



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

## **Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3630-2023**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con respeto a la opinión de mis compañeros, formulo este voto particular para expresar mi discrepancia tanto con la fundamentación jurídica como con el fallo de la sentencia que resuelve este recurso de inconstitucionalidad, que a mi entender debió ser parcialmente estimado, por las razones ya defendidas en su momento durante la deliberación y en los términos que expongo a continuación.

### *1. Consideración preliminar*

Comparto las razones de la discrepancia con la sentencia que resuelve este recurso de inconstitucionalidad expresadas en el voto particular suscrito por el magistrado Enríquez Sancho, al que en consecuencia me adhiero y remito.

Asimismo me remito a lo manifestado en el voto particular que formulé junto con dicho magistrado y el magistrado Tolosa Tribiño a la STC 44/2023, de 9 de mayo, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que la sentencia que desestima este recurso se apoya en buena medida en la doctrina de la STC 44/2023. Esta remisión es particularmente importante en lo que se refiere a la construcción dogmática de la que partía la STC 44/2023, que, arrogándose la posición del poder constituyente, creaba un inexistente derecho fundamental al aborto, ideación con la que vuelvo a dejar constancia de mi absoluto desacuerdo, pues de nuevo el Tribunal Constitucional se desliza por una interpretación creativa que desnaturaliza la protección necesaria de la vida prenatal.

En todo caso, la presente sentencia confirma lo que ya advertíamos en el voto particular a la STC 44/2023: el exceso de jurisdicción en el que se incurría en esa sentencia -al extender el enjuiciamiento de este Tribunal a preceptos de la Ley Orgánica 2/2010 que ya no estaban vigentes, como consecuencia de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero- suponía hacer declaraciones que prejuzgan o anticipan decisiones sobre preceptos no impugnados entonces. En efecto, ese exceso de jurisdicción en que incurrió la STC 44/2023

prejuzó el resultado del presente recurso de inconstitucionalidad, es decir adelantó un fallo que pretendía cristalizarse de futuro.

Sin perjuicio de remitirme a lo expuesto en los referidos votos particulares, debo añadir que mi discrepancia con la sentencia que resuelve este recurso de inconstitucionalidad se ciñe en particular a algunos aspectos concretos que paso a señalar seguidamente.

## *2. Interrupción voluntaria del embarazo de mujeres de 16 y 17 años*

La sentencia de la que disiento declara que no incurre en ninguna tacha de inconstitucionalidad la previsión legal que permite a las menores de edad, a partir de los 16 años, interrumpir su embarazo sin necesidad del consentimiento (ni siquiera el conocimiento) de sus padres o tutores (art. 13 bis 1 de la Ley Orgánica 2/2010, introducido por la Ley Orgánica 1/2023).

Como es sabido, esta disposición se contenía en la inicial redacción de la Ley Orgánica 2/2010. Su supresión tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, determinó que la STC 44/2023 no entrase a examinar la impugnación que a la misma se dirigía en el recurso resuelto por dicha sentencia. Conviene recordar que esa regulación inicial del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, aunque permitía a las menores de 16 y 17 años abortar sin necesidad de consentimiento de los padres o tutores, exigía que “al menos uno” de ellos fuera informado de la decisión de la menor. Una información de la que se podía prescindir “cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

La Ley Orgánica 1/2023, objeto del presente recurso, reintroduce (en el art. 13 bis 1 de la Ley Orgánica 2/2010) la norma que permite a las menores de edad, a partir de los 16 años, abortar sin necesidad del consentimiento de sus padres o tutores, a lo que se añade que ni siquiera se requiere su conocimiento en ningún caso. La sentencia descarta en su fundamento jurídico 6 que esta previsión legal sea contraria a la Constitución.

Disiento de esta apreciación. La sentencia no ha tenido en cuenta, al enjuiciar esta norma, que también debe ponderarse la protección efectiva de la vida prenatal (art. 15 CE) y que para ello no puede prescindirse del posible compromiso de los padres o tutores de ofrecer a la menor embarazada ayuda en todo lo que fuera preciso a la hora de adoptar una decisión que necesariamente afectará a toda su vida. La norma en cuestión impide el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad en interés de las menores, y priva a estas de la asistencia de sus

padres o tutores en el momento de tomar una decisión trascendental que puede comportar una grave afectación física y psíquica de las menores embarazadas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe añadirse que la sentencia afirma en su FJ 6 que el impugnado art. 13 *bis* 1 de la Ley Orgánica 2/2010, que permite a las menores de edad abortar sin consentimiento de sus padres o tutores (y sin conocimiento siquiera de estos), es en todo caso relativa, pues debe ser interpretado conjuntamente a las previsiones de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo que atañe al consentimiento informado, de suerte que debe entenderse que “la capacidad de prestar consentimiento por parte de las mujeres embarazadas de 16 y 17 años no es absoluta, sino que, en los casos en los que la intervención médica pudiera constituir un grave riesgo para su vida o su salud bajo criterios médicos, se exige la intervención del representante legal”.

Sin perjuicio de destacar que el ámbito de aplicación del art. 13 *bis* 1 de la Ley Orgánica 2/2010, redactado por la Ley Orgánica 1/2023, es más amplio que el de las intervenciones de grave riesgo a que se refiere la Ley 41/2002, y que resulta inequívoco que el diseño de la ley aquí enjuiciada no es otro que excluir en todo caso el consentimiento (e incluso el conocimiento) de los padres o tutores en caso de aborto de menores embarazadas de 16 y 17 años, considero que la interpretación que realiza la sentencia, según la cual la intervención de los padres o tutores es necesaria cuando la operación abortiva implique un grave riesgo para la vida o la salud de la menor, según criterios médicos, constituye en realidad una interpretación de conformidad con la Constitución, que debería haberse reconocido como tal en el fundamento jurídico 6 y llevarse al fallo.

### *3. Información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 14 primeras semanas de gestación, consentimiento informado y supresión del periodo de reflexión*

El art. 17 de la Ley Orgánica 2/2010, en su redacción inicial, que fue enjuiciada por la STC 44/2023, se limitaba a exigir que se entregase a la mujer que solicitaba la interrupción voluntaria del embarazo información, en sobre cerrado (verbalmente exclusivamente si la mujer así lo solicitaba), sobre determinados extremos, referidos a “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” (STC 44/2023, FJ 5). El precepto establecía también un periodo de reflexión de tres días desde la fecha de la información a la gestante (como regla, por escrito en sobre cerrado) hasta la práctica del aborto.

Sin perjuicio de reiterar que, por las razones expresadas en el voto particular a la STC 44/2023, el último inciso del art. 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010 debería haber sido declarado inconstitucional y nulo, en cuanto permite que no se ofrezca esa información previa oralmente si la gestante no lo solicita de forma expresa, he de advertir que la regulación resultante de la

Ley Orgánica 1/2023 ha agravado la situación, al suprimir el periodo de reflexión de tres días y la obligación de informar (como regla, por escrito, en sobre cerrado) a la mujer que solicita la práctica del aborto sobre las ayudas a la maternidad (con arreglo al nuevo art. 17, esa información solo se suministrará a la mujer si esta lo solicita), con la pretendida finalidad de remover "trabas innecesarias" a la libre toma de decisiones de la mujer embarazada.

Considero que la nueva regulación, contenida en los arts. 14 bis y 17 de la Ley Orgánica 2/2010 redactados por la Ley Orgánica 1/2023, no puede entenderse conforme con el art. 15 CE -ni siquiera aceptando la lógica de la sentencia, basada, como en la STC 44/2013, a la que constantemente se remite, en la existencia de un pretendido derecho fundamental de la mujer al aborto- pues, al eliminar las ya de por sí insuficientes garantías de la regulación inicial (información a la gestante de las ayudas a la maternidad y periodo de reflexión), el legislador ha eludido la necesaria ponderación de los derechos y bienes dignos de protección constitucional en conflicto, al no tener en cuenta el deber estatal de la protección de la vida prenatal *ex art. 15 CE*, conforme exige la doctrina de este tribunal, otra vez marginada y olvidada cuando interesa a la mayoría del mismo para su labor de arquitectura constitucional creacionista.

La regulación impugnada no garantiza debidamente que la gestante preste su consentimiento informado para la práctica del aborto. Difícilmente puede hablarse de un verdadero consentimiento informado, y de protección de la vida prenatal, cuando ni siquiera se permite que esa información a la que se refiere el art. 17.2 de la ley sea asimilada por la gestante, aunque sea en un breve plazo. Por tanto, cabe concluir que la previsión legislativa resulta claramente insuficiente desde la perspectiva de la protección de la vida prenatal *ex art. 15 CE*, que impone al Estado un deber de tutela de esta.

Así debió apreciarlo la sentencia y, en consecuencia, debió declarar inconstitucionales y nulos el art. 14 bis y los apartados 2 y 5, segundo párrafo, del art. 17 de la Ley Orgánica 2/2010, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 1/2023.

#### *4. Exclusión de los ex objetores de conciencia de los comités clínicos*

El art. 16.1 de la Ley Orgánica 2/2010, redactado por la Ley Orgánica 1/2023, excluye en su inciso final de la composición de los comités clínicos (que intervienen a partir de las veintidós semanas de gestación cuando se detecte en el feto una enfermedad grave e incurable) a aquellos facultativos que hubieran sido objetores de conciencia a la práctica del aborto, durante los tres años siguientes a la revocación de la declaración de objeción de conciencia. La sentencia descarta en su fundamento jurídico 8 que esta exclusión pueda reputarse inconstitucional.

Disiento también de esta apreciación. A mi entender, esa previsión legal resulta injustificada, se basa en un prejuicio ideológico y entra, en consecuencia, en abierta



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

contradicción con el derecho a la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 CE, por lo que debió ser declarada inconstitucional y nulo el inciso final del precepto enjuiciado.

La exclusión de los comités clínicos de quienes hubieran estado inscritos en el registro de objetores de conciencia hasta transcurridos tres años desde la baja en el mismo es una medida carente de justificación, dado que la participación en dichos comités y supone una discriminación por motivos ideológicos de los facultativos a los que afecta, pues se basa en la presunción injustificada de que estos, por haber sido objetores de conciencia anteriormente, no ofrecerán su dictamen con objetividad y de conformidad con la *lex artis* que preside su actuación. Solo pueden figurar en estos comités, por tanto, quienes son y han sido plenamente conformes con la voluntad del legislador y de su producto, la ley; quienes, en una sociedad pluralista, por cierto, han pensado y exteriorizado su libertad ideológica en un momento dado, quedan por el contrario tiznados durante el lapso temporal que el legislador ha ideado.

Madrid, a dieciocho de junio de dos mil veinticuatro.