

## UN DERECHO FUNDAMENTAL DE HOJA CADUCA

### COMENTARIO A LA STC 44/2023, DE 9 DE MAYO DE 2023

A fundamental right with deciduous leaves. Commentary to STC 44/2023 of 9 may 2023

ANDRÉS OLLERO TASSARA<sup>1</sup>

“la Constitución es un ‘árbol vivo’ que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna” Sentencia sobre el aborto del Tribunal Constitucional español.

En un reciente encuentro, celebrado en Buenos Aires, entre miembros de las Academias de Ciencias Morales y Políticas de Argentina y España, el Profesor Carlos Rosenkrantz, en la actualidad vicepresidente de la Corte Suprema de su país, a la que se encomienda el control de constitucionalidad, lamentaba la tendencia de dicho tribunal a ignorar sus propios precedentes, para fundar sus resoluciones en sentencias de tribunales extranjeros. Este es uno de los principales defectos de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto. No tiene en cuenta la precedente del propio Tribunal, salvo para apoyarse en ella a la hora de aludir a meras obviedades. Abona -eso sí- sus ochenta y cuatro páginas con recomendaciones meramente exhortativas de plataformas y comités del entorno de Naciones Unidas, que componen un notable recital de ideología de género, atribuyéndoles sin motivo la vinculación propia de tratados internacionales.

La cita que abre estas líneas se completa con un disparate, que reestrena el suscrito, hace ya once años, en el texto –fruto una mayoría de perfil similar a la actual– que consideró constitucional que el legislador pueda, si le parece oportuno, respaldar matrimonios homosexuales. El añadido afirma que el Tribunal acude a tal adaptación evolutiva, “como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad” [FJ 1.2 B a)]; como si no fuera la Constitución la que avala la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que habría de ser su texto el que cobre legitimidad acomodándose a ellas. Esta reiterada afirmación plagia la de una sentencia canadiense; lo que no sería de extrañar, si se diera por sabido que Canadá y España son almas gemelas.

En cualquier caso, el tenor de apoteosis progresista que destila la sentencia se ve convertido en reaccionario, si no se ignora que se limita a resucitar una sentencia de hace cincuenta años del Tribunal Supremo norteamericano, ya superada en una muy esperada posterior resolución civilizatoria.

La sentencia acompaña esta querencia cosmopolita con el afán de marcar una drástica diferencia entre la condición de “ser humano”, que reconoce presente en documentos

---

<sup>1</sup> Secretario General del Instituto de España. E-mail: [aollero15@gmail.com](mailto:aollero15@gmail.com)

internacionales, y la de “persona”, aun reconociendo que ha sido “el legislador español” -y no una instancia constitucional- el que “ha optado por no atribuir al embrión y al feto personalidad jurídica” [FJ 7 A) a)]. Esto le vale para instalarse en un cuidadoso olvido de la fácilmente interpretable voluntad del constituyente, que no dudó en sustituir el “toda persona tiene derecho a la vida”, presente en el anteproyecto, por un “todos tienen”, con la indisimulada intención de descartar que el texto de la carta suprema admitiera el aborto; como rubricó en los días reflexión previos al referéndum el propio presidente Suárez, para ganar votos en favor de la Constitución.

La actual mayoría coyuntural ha hecho un flaco favor al Tribunal, al preferir optar por la tosca profecía de Peces Barba: “desengañense sus señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”. Lo que no dejará de desprestigiarlo...

Uno de los frutos nada positivos de esta sentencia será el haber contribuido a cimentar ese mantra mediático, que mantiene rutinariamente el convencimiento de que son los partidos proponentes los que dictan a cada magistrado la solución de las cuestiones que han de resolver. Es obvio que tales propuestas se han basado en una hipótesis de cuál podría ser la actitud de los elegidos -con el vicio añadido de hacerlo sin admitir vetos...- ante tal o cual problema. Pero esto no ha impedido a tantos, desde García Pelayo en la sentencia sobre el aborto en 1985, con voto de calidad, hasta Jiménez de Parga o Aragón, decidir con arreglo a lo que su conciencia les dictaba.

Modestamente, he procurado imitarlos, como señalo en el prólogo al libro que recoge mis casi setenta votos particulares. Insistir en lo contrario podría, además, debilitar la responsabilidad de los que fallan, al ver dirigida -hagan lo que hagan- hacia los partidos el alcance de sus actos. Ellos son en realidad los responsables de esta y de cualquier otra sentencia.

La mayoría ha basado su relato en la afirmación de que el no nacido no es aún persona, propuesta admitida ya por la sentencia de 1985, pero añadiendo que todo ser humano constituye un bien jurídico, que merece idéntica protección que las legítimas expectativas jurídicas de su madre; por lo que, en ningún caso, pueden favorecerse de modo unilateral esos derechos en desdoro de tal bien. Es obligado pues proceder en cada caso a una ponderación que solo permitiría eliminar al no nacido en el marco de contadas “indicaciones”. Equiparación entre bienes y derechos resaltada entonces por el voto discrepante de Tomás y Valiente, que ahora se resucita.

De todo ello se muestra consciente la mayoría del Tribunal, con cuatro votos -de once discrepantes, un quinto despegado y un posible sexto en el limbo, tras la dimisión del magistrado Montoya por motivos de salud, al no haber tenido aún tiempo el presidente del Senado de activar la cobertura de tal vacante, a la espera quizá de instrucciones de las -para él- más altas instancias.

Prueba de esa conciencia es el sofisma al que se recurre, al afirmar que “la ley articula un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación, ponderando, en cada uno de los

periodos, cuáles son las limitaciones que resulta necesario imponer (...)” (FJ 8). Es absolutamente falso que ello ocurra en el primer periodo de catorce semanas, en el que se descarta toda ponderación, –ya que “la mujer puede interrumpir el embarazo sobre la base de su propia decisión, libre de toda intromisión ajena [...], [FJ 4 a)]”– y es precisamente el único plazo en el que la sentencia puede suponer en rigor la existencia de un derecho. Los dos siguientes se configuran como las antiguas indicaciones y su alcance despenalizador; con matices en lo relativo a seres humanos a los que se diagnostica menor capacidad, dada la existencia de un vinculante tratado internacional sobre el particular.

Como resultado, nuestro importado árbol canadiense demuestra un follaje caduco, con la escasa permanencia de catorce semanas, notablemente insólita para tratarse de un presunto “derecho fundamental”. Estas semanas juegan el doble papel de desterrar, primero, toda necesidad de ponderación y servir, luego, de coartada para volver a las indicaciones, al estimarse que ya se ha dado a la madre “una oportunidad real y efectiva de hacer valer sus derechos” [FJ 5 (iv)].

Puestos a justificar tan efímero derecho, la mayoría del Tribunal suscribe párrafos excelsos, que llegan no solo a sugerir que -en esas catorce semanas- el feto se encuentra en “estado hipotético” [FJ 5 (iv)], sino que en realidad “no cabe hablar de ‘vida’ [con vergonzantes comillas] prenatal en sentido propio, dada la falta de viabilidad del feto” (FJ 4). O sea, que el feto durante catorce semanas está –en sentido propio– muerto, pero al día siguiente resucita y entran juego las despenalizadoras indicaciones.

No es la 53/1985 la única sentencia del Tribunal que la actual mayoría margina; lo mismo ocurre con la 120/1990, que descartó que los GRAPO en huelga de hambre -alimentados por vía parenteral cuando perdían la consciencia- pudieran invocar un derecho a la muerte. Resaltó que no todo lo no prohibido puede considerarse como derecho –menos aún, fundamental-, ya que lo permitido se reconoce como un actuar legalmente lícito – un “*agere licere*”–, que solo puede convertirse en derecho cuando hay fundamento para que quepa exigir una intervención del ordenamiento jurídico para proteger obligadamente una conducta. No ocurría esto con el sistema despenalizador de la sentencia de 1985, al amparo de las llamadas “indicaciones”, que no atribuían derecho alguno, sino que eximían de responsabilidad penal. Ahora, sin embargo, la mayoría del Tribunal inventa un presunto derecho fundamental en honor y gloria de la ideología de género.

Se parte, en consecuencia del hecho de que “la maternidad, los hechos biológicos asociados a la misma –embarazo, parto y lactancia natural– y las tareas asociadas al cuidado de los hijos, asumidas por las mujeres de manera claramente mayoritaria hasta la fecha, se sitúan en el origen y la base de la histórica desigualdad entre sexos” (FJ 8). Partiendo de ahí se da pie a algunos pasajes, un tanto lacrimógenos, sobre la maternidad y el parto, así como al intento de generar en la posible madre el notable orgullo de gozar de un novedoso derecho que le permite desembarazarse de su hijo sin mayores contemplaciones. En todo caso, se alude a que el obligado respeto a la integridad moral de la madre, “en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, 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” [FFJJ 3 D

y 7 B) a)] y , en consecuencia, a poner fin con el aborto a “toda restricción de la libertad de la mujer para adoptar por sí misma una decisión que resulta trascendental en su vida y compromete su desarrollo vital incide sobre su libertad” [FJ 3 A)]. Todo ello, limitado en realidad a catorce semanas, suena a fanfarria, porque -tomado en serio- llevarían, de la mano de Singer y sus amigos, a legitimar el infanticidio, ya que no faltan tiernos infantes que complican la vida y acaban frustrando, por unas u otras razones, las legítimas triunfales expectativas en ellos depositadas. No en vano es tópico el paso de tener que frenar la ganas de comérselos al posterior arrepentimiento de no habérselos comido en tiempo y forma.

Particularmente forzado es el intento de apoyar la ley mediante una interpretación de la referencia del artículo 1.1 CE al pluralismo como valor, de un modo incompatible con la indiscutida rigidez atribuida por toda doctrina a la Constitución. El pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico se plasma, como el Tribunal ha puesto de relieve reiteradamente, en la libertad de las sucesivas etapas del poder legislativo a la hora de desarrollar la Constitución, pero no da paso a una pluralidad de constituciones. El Tribunal, es un contrapoder que, como la misma sentencia reconoce, asume la función de “fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador” (FJ 2), pero no la de inventar derechos de acuerdo con su sucesiva plural composición.

No deja de resultar sorprendente que, pese a haber perdido objeto la queja de los recurrentes por la -a su juicio- ineficaz información a la madre en sobre cerrado, ignorando la vigente apoteosis del consentimiento informado, la sentencia se ocupe de ello. Sin embargo, no lo hace respecto a la posterior eliminación de los tres días de reflexión exigidos en la ley a la madre, que recibe un genérico visto bueno, quizá ante la posibilidad que, decidida a reflexionar, acabe por cambiar de parecer. En línea similar, la sentencia se permite establecer como interpretación auténtica una versión caprichosa de la sentencia 53/1985. Esta actitud se deja también traslucir en las preferencias terminológicas, al evitar hablar de la habitualmente conocida como indicación eugenésica, para bautizarla como embriopática.

La actitud ante el derecho a la objeción de conciencia, más de una vez considerado fundamental por el Tribunal, es extremadamente restrictiva, apoyándose en algunos pronunciamientos, en su mayoría relativos a algo tan cercano al aborto como el servicio militar. La caótica situación de la doctrina del Tribunal sobre la objeción tuvo ya ocasión de denunciarla en mi voto particular a la sentencia 145/2015. En aquella ocasión, se me aconsejó por mis colegas evitar una sentencia “a toda orquesta”, buscando un tono más limitado. Ahora la orquesta se despacha a placer, evitando toda ponderación, arrogando a los profesionales sanitarios -y no la administración pública- la responsabilidad que de las madres que deseen abortar sean atendidas. Todo ello pese a haberse reconocido la constitucionalidad de montar un registro, que “a efectos organizativos” incluya, no a los médicos que estén dispuestos a llevarlos a cabo operación tan insólita mente sanitaria, sino de los que en conciencia se resistan a ello. Se olvida pues el principio de actuar siempre del modo más favorable al ejercicio de un derecho, que en este caso –con notable desenvoltura– “se subordina a que no menoscabe el acceso y la calidad asistencial de la prestación” (FJ 9). A la vez impone –con interpretación dudosamente conciliable– al legislador el deber de “no ignorar o desdeñar, a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas

obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría [...], (FJ 9)”.

Todo este barullo implica una indisimulada denuncia de que está actuando en contra de una previsible mayoría de profesionales, a los que repugna tarea más propia de verdugos. Se tropieza sin duda con la dificultad de que la objeción es derecho pensado para defender a minorías de los dictámenes de la mayoría. Al verse afectada una mayoría, resulta obligado negarle tal derecho, dejando a la intemperie a unos poderes públicos que imponen con aire mesiánico sus minoritarias convicciones a los demás.

Prueba de ella es que se permita establecer una presunta interpretación auténtica de la sentencia 53/1985, afirmando que fue “el silencio de una regulación legal concreta” (FJ 9), lo que llevó a afirmar que la objeción de conciencia “forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa” (*Ibid*). Todo ello después de haber dejado sentado con anterioridad que no es función del Tribunal “pronunciarse sobre eventuales e hipotéticas interpretaciones de los preceptos [...] (FJ 6)”. A la objeción la considera pues supeditada al parecer del legislador, en contra de numerosos pronunciamientos anteriores del Tribunal que descartan expresamente la necesidad de una *interpositio legislatoris*, que no considera necesaria para “reconocer el derecho sino para garantizar su plenitud y eficacia”. Esto, por el contrario, a juicio de la coyuntural mayoría actual –que ignora que la Carta Europea de Derechos reconoce a la objeción como derecho fundamental– “significaría la negación misma de la idea del Estado” (FJ 9)

Tampoco advierte problema alguno en imponer la minoritaria ideología de género en la educación, atropellando el derecho fundamental que el artículo 27.3 CE reconoce a los padres “a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Se prefiere considerar mero “enfoque metodológico” (FJ 10) lo que los padres tienden a considerar como puro “adoctrinamiento”, con lo que – paradójicamente– lo hace extensivo a los padres, denunciándolos como enemigos del progreso. Al afirmar que la “Constitución toma partido por ciertos valores” [FJ 10 a)], se adueña de ellos para afirmar que “la opción del legislador está desprovista de orientación ideológica y no impone a los docentes perspectiva ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales” (*Ibid.*).

Tampoco la universitaria libertad de cátedra sale mejor parada, ni -menos aún- la situación de quienes están obligados a “la práctica clínica de la interrupción del embarazo como elemento básico de la formación de los profesionales de la salud” [FJ 10 b)]. Se insiste en que “la libertad ideológica y de conciencia consagrada en el art. 16 CE no resulta por sí misma suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de cualquier deber legalmente establecido, ni protege todo acto o forma de comportamiento motivada en las creencias” (*Ibid.*). No se parece muy razonable que alumnos, que no están dispuestos a realizar abortos, se vean obligados a “formarse” en dicha actividad, mientras solo se reconoce “al personal sanitario la posibilidad de abstenerse de la intervención directa en la ejecución de abortos” (*Ibid.*).

Es fácil imaginar que no me ha sido fácil pergeñar estas líneas, pero -habiendo casi coincidido la sentencia con mi cumpleaños- no quise celebrarlo rompiendo, siquiera con

el silencio, una obligada trayectoria de defensa de lo humano, incluso respecto a intentos con diverso objetivo.

CC BY-NC-SA 4.0