



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

**Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño, a la sentencia del Pleno del Tribunal que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 3630-2023**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con respeto a la opinión de los magistrados y las magistradas que han conformado la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular para expresar mi discrepancia con la fundamentación y con el consiguiente fallo de la sentencia que resuelve el presente recurso de inconstitucionalidad, en los aspectos que se exponen a continuación.

*1. La indebida confirmación del aborto como derecho de autodeterminación de la mujer*

La sentencia, antes de entrar en el examen de las tachas de inconstitucionalidad denunciadas en el presente recurso, plasma en el segundo fundamento jurídico unas “consideraciones previas” en las que se extiende de nuevo sobre la consideración del derecho a la interrupción del embarazo como un derecho de libertad recogido en la Constitución en los términos que ha desarrollado la reciente STC 44/2023, de 9 de mayo, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Estas consideraciones previas no eran necesarias en el recurso que ahora nos ocupa, en el que se plantean cuestiones de distinto alcance constitucional, poniendo así de manifiesto la voluntad de la mayoría de confirmar una novedosa construcción constitucional que no tiene cabida en nuestro actual y vigente texto constitucional. Como ya dejamos sentado en el voto particular a la STC 44/2023, para resolver el conflicto constitucional que la regulación del aborto plantea no era necesario (ni procedente) alumbrar un nuevo derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo, anclado en el art. 15 CE, en conexión con el art. 10.1 CE, sino que el enfoque correcto no podía ser otro que “el de tener en cuenta que sobre el Estado pesa no solo el deber de tutelar la vida humana en formación, como bien jurídico cuya protección constitucional encuentra fundamento en el art. 15 CE (SSTC 53/1985, FFJJ 5 y 7; 212/1996, FJ 3, y 116/1999, FJ 4, por todas), sino también los derechos e intereses legítimos de la mujer embarazada, muy en particular sus derechos fundamentales, cuyo contenido esencial delimita el alcance del deber de protección, como ya declaró este tribunal en la STC 53/1985, FJ 8, debiendo por tanto el legislador abstenerse de realizar intervenciones desproporcionadas en esos derechos (STC 53/1985, FFJJ 7 a 9 y 12)”.

A la fundamentación contenida en dicho voto me remito ahora, no sin poner de manifiesto la contradicción insalvable que subyace en este nuevo pronunciamiento de la mayoría, en la medida en que ha validado que el legislador reduzca las exigencias relativas al consentimiento informado cuando se trata de la interrupción voluntaria del embarazo, como examinaré más adelante de forma extensa, y dicha reducción va en detrimento directo de los derechos de la mujer embarazada.

*2. La arbitrariedad de la norma al excluir a determinadas entidades y organizaciones de las medidas de apoyo legalmente previstas*

No puedo compartir la conclusión a la que llega la sentencia en su fundamento jurídico cuarto al examinar las tachas de inconstitucionalidad que los recurrentes imputan a la nueva redacción que la norma impugnada da a los arts. 6 y 26 de la LO 2/2010, y que prevén el apoyo a determinadas entidades que actúan en el ámbito de la salud y los derechos sexuales y reproductivos.

La sentencia ha omitido el examen de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) por la falta de rigor técnico de los citados preceptos, que impide saber cuál es el verdadero alcance de la exclusión, razonando que esta queja decae desde el momento en que considera que la exclusión encuentra una justificación objetiva y razonable. Pero este razonamiento no es el correcto porque no se puede concluir que una determinada medida no es discriminatoria o que no atenta contra la libertad religiosa y el deber de neutralidad de las Administraciones Públicas si no se examina con carácter previo cuál es el sentido y el alcance de la exclusión, que es precisamente lo primero que denunciaban los recurrentes.

Basta una lectura de los dos preceptos para apreciar que estos adolecen de una indeterminación absoluta desde el momento en que lo único que dicen es que se promoverá y fortalecerá “la participación” de unas entidades y se excluirá a “aquellas organizaciones contrarias al derecho recogido en la presente ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo”; también se indica que las administraciones públicas “apoyaran el trabajo” de determinadas instituciones, con exclusión de nuevo de “aquellas organizaciones contrarias al derecho recogido en la presente ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo” .

Expuesto así el tenor de los arts. 6 y 26, no se sabe de qué “participación” o de qué “apoyo” se excluye a las organizaciones afectadas, pues nada dicen los citados preceptos, y tampoco se delimita en forma alguna qué es ser una organización “contraria” al derecho recogido en la presente ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo. La indeterminación es aún más desconcertante desde el momento en que tampoco se concreta el “derecho recogido en la presente ley orgánica de interrupción voluntaria del embarazo” al que se tiene que oponer una organización para entrar dentro del ámbito de la exclusión, y ello no es baladí porque la Ley Orgánica 2/2010 reconoce un gran número de “derechos sexuales y reproductivos”, más allá de la interrupción voluntaria del embarazo.

La falta de rigor de la que adolecen estos preceptos no puede en ningún caso justificarse por la circunstancia de que sean el resultado del ejercicio del derecho de enmienda, que no puede conllevar un sacrificio del principio de calidad técnica de la norma; pero es que además el resultado que se ha producido no es otro que el de habilitar a la Administración para que de forma totalmente arbitraria pueda seleccionar a aquellas entidades que deban quedar excluidas de dicho “fortalecimiento” o “apoyo”, lo cual mal se compadece con el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3, el cual, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, ha de entenderse como “la certeza sobre la regulación jurídica aplicable” (STC 29/2015, de 19 de febrero, FJ 5, y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 5) así como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Exigencias estas, consustanciales al Estado de Derecho (STC 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 8) que no se han cumplido en el presente supuesto y así lo tenía que haber apreciado la sentencia declarando la inconstitucionalidad de dichos preceptos



por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.1 CE).

### 3. *El exceso en la imposición de una óptica concreta a la sexualidad*

La sentencia aborda en el fundamento jurídico quinto la novedosa previsión de que las administraciones educativas tienen que promover una visión de la sexualidad desde la óptica del placer y el deseo. Es difícil negar lo insólito de un precepto legal que impone la visión que debe darse a las relaciones sexuales, pero igualmente insólito resulta que este Tribunal se pronuncie sobre esta cuestión, que es totalmente ajena a los valores de la libertad, la igualdad o el respeto a los que se refiere la sentencia.

La sentencia llega al extremo de definir lo que debe ser una visión “saludable y completa de las relaciones sexuales”, lo que constituye un exceso que no era necesario para desestimar la impugnación realizada por los recurrentes, además de un simple adoctrinamiento incompatible con las propias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se apoya la mayoría, que prohíben un adoctrinamiento respecto a un comportamiento sexual determinado (STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, apartado 54).

### 4. *La disminución de los requisitos del consentimiento informado*

La sentencia analiza en el fundamento jurídico séptimo las modificaciones que la norma ha operado eliminando tanto el requisito de información previa sobre ayudas y derechos vinculados al embarazo y maternidad (que se dará solo si así lo requiere la mujer embarazada) como el periodo de “reflexión” de tres días, o la posibilidad de que la información se otorgue verbalmente, para concluir que no se ha producido la vulneración de los arts. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), 15 CE (protección de la vida humana del nasciturus) y 39.2 CE (protección de las madres).

No comparto las razones que llevan a la mayoría a concluir que no existe una vulneración de los citados preceptos constitucionales, y que toman como punto de partida que tanto la información que antes se daba a la mujer embarazada, como la existencia de un plazo de reflexión, responden a la finalidad de establecer una traba innecesaria que pueda afectar a la libre toma de decisión de la mujer, a su infantilización, o a la voluntad de interferir y modificar el sentido de la libre decisión sobre la interrupción o la continuación de la gestación.

Estas afirmaciones desconocen cual es la finalidad del consentimiento informado en los actos médicos, que en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo debe dirigirse a conseguir que la mujer tenga toda la información necesaria para tomar una decisión fundada. Además, estas garantías deben reforzarse y no disminuirse en atención al deber que pesa sobre el Estado de tutelar también la vida humana en formación (art. 15 CE).

i) Respecto a la supresión del denominado plazo de reflexión debe recordarse que, en contra de lo que da a entender la ponencia, la existencia de plazos obligatorios durante los cuales no se pueden adoptar decisiones importantes no es algo extraño a la legislación actual. Baste señalar como por ejemplo un consumidor que va a comprar una casa con una hipoteca tiene que esperar diez días desde que firma la documentación con el banco (art. 14 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), y este plazo de reflexión, que es irrenunciable e indisponible (art. 3 LCI), tiene por finalidad que el consumidor

comprenda lo que va a firmar; no por ello el legislador infantiliza al consumidor ni se le desincentiva a firmar la hipoteca, lo que se intenta es simplemente que tenga toda la información posible y todo ello con la finalidad de garantizar su protección.

Es más, la existencia de un plazo entre el consentimiento informado y una intervención médica es algo inherente a cualquier procedimiento médico que no sea de carácter urgente e inmediato. Se trata de un plazo de maduración o de reflexión, no un plazo que pretenda forzar una modificación en la voluntad del paciente.

Es cierto que la ley de autonomía del paciente estatal (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) no establece un plazo de reflexión en las intervenciones médicas, pero sí lo establecen algunas normas autonómicas, por ejemplo, la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana que en su art. 43. 9 dispone que la información previa al consentimiento se facilitará con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes; y también el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, establece en su art. 8.6 que para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez y que entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas.

Incluso en algunos supuestos los órganos jurisdiccionales no dan por válido un consentimiento informado dado justo antes de entrar a quirófano, porque así lo que se busca precisamente es únicamente una firma con que autorice la intervención (por ejemplo, la Sentencia del TSJ Asturias 1063/2007, de 19 de julio).

ii) Por otro lado, en lo que atañe a la información que se tiene que dar a una mujer embarazada no podemos olvidar, como la propia sentencia admite, que la interrupción voluntaria del embarazo es un acto de “extraordinaria trascendencia”, y precisamente es esa trascendencia la que conlleva la necesidad de que la mujer embarazada tenga información sobre todos los aspectos vinculados a la interrupción del embarazo, y no solo sobre los aspectos “médicos”.

Además, no puede desconocerse que en todo procedimiento médico la información sanitaria debe incluir alternativas razonables a dicho procedimiento, o, en palabras del Tribunal Supremo “la paciente ha de asumir la existencia de diferentes escenarios al tratamiento” (STS de 2 de enero de 2012, FJ 5), lo que en este supuesto conlleva la necesidad de suministrar también información sobre las prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.

iii) Esta disminución de las garantías del consentimiento informado se ve acrecentada desde el momento en que la norma impugnada admite ahora la posibilidad de que la información se ofrezca a la mujer embarazada de forma “verbal” si así lo solicita.

Entiende la sentencia que la mujer embarazada puede elegir, en el ejercicio de su autonomía personal, “el formato en que desea recibir la información legalmente prevista”. Pero con esta aseveración se olvida que la forma de recibir la información o de prestar el consentimiento no es una cuestión que dependa de una opción personal, sino de las circunstancias concretas y de las exigencias que deriven de la regulación legal.

Estamos ante intervenciones médicas y no podemos olvidar que el art. 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente (Ley 41/2022) indica de forma imperativa que el consentimiento se prestará por escrito cuando se trate de una intervención quirúrgica, y procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Ante un acto con la trascendencia y consecuencias que conlleva la interrupción voluntaria del embarazo, no es posible entender que la información se dé únicamente de forma verbal, cuando el consentimiento necesariamente debe otorgarse por escrito.

Lo que ocurre en definitiva es que el legislador pretende, y el Tribunal Constitucional lo ha admitido, que el consentimiento informado en la interrupción del embarazo se convierta en un trámite rutinario, burocrático, y carente de relevancia. Todo ello afecta a la correcta formación del consentimiento informado, produciéndose a la postre una desprotección de la mujer en contra de los postulados constitucionales, no pudiéndose tampoco entender cumplidas las garantías que derivan del art. 15 CE. Por todo ello, los preceptos impugnados deberían haberse declarado inconstitucionales y nulos.

##### *5. La restricción al libre ejercicio de la libertad de conciencia*

Por último, y en relación con la exclusión de los profesionales sanitarios objetores de conciencia de la composición de los comités clínicos, durante los tres años siguientes a la revocación de la declaración de objeción de conciencia, debe decirse que la sentencia se ha limitado a afirmar sin explicación alguna que el plazo se ha de considerar también como razonable, en atención a la trascendencia que tienen las decisiones dirigidas primero a ejercer la objeción de conciencia y posteriormente a revocar dicha declaración de voluntad.

Esta motivación, a la luz de las exigencias que derivan del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 es insuficiente. Una vez que una persona ha revocado su declaración de objeción de conciencia no existe ninguna justificación razonable por la que no pueda formar parte de un Comité Clínico, de modo que su exclusión conlleva una restricción injustificada al ejercicio legítimo de su derecho a la objeción de conciencia que queda así afectado, con vulneración del art. 16.1 CE.

Y en este sentido emito mi voto particular.

En Madrid, a veinte de junio de dos mil veinticuatro.