

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/1 enero-junio 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

JURISPRUDENCIA

LIBERTAD PERSONAL E INTIMIDAD DE LA MUJER EMBARAZADA FRENTE A RESOLUCIÓN JUDICIAL DE INGRESO HOSPITALARIO OBLIGATORIO (STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO)

*Personal freedom and privacy of the pregnant woman
against a judicial decision of compulsory hospital admission
(STC 66/2022, of June 2)*

Antonio Ibáñez Macías

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Cádiz, España

<https://orcid.org/0000-0002-1152-4630>

<https://doi.org/10.18543/ed.3113>

Fecha de recepción: 23.01.2024

Fecha de aceptación: 08.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/1, enero-junio 2024

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LIBERTAD PERSONAL E INTIMIDAD DE LA MUJER
EMBARAZADA FRENTE A RESOLUCIÓN JUDICIAL
DE INGRESO HOSPITALARIO OBLIGATORIO
(STC 66/2022, DE 2 DE JUNIO)

*Personal freedom and privacy of the pregnant woman
against a judicial decision of compulsory hospital admission
(STC 66/2022, of June 2)*

Antonio Ibáñez Macías

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz, España
<https://orcid.org/0000-0002-1152-4630>

<https://doi.org/10.18543/ed.3113>

Fecha de recepción: 23.01.2024

Fecha de aceptación: 08.05.2024

Fecha de publicación en línea: junio 2024

Resumen

En este trabajo, se realiza un comentario crítico de la STC 66/2022, de 2 de junio. Un juez decreta el ingreso hospitalario obligatorio de una mujer embarazada para que se proceda, en su caso, a la inducción al parto. La mayoría del Tribunal Constitucional considera que la resolución judicial no ha vulnerado la libertad personal ni los derechos a la intimidad y a la integridad física y moral de la mujer embarazada. Sin embargo, entendemos que sí se han vulnerado tales derechos, pues la resolución judicial se dictó sin previa habilitación legal, sin audiencia de la persona afectada y sin la realización de un adecuado test de proporcionalidad. Tanto la resolución judicial como la Sentencia del Tribunal Constitucional, que la convalida, carecen de racionalidad jurídica y de razonabilidad.

Palabras clave

Libertad personal; intimidad; principio de legalidad; audiencia previa; ingreso hospitalario obligatorio.

Abstract

In this paper, a critical commentary is made on STC 66/2022, of 2 June. A judge decrees the compulsory admission of a pregnant woman to hospital for induction of labour, if necessary. The majority of the Constitutional Court considers that the judicial decision has not violated the personal freedom or the rights to privacy and to physical and moral integrity of the pregnant woman. However, we understand that these rights have been violated, as the judicial decision was issued without prior legal authorisation, without hearing the person affected and without carrying out an adequate test of proportionality. Both the judicial decision and the ruling of the Constitutional Court, which validates it, lack legal rationality and reasonableness.

Keywords

Personal freedom; privacy; principle of legality; prior hearing; compulsory hospitalization.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y DERECHOS AFECTADOS. II. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CONTRASTE CON LOS VOTOS PARTICULARES. 1. Una cuestión previa sobre el alcance del derecho a la intimidad en relación con las condiciones del parto. 2. La exigencia de previa habilitación legal para que el juez pueda adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. 2.1. *Disposiciones constitucionales y convencionales*. 2.2. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2.3. *Examen del caso concreto*. 3. La necesidad de audiencia a la persona afectada por la medida judicial limitativa de derechos fundamentales. 4. La exigencia de que la resolución judicial que limita los derechos fundamentales tenga una motivación reforzada, basada en un test de proporcionalidad. III. CONCLUSIÓN: UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL NI RACIONAL NI RAZONABLE. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y DERECHOS AFECTADOS

En este trabajo realizaremos un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio¹. Estamos ante un caso avocado en Pleno, que cuenta con cinco votos particulares: dos concurrentes (los de los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón) y tres discrepantes (de Juan Antonio Xiol Ríos, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas). Lo que se enjuicia es la constitucionalidad del auto de un juzgado de instrucción que ordena el ingreso obligatorio de una mujer embarazada en un centro hospitalario para que se realice, en su caso, la inducción al parto. La razón de esta decisión es el riesgo para la vida del feto (por el tiempo prolongado de gestación), ante la decisión de la gestante de dar a luz en su propio domicilio, asistida por una matrona profesional.

El contenido del auto del juzgado de instrucción, en funciones de guardia, es el siguiente: [Antecedente 2, letra f) de la STC 66/2022]

[El auto, de 24 de abril de 2019] “consideró aplicable al caso el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los arts. 29 y 158 del Código civil (CC). Asimismo, en atención al informe emitido por el subdirector de servicios

¹ Un comentario sucinto de esta Sentencia puede verse en Lomas 2022. También estudian esta Sentencia, de forma más detallada y especialmente desde el punto de vista del derecho a la intimidad: Matía Portilla 2023, y Cabezuelo Arenas 2023, donde se recoge, además, el conflicto materno-fetal en la jurisprudencia de algunos estados federados de Estados Unidos (2023, 95-99). Por su parte, Rueda Soriano 2023, estudia el principio de legalidad en la STC 66/2022 y en la STS 821/2022.

quirúrgicos y críticos del Hospital Universitario de Asturias, en el que se constataba la necesidad de ingresar a la gestante de 42+3 semanas para su inmediata inducción al parto, estimó procedente acceder a lo interesado, ‘habida cuenta de que pese a que la señora [P] ha sido informada de que el feto presentaba riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrauterina a partir de la semana 42, la misma manifestó su voluntad de no acudir al hospital y dar a luz en su domicilio, lo que, sin duda, podría poner en inminente y grave peligro la vida de su hijo’. A tal fin, acordó ‘el ingreso obligado de doña [C.P.], para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido’. Igualmente, resolvió oficiar a la Policía Local de Oviedo para que acompañara a la gestante al HUCA, ‘debiendo verificarse el traslado de la misma en vehículo medicalizado’, lo que así se llevó a efecto mediante oficio dirigido a la Policía Local de Oviedo, dando cuenta del acuerdo del ‘ingreso obligado’ de doña C.P., en el HUCA, al subdirector de servicios quirúrgicos y críticos de aquel hospital.”

El ingreso obligatorio en el hospital se efectúa ese mismo día 24 de abril, a las 17: 30 horas. A las 18:30 horas, el letrado de la administración de justicia del juzgado se personó en las dependencias hospitalarias para notificar a la paciente el auto del juzgado de instrucción. Al día siguiente (el 25 de abril) los servicios medidos emiten informe, a requerimiento del juzgado, en que sugieren “mantener la medida adoptada”. No hubo inducción al parto. Posteriormente, se emite nuevo informe médico al juzgado en que se puso de manifiesto el nacimiento por cesárea de una niña a las 1:40 del día 26 de abril.

El juzgado acuerda por providencia el archivo de las diligencias el día 28 de abril. Notificada esta providencia, los demandantes presentaron un escrito (de 3 de mayo), en que solicitan personarse en las actuaciones, a lo que el juzgado accede por diligencia de 7 de mayo. Mediante otro escrito solicitaron la nulidad del auto del 24 de abril de 2019 (el de ingreso obligatorio en el hospital), y subsidiariamente, que se tuviera por interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución. El juzgado, mediante auto de 15 de mayo desestimó la nulidad del auto de 24 de abril. Frente a los autos anteriores, los demandantes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual desestimó el recurso mediante auto de 31 de julio.

Los mencionados autos son impugnados en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), interpuesto por la demandante (la mujer embarazada) y por su hija y su marido. El TC rechaza la legitimación de estos últimos en relación con los derechos alegados: la del marido por no ser afectado en los derechos constitucionales de naturaleza personal (libertad personal y derecho a la intimidad) [FJ 3. A. c)]; la de la hija, además, por tener un interés contrapuesto al de los padres (la vida y salud del *nasciturus* frente a los derechos fundamentales de la madre) [FJ 3. A. b)]. La demandante entiende vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en relación

con los derechos a la libertad personal y a la intimidad. El otro derecho fundamental alegado, el derecho a la integridad física y moral, en relación con el trato inhumano y degradante (a juicio de la recurrente) dado por el personal sanitario durante el parto en el hospital se examinará por el TC en otro recurso de amparo (el número 899-2021, resuelto posteriormente en la STC 11/2023, de 23 de febrero²). [FJ 3 B) c)].

Es criticable que el Tribunal excluyera del examen de constitucionalidad el derecho a la integridad física y moral, alegado por la recurrente. La resolución judicial limita claramente la autonomía de la paciente para determinar las condiciones del parto. Con el auto de ingreso obligatorio, la mujer embarazada no pudo determinar el lugar del parto (en el propio domicilio o en el hospital), ni el personal sanitario que debía atenderla (médicos del hospital frente a matrona profesional elegida por ella), ni tampoco las intervenciones médicas que pudieran realizar sobre su cuerpo a raíz de esta limitación previa. En efecto, el juez autorizó que, llegado el caso, se practicara a la mujer embarazada una intervención médica forzosa, la inducción al parto; aunque finalmente no llegó a efectuarse, debido a que el proceso de parto había comenzado de forma natural en el domicilio de la paciente (a juicio de ella), fue interrumpido por la ejecución de la orden de ingreso obligatorio en el hospital, y continuó naturalmente en el hospital, si bien finalmente terminó en cesárea³. Por tanto, la medida judicial implicaba, en sí misma, una limitación del derecho a la integridad física y moral⁴.

² No realizaremos un examen de la STC 11/2023, de 23 de febrero. Una de las cuestiones principales que se deduce de esta sentencia, a la luz de los votos particulares, es si el consentimiento informado prestado por la mujer embarazada a distintas intervenciones médicas tras su ingreso forzoso en el hospital fue válido, teniendo en cuenta que se había dado en una situación de privación de libertad, y en un contexto que, a juicio de votos particulares discrepantes, podía entenderse como coactivo.

³ Véanse las circunstancias del caso en los antecedentes de la STC 11/2023, de 23 de febrero.

⁴ Véase, en este sentido, Matía Portilla 2023, 266-267. Asimismo, en su VP concurrente, la magistrada María Luisa Balaguer considera que la medida de ingreso obligatorio “incide de manera terminante” en su derecho a la integridad física “por imponerle una actuación médica”. Lo mismo sostiene en VP a la Sentencia 11/2023, donde además se añade que: “No es constitucionalmente respetuoso con los derechos contemplados en los arts. 14 y 15 CE, convertir la protección del *nasciturus* en justificación de todo juicio sucesivo sobre la actuación médica, que pudo ser científicamente correcta, pero que no puede obviar el hecho de que la recurrente en amparo fue conducida por la fuerza al hospital cuando ya había comenzado en su domicilio un proceso de alumbramiento natural. Desconocemos qué habría sucedido si el parto hubiera continuado según el plan previsto por la recurrente, pero lo que sabemos es que la decisión de conducirla al hospital por orden judicial condicionó de forma clara, y desde el punto de vista psicológico y de la integridad moral de la mujer, todo el proceso sucesivo.” En el mismo sentido, la magistra-

Debemos recordar que el derecho a la integridad física y moral “protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo” (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).” [STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6 C) b) (iv) y STC 94/2023, de 12 de septiembre de 2023, FJ 3 B) b) (i)]. Pero esto es, precisamente, lo que sucede en el caso que examinamos: se utiliza a la mujer embarazada, a la que ni siquiera se le da audiencia, como un medio para un fin.

Los motivos principales de inconstitucionalidad alegados por la recurrente fueron la falta de audiencia a la demandante por la jueza instructora y la falta de motivación reforzada de la resolución judicial que decretó su ingreso obligatorio en el centro hospitalario, y de otras posteriores que la confirmaban. Tampoco se contrastó el informe médico del hospital con el criterio profesional de la matrona que la estaba asistiendo⁵. Ni se ponderaron de manera mínima los derechos en juego; sino que solo se tuvo en cuenta, de forma literal, el informe médico, “pues, si bien se aludía en el citado informe a un incremento de riesgo genérico y abstracto, desde una perspectiva estadística, en función de que se trataba de una gestante con una duración de 42+2 semanas de embarazo, los riesgos descritos no fueron reales y efectivos en su caso.” [Antecedente 3, c) de la Sentencia 66/2022].

Otras cuestiones alegadas y resueltas por el TC son la falta de competencia del juez instructor para dictar la resolución [FJ 6 B) e)], y la inadecuación del procedimiento seguido (cuestiones que no examinaremos). También se alega la falta de previsión legal de la medida judicial acordada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal propugnó la desestimación del recurso de amparo.

da Inmaculada Montalbán, en VP a la STC 11/2023 opina: “Y lo cierto es que no es posible llevar a cabo un nítido deslinde entre la actuación judicial y la actuación de las autoridades sanitarias: ambas contribuyeron a conformar, de manera conjunta, la realidad fáctica a que se vio sometida la demandante de amparo en el proceso de dar a luz a su hija, la decisión de hospitalización forzosa estuvo vigente durante todo el tiempo que estuvo hospitalizada hasta que le dieron el alta con diagnóstico de depresión postparto.” Para esta magistrada, los consentimientos realizados por la mujer embarazada a las intervenciones médicas se produjeron en un “contexto coactivo” durante el ingreso y permanencia obligatoria en hospital. En cambio, Juan Carlos Campo Moreno, en VP a la STC 11/2023 considera que el consentimiento no se emitió en un contexto coactivo.

⁵ En el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial se decía, además que: “el juzgado tampoco procedió, con carácter previo a disponer la comprobación del riesgo inminente manifestado por los facultativos del hospital mediante la intervención del médico forense, no haciéndolo después a lo largo de las más de treinta y seis horas de permanencia en el hospital.”

II. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CONTRASTE CON LOS VOTOS PARTICULARES

1. *Una cuestión previa sobre el alcance del derecho a la intimidad en relación con las condiciones del parto*

Antes de abordar la cuestión principal (los requisitos constitucionales que debe reunir la medida adoptada por un juez, limitativa de derechos fundamentales, y su cumplimiento en el caso concreto (FJ 5 y ss)), el Tribunal Constitucional dedica el FJ 4 a exponer la doctrina general sobre los derechos fundamentales afectados y el bien jurídico protegido (la vida y la salud del *nasciturus*). El TC hace un alegato en favor de la dignidad de la persona, y en particular “de la dignidad de la mujer en un aspecto tan esencial y exclusivo para ella como es el de su decisión de ser madre y de realizar el parto en su hogar familiar, teniendo en cuenta las específicas circunstancias concurrentes en este caso.” [FJ 4.A) a)]. Así, llega a decir que: “Los derechos fundamentales invocados en la demanda son necesariamente una proyección de ese valor inherente a la condición humana que es la dignidad y, desde esta perspectiva, debemos realizar nuestro enjuiciamiento.” (*Ibidem*). Sin embargo, cuando el Alto Tribunal empieza a examinar el caso, parece olvidar esta perspectiva, como tendremos ocasión de ver. Se trata, pues, de un alegato vacío.

Respecto del derecho a la intimidad personal, el aspecto novedoso es que el Tribunal Constitucional recoge y hace suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) “sobre el deseo de las embarazadas de realizar el parto en sus domicilios familiares” [FJ 4. A) b)]. Cita en este sentido, como más relevante, la STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*; y también las sentencias de 14 de diciembre de 2010, asunto *Ternovszky c. Hungría*; de 4 de octubre de 2018, asunto *Pojatina c. Croacia*, y de 4 de junio de 2019, asunto *Kosaitė-Čypienė y otros c. Lituania*. Esa jurisprudencia viene a decir que la elección del lugar de parto es una cuestión que está fundamentalmente vinculada a la vida privada de la mujer y está comprendida en ese concepto a los efectos del artículo 8 de la Convención [STEDH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*, § 163]. Ahora bien, “el derecho a elegir ese modo de parto nunca es absoluto y siempre está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones médicas.” (§183 de la STEDH, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*).

Asimismo, en virtud del artículo 10.2 CE, Tribunal Constitucional reconocerá, como parte integrante del derecho a la intimidad personal y familiar, “el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, (...) alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que tienen que ver con la gestación y con ese alumbramiento” [FJ 4. A).d)]

Sin embargo, la parte más importante de la Sentencia, la que examina la medida de ingreso obligatorio en el hospital adoptada por el juez, se contiene en los fundamentos jurídicos 5 y siguientes. La doctrina general del Tribunal Constitucional viene a decir que toda medida limitativa de un derecho fundamental, adoptada por un juez, debe cumplir los siguientes requisitos: a) Una previa habilitación legal; b) dar audiencia previa a la persona afectada por la limitación del derecho fundamental; y c) realizar una motivación reforzada, mediante un juicio de proporcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental en relación con el bien constitucional protegido (en este caso, la vida del *nasciturus*). Es el conocido test de proporcionalidad.

2. *La exigencia de previa habilitación legal para que el juez pueda adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales*

2.1. Disposiciones constitucionales y convencionales

La exigencia de previa habilitación legal específica para que un juez pueda adoptar medidas que limiten derechos fundamentales se deduce directamente de las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10. 2 CE)

El art. 53.1 CE dispone que: “Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. El precepto se refiere a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), alegados en la demanda. Pero, además, el artículo 81.1 CE exige ley orgánica para “el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas” de la Sección 1 del Capítulo II, entre los cuales se incluyen los dos citados⁶. Por su parte, el artículo 17.1 CE dispone claramente que: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos y en la forma previstos en la ley*”.

Por otro lado, el art. 8.2 CEDH, respecto del derecho a la vida privada y familiar, establece que: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia *esté prevista por la ley...*”. Y respecto del derecho a la libertad y a la seguridad, el art. 5.1 CEDH preceptúa: “Nadie puede ser privado de su libertad, *salvo en los casos siguientes y con al arreglo al procedimiento establecido por la Ley*”. Entre los casos citados no se incluye el ingreso hospitalario obligatorio de una mujer embarazada para proteger la vida del feto. Pero el supuesto b) dice: “Si ha sido (...) internado, conforme a derecho (...) para asegurar una

⁶ En este sentido, véase: Matia Portilla 2023, 253.

obligación *establecida por la ley*". Sin embargo, este supuesto solo puede darse si, y solo si, está previsto en la ley.

La lectura conjunta de estas normas constitucionales y convencionales lleva a la conclusión de que es necesaria previa habilitación legal para que la autoridad pública (incluida la judicial) pueda limitar el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad personal. Estas normas no admiten excepciones de ningún tipo⁷.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La doctrina general del Alto Tribunal se puede resumir en el siguiente párrafo de la STC 217/2015, de 22 de octubre (FJ 2):

“De modo general, hemos señalado que ‘la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional’, afirmación que hemos proyectado específicamente sobre el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), el derecho a la integridad física [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B), y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2], el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7), el derecho a la libertad de elección de residencia y circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3) y, muy especialmente, sobre el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6).” (STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

En este sentido, respecto al derecho a la intimidad personal, la STC 66/2022, que comentamos, declara que: “(...) El derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en *una previsión legal* que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (...)”. [FJ 4 A) c), donde se cita en este sentido las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14; y 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 2⁸].

Respecto del derecho a la libertad personal, la exigencia de previa habilitación legal es más exigente, si cabe. En la interpretación del artículo 17.1

⁷ Sobre la finalidad de la reserva de ley en la CE, véase: Rubio Llorente 1993, 25. Sobre la importancia de la ley para el desarrollo de los derechos y principios constitucionales, véase, entre otros: Díez-Picazo 1985, 9-23; García de Enterría 1997, 90; Aragón Reyes 1997, 192.

⁸ Se sobrentiende, a lo largo de este trabajo, que las cursivas no son del texto original.

CE, el TC ha dicho que “toda restricción a la libertad ha de ser *cierta y previsible*, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley.” (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7). También ha declarado que: “la Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o *que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva* y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad.” [STC 66/2022, FJ 4 B) a)].

Esta exigencia de previa habilitación legal es aplicable para la limitación de cualquier derecho fundamental. En la Sentencia 66/2022 la doctrina general sobre la previa habilitación legal se contiene en el FJ 5, letra a). EL TC cita expresamente la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, según la cual “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. Esta Sentencia se refiere al secreto de las comunicaciones (art. 18.4 CE), en relación con la intervención telefónica de unas comunicaciones en el curso de una investigación por un delito contra la salud pública.

En el FJ 5 de la STC 49/1999 se constata la vulneración del derecho fundamental por insuficiencia de la ley: “ha de subrayarse que estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 C.E., autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental.” Pero a continuación, en el mismo fundamento jurídico se dice algo sorprendente, al proclamar que se puede prescindir del requisito de la legalidad si el juez ha realizado debidamente el test de proporcionalidad. El TC cita las Sentencias del TEDH de 6 de septiembre 1978, asunto *Klass y otros contra Alemania* (n.º 41); de 12 de julio de 1988, asunto *Schenk contra Suiza* (fundamento jurídico I, A); y de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras contra España* (fundamento jurídico I), para decir a continuación que:

En efecto: *si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica*, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, *no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.*

Esta conclusión es contradictoria con lo manifestado en el FJ 4 de la misma sentencia, en el sentido de que toda intervención en los derechos fundamentales requiere habilitación legal⁹.

No es posible ninguna excepción a la regla general, porque ambos requisitos, la previsión legal y la proporcionalidad de la medida, son *acumulativos*. Ambos están unidos por la conjunción “y”. En lógica consecuencia, no se puede prescindir de ninguno de ellos. Esto se desprende de la propia STC 66/2022 (F5, al inicio). Al resumir la jurisprudencia constitucional dice: “Además de obedecer a la preservación de fines o de bienes constitucionalmente legítimos, *la limitación del derecho fundamental debe estar prevista en la ley y, tanto en su formulación como en su aplicación, debe respetar el principio de proporcionalidad*”.

El carácter acumulativo de ambos requisitos se deduce también del art. 8.2 CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Este precepto exige, para que una autoridad pública pueda realizar una injerencia en tales derechos, que “esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Precisamente, las Sentencias del TEDH citadas por la STC 49/1999 para justificar su desvío de la regla general, vienen a contradecir tal conclusión, y a confirmar el carácter acumulativo de ambos requisitos. En efecto, la Sentencia de 6 de septiembre 1978 (asunto *Klass y otros contra Alemania*), constata, primero, que la medida legislativa de intervención en el

⁹ La finalidad práctica de esta desafortunada afirmación del TC parece ser, una vez constatada la insuficiencia legal de la actuación judicial, poder seguir analizándola y comprobar también su falta de proporcionalidad. Pues a continuación del párrafo arriba transcrito, el TC afirma: “Por ello, para dar respuesta a la pretensión de amparo, resulta obligado pasar al análisis de las restantes vulneraciones aducidas por los recurrentes.” En cambio, en su voto particular, el magistrado Pedro Cruz Villalón entiende que “esta vulneración la produce ya la sola deficiencia de ley, sin que sea necesario, para confirmar dicha vulneración, el examen y valoración que se hace en la Sentencia de la actuación judicial”. Como dice Matia Portilla, en comentario a la STC 49/1999: “Esta forma de proceder por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser sorprendente por varias razones. La primera, y más relevante, porque si se afirma que la actuación judicial no estaba ordenada por una Ley de suficiente calidad, parece claro que la lesión constitucional se ha producido en todo caso, con independencia del sujeto que la haya causado. La segunda porque, en este punto se separa, al menos de forma aparente, de la doctrina Valenzuela Contreras, que, una vez establecida la insuficiencia de la ley, declara sin más vulnerado el derecho recogido en el artículo 8.1 CEDH.” (Matia Portilla 2000, 265). Sobre el caso *Valenzuela Contreras*, véase, asimismo: Rodríguez Ruiz 1999.

secreto de las comunicaciones, cumple con el requisito de la habilitación legal (párrafo 43); y después examina los demás requisitos del art. 8.2 del CEDH (párrafo 44 y ss.), llegando a la conclusión de que no se violó el artículo 8 de la Convención.

En la Sentencia de 12 de julio de 1988 (asunto *Schenk contra Suiza*), sobre el secreto de las comunicaciones telefónicas, la cuestión no se examina desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, sino desde el derecho a un proceso justo. El TEDHs concluye que, aunque las escuchas telefónicas pudieran ser ilegales por carecer de autorización judicial, las mismas no vulneran el derecho a un proceso justo, porque el demandante tuvo la oportunidad de impugnar dichas escuchas ante los tribunales suizos (párrafo 47), y, segundo, porque la grabación telefónica no fue el único medio de prueba utilizado para justificar la condena (párrafo 48). Por último, en la Sentencia de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras contra España*), sobre la autorización judicial de unas escuchas telefónicas, el TEDH constata la insuficiencia de la previsión legal al efecto (párrafo 61), por lo que: “no estima necesario entrar a examinar, en el presente caso, el respeto de los demás requisitos del apartado 2 del artículo 8.” (Párrafo 62)¹⁰.

Basándose en la STC 49/1999, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 66/2022 llega a la siguiente conclusión, a todas luces errónea: “De lo que cabe entender que la *ausencia de una concreta previsión legal no afecta a la legitimidad de la medida*, siempre que se respete el principio de proporcionalidad inherente a la necesaria ponderación de otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (en este caso, los relativos a la vida y salud del *nasciturus*)”. [FJ 5 a)].

Esta conclusión no solo va contra el carácter acumulativo de ambos requisitos (la previa habilitación legal y el principio de proporcionalidad), sino que se basa únicamente, y de forma parcial, en la jurisprudencia sobre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Deliberadamente, se omite cualquier referencia al segundo derecho fundamental afectado por la actuación judicial, el derecho a la libertad personal. Respecto de este derecho, la exigencia constitucional de previa habilitación legal es todavía más taxativa: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos y en la forma previstos en la*

¹⁰ La Sentencia 66/2022 trae también a colación la STC 173/2011, de 7 de noviembre, especialmente un párrafo del FJ 2. Pero no hay nada en dicha Sentencia, sino antes al contrario, de la que se pueda concluir que se puede prescindir del requisito de la previa habilitación legal, si hay proporcionalidad, en la limitación de un derecho fundamental por resolución judicial.

ley”. Estamos ante una regla clara y precisa, que no puede ser contradicha por la jurisprudencia constitucional¹¹.

Por otro lado, no parece coherente que el TC pretenda prescindir, en su doctrina general, del requisito de la previa habilitación legal cuando, al examinar el caso concreto, sí lo tiene en cuenta, llegando a decir, como veremos a continuación, que existe “una razonable cobertura legal”.

2.3. Examen del caso concreto

El Tribunal Constitucional constata que la medida judicial limitativa de los derechos fundamentales no estaba prevista en la ley: “*prima facie*, este tribunal advierte que la decisión judicial de acordar el ingreso obligado en un centro hospitalario para la realización de un parto calificado de riesgo para la vida del feto, no tiene una previsión específica en la ley.” [FJ 6 B) c)]. Esta verificación hubiera sido suficiente para concluir que la medida es inconstitucional y vulnera los derechos alegados.

En efecto, el TC comprueba que los preceptos legales en los que el juzgado de instrucción apoya su decisión no regulan el caso, y son, por tanto, claramente insuficientes. Estos preceptos son los artículos 158.6 y 29 del Código Civil (en adelante, CC); y 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

El artículo 158 CC dispone:

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, *en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*”

¹¹ La jurisprudencia constitucional es clara respecto a la exigencia de previsión legal específica para adoptar medidas de privación de libertad. Véase, entre otras, las SSTC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2; y 84/2018, de 16 de julio, FJ 3.

No podemos compartir la opinión de Matia Portilla 2023, 258-259, en el sentido de que, en casos como el que examinamos, en que no hay una previsión legal, se aplicarían directamente los derechos y bienes constitucionales en conflicto, de modo que “los poderes públicos o los particulares deban limitar incluso en supuestos no legalmente previstos el ejercicio de un derecho fundamental para preservar ese orden público constitucional”. Por el contrario, en supuestos como el que examinamos, hay una determinación normativa constitucional clara (como la específica reserva de ley del art. 17.1 CE) que impide al juez limitar derechos fundamentales en ausencia de previsión legal.

Respecto de este precepto el TC dirá que: “Sin embargo, no puede ser considerada una previsión legal que preste cobertura a la actuación judicial que aquí se enjuicia, en la que ni existía aún la relación paterno-filial, ya que todavía la hija no había nacido, ni, por consiguiente, había adquirido aún la condición de sujeto titular de derechos al que hubiera que apartar de un riesgo o evitarle perjuicios”. Por el contrario: “Lo que aquí se dilucida es un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*, situación que no tiene propiamente encaje, ni en el ámbito, ni en las medidas del art. 158.6 CC, por lo que este precepto no ha sido establecido para prestar habilitación legal a la actuación aquí desarrollada por el juzgado.” [FJ 6 B) d)].

Por su parte, la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente, dispone en el apartado 6 del artículo 9, el cual versa sobre los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación, lo siguiente:

“6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse *atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente*, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.”

Respecto de este precepto, declara el Tribunal Constitucional [FJ 6 B) c)]: “Dentro de los supuestos a los que se refiere el art. 9.6, la decisión judicial parece acogerse a las eventuales intervenciones que afecten a menores de edad, en las que deba prestar su consentimiento su representante legal. *Pero este no es un supuesto de menor de edad que se encuentre en dicha situación (porque la hija aún no había nacido)*”. Además, por otro lado, “*la paciente era la madre gestante y, por consiguiente, era ella quien debía prestar el consentimiento para cualquier actuación médica que le afectara*, en los términos del art. 8 de la misma Ley 41/2002, y de conformidad con el derecho a la integridad física reconocido en el art. 15 CE, a cuyo haz de facultades nos hemos referido anteriormente”.

La alegación de este precepto de la Ley de autonomía del paciente, primero por parte del fiscal en su informe, y después por parte de la jueza de instrucción en su auto, es sintomática de determinados prejuicios de género¹².

¹² En este sentido, en su voto particular (punto 1), la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas, considera que: “la decisión del juzgado de instrucción de guardia –y de la

Para ambos, el paciente es el feto, no la mujer embarazada. Había que salvar la vida del feto (en supuesto peligro) a toda costa. No se tuvo en cuenta a la mujer embarazada, que era la verdadera paciente, a la que no se dio audiencia, ni se tomaron en consideración sus derechos fundamentales, que ni siquiera fueron mencionados en el auto de ingreso obligatorio en el centro hospitalario.

Por último, el artículo 29 CC dispone que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente [nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno]”. Respecto de esta disposición declara el TC que: “se trata de un precepto que está referido principalmente a los casos regulados por el Código civil y, en concreto, a los efectos favorables de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido, pero que no podemos extender sin más al ámbito de un conflicto entre derechos fundamentales y bienes o valores a los que la Constitución otorga protección¹³.”

Una vez constatada la insuficiencia de la ley, y de los preceptos legales invocados, lo lógico hubiera sido estimar el amparo solicitado y apreciar que el auto judicial de ingreso obligatorio en el hospital vulneraba los derechos invocados por la recurrente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no hace esto, sino que justifica la actuación del juez con base en los siguientes argumentos [FJ 6 B) c)], que iremos refutando al hilo de su exposición:

Audiencia Provincial al ratificar aquella— están ausentes de perspectiva de género y contaminadas con prejuicios de género.”

¹³ Esta es la opinión en la doctrina civilista mayoritaria. Así, Verda considera que: “En la doctrina española la explicación comúnmente aceptada a propósito del art. 29 del Código civil (en particular, en el ámbito sucesorio) es la que, una vez producida la concepción, los derechos a los que se encuentra llamado el *nasciturus* se encuentran en una situación de pendencia o de indeterminación transitoria de su titular; por el contrario, verificado el nacimiento (extremo éste que integra una *conditio iuris*), la adquisición del derecho se retrotrae al momento de la concepción” (Verda 2016, 26). En el mismo sentido, Cazorla opina que: “En el Código civil cuando se mencionan derechos a favor de los concebidos éstos son de carácter patrimonial, *inter vivos* o *mortis causa*, y se le atribuyen siempre que se produzca su nacimiento. Por lo que más que la atribución de una titularidad se está produciendo una reserva de la titularidad de estos derechos.” (Cazorla 2017, 5). Por su parte, Cabezuelo Arenas critica la interpretación restrictiva del art. 29 CC realizada por el TC, concluyendo que “esos beneficios [los del concebido no nacido] pueden ser estrictamente personales, no estar residenciados en el CC e incluso no tener por destinatario directo al nonato” (2023, 103). No obstante, consideramos que dicho precepto no habilita a defender los intereses del *nasciturus* (incluso su salud o su vida) contra los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

1º) *La obligación del juez de resolver sobre lo pedido.*

Según el TC, el juez “debía resolver sobre lo pedido, dando satisfacción a una previsión constitucional de protección de un bien jurídico derivado del art. 15 CE”. Pues bien, el juez tiene la obligación de juzgar y, al mismo tiempo, tiene prohibido limitar derechos fundamentales sin una habilitación legal específica. Por tanto, la decisión del juez podría ser cualquiera que no limitase los derechos fundamentales de la mujer embarazada: desde desestimar la sugerencia-solicitud del servicio médico de ingreso hospitalario obligatorio hasta tomar medidas cautelares para que el parto en el domicilio de la mujer se produjera en condiciones de seguridad y minimizando el peligro para el feto. Por tanto, el juez no estaba obligado a dictar el ingreso obligatorio en el hospital de la mujer embarazada.

2º) *La aplicación directa de los derechos constitucionales.*

“Por otra parte –dice el TC–, también conviene recordar que los preceptos que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 2). La respuesta de la juez, en todo caso, debía ser una respuesta jurídica, que se atuviera a nuestro ordenamiento jurídico.”

A este argumento hay que responder que, en ausencia de habilitación legal específica, no se puede tomar la protección constitucional de un bien (en este caso la vida del *nasciturus*, artículo 15 CE) como “habilitación legal”. Porque esa simple protección constitucional no ofrece ninguna certeza ni seguridad jurídica sobre las medidas a adoptar por el juez¹⁴.

3º) *La aplicación analógica de los preceptos legales previstos para la protección del menor de edad.*

“Por tal razón, y ante la obligación de resolver que pesaba sobre él, [el juez] ha realizado una labor de *integración* de esa insuficiente habilitación legal acudiendo a los preceptos legales que ha entendido que podían otorgar cobertura a la actuación de que se trataba. Consideró que se trataba de *una situación similar* a las que en ellos se contempla, en las que existe una actuación o decisión de quienes ejercen la patria potestad o tienen la representación legal del menor que pueden perjudicar a este o ponerlo en peligro.”

A este argumento, cabe replicar que no se puede usar la analogía para limitar derechos fundamentales. Debe haber una previsión clara y cierta en la ley. Las normas limitativas de derechos fundamentales deben ser objeto de

¹⁴ Véase, en este sentido, el voto particular de Ramón Sáez Valcárcel.

interpretación restrictiva y, por tanto, no admiten la analogía para cubrir lagunas legales o constitucionales¹⁵. Esto es evidente respecto del derecho de libertad personal, de modo que una interpretación analógica es “incompatible con las exigencias de nuestra doctrina sobre la habilitación legal de la injerencia en la libertad” (STC 217/2015, FJ 4).

Pero además, no hay identidad de razón entre la protección del *nasciturus* y la del menor de edad. Como dice el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, en su voto particular, “ninguna de las previsiones invocadas [se refiere a los arts. 158.6 CC y 9.6 de la Ley 41/2002] tiene presente la situación de dependencia del feto respecto de la madre y la incidencia que en los derechos de esta tiene toda medida dirigida a la protección de aquel. Cuando los derechos y bienes en conflicto son diversos, no hay semejanza y no puede apreciarse analogía para solucionar posibles lagunas.”

En efecto, cuando hay una diferencia fundamental entre los supuestos que se comparan, no puede aplicarse la analogía. La protección del menor, incluso contra los intereses de los padres, no tiene por qué afectar a los derechos constitucionales de la madre. En cambio, la protección del *nasciturus* frente a la mujer embarazada incide directamente en los derechos fundamentales de ésta, limitándolos. Este es el motivo por el que se reconocen derechos sucesorios al *nasciturus* (para el caso en que nazca con vida) pero no un derecho absoluto a la vida, al entrar en conflicto con los derechos fundamentales de la mujer embarazada. El *nasciturus* ni siquiera es, en sentido estricto, titular del derecho a la vida. La vida prenatal es un bien constitucionalmente protegido¹⁶.

4º) *El riesgo cierto para la vida del nasciturus.*

Considera el TC que la vida del *nasciturus* “podía correr un riesgo cierto ante aquella decisión de la gestante, tal y como indicaron los servicios médicos que habían realizado el seguimiento del embarazo”. Y, por tanto, “desde esa perspectiva, la forma en que ha suplido esa ausencia de previsión legal específica el juzgado, aunque pueda resultar discutible, ha de ser admitida por este tribunal (...).”

En respuesta a este argumento se puede decir que no estamos aquí ante algo discutible. Es indiscutible, en garantía del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que se requiere habilitación legal específica, y que al no haberla, la medida acordada por el juzgado es contraria a la Constitución. Por tanto, la obligación del Tribunal no es la de “admitir” la resolución judicial, sino la de anularla por inconstitucional.

¹⁵ Véase en este sentido: Ibáñez Macías 2023, 281 y 282.

¹⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5 y 7; STC 66/2022, de 2 de junio, FJ. 4. C). Asimismo, STC 44/2023, de 9 de mayo, FFJJ 3. C) y 7.A).

El riesgo para la vida del *nasciturus* –de ser cierto, lo cual es cuestionable– debería haberse armonizado con los derechos fundamentales de la mujer embarazada. El juez no estaba obligado a decretar el ingreso obligatorio en el hospital como única respuesta posible.

El Tribunal Constitucional concluye:

“En consecuencia y, desde este exclusivo planteamiento interpretativo, podemos concluir que el marco normativo al que sometió su actuación el órgano judicial, ante la ausencia de una previsión legal expresa, *ofrecía, sin embargo, una razonable cobertura legal*, justificada por el juzgado para efectuar la ponderación que se le había pedido entre los derechos fundamentales de la gestante y el bien jurídico constitucionalmente protegido que representa la vida del *nasciturus*, en cuanto encarna –como hemos reiterado– el valor fundamental de la vida humana, garantizado por el art. 15 CE”.

En contraposición a esta conclusión, hay que decir que, como el propio TC había constatado previamente, en este caso no había cobertura legal; por consiguiente, el intento de integración mediante la analogía no podía ser razonable, por las consideraciones arriba expuestas. Frente a los preceptos alegados por la jueza de instrucción, el TC, a su vez, propuso como norma habilitadora el artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (FJ 6 b) d)¹⁷; pero lo cierto es que dicha norma no autoriza una medida privativa de libertad como es el ingreso hospitalario obligatorio y, por consiguiente, no cumple las exigencias del art. 17.1 CE¹⁸. La cobertura legal no es razonable porque no existe.

3. *La necesidad de audiencia a la persona afectada por la medida judicial limitativa de derechos fundamentales*

El Tribunal Constitucional parte de la doctrina sobre la necesidad de audiencia previa:

“La tutela de los derechos fundamentales exige del órgano judicial, previamente a la adopción de una resolución limitativa o restrictiva del

¹⁷ Cabezuelo Arenas (2023, 103-106) propone la misma norma.

¹⁸ Por su parte, el VP concurrente del magistrado Cándido Conde Pumpido considera que hay cobertura legal, si bien de deficiente calidad. Cita en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pero sin mencionar ningún precepto legal de la misma. También cita los artículos 157 y 158 del Código penal, aunque reconoce que “la embarazada no puede ser penada a tenor de estos preceptos”. Considera que la falta de previsibilidad y certeza de la ley “es plena y exclusivamente imputable al legislador” y que el TC debería haber “instando al legislador a desarrollar con prontitud el ejercicio del derecho fundamental afectado”.

ejercicio de aquellos, que haya de cumplir el requisito de la audiencia del titular de tales derechos, como garantía procesal de la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para así evitar la existencia de desequilibrios entre ellas que pudieran originar situaciones de indefensión.” [FJ 6 C) b)]

El TC analiza las circunstancias del caso para comprobar si la falta de audiencia previa vulneró los derechos fundamentales alegados [FJ 6 C) d)]. Constata que, en efecto, no hubo audiencia previa: “Procedería, pues, en este supuesto, la estimación de la queja y la concesión sin más detallado discurso argumentativo del amparo solicitado, toda vez que la decisión judicial habría sido adoptada sin haber oído a la gestante, causándole indefensión.” [FJ 6 C) d)].

Ahora bien, el Alto Tribunal justifica la falta de audiencia a la mujer embarazada por una serie de razones, las cuales son contestadas por los votos particulares. Dedicó especial atención a este asunto el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Por tanto, al hilo de la exposición de los argumentos del TC, iremos intercalando los contraargumentos o respuestas de este magistrado.

1º) Por razones de “extrema urgencia”.

“El presente caso, sin embargo, es excepcional por las circunstancias de *extrema urgencia* en que llegó al juzgado de guardia la comunicación médica del estado de riesgo grave para la vida del feto, y por la celeridad con que el órgano judicial se vio en la tesitura de tener que tomar una decisión en relación con la solicitud de ingreso obligatorio en centro hospitalario que habían presentado los servicios médicos especializados del HUCA de Oviedo, que son los que habían atendido a doña C.P., desde el inicio del período de gestación hasta el día inmediatamente anterior al de aquella comunicación.” [FJ 6 C) e)]

En cambio, el magistrado Xiol Ríos considera que hubo urgencia, pero no extrema urgencia. Pues hubo tiempo para dar un trámite de audiencia al Ministerio Fiscal “antes de tomar una decisión al respecto sin indicar un plazo para ello”. De modo que: “la ausencia de este mismo trámite respecto de la persona directamente afectada por la petición añade también una sediente lesión de los principios de igualdad de armas y de contradicción.” (Punto 9 del VP)¹⁹.

¹⁹ En el mismo sentido, véase el VP de la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas, apartado 3, donde se afirma, basándose en el relato de los hechos, que: “Las ‘razones de extrema urgencia’ construidas en la sentencia para justificar la ausencia del trámite de audiencia, en mi opinión, no se corresponden con el relato fáctico ni fueron determinantes de la omisión de dicho trámite esencial.” Por su parte, Granero Ferrer opina que: “De

Como dice Xiol Ríos, el trámite de audiencia previa puede ser omitido en supuestos de urgencia siempre que se den dos requisitos que no se cumplieron en las circunstancias del caso: (1) “Que en la propia resolución judicial se dé razón motivada justificativa de esta actuación inaudita parte” y/o (2) “que con carácter inmediato se otorgue un trámite de audiencia para revocar o confirmar esa decisión”²⁰.

Así, ante la adopción de una medida de internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico, el TC ha establecido que: “El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento. Además, y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.” (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6, o 22/2016, de 15 de febrero, FJ 4).

En las circunstancias del caso, el auto judicial de 15 de mayo de 2019 sostiene que la medida de ingreso obligatorio de la mujer embarazada en el hospital se adoptó aplicando los trámites procesales previstos en el apartado 2 del art. 733 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para las medidas cautelares acordadas inaudita parte. Sin embargo, esto no es cierto. El art. 733 LEC dispone que: “cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, *en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*” Esta exigencia no se cumplió en el auto de ingreso obligatorio en el hospital, de 24 de abril, como se desprende de su contenido (transcrito más arriba).

Además, el artículo 763 LEC regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Pues bien, en su apartado tercero dispone que: “Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal *oír a la persona afectada por la decisión*, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, *el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo*

acuerdo con la sentencia: ‘el parto se inicia de forma espontánea sin administración de oxitocina en ningún momento’, premisa que, por tanto, pone en cuestión el carácter de urgencia” (Granero Ferrer 2023, 171).

²⁰ En sentido similar, véase el voto particular del magistrado Sáez Valcárcel, punto III; y de la magistrada Montalbán Huertas, apartado 3.

internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de *representación y defensa* en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”. Estas garantías podrían ser aplicadas, de forma analógica, y en defecto de regulación específica, a la persona ingresada obligatoriamente en un hospital para practicarle la inducción al parto, tal como proponían los recurrentes²¹.

Por su parte, la fiscal ante el TC (antecedente 8, letra d), consideró procedente “la realización de ‘un posterior control y ratificación de esa medida de ingreso urgente, con el cumplimiento de las garantías de audiencia de la afectada e información de derechos que eran exigibles ex art. 17 de la CE y 18.1 CE, para corroborar esa medida’, como se prevé en el art. 763 LEC para los internamientos involuntarios”. Sin embargo, la fiscal consideró que “tampoco se habrían infringido las garantías constitucionales de los derechos afectados ‘dado que la medida acordada dejó de tener efectividad antes del transcurso de setenta y dos horas del ingreso obligado, al nacer la hija de la señora [C.P.] a la 1:40 horas del día 26 de abril, habiendo estado informado el órgano judicial hasta ese momento de la necesidad de mantener el ingreso, y dado que además la recurrente tuvo tras su ingreso una amplia libertad de movimientos, careciendo de custodia, y consintió las actuaciones e intervenciones médicas de cuya necesidad fue informada previamente por los facultativos’.” Los argumentos de la fiscal no son convincentes: hubo una efectiva privación de libertad, no importa que fuese por menos de setenta y dos horas, fue el tiempo suficiente para el proceso de alumbramiento; y tampoco importa que, dentro del hospital, en que había sido internada a la fuerza, la recurrente tuviera cierta libertad de movimientos. Estos débiles argumentos ponen de manifiesto la dejadez del juzgado de instrucción, al no haber dado audiencia a la mujer embarazada en ningún momento, ni antes ni después de la orden de ingreso hospitalario.

2º) *Los servicios médicos que emitieron los informes y la solicitud al juez fueron los que estuvieron atendiendo a la mujer embarazada.*

“(…) Porque los servicios médicos que presentaron la comunicación al juzgado son los mismos que habían supervisado el seguimiento facultativo del curso del embarazo de doña C.P., justo hasta el día inmediatamente anterior al de los hechos de los que traen causa las resoluciones ahora enjuiciadas. Esta circunstancia permite extraer como consecuencia que eran, conforme a las exigencias del rigor científico, los servicios sanitarios ade-

²¹ Sobre los derechos del enfermo mental en la fase judicial del internamiento obligatorio, véase, entre otros: Julve 2017, 230 y ss. Destacamos los derechos de audiencia y examen de la persona afectada, y de informe del médico forense.

cuados para poner de manifiesto al juzgado la situación clínica de la gestante y el riesgo vital que corrían, tanto ella como el bebé que iba a alumbrar.”

3º) *Los servicios médicos ya habían advertido a la mujer embarazada de la situación de riesgo para la vida de la gestante y del feto.*

“(…) Porque esos mismos servicios médicos ya habían advertido previamente a doña C.P., y a su pareja, en consulta médica tenida el día anterior al de la comunicación, de la situación de riesgo para la vida de la gestante y del feto en que se encontraba el embarazo, por haberse excedido en varias semanas (entre dos y tres se señala en las actuaciones judiciales) del período ordinario de gestación, conforme a los protocolos médicos de actuación establecidos.”

Respecto de los argumentos segundo y tercero del TC, el magistrado Xiol Ríos considera que: “no acaba de apreciarse la conexión lógica entre estas afirmaciones y el hecho de la omisión del trámite de audiencia”. Y, en segundo lugar, muestra su preocupación por que pueda aceptarse, de manera consciente o inconsciente, “que es de tal preponderancia la opinión del servicio sanitario público en este tipo de situaciones que es innecesario un trámite de audiencia a la afectada porque no es potencialmente concebible que pueda aportar nada relevante desde el punto de vista de alegaciones o de prueba realizada por otros profesionales sanitarios como para revertir su fuerza de convicción.”

En efecto, en el recurso de apelación ante la audiencia provincial, los recurrentes alegaron que “el juzgado tampoco procedió, con carácter previo a disponer la comprobación del riesgo inminente manifestado por los facultativos del hospital mediante la intervención del médico forense, no haciéndolo después a lo largo de las más de treinta y seis horas de permanencia en el hospital”.

En el auto de 15 de mayo de 2019, por el que se desestima la nulidad del auto de 24 de abril, el juzgado se dice que se accedió “a la medida interesada desde los servicios médicos especializados del HUCA, cuya profesionalidad y rigor, no podía cuestionarse judicialmente”. Pues bien, este fue el error del juzgado de instrucción, tomar la opinión del servicio sanitario del hospital como una prueba irrefutable, sin contrastarla con la del médico forense o la de otro profesional aportado por la mujer embarazada, para lo cual debió dar audiencia a esta última. Esto parece denotar falta de imparcialidad por parte del juzgado de instrucción, y el mismo sesgo pudo afectar al Tribunal Constitucional, a raíz de los argumentos segundo y tercero arriba transcritos²².

²² En este sentido, Corbella ha dicho que: “Se pone de manifiesto que, en este caso, las resoluciones impugnadas no han respetado el trámite de audiencia, y parece muy arriesgada, y voluntarista, la decisión de la mayoría del Tribunal de convalidarlo por la

En relación con este argumento, para la magistrada Montalbán Huertas, la falta de audiencia pudo deberse a la existencia de estereotipos negativos para las mujeres embarazadas:

“Del relato de hechos se puede deducir que la omisión del trámite de audiencia pudo obedecer a estereotipos e ideas preconcebidas perjudiciales para los derechos de las mujeres. Las expectativas asociadas al rol maternal están condicionadas, todavía hoy, por el modelo tradicional de la maternidad, basado en la entrega, cuidado y la emotividad; de manera que la ausencia de audiencia a la mujer pudo deberse a que se apartó del rol de sumisión y obediencia a los servicios médicos –optando por intentar el parto en casa con ayuda de matrona– y se juzgó como obstinada e irrazonable su postura, por negarse a cumplir lo que el día anterior le habían recomendado los servicios médicos, y entenderse que la madre no se sacrificaba respecto al bien superior del no nacido²³”.

4º) *El peligro inminente de perder la vida el feto.*

“(…) Por el constatado peligro inminente de perder la vida el feto, puesto de manifiesto en la comunicación dirigida al juzgado, en la que se expresaba el “riesgo de hipoxia fetal” en que se encontraba el mismo, lo que obligaba a una celeridad extrema en la respuesta judicial a aquella solicitud.”

Este argumento es contestado por el VP de Sáez Valcárcel, en el sentido de que el riesgo era “estadístico” (punto III.2). También la magistrada Montalbán Huertas advierte de que la resolución judicial se adopta de manera preventiva y sobre la base de datos estadísticos (VP, apartado 4).

En definitiva, el magistrado Xiol Ríos considera “perturbador” el proceso argumental desarrollado por el TC para desestimar este motivo de inconstitucionalidad de la medida judicial²⁴. Destaca la importancia de la

información asistencial facilitada a la recurrente por el hospital, con intervención de los servicios jurídicos, inmediatamente antes de solicitar su ingreso obligado al órgano judicial.” (Corbella 2023). En el mismo sentido, Granero Ferrer considera que: “Esta decisión sienta un peligroso precedente para la protección de los derechos fundamentales de las personas embarazadas al implicar que la toma de decisiones está supeditada a la autoridad médica sin que esta deba o pueda ser contrastada.” (Granero Ferrer 2023, 167).

²³ En este sentido, Granero Ferrer opina: “Se podría concluir pues, que la ausencia de audiencia en el caso Oviedo estuvo determinada por un estereotipo negativo que configura las mujeres en los contextos de salud sexual y reproductiva como sujetos de baja validez epistémica.” (Granero Ferrer 2023, 178). De modo que en este caso se produce una “injusticia epistémica testimonial” (Granero Ferrer 2023, 181).

²⁴ En el mismo sentido, la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas declara que: “Resulta inquietante y perturbador, dicho con el máximo respeto a la mayoría, que sin la concurrencia de las garantías configuradas por la doctrina constitucional, de manera clara

audiencia “como principio general y constitucional de proceso judicial” (punto II), y como “una de las garantías fundamentales del derecho a un proceso justo” (punto II. 4), que “encuentra un encaje natural en el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE” (*Ibidem*).

En cuanto a los efectos del incumplimiento del trámite requerido, considera Xiol Ríos que la falta de audiencia a la mujer embarazada supone una “cosificación de la mujer en el debate judicial”, de tal modo que la misma “ha sido objeto del sistema de justicia, pero no sujeto de este sistema”, lo cual “resulta inadmisibles por imperativo del principio de dignidad que, como se ha destacado anteriormente, está vinculado con el derecho a ser oído en el marco de un proceso judicial en el que se dilucidan derechos e intereses propios, máxime cuando estos afectan a un ámbito tan personalísimo como los que se planteaban en ese caso.” (punto 11).

En el mismo sentido, el VP de Sáez Valcárcel considera que la omisión de audiencia afectó a la dignidad de la demandante:

“De hecho, la autoridad judicial le dispensó un tratamiento procesal propio de una persona en situación de incapacitación o de incompetencia para decidir. Y al limitar en esas condiciones las expectativas de conducta que amparaban su derecho a decidir sobre el proceso de parto y sus condiciones, la trató como si fuera únicamente el soporte biológico de la vida de su hija no nacida, por lo tanto, solo como un medio y no como un fin en sí misma, como un agente moral.”

Asimismo, la magistrada Montalbán Huertas considera, en su voto particular (apartado 1) que:

“La conclusión a la que llega la sentencia podría permitir la disociación del cuerpo de la mujer embarazada de los derechos de los que es titular como persona, como si fuera un recipiente que alberga al *nasciturus* o vasija, en metáfora creada por el movimiento feminista contrario a la gestación subrogada (también conocida como ‘vientres de alquiler’). Ello implicaría admitir que la mujer embarazada es un mero instrumento para la consecución del fin de preservar un eventual riesgo al bien jurídico del *nasciturus*, con anulación de la dignidad que a aquella le corresponde como persona.”

La magistrada añade que: “La invisibilización de la mujer como sujeto de derechos resulta evidente tras la lectura de hechos que contienen los antecedentes de la sentencia.”

y taxativa, pudieran convalidarse decisiones judiciales tan restrictivas de derechos fundamentales como las que aquí se adoptaron, al amparo del denominado concepto jurídico indeterminado de ‘razones de urgencia’.”

No es preciso insistir en la idea. Con la actitud del juzgado de instrucción, confirmada por la Audiencia Provincial, y por el Tribunal Constitucional, se cosifica a la mujer embarazada, se le considera como un medio para un fin, como un mero recipiente o incubadora, y no como a una persona que tiene dignidad propia, capacidad de autodeterminación y derechos fundamentales.

4. *La exigencia de que la resolución judicial que limita los derechos fundamentales tenga una motivación reforzada, basada en un test de proporcionalidad*

En el FJ 5, letra b), la STC 66/2022 viene a recoger la doctrina general del test de proporcionalidad aplicable a las medidas limitativas de derechos fundamentales:

“Pues bien, la aplicación de este canon supone el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta– (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).”

La propia Sentencia que examinamos declara que: “Por tanto, cuando se trata de aplicar medidas que afectan a estos derechos y que conllevan su limitación, en aras de preservar aquellos intereses generales o bienes jurídicos constitucionalmente legítimos y susceptibles de protección, *los órganos judiciales que acuerden su aplicación tendrán que realizar un previo juicio de proporcionalidad*, que ha de plasmarse en la resolución de modo específico y no mediante frases abstractas o estereotipadas.” De modo que la resolución judicial ha de contener: “la conclusión a favor o en contra de adoptar la medida aplicando al efecto el ‘*test de proporcionalidad*’”. [STC 66/2022, FJ 6 D) a)].

Resulta chocante que el TC exija en este caso a la resolución judicial “hilvanar en términos lógicos el razonamiento que conecta el enunciado de esas circunstancias [las que concurren en el afectado] con la norma habilitante” (*Ibidem*); puesto que en este caso no hay norma legal que habilite al juez para el ingreso obligatorio en el hospital de la mujer embarazada en caso de riesgos para la salud o vida del feto.

También es sorprendente que el TC admita que: “Ya desde la primera aproximación al estudio de la citada resolución, advertimos que la misma contiene *una fundamentación por remisión*, pues el órgano judicial hace

suyos los razonamientos de la comunicación recibida de los servicios sanitarios del centro hospitalario para adoptar su decisión.” [FJ 6 D) c)]. En cambio, en supuestos como éste, en que se exige al juez una motivación reforzada de la medida restrictiva de derechos fundamentales, basada en la realización de un test de proporcionalidad, no debería admitirse la fundamentación por remisión a actos de órganos administrativos externos (como la remisión que se hace a la comunicación e informe de los servicios sanitarios del Principado de Asturias), sino que toda la fundamentación debería contenerse en la resolución judicial, para garantizar de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva²⁵.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que la resolución judicial contiene un adecuado test de proporcionalidad, aunque “con motivación sucinta” [FJ 6 C) c)]. Pues bien, consideramos que en estos supuestos tampoco debería permitirse una motivación sucinta, pues podría resultar insuficiente para contener una adecuada ponderación de los derechos y bienes en juego²⁶.

No obstante, el TC afirma que se identifica en el auto el fin constitucionalmente legítimo y la adecuación de la medida: “Aunque, con motivación sucinta, el auto describe, pues, el fin perseguido con la medida adoptada, justifica la idoneidad de esta para preservar la vida y salud del *nasciturus* y, por ende, de la propia madre, pues el ingreso hospitalario era una medida adecuada al fin perseguido, que era la realización del parto en condiciones seguras”. Se razona su necesidad: “igualmente, ofrece argumentos para justificar que aquella medida era necesaria, frente a la alternativa de que tuviera lugar un parto natural en el domicilio, aun cuando lo fuera con asistencia de profesional (matrona), por la excesiva prolongación del período de embarazo”. Y también se realiza en el referido auto el juicio estricto de proporcionalidad: “toda vez que limita la medida al traslado e ingreso en el centro hospitalario, poniendo como prevalente la preservación del bien constitucionalmente legítimo de la vida y salud del *nasciturus* sobre el derecho de la madre a su libertad personal y a elegir libremente el lugar del parto y la forma en que este tuviera lugar” [FJ 6 D) c)].

Sin embargo, basta leer el referido auto (se reproduce más arriba, al relatar brevemente los hechos) para darse cuenta de que el mismo no hace mención alguna a los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Si no los menciona, difícilmente podría realizar un test de proporcionalidad en su limitación. El juicio de proporcionalidad es reconstruido ahora por el Tribunal Constitucional para convalidar la resolución judicial.

²⁵ En este sentido, véase: Colomer 2003, 411.

²⁶ En este sentido, Colomer 2003, 434 y ss.

Lo mismo hizo la fiscal ante el TC: suplir el inexistente test de proporcionalidad del auto de ingreso hospitalario por el suyo propio. Por su parte, la Audiencia Provincial consideró “la motivación del auto recurrido es sucinta, pero suficiente para conocer las razones que fundamentan la decisión adoptada; y cualquier posible déficit en este punto se habría visto sobradamente subsanado con el posterior auto de 15 de mayo de 2019, dictado al resolver el recurso de reforma”. Ahora bien, la falta de motivación reforzada del 24 de abril no puede quedar subsanada por un auto posterior, de 15 de mayo, dictado cuando ya había concluido hacía tiempo la situación de ingreso hospitalario forzoso.

A nuestro juicio, no se valoraron, en ningún caso, los derechos fundamentales de la mujer embarazada, que brillan por su ausencia en el referido auto²⁷. Precisamente porque no hubo audiencia previa a la mujer embarazada, no se tomaron en consideración sus derechos fundamentales, y solo fue tenido en cuenta el informe médico y el del fiscal. Esto impidió que se realizara un adecuado test de proporcionalidad²⁸.

Para la magistrada Montalbán Huertas, la decisión judicial fue arbitraria, “porque no ponderó ni tuvo en cuenta los derechos de la mujer embarazada”; y desproporcionada, “porque el ingreso hospitalario forzoso supuso una excesiva intervención en la libertad personal e intimidad de la mujer, sin evaluar ni la adecuación, ni la idoneidad ni la proporción en sentido estricto de la medida” (VP, apartado 1).

En efecto, la medida no era necesaria ni proporcionada, pues había alternativas menos gravosas para proteger la vida del feto sin limitar los derechos de la mujer embarazada. Como dice Montalbán: “[La resolución judicial] no valora la circunstancia de que la mujer estaba asistida por una matrona profesional y tampoco la posibilidad o imposibilidad de adoptar otras medidas menos lesivas (por ejemplo, asistencia y seguimiento médico domiciliario con posibilidad de traslado en ambulancia caso de ser necesario)”. De modo que: “La conclusión es que el juzgado de instrucción de guardia, concede una absoluta prevalencia a los intereses y bienes jurídicos del *nasciturus* y realiza

²⁷ Véase, en este sentido, el VP de Sáez Valcárcel, apartado III.2; y el de Montalbán Huertas, apartado 4. En cambio, el TC sostiene, contra lo que se desprende de la lectura del propio texto del auto, que el mismo “incluye la identificación de los derechos y bienes en conflicto.” [FJ 6 D) c)].

²⁸ Al respecto, véase el VP (apartado III. 2) del magistrado Sáez Valcárcel En el mismo sentido, la magistrada Montalbán Huertas dirá en su voto particular (apartado 3): “En segundo lugar, debo resaltarlo, la audiencia y escucha a la mujer, desde un punto de vista material y no procedimental, era un elemento necesario e imprescindible para formular el correcto juicio de proporcionalidad que constitucionalmente se exige para restringir derechos fundamentales.”

una postergación, igualmente absoluta, de los derechos fundamentales de la madre gestante o de sus intereses” (VP, apartado 4)²⁹.

En nuestra opinión, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional, respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, cuando hay dos bienes y/o derechos en aparente conflicto (en este caso, la vida del *nasciturus* frente a los derechos a la libertad personal y a la intimidad y a la integridad personal de la mujer embarazada), la primera obligación del juez es intentar armonizarlos, de modo que se hagan efectivos ambos bienes o derechos³⁰. Solo si la armonización no es posible, hay que dar preferencia a un derecho o bien sobre el otro. Por tanto, el juzgado de instrucción pudo haber intentado armonizar ambos derechos, poniendo un vehículo medicalizado a disposición de la mujer embarazada en su domicilio para el caso en que, de ser necesario, se trasladara esta al hospital (prevalencia, en caso de conflicto efectivo, de la vida del *nasciturus*). Este trato respetuoso y deferente a la recurrente era imprescindible para no vulnerar sus derechos fundamentales.

Para dar a entender que la medida adoptada fue necesaria el TC argumentó, además, que el parto “finalizó con práctica de cesárea.” [FJ 6 D) c)]. Sin embargo, el TC incurre en cierto sesgo retrospectivo al enjuiciar el auto del juez en virtud de hechos posteriores al mismo. La necesidad de cesárea pudo deberse al estrés sufrido por la mujer en una situación de ingreso y permanencia obligatoria en hospital. No se sabe qué hubiera sucedido si se hubiera permitido el parto en el propio domicilio, poniendo a disposición de la embarazada un vehículo medicalizado para, en caso de que fuese necesario, su traslado urgente al hospital.

En definitiva, no hubo un verdadero test de proporcionalidad en el auto de ingreso obligatorio, se absolutizó la vida del *nasciturus* y, en consecuencia, no se tomaron en consideración los derechos de la mujer embarazada³¹.

²⁹ La magistrada aprecia en la resolución judicial una discriminación directa por razón de sexo (VP, apartado 6)

³⁰ Como ha dicho el TC, “(...) cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado –como dice la STC 53/1985– a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2)” (STC 23/2022, de 21 de febrero, FJ 3).

³¹ Esta absolutización de la vida del *nasciturus* es compartida por la fiscal ante el TC, la cual llegó a decir que “el derecho a la vida del *nasciturus* ‘tiene, en sí mismo, un valor absoluto’, no predicable de los demás derechos de la persona, y que, en la ponderación realizada por el juzgado, se apreció la necesidad de la medida de ingreso urgente ‘ante la

III. CONCLUSIÓN: UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL NI RACIONAL NI RAZONABLE

Opina la magistrada Inmaculada Montalbán que la decisión del juzgado de instrucción fue arbitraria. Una resolución judicial es arbitraria no solo cuando no se razone (siendo así, se podría esgrimir cualquier argumento, por irrisorio o peregrino que fuera, para evitar la arbitrariedad); sino cuando no se razone *conforme a Derecho*. En opinión de Igartua, una decisión puede ser arbitraria por ilegal (Igartua 1996, 7). Por su parte, Atienza considera que una decisión jurídica es estrictamente racional si y solo si: “1) Respeta las reglas de la lógica deductiva (...); 2) Respeta los principios de la racionalidad práctica (...) a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.” (Atienza 1987, 193-194). Pues bien, en el caso que hemos examinado, la resolución judicial no cumple el requisito 3), porque la decisión vulnera, al menos, el art. 17.1 CE, el cual dispone que: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y *en los casos* y en la forma previstos en la ley”. Y no existía ninguna norma legal que previera el ingreso obligatorio de una mujer embarazada en el hospital para que se le practicara, en su caso, la inducción al parto.

La decisión del juez no fue racional, esto es, conforme a Derecho, por cuanto el juez no estaba habilitado por la ley para restringir los derechos fundamentales de la mujer embarazada (libertad personal, intimidad e integridad física y moral); asimismo, porque se vulneró la garantía procesal de la audiencia de la persona afectada para la adopción de toda medida limitativa de derechos fundamentales. Por último, a nuestro juicio, el juez no realizó un adecuado test de proporcionalidad, de acuerdo con lo que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La decisión judicial tampoco fue razonable. Según Atienza: “Una decisión es razonable en sentido estricto si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; 3) es aceptable por la comunidad” (Atienza 1987, 192-193).

El primer requisito no parece aplicable al caso que hemos estudiado, donde precisamente lo inaceptable es que el juez haya tomado una decisión

situación de grave e inminente riesgo que había para la vida de la hija’, que lo hacían inaplazable.”

que no es conforme a Derecho (carente de racionalidad jurídica)³². El segundo requisito no se cumple en nuestro caso, pues la decisión del juez, con independencia de su falta de previsión legal, no se adoptó armonizando los intereses en juego, sino dando una preferencia absoluta a la vida del *nasciturus* sobre los derechos fundamentales de la mujer embarazada, a la que ni siquiera se le da audiencia. Por lo que se refiere al tercer requisito, la aceptación por la comunidad, podemos entenderlo en el sentido de que “la decisión satisface el código de valores dominantes” (Aarnio 1991, 288). Pues bien, la decisión no es aceptable, pues si bien cumple con el valor “vida”, no satisface los valores libertad (art. 1.1 CE) y dignidad (art. 10.1 CE), en que se concretan los derechos constitucionales a nuestro juicio vulnerados (libertad personal, intimidad e integridad física y moral) y la exigencia de audiencia de la persona afectada.

En definitiva, la decisión judicial no fue racional ni razonable y, en consecuencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional que la convalidó tampoco lo fue. En el caso concreto que hemos examinado, el TC ha dejado de ser un garante de los derechos fundamentales para convertirse en una pieza más, la última, de la maquinaria estatal (jurisdiccional) que acabó vulnerando los derechos constitucionales de la mujer embarazada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, Manuel. 1987. «Para una razonable definición de “razonable”». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4: 1189-202.
- ARAGÓN REYES, Manuel. 1997. «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*: 179-202.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. 2023. «El derecho de la mujer a decidir sobre el parto como vertiente de su intimidad. STC 66/2022, de 2 de junio (RTC\2022\66)». *Derecho Privado y Constitución* 43: 89-120. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.03>
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen. 2017. «La protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 15: 1-11.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. 2003. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORBELLA I DUCH, Josep. 2023. «Incidencia de la STC 66/2022 en el ámbito sanitario». *Diario La Ley* 10257.

³² Sobre las diversas posiciones doctrinales acerca de la relación entre racionalidad y razonabilidad jurídicas, véase: Nieto 2000, 341-345; Colomer 2003, 308 y ss.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. 1985. «Constitución, ley, juez». *Revista Española de Derecho Constitucional* 15: 9-23.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1997. «La democracia y el lugar de la ley». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*: 79-95.
- GRANERO FERRER, Rebeca. 2023. «La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 24: 163-183. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7660>
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. 2023. «Las lagunas normativas constitucionales: su integración mediante argumentos lógicos y cuasilógicos». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 48:271-313. doi: <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25208>.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. 1996. «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial». *Revista Vasca de Administración Pública* 46: 1-25.
- JULVE HERNÁNDEZ, María del Mar. 2017. «La protección jurídico-civil de la persona que sufre enfermedad mental: El internamiento urgente no voluntario». Tesis Doctoral en Xarxa. Universitat Jaume. doi: <https://doi.org/10.6035/14108.2017.86044>
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente. 2022. «STC 66/2022, de 2 de junio: el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento de su hijo». *Diario La Ley* 10119.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. 2000. «Legislador, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 58: 245-275.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. 2023. «¿Puede un órgano judicial acordar el ingreso hospitalario de una mujer embarazada sin oír a la afectada y al margen de sus competencias legales? (STC 66/2022, de 22 de junio)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 128: 239-268. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.08>
- NIETO, Alejandro. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. 1999. «El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 56: 223-250.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1993. «El principio de legalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional* 39: 9-42.
- RUEDA SORIANO, Yolanda. 2023. «El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 66/2022 y STS 821/2022». *Jueces para la democracia* 107: 45-56.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. 2016. «La protección jurídica del concebido en el Derecho español». *Revista Boliviana de Derecho* 22: 16-33.