como de las opiniones de expertos y estudios sobre la materia, para concluir que la penalización del suicidio asistido por los servicios correspondientes establecida en el art. 217 StGB como consecuencia de la modificación operada en 2015, vulneraba el derecho general de la personalidad establecido en el art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la *Grundgesetz*. Este derecho protege el derecho a decidir, en virtud de la autodeterminación personal, sobre la finalización de la propia vida, sobre la base de una deliberación informada, y de recabar, para ello, ayuda de terceros (§203).

El Tribunal señala que la dignidad humana y la libertad son fundamentos del orden constitucional, en la idea de que los seres humanos son capaces de autodeterminación y responsabilidad personal. El derecho general de la personalidad es una libertad general, que no se encuentra «tipificada» o «catalogada» en la lista de derechos

<sup>12</sup> 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 y 2 BvR 2527/16. Comentarios completos a la Sentencia, en BISCHOF, J. (2021), y en WIESING, U., (2022).

<sup>13</sup> Para un panorama en derecho comparado extenso sobre esta materia, cfr. CÁMARA VILLAR, G. (2021).

<sup>14</sup> Bundesgesetzblatt – BGBl p. 2177.

fundamentales, pero protege aquellos aspectos de la personalidad que no están cubiertos por otros derechos específicamente declarados en la Norma Fundamental, siendo igual en rango a estos (§205). La autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad garantizan la individualidad, integridad e identidad personales, lo que supone la prohibición de tratar a la persona como un «mero objeto» de la acción estatal o exponerla a tratamientos o intervenciones que cuestionen su naturaleza como sujeto responsable. La protección de la autodeterminación implica poseer el control sobre la propia vida y que no se fuerce a nadie a formas de vida inconciliables con la idea de autoidentidad personal. El derecho general de la personalidad en su manifestación de autodeterminación sobre la propia muerte, no se limita al derecho a rechazar determinados tratamientos de soporte vital, y, con ello, a dejar que la natural evolución de la enfermedad acabe con la vida (eutanasia pasiva); sino que comprende los casos en que la persona pueda decidir terminar con la propia vida (eutanasia activa) (§209). Una vez sentado esto, el Tribunal establece con claridad los límites de la autodeterminación personal, señalando que el legislador debe observar el principio de proporcionalidad, si bien posee un indiscutible margen de apreciación, para resolver el conflicto subyacente: De un lado, la protección de la vida y de la libertad de decisión, para que esta sea verdaderamente consciente, informada y realizada por un sujeto capaz, sin presión alguna, y de otro lado, el derecho de autodeterminación sobre la propia muerte, derivado del derecho general de la personalidad.

Concluye el Tribunal que el legislador no ha ponderado adecuadamente los intereses en conflicto (§226). Sí se cumplen los requisitos del principio de proporcionalidad, relativos al fin legítimo e idoneidad de la medida legislativa cuestionada, puesto que la normalización del suicidio asistido que pudiera derivarse de la legalización de esta conducta pudiera llevar a crear cierta presión social sobre la voluntad de poner fin a la propia vida, dadas las circunstancias psicológicas en las que esta decisión se toma, y las expectativas de la propia persona sobre la carga que puede estar suponiendo para su entorno. Según los estudios que el Tribunal tuvo en cuenta, no puede asegurarse que este riesgo no sea real: la decisión de cometer un suicidio es frágil, y esto es algo particularmente importante teniendo en cuenta que se

trata de una decisión irreversible. Un porcentaje importante de las decisiones fatales en este ámbito se producen como consecuencia de la autopercepción de la persona como carga para su entorno. Por ello el legislador es libre de regular medidas preventivas que protejan la libertad individual de presiones y, en suma, protejan la vida cuando se está en circunstancias de intenso sufrimiento emocional, lo que nunca es un buen escenario para tomar decisiones. Pero la proporcionalidad no cumple cuando con la prohibición, bajo sanción penal, de prestar servicios profesionalizados de asistencia al suicidio, se elimina de facto el derecho de autodeterminación, que posee, aquí sí, un núcleo esencial intangible para el legislador (§ 273). Efectivamente, cuando el derecho penal no protege la libertad de decisión de la persona, y, por el contrario, la hace imposible, excede los límites de lo que constituye un medio legítimo para proteger la autonomía personal. Toda decisión individual de terminar con la propia vida, basada en el entendimiento de lo que constituye una existencia con sentido vital, debe ser reconocido como un acto de autodeterminación, sobre la base de que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, a través de la autodeterminación y responsabilidad personal, se encuentran en el corazón del sistema constitucional (§274). Esto no impide que el legislador tome medidas generales para prevenir el suicidio, e incluso es obligado que el Estado proteja también esa autonomía personal eliminando deficiencias en los servicios de salud, en particular con la expansión y el fortalecimiento de los cuidados paliativos en orden a contrarrestar los deseos de cometer suicidio que puedan derivarse de la enfermedad (§276). Pero el principio de proporcionalidad no se respeta cuando se crea un delito sobre la base de un peligro exclusivamente abstracto, que impide, de facto, a la persona, un ámbito de autodeterminación suficiente para que no se le comine institucionalmente a llevar una vida que contradice su idea de identidad personal; ya que carecer de la posibilidad de recurrir a los servicios de suicidio asistido supone en la práctica, una reducción tan radical de las posibilidades de realizar esta grave decisión, al eliminarse las posibles alternativas viables, que la hacen imposible (§280).

En el caso del aborto, la sentencia de 28 de mayo de 1993<sup>15</sup> entendió de la constitucionalidad de la ley de 27 de julio de 1992<sup>16</sup>, que daba cumplimiento en lo establecido en el art. 31.4 del Tratado de Reunificación de 31 de agosto de 1990, puesto que, en la antigua República Democrática Alemana regía el sistema de plazos<sup>17</sup> mientras que, en la República Federal, regía el de indicaciones<sup>18</sup>.

La Sentencia de 1993 insistió en la necesidad de declarar contrario a derecho, dado el alto valor de la vida humana en gestación, todo aborto a petición de la mujer durante el primer trimestre. La ley lo declaraba «no contrario a derecho» y al situarse esta calificación en el Código Penal, esto mereció el reproche de inconstitucionalidad, por ser el ordenamiento penal capaz de condicionar conceptualmente el ordenamiento general, dada la función ético-social del Derecho Penal en cuanto protector de los valores esenciales del ordenamiento. Se reafirmaba así la primera Sentencia de 1975 (BVerfGE 39, 1 (44)). El derecho a la vida del nonato no debe subordinarse a una decisión discrecional de un tercero, ni siquiera dentro de un plazo limitado de tiempo, ni siquiera si ese tercero es la propia madre<sup>19</sup>. La

---

<sup>15</sup> BVerfG, Sentencia de la Sala Segunda - 2 BvF 2/90 -, §1-§434. Un análisis completo de la misma en DOMINGO, R. (1995), pp. 323-330. Ver también ZODER, I., (1996), pp. 219-280, y STARK, C. (1993).

<sup>16</sup> Bundesgesetzblatt, 37, 1992, pp. 1398-1404, modificada tras la declaración de inconstitucionalidad en Bundesgesetzblatt 1995, pp. 1049-1057.

<sup>17</sup> Ley de 9 de marzo de 1972 que modificó los arts. 153 a 155 del Código Penal.

<sup>18</sup> Ley de la 15ª modificación del Código Penal de 18 de mayo de 1976 (Bundesgesetzblatt I, p. 1213), que introdujo los arts. 218 y ss del STGB. El embarazo no resultaba punible en casos de peligro de emergencia para la gestante de tal gravedad que no pueda exigírsele proseguir con el embarazo, no pudiendo dicho peligro ser evitado de otra forma razonable. Anteriormente se operó una primera liberalización del aborto por la quinta ley de reforma del Código Penal de 18 de junio de 1974 (Bundesgesetzblatt I, p. 1297) que proponía la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas siempre que la mujer fuera «aconsejada», y a partir de dicha fecha, cuando existiera peligro para la vida o salud de la madre, certificado médicamente, o la probabilidad, también médicamente certificada, de que el feto sufriera un serio e irreversible daño. Esta ley fue objeto de declaración de inconstitucionalidad por no considerar el aborto «contrario a derecho», dado el alto valor de la vida humana en gestación, mediante la sentencia 39 BVerfGE 1 (1975) de 25 de febrero, subsistiendo el sistema de indicaciones en la citada ley, puesto que, aunque el aborto se considere contrario a derecho y deba gozar de protección penal la vida en desarrollo en el seno materno, esto no significa que deba ser penalizado en todo caso, pudiéndose dar determinados supuestos en que los derechos de la mujer y el libre desarrollo de su personalidad configuren una situación de no exigibilidad de otra conducta.

<sup>19</sup> 2 BvF 2/90, §156.

extensión de la obligación de la protección legal de la vida prenatal debe conciliarse con otros derechos y bienes el conflicto, como son la dignidad de la mujer, el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, si bien ha de tratarse de una protección efectiva<sup>20</sup>. Los derechos constitucionales de la mujer no se extienden hasta el punto de que se deje de lado la obligación de llevar a término el embarazo, ni siquiera durante un periodo limitado de tiempo<sup>21</sup>. El derecho a la vida no comienza con la aceptación del nonato por parte de la madre<sup>22</sup>. Sin embargo, esto no significa que no sea posible, y, en ocasiones, obligatorio, para el legislador, garantizar los derechos de la madre mediante la regulación de situaciones excepcionales en que, de acuerdo con el principio de no exigibilidad de otra conducta, pueda llevarse a cabo el aborto sin sancionarlo penalmente<sup>23</sup>. Ahora bien, el juicio de constitucionalidad deberá cerciorarse (nuevamente una intensa atención a los límites) de que dicha legislación protege suficientemente la vida prenatal<sup>24</sup>. El juicio de antijuridicidad general (constitucional y no solo penal) mereció el reproche del voto particular de Bockenförde, que entendió que era incoherente considerar, después del consejo médico, unos abortos como subvencionados, los de las indicaciones, y otros no, los comprendidos dentro de la indicación social (o de urgencia general) que se asimilaba al aborto a petición durante el plazo de las doce primeras semanas. En general, considerar que la antijuridicidad penal establece una antijuridicidad general trae importantes problemas, pues esta ilicitud general ha supuesto la declaración de ilegalidad de todo aborto, pero pudiendo accederse a la financiación pública del mismo en determinados supuestos, en que se trataría, paradójicamente, de un derecho prestacional ilegal (o contrario a derecho-*rechtwidrig*).

A partir de esta sentencia, se distinguieron en Alemania tres tipos de aborto, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica: un aborto ilegal y penalizado, un aborto despenalizado e incluso subvencionado públicamente en los supuestos de las indicaciones,

<sup>20</sup> 2 BvF 2/90, §153.

<sup>21</sup> 2 BvF 2/90, §162.

<sup>22</sup> 2 BvF 2/90, §147.

<sup>23</sup> 2 BvF 2/90, §159, §160.

<sup>24</sup> 2 BvF 2/90, §154, §166, §176.

y un aborto ilegal, y, por ello, no subvencionado, pero no punible, si la embarazada se ha sometido, previamente a su realización, a un asesoramiento en el que se le ofrezca consejo, junto con la necesaria información sobre las ayudas sociales que existen, para que tome su decisión informada, dejando transcurrir un plazo de reflexión de tres días. No obstante lo anterior, a resultas de lo debatido y aprobado en el Bundestag el 24 de junio de 2022, el sistema alemán será previsiblemente modificado. En su acuerdo de coalición titulado «Autodeterminación reproductiva», la coalición gobernante ha anunciado la supresión del artículo 219a para que los médicos puedan «facilitar información pública sin tener que temer ser perseguidos»<sup>25</sup>.

El somero análisis que, de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto y la eutanasia podemos hacer en estas páginas, dan idea de hasta qué punto el uso del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental se hace de modo prudente y sometido a límites<sup>26</sup>. Por una parte, en ningún caso puede prevalecer sin más sobre otros derechos fundamentales en conflicto, como es el caso del derecho a la vida, a cuya protección se ordena el escrutinio para asegurar que el legislador ha regulado verdaderamente un consentimiento libre e informado, o de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios a los que se requiere su intervención<sup>27</sup>.

## V. LA CONTROVERTIDA TEORÍA SOBRE LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES EN DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como hemos apuntado, la forma de razonar de las sentencias que nos ocupan, en virtud del uso resolutorio de los principios de la

<sup>25</sup> Deutscher Bundestag Drucksache 20/1505 20. Wahlperiode 26.04.2022.

<sup>26</sup> No obstante, es preciso apuntar que también la jurisprudencia alemana está encontrando dificultades en definir los límites del libre desarrollo de la personalidad en cuanto derecho sometido a un proceso de ponderación. Véase el caso de la crítica al entendimiento de la libertad general de actuación respecto del derecho al medio ambiente adecuado de las generaciones futuras -BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021- 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270, (Caliess, C., 2021).

<sup>27</sup> §222 de la STC de 26 de febrero de 2020: “Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren deshalb nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Von ihnen gehen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen”.

dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad solo es posible desde el entendimiento, que las sentencias no confiesan abiertamente<sup>28</sup> pero que se desprende sin duda de esta operación integrativa, de que el artículo 10 de la Constitución contiene un derecho fundamental<sup>29</sup>, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento, a diferencia del alemán. En este último, el libre desarrollo de la personalidad no tiene, en cuanto derecho fundamental, un rango superior sino igual a los demás intereses estatales legítimos (Stein, 1973, pp. 218-219; Honerlein, 2022) lo que se complementa con el establecimiento de sus límites mediante la reserva formal a la ley<sup>30</sup>; o el principio de proporcionalidad en la medida en que este vincula al legislador; y esta comprensión y esta prudente utilización se halla siempre presente en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal.

El punto clave por el que el Tribunal integra la «laguna» hasta ahora existente en el sistema constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral para con ello dar cabida al concepto de libertad de decisión –autonomía– creando los derechos fundamentales al aborto y a la eutanasia, es el entendimiento del libre desarrollo de la personalidad como norma de clausura del sistema de libertades, que opera como una suerte de derecho fundamental general de libertad.

En primer lugar es necesario poner de manifiesto que esta operación no es solo interpretativa. Si el constituyente español hubiese deseado dotar al libre desarrollo de la personalidad del rango de derecho fundamental, lo habría hecho, como así figuraba en el texto del anteproyecto, en la sección primera, rubricada «De los derechos fundamentales y las libertades públicas», que comienza en el artículo 15; y hubiera adoptado la sistemática de la Ley Fundamental de Bonn, que considera el derecho general de libertad-autonomía como

---

<sup>28</sup> La cuestión de si el art. 10.1 CE enuncia o no derechos ha recibido un tratamiento elusivo en la jurisprudencia constitucional (JIMENEZ CAMPO, J, op. cit. p. 179); en todo caso, como señala el autor, el art. 10.1 contiene «un elenco de principios, cada uno carente, por su generalidad y abstracción, de supuesto de hecho definible (que) es lo que impide, precisamente, presentar a cualquiera de ellos, en ningún sentido significativo, como “derecho fundamental”» (ibídem).

<sup>29</sup> Y ello, aunque alguna sentencia, lo haya mencionado como tal: STC 92/2013, de 23 de abril, se refiere a él como derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE (FJ 9).

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, el caso de las medidas de vacunación obligatoria contra el coronavirus como límite a la libertad general de acción en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral (Wißmann, H., 2021).

fundamental, posibilitando así la «apertura» de la declaración de derechos mediante esta norma de «clausura» del sistema de libertades.

En general, los constitucionalistas han tratado la «libertad» como valor superior, dimanante del art. 1 de la Constitución. Existe también una diferente proclamación de la libertad y la seguridad, como derecho fundamental en el art. 17 CE, pero se entiende por la generalidad de la doctrina, que este es un derecho de protección frente a interferencias en el ámbito de actuación de la persona, en el sentido físico de privación de su libertad de movimiento, que se acompaña de las garantías constitucionales de la detención y la prisión provisional (García Morillo, 1995, pp. 37 y 42). No obstante, existe doctrina que sitúa la norma de clausura del sistema de libertades en este derecho del art. 17 CE (Freixes Sanjuan y Remotti, 1993, p. 14)<sup>31</sup>. Luis Prieto Sanchis (1990, pp. 160 y ss.) considera, en cambio, que la norma de clausura se encuentra en la libertad de conciencia incluida en las libertades ideológica y religiosa del art. 16.1 de la Constitución.

Que el libre desarrollo de la personalidad no consagra en la Constitución española un derecho fundamental es algo que ha defendido la mayoría de la doctrina (Jiménez Campo, 2008, p. 179; Díez-Picazo, 2003, p. 63; Presno Linera, 2022, p. 25 y Cámara Villar, 2012, p. 65), aunque parte de la misma, por el contrario, ha considerado que dignidad y libre desarrollo de la personalidad consagran derechos autónomos (Gómez Sánchez, 2005, pp. 224 y 228 y Ryszard Kosmider, 2018, p. 696)<sup>32</sup>. Fue especialmente a partir de la STC 120/1990, FJ 11, cuando se estableció la autonomía personal para rechazar ciertos tratamientos terapéuticos, aunque aquí el Tribunal tuvo buen cuidado de decir que la disposición de la propia vida es «manifestación del *agere licere*», un ámbito libre de derecho, en principio, que no queda sometido al derecho penal: lo cual no significa que se convierta automáticamente en un derecho, por lo que, según dicha sentencia, taxativamente se excluía que «del art. 15 CE derive

---

<sup>31</sup> El art. 17.1 de la Constitución comprende «las esferas de autonomía física del individuo distintas de las esferas de autonomía propias de otros derechos de libertad».

<sup>32</sup> Ryszard Kosmider, M., siguiendo a Yolanda Gómez Sánchez, más extensamente, aunque circunscribiéndose a un ámbito concreto, la protección de datos personales en la sociedad de la información, constitucionalizado con el máximo nivel de protección por la Constitución española, en su tesis doctoral *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la sociedad de la información y el conocimiento* (Madrid, UNED, 2019).

el derecho a la propia muerte». También, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional acerca de la esterilización de las personas con graves deficiencias psíquicas y que han sido incapacitadas (obviamente estamos hablando aquí del derecho a la integridad corporal, física y moral), hay doctrina que afirma que existe un derecho de autonomía personal referido al propio cuerpo, y que la libertad de procreación se integra dentro del libre desarrollo de la personalidad (Ruiz Miguel, 1993, pp. 135-165 y Vidal Gil, 1995, p. 139)<sup>33</sup>.

Ahora bien, sin necesidad de transformarlo en ningún derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad como principio, tiene capacidad de limitar una legislación constrictiva que pretenda fundamentarse en consideraciones de paternalismo moral, lo que presupone un respeto a las opciones autorreferentes de la persona, que no supongan daño a terceros, a no ser que otros intereses constitucionales, expresamente reconocidos, consientan, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada Jimenez Campo, 2008, p. 188). Así, la STC 19/2023 en su FJ 6 C. b) iv) –y esto hubiera bastado, en términos generales, para la declaración de constitucionalidad general de la normativa impugnada sobre la eutanasia– señala que

el libre desarrollo de la personalidad protege la configuración autónoma del propio plan de vida (STC 60/2010, de 7 de octubre) radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas –acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»– que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado.

El libre desarrollo de la personalidad como principio también autoriza a considerar vigente (con matices, porque podría contravenir el principio de vinculación de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, ex art. 9.1 CE) el antiguo principio *silentium legis, libertas civium*, de modo que la libertad se extiende en la medida en que no existan prohibiciones legales. A este espacio libre de impedimentos se ha referido el Tribunal Constitucional mediante la

<sup>33</sup> STC 215/1994, FJ2. En este sentido, Ruiz Miguel, A. y Vidal Gil, E.

expresión «principio general de libertad» que se fundamenta tanto en el art. 10.1 CE como en el art. 1.1 CE en cuanto consagra la libertad como valor superior del ordenamiento<sup>34</sup>.

En concreto, y respecto del ámbito de la integridad física y moral en relación con el consentimiento informado a los tratamientos médicos, ya la STC 37/2011 de 28 de marzo, señaló la importancia que tiene este en relación con la autonomía personal, determinante del ejercicio de los derechos del art. 15<sup>35</sup>.

Así pues, el principio del libre desarrollo de la personalidad, como valor superior del ordenamiento constitucional, habilita al Alto Tribunal a considerar que la ponderación que desee hacer el legislador, respecto de los derechos en conflicto –la vida humana–<sup>36</sup> es, en principio, válida, habida cuenta de la importancia de este valor que comprende la autonomía de la persona, en íntima conexión con el valor libertad. El problema será el de señalar correctamente sus límites, cuestión en principio no sencilla, debiendo justificar el legislador cuales son los bienes que limitan o excluyen su aplicación, y en qué circunstancias; y el Tribunal Constitucional controlar si la ponderación que ha efectuado el legislador es adecuada para la protección de todos los intereses en conflicto.

---

<sup>34</sup> SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11; 107/1996, 12 de junio, FJ 9. Más recientemente, v. gr., la STC 132/2019, FJ 6: «El fundamento mismo de la institución del contrato se encuentra ante todo en el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad».

<sup>35</sup> Esta sentencia, que resuelve el amparo interpuesto por un paciente que fue sometido a una intervención médica sin haber recibido información previa ni haber consentido a la misma como prescribe la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica, señala en su FJ 5: «La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental».

<sup>36</sup> La vida humana no es un derecho absoluto –ningún derecho lo es, sino que todos tienen límites, como ya se afirmó en la temprana STC de 8 de abril de 1981– pese a que en algún pronunciamiento así se ha considerado (STC 48/1996 de 25 de marzo, FJ 2).

Esto sentado, claro está que la libertad del sujeto en el ordenamiento no es, sin más, la libertad «a secas»<sup>37</sup>, sino según derecho o en el respeto a la ley «y a los derechos de los demás», como señala el art. 10 CE. En todo caso, la expresión «principio general de libertad» parecería un tanto excesiva, cuando se trata de una libertad residual, que depende del avance o retroceso en la legislación, siempre pensando en reserva formal de ley. Solo así puede entenderse el sistema constitucional, pues si el libre desarrollo de la personalidad se concibiera como una fuente de legitimación del propio arbitrio, al margen del derecho, quedaría en entredicho a la propia autonomía del legislador democrático. Este es uno de los problemas que se plantea si se eleva a rango de derecho fundamental este principio.

#### VI. LAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INNECESARIO RECURSO A LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Acabamos de ver que no era necesario elevar el rango del libre desarrollo de la personalidad hasta configurar un derecho fundamental general de libertad- norma de clausura, puesto que la mera naturaleza del mismo como principio resultaba más que suficiente para configurar un interés constitucionalmente protegido que pudiera, en principio y *a priori*, comportar la limitación del derecho fundamental a la vida (eutanasia) o del bien constitucional de la vida (aborto). Proteger la dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es un fin en todo caso legítimo. Existen varias alternativas legales para la protección del mismo, y ninguna de ellas supone, en principio, su subordinación incondicional de la autodeterminación al bien constitucional o derecho fundamental a la vida<sup>38</sup>. Habida cuenta de lo que puede deducirse del análisis de la historia de la regulación y de las sentencias habidas en España y Alemania, podrían existir tres sistemas de regulación del aborto y la eutanasia: la despenalización, con o sin financiación pública; la consideración del aborto y la eutanasia como derecho

<sup>37</sup> Esta expresión es de la STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.

<sup>38</sup> En el caso del nonato, la vida tiene el rango de bien constitucionalmente protegido; en el caso de la persona que se encuentra inmersa en un contexto eutanásico, se trata de un derecho fundamental.

con rango legal, en todo caso, con financiación pública, y la más extrema, su consideración como derechos fundamentales, con rango constitucional, que es la original posición del Tribunal Constitucional español.

La primera solución compatible con el libre desarrollo de la personalidad, pero arbitrando una protección más intensa de la vida, desde el punto de vista de la normativa penal, es considerar el aborto y la eutanasia como conductas despenalizadas en determinados supuestos excepcionales, en las condiciones y con los requisitos señalados en la ley. Esto solo se ha dado en España respecto de la regulación del aborto, pues la eutanasia activa no ha pasado por un previo sistema de despenalización, en determinados casos excepcionales, pasando directamente de ser un delito a ser una acción penalmente lícita en las condiciones establecidas en su ley orgánica reguladora<sup>39</sup>. Mientras estuvo vigente el sistema de indicaciones en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (1985-2010), el aborto constituía una de las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud<sup>40</sup> y, por tanto, era un derecho prestacional exigible de la administración sanitaria, de nivel reglamentario. Además, en la práctica, se permitía el aborto a petición bajo la indicación de riesgo para la salud psíquica de la madre, que cubría, en realidad, una indicación de carácter económico-social. Una regulación incoherente, puesto que esta interpretación favorecería abortos a petición sin plazo, ya que, con la anterior regulación, la posibilidad de abortar cuando existía grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer gestante no se condicionaba, como es lógico, a plazo alguno, pudiendo realizarse en el momento en que tal circunstancia se produjera (Molina Blázquez y Sieira Mucientes, 2000, p. 108 y pp. 120-125). Pero, en lo que aquí

---

<sup>39</sup> En cuanto a la eutanasia, se ha pasado directamente de una conducta que estaba recogida como delito, a la consideración de la conducta del profesional sanitario implicado, como conducta atípica, por la introducción de una excepción a la exigencia de responsabilidad penal, mediante la técnica de la remisión a la ley, en este caso (Art. 143, nuevo párrafo 5, del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introducido por la Disposición Final primera de la LO 3/2021, reguladora de la Eutanasia): «no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

<sup>40</sup> cfr. ad ex. RD 63/1995 de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

importa, no parece que haya sido incompatible en España una opción despenalizadora en una serie de supuestos o indicaciones, con la protección de la libertad de decisión, incluso con un derecho a exigir una determinada actividad prestacional del Estado, financiada en toda su extensión con fondos públicos. Aunque la mera despenalización desde el punto de vista de la dogmática penal puede presentar algunos problemas sobre la naturaleza jurídico-penal de los distintos casos<sup>41</sup>, en lo que aquí más importa, es preciso señalar que una conducta despenalizada (no contraria a derecho penal) únicamente supone, a

---

<sup>41</sup> Algunos autores consideraban las indicaciones como supuestos especialmente regulados de estado de necesidad justificante, o causas de exclusión de la culpabilidad, o como excusas absolutorias; algunos autores manifestaban la insuficiencia de las categorías dogmáticas tradicionales, desplazando la problemática de la naturaleza jurídica de las indicaciones al ámbito de la tipicidad. Coincidiendo todos en el alto valor de la vida humana, y centrándose en la disminución del contenido de lo injusto que suponen las indicaciones, concluía este grupo de autores que el aborto indicado, independientemente del carácter valioso o desvalioso de la conducta para el ordenamiento en su conjunto, debía quedar fuera del marco del Derecho Penal. Todas las indicaciones contemplan situaciones en que los bienes y derechos en conflicto no son susceptibles de valoración, pues el Derecho no ofrece criterios valorativos suficientemente objetivos, por lo que debe renunciar a valorar estas conductas. En las indicaciones, se está en presencia de un ámbito libre de Derecho (Arthur Kaufmann) (Laurenzo Copello, 1990, pp. 172-176) por lo que no son actos ni lícitos ni ilícitos, desde el punto de vista penal. Aquí destaca también la tesis de W. Sax, que concebía las indicaciones como difíciles situaciones de necesidad que son un límite al poder punitivo del Estado, por lo que son acciones atípicas (Laurenzo Copello, 1990, p. 177). Ahora bien, sigue aquí sosteniéndose que el que una conducta no merezca reproche jurídico-penal no predica nada de su antijuridicidad desde el punto de vista de otras ramas del ordenamiento (como el administrativo-sanitario). También H. L. Gunther considera que son causas de exclusión de lo ilícito penal, por cuanto un comportamiento que en principio es relevante para el derecho penal, deja de serlo en virtud de factores negativos de merecimiento de pena. El menor merecimiento de pena, en conexión con la disminución del contenido de lo ilícito que presupone, es, al derecho penal, lo que el principio de proporcionalidad es al derecho constitucional (Laurenzo Copello, 1990, p. 182 y ss.). Era difícil, y no podemos reflejar aquí la amplitud de este debate en la doctrina penal (Sieira Mucientes, 2000, p. 72-83 y Molina Blázquez y Sieira Mucientes, 2000, pp. 75-120), con esta teoría de los elementos negativos del tipo, encontrar una explicación satisfactoria que permitiese explicar por qué el derecho penal ha de «mirar para otro lado» en conductas que suponen la lesión del bien vida, y no lo hace, por ejemplo, cuando se daña una propiedad, que, en principio, diríase que posee menor «valor»; o por qué, en estos contextos, no es lícito salir en legítima defensa del nonato, cuando es aún posible salvarle la vida (piénsese en la indicación por anomalías en el feto que no son detectables hasta las 22 semanas en cómputo clínico, y en que el aborto consiste en provocar un «parto prematuro» de un bebé que es perfectamente viable en el estadio actual del progreso de la ciencia y la tecnología) (Laurenzo Copello, 1990, p. 319-324).

lo sumo, que el derecho penal no interviene, muy en coherencia con un principio esencial que es el de mínima intervención del legislador penal; sin prejuzgar el carácter lícito o ilícito de la conducta para el ordenamiento en su conjunto, que era precisamente el problema apuntado por Böckenförde en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1993. Una conducta despenalizada puede ser ilícita desde el punto de vista de otras ramas del derecho, pero también ser lícita y configurar un derecho de prestación desde el punto de vista del ordenamiento administrativo sanitario, sea este con rango reglamentario o legal.

La segunda solución que cabe para proteger los derechos y valores en conflicto es la creación con rango legal de un derecho al aborto y a la eutanasia. Y esto es lo que se ha hecho en ambas leyes<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> La LO 3/2021 reguladora de la eutanasia, ya en su Preámbulo, señala: «esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia. Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única»; en su artículo primero, al regular el objeto de la ley: «El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse». Derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir y requisitos de su ejercicio que se regula en el Capítulo II de la Ley Orgánica, y en el art. 10, cuando se ocupa de la Comisión de Garantía y Evaluación, puede leerse inequívocamente la expresión «correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir», configurándolo además como derecho prestacional, en el art. 13: «Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación de ayuda para morir en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley».

Por su parte, la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo señala en su preámbulo: «La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada». En el artículo 3, en su apartado primero, letra a), 2º, entre los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos que los poderes públicos reconocen «especialmente» «los derechos reproductivos y el derecho a la maternidad libremente decidida». A lo largo de toda la ley se contienen, asimismo, referencias a los «derechos sexuales y reproductivos» y a la «salud sexual y reproductiva» derecho a la asistencia integral especializada y accesible, derechos laborales vinculados a la maternidad. En especial, el artículo 12, titulado «Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo», se habla del «derecho» al libre desarrollo de la personalidad: «Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y

Sin embargo, las sentencias que nos ocupan no se han conformado únicamente con declarar constitucionales tales derechos de configuración legal<sup>43</sup> sino que, como hemos venido sosteniendo en estas páginas, han ido un paso más allá, introduciéndolos de lleno en el

moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación». Asimismo, en el 13 bis, se hace una mención explícita al «derecho a la interrupción voluntaria del embarazo», cuando se refiere a las menores tuteladas por las entidades públicas de protección; en el 18 bis, al desarrollar las garantías de acceso a la prestación, se menciona este derecho ya de modo general, y de modo aún más claro, en el art. 24: «Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley orgánica».

Lo más destacable de la ley es que se sustituye el sistema de indicaciones (art. 417 bis del Código Penal) supuestos en que el aborto se despenaliza en presencia de circunstancias y con los requisitos establecidos, por un sistema de plazo, establecido clara y contundentemente en el art. 14: «Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada». Junto a ello, el art. 15 regula la interrupción por causas médicas, en las que se recogen la anterior indicación por riesgo para la vida o salud física o psíquica de la mujer, que no tiene plazo pues existe la posibilidad de interrumpir el embarazo en el momento en que esta problemática se plantee o emerja, y la indicación de graves anomalías en el feto, para la que se impone el plazo de 22 semanas, acompañándose con una nueva circunstancia, la emergencia de grave o incurable enfermedad en el feto, que ha de ser reconocida por un especialista, y que tampoco tiene plazo. La anterior indicación por embarazo consecuencia de un hecho constitutivo de delito, se elimina puesto que queda esta hipótesis subsumida en el art. 14 que permite el aborto libre durante las 14 semanas.

<sup>43</sup> En contra, MONTALVO JAASKELAINEN, F. (2023) que considera que tras la STC 19/2023 el derecho a la eutanasia puede seguir considerándose como un derecho no fundamental sino un derecho subjetivo prestacional de mera configuración legal, pp. 191-209. En sentido concordante con él, ORTIZ FERNÁNDEZ (2022), p. 86, dándole el mismo tratamiento que al consentimiento informado de la ley 41/2002. No obstante, y pese a esa naturaleza de «derecho de configuración legal» también declarada formalmente en la STC 44/2023, respecto del aborto, en estas páginas se ha defendido que las Sentencias 19 y 44 han ido bastante más allá, y prueba de ello es que ya se ha admitido un recurso de amparo y se ha apreciado vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, por dificultades de acceso a la prestación, en la STC 78/2023, de 3 de julio, FJ5: «Para poder apreciar su vulneración es preciso que la previsión legal incumplida incida directamente en el ámbito tutelado por este derecho fundamental, lo que sucederá tanto en los casos en los que no se respete el ámbito de libertad que el legislador otorga a la mujer para que pueda adoptar de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación [STC 44/2023, FJ 3 D)], como en aquellos en los que se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica. En consecuencia, en aquellos casos en los que no se respeten las previsiones legales que tienen como objeto proporcionar garantías para que la mujer pueda tomar esta decisión libremente, con pleno conocimiento de causa y con todos los elementos de juicio necesarios, así como aquellas que tienen como finalidad asegurar que la prestación de la interrupción del embarazo se va a efectuar con respeto

ámbito de protección del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE.

Por lo anterior, puede comprenderse que el inusual activismo del TC, que eleva al rango de derecho fundamental las decisiones personales sobre el aborto y la eutanasia, no resulta en absoluto necesario para la protección, en toda la extensión que el legislador, dentro de su libertad de configuración, considere conveniente, siempre de modo justificado, tanto de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante durante los plazos y en las circunstancias establecidos para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, como de la persona que se encuentra en un contexto eutanásico que decida poner fin a la propia vida. Y no es necesaria porque no consagrar el aborto y la eutanasia como derechos fundamentales en modo alguno equivale a prohibir su ejercicio o a considerarlo ilícito, como en sendas sentencias viene a darse a entender, a mi juicio, de forma incorrecta.

Respecto del aborto, por ejemplo, se dice

una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE. (STC 44/2023, FJ 3B).

Con ello se está excluyendo una regulación despenalizadora, de indicaciones o supuestos, que se ha considerado perfectamente legítima (STC 53/1985) hasta la STC 44/2023; y no se entiende a comprender que la legislación de plazos sea ahora la única constitucionalmente válida para no lesionar el derecho del art. 15 CE a la integridad física y moral en su nueva extensión. Resulta muy forzado, y falaz, decir que el aborto en todos los supuestos resulta necesario para evitar un menoscabo en la integridad física o moral de la mujer. Resulta mucho más natural y real decir que, salvo peligro para su vida o su salud física y psíquica, es el proyecto vital de la mujer el que se encuentra comprometido ante un embarazo no deseado, su

---

de los derechos fundamentales de la mujer, la vulneración legal conllevará también la del derecho fundamental afectado».

autonomía personal, el libre desarrollo de su personalidad, que es lo que realmente está aquí en juego.

De hecho, así se reconoce en la sentencia (y de modo aún más contundente en el voto particular de la magistrada M<sup>a</sup> Luisa Balaguer): que el conflicto entre la vida prenatal y el derecho a la integridad física o moral de la mujer solo se produce en la indicación terapéutica (FJ 4 c)), pero en los supuestos restantes, el conflicto se produce realmente entre la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Así se indica también en el FJ 5 iv) en el que la sentencia considera que durante las 14 primeras semanas (16 en cómputo clínico) existe el «derecho de la mujer a decidir sobre su propio sustrato corporal y su proyecto de vida», pues la vida prenatal se encuentra en un estado hipotético o potencial:

El reconocimiento de un ámbito de libertad a la mujer para decidir en la fase inicial de su embarazo resulta necesario para la efectividad de sus derechos constitucionales, en concreto, de su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), que «limitan la libertad de configuración del legislador». (FJ 5. iv).

Por otra parte, al justificar la indicación embriopática, (FJ 7 B) a)) se dice:

el canon aplicable al juicio de constitucionalidad de la ley orgánica 2/2010 difiere de manera sustancial del marco diseñado por la sentencia 53/1985. Dentro del nuevo marco expuesto a lo largo de esta resolución la legitimidad constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo encuentra sustento, con carácter general, en el derecho fundamental de las mujeres a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)” (...) «no solo encuentra su legitimación constitucional en la exigibilidad de otra conducta desde el punto de vista jurídico-penal, sino también en la excepcional afectación de los derechos constitucionales de la mujer que deriva de la detección de tales anomalías en el feto». (...) «El libre desarrollo de la personalidad, como principio dotado de un valor preferente por el artículo 10.1 CE, experimenta una afectación adicional en estos casos que legitima que se conceda a la mujer embarazada un

plazo superior a las 14 primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo. Solo así se garantiza adecuadamente que la decisión que adopte pueda tomar en cuenta la probable presencia de anomalías fetales y las eventuales consecuencias vitales anomalías para sí misma y para su hijo o hija (discapacidad que podría llegar a tener su hijo o hija, incidencia de esa discapacidad sobre su desarrollo y calidad de vida, ayudas o recursos públicos de apoyo a la discapacidad con que podría contar, etc.

Es el libre desarrollo de la personalidad lo que justifica, asimismo, según se afirma en el apartado b) del mismo fundamento jurídico, el aborto, incluso después de las 22 primeras semanas de gestación, respecto de la indicación por enfermedad grave e incurable en el feto en el momento del diagnóstico, y, por tanto, la decisión de muerte de un ser humano viable, en lugar de un parto pretérmino acompañado con las correspondientes medidas de protección de menores.

Por tanto, el legislador, en el sistema de plazos, otorga un mayor peso a la autodeterminación sobre el bien constitucional en conflicto, la vida prenatal; opción que es posible, *a priori*, lo que requerirá posteriormente, por parte del Tribunal, el oportuno análisis en torno a sus límites, particularmente, si existe suficiente protección de la vida prenatal. Pero también sería respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad la alternativa de proteger la vida prenatal mediante un sistema de supuestos, configurados de un modo suficientemente amplio para que, con una protección penal a la vida prenatal mayor de la que supone el sistema de plazos, ninguna mujer se vea obligada a continuar con un embarazo no deseado, si realmente es no deseado, es decir, si presta un consentimiento realmente informado.

De modo similar, respecto de la eutanasia, parece entenderse que una prohibición penal general, incluso con un sistema de despenalización en supuestos excepcionales o indicaciones, podría abocar a permitir muertes degradantes:

De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos –en primer término, al legislador– permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para

ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno –mediante la prohibición o la ausencia de regulación– a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE. STC 19/2023, FJ 6. C) d) iii).

Curiosamente, aunque en el FJ 6 D) a), se dice: «No nos corresponde, por lo tanto, analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida», inmediatamente, entre paréntesis, añade, decantándose por una de las posibles opciones legislativas, la de la legalización, como la única compatible con la Constitución:

(que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso)

Pues bien, descartar un sistema de prohibición penal general y despenalización de unos supuestos, como hace el Tribunal Constitucional, está en contra de una solución no solo posible sino establecida en los ordenamientos de nuestro entorno: en ninguna resolución internacional se proclama el derecho a la eutanasia ni el derecho al aborto como fundamental, sino que únicamente se recomienda su despenalización habida cuenta de la importancia de los bienes y valores que subyacen en el conflicto y que merecen protección. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido una posición muy prudente<sup>44</sup>. En *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, se afirmó que la prohibición, sancionada penalmente, de prestar auxilio al suicidio deseado por un enfermo terminal no vulneraba la prohibición de tortura ni el derecho a la intimidad de los artículos 3

<sup>44</sup> DOMINGO GUTIÉRREZ (2022), pp. 11 y ss.

y 8 del convenio europeo de derechos humanos; y la STEDH *Haas c. Suiza* de 20 de enero de 2010, afirmó que si bien el artículo 8 del convenio cubre el derecho a decidir el momento de la propia muerte, de ello no se sigue que exista una obligación positiva del Estado de facilitar los medios necesarios y recuerda que en Europa no existe un mínimo consenso en esta materia. Ni siquiera la reciente STEDH *Mortier c. Bélgica* (2022), pese a citarse por el TC en la sentencia 19/2023, constituiría un precedente válido, pues en este caso se trataba de una eutanasia practicada a petición de una persona con trastornos psiquiátricos (una profunda y larga depresión pero no una enfermedad física terminal, crónica e invalidante) y conforme a una legislación que no establecía un sistema de verificación previa. En todo caso en *Mortier* se sigue afirmando que no es posible deducir del Convenio un derecho a morir<sup>45</sup>. Como pone de manifiesto el voto particular de la magistrada Concepción Espejel en ambas sentencias, ninguno de los tratados internacionales suscritos por España contempla el derecho al aborto ni a la eutanasia, por lo que no se ajustan a la realidad las afirmaciones que se hacen respecto a una interpretación evolutiva de la Constitución, en relación con esta supuesta construcción internacional de un derecho al aborto o a la eutanasia. Que sean derechos públicos subjetivos, en el sentido de exigibles mediante prestaciones de naturaleza pública, no predica nada de su «fundamentalidad» en el sentido constitucional del término, como a la vista está si se conoce la historia de la regulación del aborto en nuestro país. Tampoco configuran el aborto y la eutanasia como derechos las sentencias del TEDH<sup>46</sup>, por

---

<sup>45</sup> REY MARTÍNEZ, 2023, p. 576.

<sup>46</sup> Lo máximo que llega a afirmarse, respecto del aborto en *Tysiack c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007 es que «la legislación que regula la interrupción voluntaria del embarazo afecta al ámbito de la vida privada, por la estrecha vinculación que se establece entre la mujer y el feto en desarrollo; a continuación, señala que si el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco legal correspondiente de manera que limite en realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención», pero no establece un derecho al aborto. PRESNO LINERA, M.A., *Libre desarrollo de la personalidad...*, op. cit, p. 163. En relación con la eutanasia, *Haas c. Suiza* de 20 de enero de 2011 señala que el derecho de una persona a acabar con su vida, siempre que él o ella esté en disposición de formar libremente su propio juicio es uno de los ámbitos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 del convenio (y en el mismo sentido Gross contra Suiza de 14 de mayo de 2013). *Haas c. Suiza* lo más que llega a afirmar (párrafo 54) es que el derecho a la vida protegido por el artículo 2 del convenio obliga a las autoridades internas a impedir a una persona que se quite la vida si su decisión no se produce libremente y con pleno

lo que su mención es superflua respecto a la construcción del derecho fundamental de autodeterminación que, a partir del libre desarrollo de la personalidad, se opera en las mismas: en absoluto dimana esta construcción de sentencia alguna en el ámbito internacional o comparado. En este último ámbito, puede destacarse, pero en sentido inverso, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al* (597 U.S. (2022)) de 24 de junio, que reconoció, en contra de lo establecido en *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) y en *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833 (1992))<sup>47</sup>, que la aprobación del aborto en ambas sentencias había comportado un exceso de jurisdicción, pues la cláusula del «Debido proceso» de la Decimocuarta enmienda, como norma de clausura del sistema de libertades en la Constitución norteamericana, no puede amparar la creación jurisprudencial de tal derecho al aborto, pues este no constituye un derecho implantado en profundidad en la tradición y en la historia de la Nación; por lo que esta creación jurisprudencial está en contra del principio de separación de poderes, y la Corte Constitucional decide, por tanto, devolver la competencia que corresponde a los legislativos de los Estados federados<sup>48</sup>.

---

conocimiento de causa; por lo que, a sensu contrario, en una interpretación lógica, tal obligación no existiría en caso de que se obre de manera libre y consciente; pero llegados a este punto cabe preguntarse si además del derecho a que «nos dejen morir» podría invocarse un derecho a que nos ayuden a morir, bien sea facilitando los medios, caso de suicidio asistido, o bien con la intervención de una persona que provoca la muerte a quien lo ha pedido, es decir, la eutanasia activa directa. Pero el salto a este derecho es cualitativamente importante y aún no se ha producido en el ámbito del TEDH; de hecho, es uno de los problemas más arduos de la ciencia penal, según Roxin. (Presno, p. 79-80). El TEDH escinde «los derechos procesales al aborto» (las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para hacer efectivo ese derecho) y el derecho sustantivo al aborto, el cual no se entiende integrado en el derecho a la vida privada, y asimismo, deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en la cuestión del aborto (GONZÁLEZ MORENO, J.M. (2021), 181; CARMONA CUENCA, E., (2018), 331, ERDMAN, J.N., 2014).

<sup>47</sup> Sobre la posición constitucional del aborto en Estados Unidos, SIEIRA MUCIEN- TES, (2000), pp. 106-112; RUBIO LÓPEZ 2023, pp. 7-15.

<sup>48</sup> “We hold that *Roe* and *Casey* must be overruled. The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely—the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty.” Was-

VII. LA PONDERACIÓN QUE LAS SENTENCIAS HAN EVITADO HACER: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA MUJER EMBARAZADA Y EL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN CONTEXTOS EUTANÁSICOS Y EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Cuando se eleva la autodeterminación al rango de derecho fundamental, lo más complicado, como se ha venido diciendo, es encontrar sus límites. Es algo que se ha visto también en las sentencias que nos ocupan. Una vez creado el derecho fundamental de autodeterminación, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, han renunciado a ponderarlo para encontrar sus límites, en concreto, en la legislación cuestionada, por lo que no se justifica suficientemente en la sentencia la prevalencia de este sobre la vida, sea esta considerada un bien constitucionalmente protegido por el art. 15 CE en el caso del nonato, o un derecho fundamental en toda su extensión, la persona que solicita la eutanasia activa. En definitiva, no existe un control de que el legislador haya arbitrado un sistema de protección suficiente de la vida humana, soporte de los restantes derechos, en estos contextos<sup>49</sup>. Tampoco se ha ponderado el conflicto con el derecho de los profesionales implicados a no realizar actos conducentes al resultado moralmente conflictivo para los mismos, es decir, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, un derecho, por cierto, bastante extendido en la sanidad pública española<sup>50</sup>. Empezaremos por este último.

---

*hington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997) (internal quotation marks omitted). *The right to abortion does not fall within this category (...) It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives*". También, ya en *Washington et al. v. Glucksberg et al.* (521 U. S. 702 [1997]) se rechazó que un supuesto derecho a cometer suicidio que incluya un derecho a ser asistido para hacerlo tenga «algún lugar en las tradiciones de la Nación americana, dado el rechazo continuo y firme del país, casi universal, de tal derecho, incluso para enfermos terminales, adultos y en posesión de sus facultades mentales. Para admitirlo tendría que revertir siglos de doctrina y práctica jurídicas, y echar abajo las opciones políticas de casi todos los estados de la Unión» Martínez López-Muñiz, J.L., 2021, p.66). Un extenso comentario sobre Dobbs en Rubio López (2023).

<sup>49</sup> «La vida es el derecho fundamental y troncal sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3 y 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, entre otras).

<sup>50</sup> BOSCH VALERO, J.A., El aborto en España [Guía jurídica práctica de la interrupción voluntaria del embarazo], 1ª ed., abril 2023, Cap. V, nota 190.

a) *La objeción de conciencia sanitaria*

En otro lugar hemos defendido la existencia de un derecho fundamental a comportarse de modo acorde con los imperativos de conciencia, como parte del contenido esencial del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE, y sin perjuicio de las limitaciones de este que se establezcan legal o jurisprudencialmente<sup>51</sup>. Sin detenernos a analizar lo que ha ocurrido en la jurisprudencia del TC con otras «objeciones de conciencia», pues la extensión de este trabajo no lo permitiría (Sieira Mucientes, 2000, pp. 34-56), en concreto, lo indiscutible es que esta modalidad de objeción ha sido declarada como un derecho fundamental por la STC 53/1985 en su FJ 14, en que se ponía de manifiesto que la objeción podía ejercerse incluso en ausencia de normativa reguladora, pues la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales:

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

En ninguna sentencia, ni siquiera en estas dos últimas, 19 y 44 de 2023, el TC ha revisado esta doctrina, aunque la ha sometido a nuevos límites a resultas de la creación de dos nuevos derechos fundamentales en conflicto con este. Si el libre desarrollo de la personalidad tiene como límite constitucional el respeto a los derechos de los demás, esta cuestión hubiera debido contar con una ponderación expresa. Nada hubiera obstado a que se hubiera hablado de la doctrina de la «acomodación razonable» (*reasonable accommodation*), muy

<sup>51</sup> Sieira Mucientes, S. *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Madrid, 2000, 340 págs. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-TORRÓN, (2023) habla del «derecho fundamental a no matar» (pp. 23-36); Cfr. También, Leyva Curiá, S., *Participación política y derecho a la objeción de conciencia al aborto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Existe discusión doctrinal al respecto, por todos, Gómez Abeja, L., *Las objeciones de conciencia*, Madrid, CEPC, 2015, 464 págs.

practicada en la Administración sanitaria en nuestro país, y que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha consolidado con firmeza en torno a las muchas objeciones de conciencia en el ámbito profesional de las que ha tenido que ocuparse (Sieira Mucientes, 2000, pp. 117-134). Esta doctrina se ha ratificado asimismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>52</sup>. No es lo mismo decir que la objeción se limita a los profesionales directamente implicados<sup>53</sup>, que decir que cubre los actos directamente conducentes al resultado prohibido por la conciencia personal, que es lo que el núcleo esencial del derecho de objeción realmente cubre: aquellas actividades incompatibles o conflictivas con la conciencia personal, que no podría mantenerse en el puesto de trabajo realizando dichos actos sin sufrir un quebranto moral de la máxima gravedad, el horror a terminar con una vida humana, subyacente en las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE) especialmente en el caso de las profesiones sanitarias, y muy particularmente, en la profesión médica<sup>54</sup>. También los profesionales sanitarios poseen, en la terminología de la sentencia, que aquí se critica, “un derecho de autodeterminación personal”, pero en este caso cuenta con cobertura constitucional formal en dichos derechos fundamentales, desde la STC 53/1985. De nada sirve poseer unas determinadas convicciones, sean estas ideológicas o religiosas, si

---

<sup>52</sup> En la sentencia *Bayatyan c. Armenia*, 7 julio 2011, de Gran Sala, se dio un importante giro en la jurisprudencia del Tribunal en materia de objeciones de conciencia: en ella se afirmaba, entre otras cosas, que una injerencia en la libertad de conciencia de la persona no podía considerarse «necesaria en una sociedad democrática» –requisito exigido por el art. 9.2 CEDH– cuando existen medios alternativos que permiten cumplir con el fin perseguido por la normal legal objetada y que al mismo tiempo respetan la opción de conciencia del objetor (Cfr. R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, (2012) 54; 103-105. También J. Martínez-Torrón, (2012), 384-385; 2020.

<sup>53</sup> Cfr. NAVARRO-VALLS, R y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., (2022), pp. 106-112.

<sup>54</sup> En concreto, en el ámbito sanitario, este derecho no solo se ha proclamado expresamente por el Tribunal Constitucional, sino que está muy extendido en la profesión, por el horror moral que puede significar terminar con una vida humana, siendo así que el juramento de Hipócrates preside el Código deontológico del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. En este sentido también ORTIZ FERNÁNDEZ (2022), p. 15 y 91, plantea que el reconocimiento de la eutanasia activa directa ha supuesto un giro en la *lex artis* sanitaria que «provoca que podamos plantearnos si estamos ante una nueva edad de la medicina» (...). «Los médicos, al margen de la objeción de conciencia, tendrán el deber de practicar unas actuaciones que, a priori, pueden resultar atentatorias de la propia deontología de la profesión».

no se permite comportarte de acuerdo con las mismas, en el ámbito profesional sanitario, en el que señaladamente son también prioritarias las normas deontológicas de la profesión. Cuando la ley de salud sexual y reproductiva limita la objeción «a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia» está imponiendo un límite *a priori* que se compatibiliza mal con el derecho declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, y además, deja fuera del derecho, sin justificación alguna, a otros profesionales que pueden tener un conflicto de la máxima gravedad con sus convicciones de conciencia: piénsese en el personal de limpieza cuya actividad es imprescindible para dejar el quirófano en condiciones de practicar la intervención<sup>55</sup>. Piénsese en el personal auxiliar o de enfermería que debe ajustar un gotero, acto directamente conducente al resultado prohibido por la conciencia personal, o que debe trasladar unos restos fetales, en casos de abortos posteriores a la semana 22, perfectamente viables, puesto que se trata de partos pretérmino. Baste recordar aquí la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares de 13 de febrero de 1998<sup>56</sup>, que garantizó el derecho a la objeción de conciencia a 16 matronas (ATS en el Hospital del INSALUD de Son Dureta, en Palma de Mallorca), que se negaron a participar en los siguientes actos: ingreso de la paciente, instauración de vía venosa y analgesia, control de la dosis de oxitocina, control de la dilatación del cuello del útero y control de las constantes vitales en todo el proceso. El manejo de los restos fetales tras la intervención fue lo que originó esta objeción masiva, concretamente el hecho de que, a pocos metros, la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales albergase habitualmente bebés de peso similar al de los fetos abandonados hasta morir por hipotermia en los quirófanos en los que se practicaban los abortos.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, pese a declarar que

---

<sup>55</sup> Como fue el caso de Elaine Tramm, a quien se garantizó su derecho a la objeción de conciencia en *Tramm v. Porter Memorial Hosp.*, 128 F.R.D. 666 (1986). SIEIRA MUCIENTES (2000), pp. 131-134.

<sup>56</sup> Sentencia núm. 58/1998 de 13 febrero. Repertorio Jurisprudencia Aranzadi (AS 1998\393).

la ley ha de armonizar el derecho del objetor con la garantía de la prestación por parte de los servicios de salud y con los derechos de la mujer embarazada que pueden verse comprometidos en estos casos. Y en dicha armonización goza del legislador de libertad de configuración dentro de los límites impuestos por la Constitución

no entró realmente a la ponderación con la libertad ideológica y religiosa, sin justificar, pues no se aplica el principio de proporcionalidad, cual es la razón de excluir *a priori* a este personal y a estos actos de la cobertura del derecho fundamental, sabiendo que la limitación de los derechos solo es posible si no se encuentra una alternativa viable y menos gravosa para proteger la finalidad en conflicto, que es asegurarse la suficiente cobertura de las prestaciones en el Sistema Nacional de Salud. En este contexto, si es posible acomodar las tareas en el servicio respetando las convicciones de conciencia de este personal y relativas a estos actos, no está justificada dicha exclusión, vulneradora del derecho del art. 16 CE. La objeción de conciencia es un fenómeno muy extendido en la sanidad pública. Sin embargo, la prestación del servicio se ha venido en todo caso garantizando, mediante la organización de los servicios por parte de las direcciones competentes, mediante las razonables acomodaciones; incluso con el recurso a los convenios de reconducción a clínicas privadas, cuando ha sido preciso, sin merma de su financiación pública.

Así pues, la ley, para ser respetuosa con el derecho de objeción, debería haber sustituido la expresión «profesionales directamente implicados» por «los actos directamente conducentes o necesarios para la intervención». Asimismo, la obligatoriedad de la creación del registro de objetores, es bastante discutible: no es necesario para la organización de los servicios, sino que resulta mucho más efectiva la comunicación de la objeción a la dirección de cada centro en particular<sup>57</sup>. De hecho, incluso es de suponer que, en el caso de la eutanasia, pueda ser contraproducente. Existen muchos casos en que no es posible objetar «previamente» con carácter general, puesto que la objeción va a concretarse únicamente en el caso a caso, dada la enorme multiplicidad de supuestos que la eutanasia activa, con su enorme casuística, va a desplegar. Obligar a objetar previamente y

---

<sup>57</sup> DOMINGO GUTIERREZ, 2022, pp. 18-21.

con inscripción registral supondrá, con toda seguridad, una objeción mucho más amplia que la que realmente se produciría si se permitiera un ejercicio más flexible de la misma (comunicación a la dirección del centro, llegado el caso) y todo ello, sin merma comprobable o justificada para la organización del servicio y para que quede cubierto en la práctica.

Este delicado análisis no se aprecia en las sentencias, que han evitado introducirse en el mismo, ni siquiera para dejar en evidencia la incoherencia regulatoria entre ambas leyes, puesto que una regula la objeción en un precepto orgánico (en la eutanasia) mientras que en el caso del aborto queda reconducida a los preceptos que no poseen forma orgánica (en la Ley de salud sexual y reproductiva<sup>58</sup>) dejando entrever una aproximación «sospechosa» y por tanto, restrictiva, hacia un derecho fundamental del máximo rango de protección que se deriva de la STC 53/1985, de la que la jurisprudencia que analizamos dice no apartarse<sup>59</sup>.

#### *b) El consentimiento informado*

Tampoco el análisis del consentimiento informado se ha llevado a cabo con profundidad, y ello, pese a que es la base del derecho de autodeterminación:

Debido a su fundamento constitucional, este específico derecho de autodeterminación tiene como presupuesto que su ejercicio responda a la decisión libre y consciente de su titular. Resulta aquí plenamente aplicable, por ello, nuestra ya reseñada doctrina sobre la

---

<sup>58</sup> Arts. 19 bis y 19 ter en relación con la disposición final decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo continúa recogiendo la objeción en un precepto ordinario, al igual que lo hacía su predecesora, LO 2/2020, art. 19 en relación con la DF tercera. En el caso de la eutanasia, el art. 16 en relación con la Disposición final tercera de la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia tiene carácter orgánico.

<sup>59</sup> En sentido concordante, mucho más extensamente, cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Eutanasia y objeción de conciencia*, ed. Palabra, Madrid, 2022, 160 páginas; MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO-ESTARELLAS, M.J., (coords) (2023) *Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, Iustel, 589 págs, especialmente MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de conciencia y derecho fundamental a no matar» pp. 30-36.

información previa y el consentimiento informado como mecanismos de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, con ello, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, de modo que su omisión o defectuosa realización puede suponer una lesión de tales derechos fundamentales (STC 37/2011, FJ 5). (FJ 6 C, d) ii)) STC 19/2023)

Además, tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo, es la única protección efectiva durante el plazo de las primeras catorce semanas en que cabe el aborto a petición, tras un periodo de reflexión de tres días, una vez entregado el sobre cerrado con la información relevante para prestar dicho consentimiento. Protección efectiva que resulta obligada para el Estado en virtud de lo dispuesto en la STC 53/1985, que estableció en su FJ 5:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) (...) De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

A tenor de lo anterior, el FJ 7 de dicha STC 53/1985 señalaba que, si bien del artículo 15 de la Constitución no cabía derivar la titularidad del derecho a la vida del concebido y no nacido, tampoco se podía concluir que este careciera de protección constitucional, que se sustenta en que la vida en gestación es un bien constitucionalmente protegido, lo que

implica para el Estado con carácter general 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.

En su fundamento jurídico 9 recuerda también esta sentencia que

El vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social (...) posee características singulares que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus.

Este modelo gradual de protección de la vida prenatal fundamenta el sistema de plazos en la sentencia 44/2023. Se señala que la tutela penal sigue vigente durante las primeras catorce semanas, en que es posible el aborto libre a petición de la mujer, en los arts. 144, 145 y 145 bis del CP en los supuestos en que la interrupción del embarazo se lleva a cabo sin respetar las condiciones y requisitos establecidos en la ley orgánica. También se señala que existe protección de la vida prenatal en este periodo mediante el modelo social, asistencial y sanitario-preventivo que diseña la ley y mediante las políticas públicas de promoción de la sexualidad responsable y de apoyo de la maternidad. Aunque el principio de proporcionalidad no vincula al legislador del mismo modo que a los tribunales, sino de un modo matizado, es el único canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, en su versión de prohibición de protección deficiente. Se echa en falta un análisis pormenorizado del balance de intereses que ha operado el legislador, especialmente en materia de consentimiento informado de la mujer gestante, que es el que justifica que el aborto tenga lugar en las condiciones que establece la ley, y, por tanto, se despenalice su práctica; de hecho, con la técnica de la remisión a la ley y el tipo penal en blanco, el art. 145 CP tipifica como delito el incumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos en la ley orgánica. En el recurso se hizo notar que el art. 17.2 de la

ley orgánica podría resultar ineficaz en materia de consentimiento informado por cuanto se establece que se haga entrega de la información en un sobre cerrado, con toma de constancia de la fecha de la entrega, a efectos del cómputo del plazo a partir del cual el aborto puede practicarse. Lo cual no implicaba que la información llegase a conocerse, como se hizo notar en el recurso, junto con el inciso legal de que «podrá ser ofrecida, además verbalmente, si la mujer lo solicita», que no ofrecía, tampoco, garantía de que la mujer prestase su consentimiento informado. De hecho, en el caso del aborto, en la ley se exigen menos garantías que en la renuncia a la información previa al consentimiento en general a cualquier otro tratamiento, a tenor de lo que dispone el art 9.1 de la ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que obliga a una constancia documental de la renuncia. Debió razonarse en la sentencia por qué este sistema de posible inoperancia real de la información que otorga validez al consentimiento, no constituye una desprotección de la vida prenatal, no sustituible, desde luego, (sin negarles importancia) por políticas de educación sexual y promoción de la maternidad, porque estas dependen de una *interpositio legislatoris* adicional y futura; pero solo se alcanzó a justificar que el sistema es válido para no generar presiones externas a la decisión de la mujer, que, por excesivas, puedan resultar indebidas, sobre todo porque, de modo incoherente con ello, la sentencia afirma:

El sistema diseñado por la Ley Orgánica está orientado a garantizar que la mujer tenga a su alcance la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantearle. El modo en que se ha regulado la puesta de esta información a disposición de la mujer cumple dicho objetivo sin generar intromisiones ilegítimas, en cuanto excesivas, en los derechos fundamentales. Por lo demás, los preceptos aquí analizados contienen la previsión legal específica de que la información recogida en el art. 17.2 sea ofrecida verbalmente a la mujer si esta así lo solicita.

Mal puede consentirse con conocimiento de causa si se renuncia a leer la información entregada por escrito, y si para evitar presiones externas no se cerciora el legislador de que la información se conozca, mal puede hablarse de consentimiento informado, libre y maduro. Máxime cuando el interés en pugna con la vida prenatal es únicamente el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, que parece no conocer límites, a tenor de la renuncia a la ponderación que se produce en este punto.

Aun es más grave la cuestión de la renuncia a la ponderación del consentimiento para formular la petición de eutanasia activa en el caso de las personas en situación de incapacidad de hecho, respecto de las cuales la ley orgánica 3/2021 dispone que solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación de ayuda para morir si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2), quedando el médico responsable obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente (art. 9).

El artículo 11 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre define el testamento vital o documento de instrucciones previas, como aquel documento mediante el cual

una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta su voluntad anticipadamente, para que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le resulte posible expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

Existen diversos modelos en cuanto al alcance y contenido de este tipo de documentos establecidos en las diversas comunidades autónomas, habida cuenta de la competencia en la materia que estas poseen. El voto particular del magistrado Enrique Arnaldo da cuenta de las regulaciones autonómicas y de las formas de otorgamiento de estos documentos, ante notario, ante testigos o ante el funcionario habilitado del registro autonómico o el funcionario del servicio de salud correspondiente. Pero en ningún caso, según establece este voto particular, se adoptan las garantías suficientes para asegurar que

quien toma la decisión de incluir en ese documento una solicitud de eutanasia activa, para el caso de que en el futuro concurra una determinada contingencia, se encuentra en plenitud de facultades para ello y ha obtenido previamente la información precisa sobre las opciones terapéuticas o paliativas que le puede ofrecer como alternativa el sistema de salud, por lo que es la ley orgánica 3/2021 la que suscita este problema. Además, si transcurre mucho tiempo desde el momento en que se suscribió el testamento vital, no existe garantía alguna del mantenimiento de tal decisión, ni de su carácter informado a la luz de la evolución que, desde entonces, hubiera experimentado la ciencia; como señala también la magistrada Concepción Espejel en su voto particular, ni siquiera se excluye que el documento fuera otorgado cuando la persona aún no sufriera ninguno de los padecimientos que en un momento posterior pudieran justificar la solicitud de ayuda para morir, de modo que, cuando lo otorgó, carecería de información sobre su proceso médico, sus posibles alternativas en el momento en que pudiera plantearse la eutanasia y desconocería sus posibilidades de acceso a cuidados paliativos y prestaciones, que, bien por el avance de la ciencia médica o por el transcurso del tiempo, podrían haber variado. La ley regula, además, una presunción de mantenimiento de la voluntad de optar por la eutanasia por el mero hecho de no haber revocado el documento, estableciendo así una presunción a favor de la eutanasia y contraria al derecho a la vida. Adicionalmente desaparece la exigencia de la reiteración de la petición que es un requisito indispensable, según la ley, para los pacientes que poseen plena capacidad.

Por otra parte, no se exige que la persona que presente la solicitud tenga parentesco o vinculación alguna con el paciente, solo se exige que la persona capaz presente el documento de instrucciones previas sin manifestar ni acreditar la forma en que tuvo acceso a dicho documento ni se contempla que el mismo debiera estar incorporado a algún registro público otorgado en forma que garantice su autenticidad. A diferencia de lo que exige la ley 41/2002 que prevé el consentimiento por representación en el supuesto de que el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y carezca de representante legal, en cuyo caso el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones

familiares o de hecho. En cambio, para la ejecución de una actuación de extrema gravedad como es la eutanasia activa no se exige ningún vínculo con el paciente, que sí se requiere, en general, en materia de consentimiento informado a cualquier tratamiento; ni tampoco existe garantía de la irreversibilidad en la situación de incapacidad de hecho.

Habida cuenta de la centralidad del consentimiento en la solicitud de la eutanasia activa hubiera debido controlarse la ponderación que el legislador ha realizado teniendo en cuenta todos estos factores, de acuerdo con el escrutinio del principio de proporcionalidad, para asegurar que el derecho a la vida no se vulnera por falta de protección suficiente a los más vulnerables, en el sentido de asegurar por todos los medios que la decisión se ha tomado en condiciones de libertad para consentir, con toda la información necesaria y libre de presiones externas<sup>60</sup>.

## VIII. CONCLUSIÓN

El inusual activismo judicial desplegado por las SSTC 19/2023 y 44/2023, utilizando el art. 10.1 CE como pasarela para la creación de dos nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, no era necesario, en absoluto, para proteger, con idénticos efectos, las decisiones libres e informadas de la mujer embarazada y de la persona en contextos eutanásicos. No se alcanza a vislumbrar con qué grado de protección concreta y efectiva cuenta la vida humana, soporte de los restantes derechos, habida cuenta de que el Código Penal configura esta cuestión, en ambas leyes, como una norma penal en blanco. No se ha hecho un análisis en profundidad de la materia del consentimiento informado, central en cuanto elemento clave para la exclusión de la normativa penal. Se ha renunciado a la ponderación necesaria para comprobar el efectivo respeto del derecho de objeción de conciencia, cuando estos dos nuevos derechos crean inmediatamente obligaciones por parte del personal sanitario y auxiliar que ha de atender en estas circunstancias. Las sentencias han invadido el ámbito del poder legislativo, puesto que no existe ya para el legislador

---

<sup>60</sup> Sobre el consentimiento informado (pp. 108-114; 116-121) y la objeción de conciencia en relación con la eutanasia y los problemas a que puede dar lugar (pp. 86-92), ORTIZ FERNÁNDEZ, M., (2022).

la libertad de configurar, salvo *overruling* expreso y directo de esta jurisprudencia, el aborto y la eutanasia como meros derechos legales, o incluso, como meras conductas despenalizadas bajo determinados supuestos. También se ha invadido el ámbito del poder constituyente derivado, pues el libre desarrollo de la personalidad no aparece en la Constitución como derecho fundamental, como de las sentencias comentadas se deduce, sino como principio constitucional, sin que pueda importarse directamente la teoría de la norma de clausura del ordenamiento alemán básicamente por esta razón.

Al crearse estos nuevos derechos fundamentales, subsisten inquietudes en relación con su vertiente prestacional. Una primera cuestión respecto de su garantía, además del recurso de amparo, ya admitido y resuelto recientemente frente a las dificultades de acceso a la prestación abortiva: Los derechos fundamentales poseen eficacia directa, de modo que son directamente invocables y pueden ejercerse en ausencia de regulación específica (art. 53 CE). Así se proclamó respecto de la objeción de conciencia en el FJ 11 de la STC 53/1985 ¿Puede esto predicarse honestamente de estos nuevos «derechos fundamentales» al aborto y a la eutanasia? ¿Podrían invocarse y ejercerse sin legislación de desarrollo?

Una segunda cuestión respecto de las implicaciones económicas: el libre desarrollo de la personalidad en cuanto derecho fundamental, podría llegar a convertirse en una vía de creación de obligaciones presupuestarias para el Estado, elevando la protección constitucional que el art. 53 dispensa a los principios rectores de la política social y económica, convirtiéndolos también en nuevos derechos fundamentales, que condicione no ya los Presupuestos Generales del Estado de un ejercicio económico, sino *sine die*, invadiendo así, nuevamente, un ámbito reservado en cuanto a su iniciativa, al Gobierno, y en cuanto a su aprobación, al Parlamento, con el riesgo de hacerse incompatible con el principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 CE.

Desde el punto de vista de la dogmática de los derechos, son muchos los problemas que emergen a partir de estas sentencias: ¿Cuál es el contenido esencial, intangible para el legislador, del libre desarrollo de la personalidad? ¿Coincide con un derecho a la autodeterminación, libre albedrío, libertad general de decisión, que puede

conectarse con el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), a la libertad personal y a la seguridad (art. 17 CE), a la intimidad personal (art. 18 CE) que se desborda hacia un concepto mucho más extenso (el de la *privacy* del constitucionalismo americano o del art. 8 del CEDH), o incluso, más aún, confundirse con el concepto de dignidad de la persona, tan excesivo que solo el silencio puede estar a su altura (Jiménez Campo, 2008, p. 181)? Y si es así, ¿se trata de un derecho limitable? ¿Qué bien, interés constitucional o derecho en conflicto con la dignidad podría resultar comparable, puesto que la dignidad, por su propia estructura, siempre saldría vencedora en cualquier ponderación a través de un balance de intereses?

#### BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 24.
- BISCHOF, J. (2021). Zur Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gemäß § 217 StGB, StudZR Wissenschaft Online 1/2021 – WissOn.studzr.de (pp. 188-225).
- BOSCH VALERO, J.A. El aborto en España [Guía jurídica práctica de la interrupción voluntaria del embarazo], 1ª ed., abril 2023.
- CALIESS, C. Elfes “Revisited? Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, *Verfassungsblog* 25.05.2021.
- CAMARA VILLAR, G. (2012). El sistema de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución Española. En BALAGUER CALLEJÓN, F. J. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*. (vol. II, 7.ª ed.). Tecnos.
- CAMARA VILLAR, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII (2021).
- CARMONA CUENCA, E. «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género». UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334.
- DE MONTALVO JAASKELAINEN, F. (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la eutanasia. ¿Demasiado rápido, demasiado lejos? *Revista General de Derecho Constitucional* 39.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas.
- DOMINGO, R. (1995). Observaciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28-5-1993, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* Vol. 11, pp. 323-330.

- DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (2022). Claves jurídicas acerca del modelo europeo regulador de la eutanasia, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 58.
- ERDMAN, J.N. (2014). Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights, *Reprod Health Matters*, en <http://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25555760>.
- FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C. (1993). *El derecho a la libertad personal*. PPU.
- GARCÍA MORILLO, J. (1995). *El derecho a la libertad personal*. Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2005). Dignidad y Ordenamiento Comunitario. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ MORENO, J. M. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental» *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXXVII), pp. 173-195.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas.
- HONERLEIN, J. Das „Grundrecht auf Autofahren“ als Grenze demokratischer Stadtgestaltung? *Verfassungsblog*, 22.05.2022.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (2008). Comentario al art. 10.1 de la Constitución Española. En CASAS BAHAMONDE, M.<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*. XXX Aniversario. Ed. Wolters Kluwer.
- LAURENZO COPELLO, P. (1990). *El aborto no punible*. Ed. Bosch.
- LEYVA CURIÁ, S. (2021). *Participación política y derecho a la objeción de conciencia al aborto*. Ed. Aranzadi.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C. y SIEIRA MUCIENTES, S. (2000). *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Ed. Bosch.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (2021). El deber de proteger la vida y, especialmente, de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros, *Revista española de derecho constitucional*, 122.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law, en “Oxford Journal of Law and Religion” 2.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2020), Objeción de conciencia al aborto: un paso atrás en la jurisprudencia de Estrasburgo, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 53.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO-ESTARELLAS, M.J. (2023). *Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*. Iustel, p. 589.
- MURSWIEK, D. (2021). Wie wiegt man Corona?. Über Defizite und Fehlgewichtungen in der Lockdown-Judikatur, *Verfassungsblog*.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). Conflictos entre conciencia y ley las objeciones de conciencia (2ª ed.), Iustel y Porrúa.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2022). *Eutanasia y objeción de conciencia*. Ed. Palabra.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, sometida a «examen» de constitucionalidad: crónica (anunciada) de la creación de un derecho fundamental ex novo, *Diario LA LEY*, Nº 10271, Abril de 2023.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2022). *Problemática actual de la eutanasia y el suicidio asistido: incidencias de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo*, Tirant lo Blanch.
- OTTO, I. DE (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel.
- PRESNO LINERA, M.A. (2022). *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons.
- PRIETO SANCHIS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- PULIDO QUECEDO, M. (2000). ¿Numerus clausus o numerus apertus en materia de derechos fundamentales?: el derecho fundamental a la protección de datos. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* num.20/2000
- PULIDO QUECEDO, M. (2004). Un nuevo enfoque jurisprudencial en el enjuiciamiento de la lesión por ruido medioambiental. A propósito de la STEDH, de 16 de noviembre de 2004, Caso Moreno Gómez contra España. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm.652.
- REY MARTÍNEZ, F. (2023). «La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo y su impacto en el ordenamiento español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, pp. 567 a 589.
- RUBIO LORENTE, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel.
- RUBIO LÓPEZ, J.I. (2023). «Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido. La vida es su primer derecho», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 63.
- RUIZ MIGUEL, A. (1993). Autonomía individual y derecho a la propia vida. Un análisis filosófico-jurídico. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*.

- RYSZARD KOSMIDER, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia a los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de Derecho UNED*, núm. 23.
- RYSZARD KOSMIDER, M. (2019). *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la sociedad de la información y el conocimiento*. UNED.
- SIEIRA MUCIENTES, S. (2000). *La objeción de conciencia sanitaria*. Dykinson.
- STARK, C. (1993) Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG, *Juristen-Zeitung* 48. Jahrg., Nr. 17 (3. 09. 1993), pp. 816-822.
- STEIN, E. (1973). *Derecho político* (Lehrbuch des Staatsrechts) Trad. de Fernando Sainz Moreno. Aguilar.
- VIDAL GIL, E. (1995). Límites, notas y garantías de los derechos fundamentales. La STC 215/1994 sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 12.
- VITERI CUSTODIO, D. D. (2012). La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional federal alemán. *Estudios de derecho*, (vol. 69, nº 153).
- WINTRICH, J.M. (1973). *Zur problematik der grundrechte*, en STEIN, E., *Derecho político* (Lehrbuch des Staatsrechts). Trad. de Fernando Sainz Moreno. Aguilar.
- WIESING, U. (2022). The Judgment of the German Federal Constitutional Court regarding assisted suicide: a template for pluralistic states? *J Med Ethics* 2022;48:542–546.
- WIBMANN, H. Impfen im Verfassungsstaat. Eine freiheitliche Begründung besonderer Rechtspflichten in besonderen Zeiten, *Verfassungsblog* 6.12.2021.
- ZODER, I. (1996). Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 1 (enero-abril), pp. 219-280.