

REFORMA CONSTITUCIONAL, DERECHO AL ABORTO Y AUTODETERMINACIÓN DE LA MUJER

Constitutional reform, the right to abortion and woman's self-determination

Yolanda Gómez Sánchez
Universidad Nacional de Educación a Distancia
ygomez@der.uned.es

Cómo citar/Citation

Gómez Sánchez, Yolanda (2026).
Reforma constitucional, derecho al
aborto y autodeterminación de la mujer.
IgualdadES, 14, 277-306.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.14.09>

(Recepción: 06/02/2026; aceptación tras revisión: 23/03/2026; publicación: 24/06/2026)

Resumen

Estas reflexiones se refieren a la que podría ser la cuarta reforma de la Constitución de 1978. En este caso, la del art. 43 CE para garantizar el ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo. Estas páginas analizan la propuesta del Gobierno en cuanto a su contenido material y a la ubicación en el art. 43 CE que constitucionaliza el derecho a la protección de la salud, señalando los motivos de dicha ubicación y la posibilidad de haber extendido la reforma al art. 53 CE para aplicar al nuevo texto las garantías reforzadas que se reconocen en este precepto. Se analizan igualmente los fundamentos jurídicos de la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023, en especial el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y se defiende la tesis alternativa del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como mejor fundamento constitucional para avalar la constitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo.

Palabras clave

Reforma constitucional; derecho a la protección de la salud; aborto; derecho a la integridad física y moral; derecho a la libertad personal; derecho a la autodeterminación física.

Abstract

These reflections concern what could be the fourth amendment to the 1978 Constitution. In this case, the amendment to Article 43 of the Spanish Constitution to guarantee women's right to voluntary termination of pregnancy. These pages analyse the Government's proposal in terms of its substantive content and its placement within Article 43 of the Spanish Constitution, which enshrines the right to health protection, highlighting the reasons for this placement and the possibility of extending the amendment to Article 53 of the Spanish Constitution in order to apply the enhanced guarantees recognised in that provision to the new text. The legal grounds of Constitutional Court Ruling 44/2023 of 9 May 2023 are also analysed, in particular the right to physical and moral integrity (Article 15 of the Spanish Constitution), and an alternative argument is put forward regarding the right to personal freedom (Article 17.1 of the Spanish Constitution) as a more appropriate constitutional basis for upholding the constitutionality of voluntary termination of pregnancy.

Keywords

Constitutional reform; the right to health protection; abortion; the right to physical and moral integrity; the right to personal freedom; the right to physical self-determination.

SUMARIO

I. PRECEDENTES. II. UBICACIÓN DE LA REFORMA Y PROCEDIMIENTO. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: DE LA EXENCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL. IV. EL ARTÍCULO 15 CE COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN LA STC 44/2023. V. DERECHO A LA LIBERTAD Y LA AUTODETERMINACIÓN FÍSICA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO: 1. Otra tesis es posible: libertad y autodeterminación física. 2. La STC 44/2023: la oportunidad perdida. 3. El voto particular concurrente como aval a la tesis del derecho a la libertad como autodeterminación de la mujer. VI. FINAL: LA REFORMA PENDIENTE.

I. PRECEDENTES

El 14 de octubre de 2025, el Consejo de Ministros acordó iniciar el procedimiento de reforma constitucional para incluir en la misma el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, aunque algunas semanas antes la ministra de Igualdad había adelantado esta decisión del Gobierno para garantizar a nivel constitucional este derecho de las mujeres. A partir de ese momento, la posible reforma ha sido objeto de opiniones contrapuestas, tanto jurídicas como políticas.

No hay precedentes de la inclusión expresa de la interrupción voluntaria del embarazo en una constitución española. El único precedente legislativo, que no constitucional, es el Decreto de 25 de diciembre de 1936, sobre la Interrupción Artificial del Embarazo, de la Generalitat de Cataluña durante la Segunda República, en plena Guerra Civil. Esta norma legalizó la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas, con el consentimiento de la mujer, sin necesidad de alegar ninguna causa y realizado en centros sanitarios públicos¹.

Federica Montseny, ministra de Sanidad y Asistencia Social en el Gobierno de Largo Caballero, promovió por primera vez un proyecto sobre

¹ El Decreto, de aplicación solo en territorio catalán, fue posible porque, aunque la Constitución de 1931 no incluyó ninguna referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, territorios como Cataluña disponían de competencias en materia de sanidad, en el marco de las cuales se aprobó el Decreto de 1936.

aborto voluntario de ámbito nacional, también iniciada ya la Guerra Civil. El proyecto, que recibió el rechazo incluso del propio Gobierno al que Montseny pertenecía, se basaba en la defensa de la maternidad voluntaria y se integraba dentro de los servicios de la sanidad pública.

Durante los debates parlamentarios para la elaboración de la Constitución de 1931 se hizo patente el diferente enfoque de los parlamentarios que consideraban el aborto voluntario un tema altamente conflictivo. Tampoco las mujeres parlamentarias en aquellos debates defendieron los derechos reproductivos de la mujer, donde los temas preferentes eran la maternidad, la protección de la infancia o la salud de la mujer trabajadora, aunque se reconoció el divorcio y la igualdad de los hijos ante la ley².

El aborto fue considerado delito y penado severamente en los códigos de 1822, 1870, 1944, delito que se mantuvo en reformas posteriores hasta la aprobación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, derogada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³. Como es conocido, contra estas leyes orgánicas se interpusieron recursos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 44/2023, de 9 de mayo de 2023⁴, y que son objeto de comentario en un apartado posterior.

Durante el siglo xx diferentes países aprobaron leyes de despenalización del aborto, con el sistema de plazos o de indicaciones o de ambos. En este siglo xxi, Francia ha sido el primer país en incluir la interrupción del embarazo en

² Recordamos, por ejemplo, que el art. 43 de la Constitución estableció que la familia quedaba bajo la salvaguardia especial del Estado. Como sabemos, los esfuerzos de destacadas parlamentarias, singularmente de Clara Campoamor, se centraron en la constitucionalización del sufragio femenino, un gran logro, sin duda, para la igualdad política de la mujer, pero otros temas, como la interrupción voluntaria del embarazo, quedaron pendientes.

³ Reformada, a su vez, por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, y por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero de 2023, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Contra esta última se interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por STC 92/2024, de 18 de junio de 2024. También el Consejo de Estado emitió el Dictamen 1384/2009, de 17 de septiembre sobre la Ley Orgánica 11/2015, concluyendo que el sistema de plazos no era «incompatible» con el marco constitucional.

⁴ Ver también, Auto 37/2023, de 8 de febrero de 2023, sobre inadmisión a trámite de recusaciones formuladas en el procedimiento que dio lugar a la Sentencia 44/2023.

su Constitución. El Parlamento aprobó el 4 de marzo de 2024 la ley constitucional n.º 2024-200⁵, que modificó el art. 34 de la Constitución francesa⁶. Nótese que el art. 34 de la Constitución se refiere a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno y el nuevo texto queda incluido en el subapartado que establece que «la ley determinará los principios fundamentales» de las materias que a continuación se citan, entre ellas, la nueva previsión de garantizar la libertad de la mujer ante el aborto. No se creó, por tanto, un nuevo derecho fundamental, totalmente definido en la Constitución, sino que se reconoció una libertad susceptible de desarrollo legal.

Luxemburgo ha sido el segundo país en iniciar un proceso de reforma constitucional para elevar a rango constitucional la libertad de la mujer para interrumpir su embarazo. Conforme al art. 131 de la Constitución, la reforma constitucional debe votarse en la Cámara de Diputados afirmativamente en dos votaciones separadas, al menos, por tres meses. La primera votación afirmativa se realizó el 3 de marzo de 2026 y el resultado de la votación fue de 48 votos afirmativos, 6 negativos y 2 abstenciones, superando la mayoría de dos tercios requerida⁷. Como en el caso de Francia, también el texto de reforma constitucional de Luxemburgo evita reconoce un «derecho» de la mujer a la interrupción del embarazo⁸, considerando que tal término implicaba confirmar la obligación del Estado de garantizar activamente el aborto en todo caso, mientras que el término «libertad» permitía —se dijo— un mayor margen del legislador⁹.

En este contexto, el Gobierno de Pedro Sánchez decidió, en el Consejo de Ministro del 14 de octubre de 2025, iniciar los trámites para la que sería la

⁵ Francia tenía una regulación sobre interrupción del embarazo desde 1974. La ley fue promulgada por el presidente de la República el día 8 de marzo de 2024 y publicada en el *Journal Officiel* el 9 de marzo del mismo año. Puede consultarse el texto de la ley en: <https://is.gd/NoN8BV>.

⁶ La ley incluyó el siguiente texto: «La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse». Esta reforma eleva la libertad de la mujer para interrumpir su embarazo a rango constitucional. La reforma se aprobó por 780 votos afirmativos y 72 negativos, superando ampliamente los 555 votos afirmativos necesarios.

⁷ Al cierre de estas páginas no se ha anunciado todavía la fecha para la segunda y definitiva votación. Luxemburgo tenía ya reconocida por ley la libre interrupción del embarazo en las primeras doce semanas.

⁸ Condición impuesta por el Partido Popular Cristiano Social (CSV).

⁹ La reforma se ubicó en el art. 15 de la Constitución («De las libertades públicas») con el siguiente texto: «La liberté d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse est garantie. La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce cette liberté».

cuarta reforma constitucional del texto de 1978. En esa reunión, el Gobierno aprobó el anteproyecto de reforma constitucional del art. 43 de la Constitución (derecho a la protección de la salud) y acordó solicitar al Consejo de Estado el dictamen previo para poder tramitar formalmente dicha reforma constitucional. El 7 de abril de 2026, el Gobierno aprobó un nuevo texto de reforma constitucional en el que, según la nota de prensa posterior al Consejo de Ministros de ese día, se incorporaban las mejoras realizadas por el Consejo de Estado¹⁰, a las que posteriormente se hace referencia.

Días antes de la reunión del Consejo de Ministros de octubre de 2025, la ministra de Igualdad, Ana Redondo, anunció el texto que se incluiría como nuevo apartado, el 4, al art. 43 CE: «Se reconoce el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo. El ejercicio de este derecho, en todo caso, será garantizado por los poderes públicos, asegurando su prestación en condiciones de igualdad efectiva, así como la protección de los derechos fundamentales de las mujeres».

En el Consejo de Ministros del 7 de abril de 2026, el texto que se adoptó decía: «Los poderes públicos garantizarán el ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad real y efectiva con cuantas prestaciones y servicios sean necesarios para dicho ejercicio». Este texto fue el finalmente remitido al Congreso de los Diputados para iniciar su tramitación parlamentaria y el 30 de abril, el Congreso de los Diputados, por 177 votos en contra y 171 votos a favor, rechazó las enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos parlamentarios del PP y Vox¹¹.

Hay diferencias sustanciales y no meramente terminológicas entre un texto y otro. El inicialmente aprobado por el Consejo de Ministros enfatizaba en el derecho de las mujeres, expresión con la que se iniciaba el nuevo apartado

¹⁰ Dictamen 1078/2025 del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de reforma del art. 43 de la Constitución española, aprobado el 26 de febrero de 2026. El Dictamen se adoptó por mayoría y cuenta con dos votos particulares, del consejero permanente Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, al que se adhieren los consejeros Sr. Michavila Núñez, Sr. Sanz Alonso y Sr. Aparicio Pérez, por entender que optar por incluir la reforma en el art. 167 CE, evitando el procedimiento más agravado del art. 168 CE constituye un fraude de ley; y el del consejero nato Teodoro López Calderón, que estima que la propuesta de nueva redacción formulada en el Dictamen, en la medida en la que mantiene el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo, requería su anclaje en el art. 15 CE y, en consecuencia, aplicar el procedimiento de reforma establecido en el art. 168 CE.

¹¹ 102/000001 Proyecto de reforma del art. 43 de la Constitución española. BOOCG, 92-1, 13 de abril de 2026. Al cierre de estas páginas, el proyecto de reforma constitucional continua su tramitación parlamentaria.

4. En el texto definitivo se elimina la mención a la «protección de los derechos fundamentales de las mujeres», con el que se finalizaba dicho apartado en la primera versión. El texto que se tramitará inicialmente en el Congreso adopta una redacción más nítidamente prestacional, pues, aunque se alude deliberada y expresamente «al ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo», se evita proclamarlo como premisa, vinculándolo a las obligaciones prestacionales del Estado. Esta tesis se sustenta también en la literalidad de la exposición de motivos del anteproyecto cuando afirma que, con el reconocimiento constitucional propuesto «el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo queda amparado, además de como una libertad fundamental de las mujeres, como una facultad indisponible para los poderes públicos, especialmente para el legislador, que no pueden desconocerla ni suprimirla». La exposición de motivos del anteproyecto vincula el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sostenido la conexión del derecho a la protección de la salud con los derechos fundamentales a la integridad física y moral (STC 118/2019, de 16 de octubre). Esta tesis permite avalar el establecimiento de las «prestaciones sanitarias necesarias» para la «garantía efectiva del ejercicio del derecho» a la interrupción voluntaria del embarazo como «exigencia inescindiblemente unida a la protección de los derechos fundamentales vinculados a dicho derecho a la interrupción del embarazo»¹².

II. UBICACIÓN DE LA REFORMA Y PROCEDIMIENTO

La ubicación de esta reforma en el art. 43 CE, dentro del capítulo III, del título I, «Principios de política social y económica», determina que el procedimiento de reforma aplicable sea el establecido en el art. 167 CE (reforma ordinaria), ya que el art. 43 CE no se encuentra entre las materias reservadas a la reforma agravada regulada en el art. 168 CE. En todo caso, el procedimiento previsto en el art. 167 CE requiere, como es conocido, además del informe del Consejo de Estado al que ya se ha aludido, la aprobación por mayoría de tres quintos del Congreso y del Senado, y si no se obtuviera dicha mayoría, la constitución de una comisión mixta que presentará un texto para nueva votación por iguales mayorías. Si este paso procedimental también fracasara, la reforma podría ser aprobada con el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y mayoría de dos tercios del Congreso. El art. 167 CE prevé, además,

¹² Cita del Dictamen 1078/2025 del Consejo de Estado.

que pueda convocarse un referéndum de ratificación de la reforma, pero solo si lo solicita una décima parte de los diputados o senadores (cosa que sería posible dada la pluralidad y divergencia de fuerzas políticas en la actual legislatura¹³), mientras que en el procedimiento del art. 168 CE el referéndum es obligatorio. Por tanto, a pesar de que el procedimiento del art. 167 CE es menos riguroso que el establecido en el art. 168 CE, no carece de complejidad y requiere igualmente un acuerdo parlamentario amplio. Con todo, es necesario señalar que la obtención de las mayorías requeridas en el art. 168 CE, dos tercios de cada Cámara, era un objetivo de muy difícil logro con la correlación de fuerzas políticas en las Cortes en el momento del anuncio de la reforma.

La dificultad política de obtener las mayorías requeridas en el art. 168 CE determinó, sin duda, que la reforma se ubicara en el art. 43 CE que regula el derecho a la protección de la salud, la organización de la tutela de la salud pública y otras materias conexas, hecho que fue expresamente reconocido en la memoria explicativa que acompañó al anteproyecto. También el Consejo de Estado en su Dictamen 1078/2025 llamó la atención sobre este asunto, afirmando que se trata de «consideraciones de oportunidad política que, desde un punto de vista constitucional, no deberían ser tenidas en cuenta a la hora de elegir el precepto objeto de la reforma» y que la decisión de «reformular uno u otro precepto constitucional ha de realizarse atendiendo únicamente al contenido de la reforma propuesta, en el marco de la Constitución».

Con todo, la diferente ubicación de la reforma tiene, en este caso, consecuencias de profundo calado, ya que, como el propio Gobierno expuso, la constitucionalización del aborto por primera vez en la historia constitucional de nuestro país se realizaría como una prestación sanitaria, cosa que actualmente ya está reconocida en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo art. 19 reconoce esta prestación, con independencia del lugar de residencia, con cargo al Sistema Nacional de Salud y, por tanto, con financiación pública, ya sea en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. El citado precepto considera la interrupción voluntaria del embarazo una prestación sanitaria de urgencia por razón de los plazos y la garantiza (art. 18 LO 2/2010), incluso por vía jurisdiccional (art. 19.4 LO 2/2010). La reforma, pues, impediría que dicha prestación sanitaria pueda eliminarse de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud sin otra previa reforma constitucional, pero está muy alejada del reconocimiento constitucional del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo.

¹³ Se hace referencia a la XV Legislatura, que comenzó el 17 de agosto de 2023 con las sesiones constitutivas de ambas cámaras.

El Dictamen 1078/2025 del Consejo de Estado ya citado concluye enunciando una diferente redacción del proyectado apartado 4 del art. 43 CE. Esta diferente redacción considera viable la reforma constitucional «si se realiza de forma coherente con el contenido del derecho a la protección de la salud reconocido en dicho precepto y con el resto de derechos y bienes constitucionales concernidos en la interrupción voluntaria del embarazo». El derecho a la protección de la salud —afirma igualmente el Dictamen— tiene un contenido prestacional, que se manifiesta es la obligación impuesta a los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2 CE). Puntualiza el Dictamen la separación que existe entre la libertad de la mujer para adoptar la decisión de interrumpir el embarazo (fundamentalmente, su derecho a la integridad física y moral) y las prestaciones que el Estado debe garantizar a tal fin. Así, el Consejo de Estado reconduce los argumentos sobre la reforma constitucional a que la redacción del nuevo apartado 4 del art. 43 CE responda a la naturaleza del contenido de dicho precepto y concluye su Dictamen con la siguiente nueva redacción al proyectado apartado 4: «Los poderes públicos garantizarán el ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo con cuantas prestaciones y servicios sean necesarios para hacerlo efectivo». Esta redacción alternativa del Consejo de Estado fue aceptada por el Gobierno, incluyendo «en condiciones de igualdad real y efectiva», y remitida para su tramitación parlamentaria. Con ello, como ya se señaló, se enfatiza en las obligaciones prestacionales del Estado y se diluye el reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo, con lo cual se apoya indirectamente la tesis de que el art. 43 CE no era la ubicación correcta para el reconocimiento expreso del tal derecho en la Constitución.

Sin embargo, otra opción de reforma constitucional era posible. Se ha enunciado con acierto¹⁴ la posibilidad de dotar de las garantías previstas en los apartados 1 y 2 del art. 53 a derechos que han cobrado especial relevancia en las sociedades actuales, entre ellos, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Efectivamente, conforme a esta tesis el art. 43 CE podría tener las mismas garantías que se aplican actualmente a los derechos fundamentales.

¹⁴ En López Garrido (2023) se defiende con solvencia la reforma del art. 53 CE, añadiendo dos nuevos apartados, 3 y 4, de manera que se extiendan las garantías contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 53 a cuatro de los derechos sociales regulados actualmente en el capítulo III, del título I: derecho a la protección de la salud (art. 43 CE); derecho al medio ambiente (art. 45 CE); derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) y derecho a una pensión adecuada (art. 50 CE), dando una solución específica al derecho a la protección de datos mediante la incorporación de una nueva disposición adicional.

Si el Gobierno hubiera completado la reforma del art. 43 CE con la del art. 53 CE, incluyendo en el mismo la extensión de las garantías reconocidas actualmente en los apartados 1 y 2 a los apartados 1 y 4 del art. 43 CE¹⁵, se habría logrado no solamente incluir el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo como prestación sanitaria, sino que, en este caso, sí habría sido posible enunciarlo como derecho autónomo de las mujeres, máximamente garantizado, desvinculado de las obligaciones prestacionales del estado en materia sanitaria.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: DE LA EXENCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como es conocido, el Tribunal Constitucional ha abordado la naturaleza jurídica de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en dos momentos distintos, respecto del enjuiciamiento de dos leyes orgánica diferentes y con argumentos y resultados igualmente dispares, en concreto, en sus SSTC 53/1985, de 11 de abril y 44/2023, de 9 de mayo de 2023, respecto de las leyes orgánicas 9/1985 y 2/2010 ya citadas. Resulta de interés recordar, aunque sea con suma brevedad, los argumentos que en esas ocasiones fundamentaron el respectivo fallo.

En la STC 53/1985, el Tribunal Constitucional sentó algunos criterios interpretativos de interés. Con base en el art. 30 del Código Civil¹⁶, confirmó que el no nacido o el nacido sin vida no es persona a efectos jurídicos, criterio que se mantuvo en la STC 44/2023. Por tanto, el Tribunal Constitucional se decantó por la tesis de que el término *todos* debía interpretarse como *todos los nacidos* a efectos de la titularidad del derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE¹⁷, cerrando así uno de los argumentos de los

¹⁵ Utilizamos la numeración que finalmente se ha adoptado, pero de haberse articulado una reforma del art. 43 CE y del art. 53 CE, habría sido más conveniente cambiar el orden de los apartados o unirlos en uno solo, con diferentes párrafos.

¹⁶ «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Redacción dada por la Ley 20/2011, de 21 de julio

¹⁷ Algunos autores estiman que en la STC 53/1985 el Tribunal Constitucional no llegó a negar el derecho a la vida del *nasciturus*, sino solo a afirmar que, en el caso concreto, los recurrentes no habían aportado datos y pruebas suficientes sobre la existencia de una verdadera titularidad del derecho a la vida del *nasciturus*. Creo, sin embargo, que debe mantenerse la tesis que figura en el texto, ya que formaba parte del *petitum* del

demandantes sobre la interpretación que debía hacerse del término *todos* en dicho precepto constitucional¹⁸.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional reconoce en la STC 53/1985 obligaciones del Estado respecto de la protección de la vida, doctrina igualmente reiterada en sentencias posteriores¹⁹, aunque ello no representó un impedimento a la validez del sistema de plazos de la Ley Orgánica de 2010.

En tercer lugar, en 1985, el Tribunal Constitucional sitúa la despenalización de ciertos supuestos de aborto como una situación de ponderación de derechos. A partir de su propia doctrina, que afirma que no hay derechos absolutos, ni siquiera el derecho a la vida, cabía la ponderación entre la protección de la vida del *nasciturus* y otros derechos de la mujer. En esta ponderación, el Tribunal Constitucional señala la relevancia del proceso vital, partiendo de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, de donde concluye que si la «Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución», y constituye un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento en dicho precepto constitucional, aunque el Tribunal Constitucional no reconoce al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida. La «vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte»; dentro de este proceso continuo el Alto Tribunal estima que tiene especial relevancia el nacimiento y, antes de él, el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente (STC 53/1985).

En la STC 53/1985, la defensa del derecho a la vida y el reconocimiento de las obligaciones del Estado al respecto permiten que el Estado establezca,

recurso que se reconociera al *nasciturus* tal derecho a la vida, cosa que fue rechazada por el Tribunal Constitucional. La STC 44/2023 confirma sin duda esta tesis.

¹⁸ El Tribunal Constitucional reiteró esta doctrina, entre otras, en las SSTC 116/1999 y 212/1997, que resolvieron, respectivamente, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos, y la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aunque la aplicación de la misma no es totalmente coherente en los supuestos contemplados en estas leyes. No puedo detenerme en este aspecto que no es objeto de estas páginas.

¹⁹ Así, entre otras, 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero; 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

en su caso, sanciones penales para su protección, aunque también estima el Tribunal Constitucional que el Estado puede renunciar a ellas ante determinados supuestos. Ello es así porque la protección debida al *nasciturus* puede entrar en colisión con otros valores constitucionales protegidos, como la vida y la dignidad de la mujer. Así, el Tribunal Constitucional, apoyándose en los principios penales de *razonable exigibilidad de una conducta* y de *proporcionalidad de la pena*, admite la posibilidad de que el legislador renuncie a imponer una pena cuando considere que ello puede representar una carga insostenible, sin perjuicio de que subsista el deber general del Estado de proteger la vida.

Pero, en la STC 53/1985 el Tribunal no llega a configurar un derecho a la interrupción del embarazo que tendría como sujeto a la mujer embarazada. No reconociéndolo así, no llega a plantearse en qué derecho fundamental (vida, integridad, libertad...) podría fundamentarse ese derecho ante la ausencia de reconocimiento expreso en la Constitución.

La STC 44/2023²⁰ que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cambió sustancialmente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de la mujer con relación a la interrupción del embarazo y su propia doctrina sobre el particular.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional, aunque cita reiteradamente la STC 53/1985 como antecedente en la interpretación del derecho a la vida, considera que lo dicho en ella no vincula al Tribunal, que debe realizar una interpretación en cada caso que atienda al contexto histórico (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9), de forma que a través de una interpretación evolutiva pueda leerse el «texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual». Afirmación que fue contestada en los votos particulares discrepantes que se formularon a la STC 44/2023²¹.

²⁰ El Tribunal Constitucional declaró extinguido el recurso de inconstitucionalidad, por pérdida sobrevenida de su objeto, respecto de la impugnación del art. 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010 (que reconocía la capacidad de las mujeres de 16 y 17 años para prestar el consentimiento), y de la disposición final segunda de la misma ley orgánica, que modificaba el apartado cuarto del art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en coherencia con lo establecido en el mencionado art. 13.4, y desestimó el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás, validando por tanto la Ley Orgánica 2/2010 en lo restante.

²¹ Se formularon dos votos discrepantes, el voto particular conjunto que formularon los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño, y el voto particular que formuló la magistrada Concepción Espejel Jorquera. Se

Respecto de la impugnación del sistema de plazos incluido en la Ley Orgánica 2/2010, el Tribunal lo considera compatible con la Constitución, en la medida en la que constituye un sistema de «tutela gradual» de la vida del nasciturus o, «más propiamente, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal», que toma particularmente en consideración —en palabras de la STC 53/1985, FJ 5— «los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital» que «encuentran un reflejo en el estatus jurídico del sujeto vital». Sigue afirmando el Tribunal que el legislador ha optado por no limitar la autonomía de la mujer dentro de las iniciales catorce semanas, a partir de las cuales sí se establecen requisitos e indicaciones para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

Como conclusión, el Tribunal Constitucional afirma que el «respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1)²², 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».

Por tanto, el Tribunal mantiene la tesis de la graduación de la vida y de la obligación del Estado de protegerla que ya figuraba en la STC 53/1985, pero entiende que otorgar un plazo inicial de libertad a la mujer no contradice esta tesis. Por otro lado, aunque el Tribunal cita reiteradamente la libertad y autonomía de la mujer, fundamenta su fallo, como se ha indicado, en el derecho a la integridad física y moral de la mujer, entendiendo que las consecuencias del embarazo atañen a este derecho fundamental (art. 15 CE), en su dignidad, en los derechos inviolables inherentes a la misma (art. 10.1 CE) y en el valor libertad (art. 1.1 CE), pero no da el paso de reconocer que ese derecho de libertad de la mujer que se enuncia en la sentencia requiere un fundamento diferente al que proporciona el art. 15 CE y que se encuentra en el art. 17.1 CE, que reconoce el derecho fundamental a la libertad²³, tesis que mantengo y desarrollo en un apartado posterior.

formuló también un voto concurrente, el de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que es objeto de comentario en páginas posteriores.

²² La vinculación con la dignidad ya figuraba en la STC 53/1985, que afirmó (FJ 8) que la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona», que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, posición del Tribunal reiterada en numerosas sentencias.

²³ Defendía esta tesis por primera vez en Gómez Sánchez (1994). He reiterado mi posición en trabajos posteriores (Gómez Sánchez, 2011, 2006, 2007).

IV. EL ARTÍCULO 15 CE COMO FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN LA STC 44/2023

La posición del Tribunal Constitucional en la reiterada STC 44/2023, que reconoce a la mujer, como se ha señalado antes, un ámbito de libertad en el que pueda adoptar autónomamente la decisión de interrumpir su embarazo, ámbito de libertad que forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1)²⁴, pero evitando que dicho ámbito de libertad encuentre fundamento en el art. 17.1 CE, se alinea con sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha resuelto casos de aborto voluntario con base en el art. 8 del Convenio²⁵ (vida privada y familiar), a pesar de contar con un art. 5 de igual redacción que el 17.1 CE²⁶. La exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional del art. 43 CE presentado para su tramitación parlamentaria mantiene este mismo fundamento y cita expresamente la STC 44/2023 cuando afirma que el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo «forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)».

El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de este ámbito de libertad a la mujer fue celebrado por un sector de opinión y criticado por otro²⁷. Los votos particulares discrepantes reprocharon al Tribunal Constitucional que

²⁴ La vinculación con la dignidad ya figuraba en la STC 53/1985, que afirmó (FJ 8) que la dignidad es un «valor espiritual y moral inherente a la persona», que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, posición del Tribunal reiterada en numerosas sentencias.

²⁵ Entre otros: En los casos *A., B. y C. c. Irlanda* o *P. y S. c. Polonia*, el TEDH se ha apoyado en el art. 8 CEDH para afirmar que tal precepto no confiere un derecho al aborto como tal, sino que deja amplio margen a los Estados para regular esta materia, pero no ha explorado la posibilidad de reconocer un derecho de libertad con fundamento en el art. 5 CEDH.

²⁶ Nótese que el Tribunal Constitucional utiliza el término *libertad* y no el de *autonomía* mucho más frecuente —sobre todo en el ámbito de las aplicaciones biomédicas— para designar espacios de libre decisión de la persona respecto de aspectos o situaciones que afecten a su realidad física.

²⁷ Sobre esta STC 44/2023, pueden consultarse mis comentarios en la base de datos de derechos fundamentales del BOE, en los apartados correspondientes a los arts. 9.3, 10.1, 15, 16.1 y 2. Accesible en: <https://is.gd/9JBXvn>.

más que interpretar la Constitución había ampliado su contenido, creando un derecho *ex novo* invadiendo el ámbito reservado al poder constituyente; el Tribunal habría incurrido, así, en un exceso jurisdiccional, realizando una labor legislativa constitucional bajo la apariencia de interpretación evolutiva. La sentencia habría violado límites estructurales del control constitucional, en la medida en la que el reconocimiento de un derecho fundamental al aborto representa una expansión artificial de la función del Tribunal Constitucional más allá de su competencia. El Tribunal habría trascendido la revisión de constitucionalidad de normas concretas y habría creado un nuevo contenido jurídico, como derecho fundamental, que no está en la Constitución, lo cual representa una invasión de competencias del poder constituyente²⁸. Conforme a esta opinión, el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales es potestad del poder constituyente, no de los poderes constituidos y, en consecuencia, no es competencia del Tribunal Constitucional²⁹. Siendo lo anterior cierto, lo es también que el Tribunal Constitucional sí puede delimitar el contenido esencial de un derecho. No puede negarse que el Tribunal en su labor de interpretación delimite el ámbito o alcance de los derechos fundamentales. Cosa distinta es que se pueda alegar que los argumentos aportados por el Tribunal en la Sentencia 44/2023 no eran suficientemente sólidos o que se puedan esgrimir otros en contrario o, también, que fijado un contenido concreto de un derecho fundamental el Tribunal debe, como es conocido, argumentar en profundidad cualquier cambio. Debe recordarse que nuestro sistema de justicia constitucional no sujeta al Tribunal Constitucional a sus propios precedentes, sino que el Tribunal puede cambiar de criterio y solo razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de refuerzo de su propia legitimidad de ejercicio le exigen justificar el cambio de criterio. Y ese cambio es posible siempre, pero se ve particularmente justificado cuando los cambios normativos y contextuales, el progreso cultural y el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales permitan desarrollar argumentos nuevos comprensibles y aceptables en y por una sociedad cambiante³⁰, como significativamente sería el caso.

De otra parte, se ha defendido que la STC 44/2023 ha reconocido un derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo que ha quedado

²⁸ Voto particular conjunto que formularon los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño, apartado 4.

²⁹ Íd. Los votos discrepantes entienden también que se ignora o minimiza el deber constitucional de protección de la vida prenatal confirmada en la STC 53/1985, porque no se ha cumplido la ponderación entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus* como bien constitucional protegido, ya que la autodeterminación de la mujer que reconoce la sentencia resulta preeminente frente al interés constitucional de protección de la vida prenatal.

³⁰ Voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

incorporado como tal a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que podría resultar innecesaria una reforma constitucional en este sentido, tanto más una que lo ubicaría en el art. 43 CE como prestación sanitaria pública. Posición que también presenta debilidades. La decisión del Tribunal Constitucional en la reiterada sentencia del 2023 podría ser modificada en resoluciones posteriores, no tiene la rigidez y valor de un precepto constitucional expreso que podría, además, incorporar criterios de delimitación. De otro lado, el reconocimiento de este ámbito de libertad de la mujer queda circunscrito a los términos de la ley impugnada y no genera efectos generales respecto de un derecho al aborto voluntario en cualquier plazo y circunstancia. Estimo, pues, que lo que el Tribunal ha reconocido en su sentencia de 2023 es que la decisión libre de la mujer de interrumpir su gestación, en los términos concretos contemplados en la Ley Orgánica impugnada, genera efectos con relación a dicha norma y no va más allá.

V. DERECHO A LA LIBERTAD Y AUTODETERMINACIÓN FÍSICA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

1. OTRA TESIS ES POSIBLE: LIBERTAD Y AUTODETERMINACIÓN FÍSICA

Como he venido señalando, no coincido con los argumentos críticos que se han realizado a la STC 44/2023, pero me permito discrepar también del fundamento principal de dicha sentencia por el cual se fundamenta el reconocimiento de un ámbito de libertad de la mujer para decidir sobre continuar o no su gestación principalmente en el art. 15 CE (integridad física y moral), en conexión con otros principios y valores.

Recordemos que el Tribunal Constitucional³¹ ha mantenido durante décadas la tesis mayoritaria de que la libertad regulada en el art. 17 CE se refería a la libertad física, en el sentido de libertad deambulatoria (no a la libertad de decisión) y a las garantías inherentes a la misma, reguladas en los apartados 2 a 4 de dicho precepto, confirmando en diversas que las manifestaciones concretas de la libertad que tienen relevancia constitucional son las libertades expresamente reguladas en la Constitución³² y la línea jurisprudencial que avala el concepto de libertad personal como libertad deambulatoria se plasma en numerosas sentencias³³.

³¹ Puede consultarse también los comentarios por artículos de la base de datos de Derechos Fundamentales del *Boletín Oficial del Estado* en: <https://is.gd/9JBXvn>

³² Por todas, STC 140/1986, de 11 de noviembre y 120/1990, de 27 de junio.

³³ Así, en las SSTC 98/1986, de 10 de julio; 149/1986, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 22/1988, de 18 de febrero; 112/1988, de 8 de junio; 61/1990, de 29 de

Sin perjuicio de lo anterior, también encontramos algunas sentencias en las que el Tribunal Constitucional incluye afirmaciones que parecen disentir de la posición que más frecuentemente ha mantenido. Así, en la STC 147/2000, 29 de mayo de 2000, el Tribunal afirma que la «libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres» (FJ 3). En su STC 341/1993, de 18 de noviembre³⁴, el Tribunal parece abrirse también a una interpretación algo más amplia de la libertad al entender que en el concepto de libertad del art. 17.1 CE se encuentra la «libertad de orientar la propia acción»³⁵. Esta reflexión del Tribunal Constitucional, no le lleva, sin embargo, a la defensa de un ámbito mayor de libertad en el art. 17.1 CE. Así pues, aunque el Tribunal Constitucional no ha podido omitir el reconocimiento de un ámbito de autonomía de la persona en situaciones concretas, siempre ha evitado reconocer que ese ámbito de libertad decisoria tenga fundamento en el art. 17.1 CE y optado por encontrar fundamento en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), como venimos señalando³⁶.

marzo; 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio, estas dos últimas dictadas en el caso de la alimentación forzosa a presos del GRAPO en huelga de hambre, el Tribunal Constitucional afirmó que la libertad constitucionalizada en este apartado primero del art. 17 CE es la «libertad física» y que, por tanto, la protección de la misma radica en la regulación estricta y garantista de los límites a dicha libertad física (detención, condena o internamientos de otra naturaleza, como los de los menores o los de los incapaces) y, consecuentemente, no incluye un ámbito de autodeterminación personal.

³⁴ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

³⁵ Argumenta el Tribunal que la persona que acata la orden de detención (es decir que no se opone a acompañar a los agentes), expresa una voluntad, «pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*» y añade que la «libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud» (FJ 4).

³⁶ La posición del Tribunal resulta muy nítida en la STC 37/201, en la que afirma que el «consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física (...). Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos», siguiendo la doctrina del TEDH (entre otras, STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, §63) y su propia doctrina anterior (entre otras, STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Vengo defendiendo desde hace décadas la existencia de un derecho de autodeterminación física que formaría parte del contenido esencial del derecho a la libertad regulado en el art. 17.1 CE³⁷. Este derecho de autodeterminación resulta complementario de la protección que la Constitución otorga a la vida y a la integridad física y moral en el art. 15 CE, pero el derecho de autodeterminación física implica un haz de facultades de libre disposición, un ámbito de *agere licere*, sobre la propia realidad física. El derecho de autodeterminación física implica libertad decisoria, libertad que permite a la persona optar o seleccionar qué hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su sustrato corporal; la autodeterminación es el poder de cada persona para decidir sobre su propia vida, sus valores y principios y dirigir su destino. Este haz de facultades deriva de la libertad individual que toda persona física debe tener reconocida. Por ello, este ámbito de libre opción debe tener fundamento y formar parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad, sin perjuicio de que pueda encontrar apoyo igualmente en otros derechos fundamentales (como la integridad moral o la privacidad), principios y valores (como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o el valor libertad). Este derecho entrega al sujeto el poder de decisión sobre sí mismo lo cual resulta no solo acorde con el ejercicio de su derecho a la libertad sino también con las exigencias de la dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que forman parte del estándar de derechos en las democracias actuales.

La interrupción voluntaria del embarazo no es, en sentido estricto, un asunto que apele de manera general a la integridad física, ya que los supuestos en los que la misma esté comprometida están regulados de forma garantista en el derecho y la práctica sanitaria, con respuesta judicial en caso de incumplimiento. Sí cabe encontrar fundamento para la libre decisión de la mujer en la integridad moral³⁸, pero porque así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, siguiendo en parte la doctrina del TEDH, que ha ampliado el contenido sustancialmente negativo de dicho derecho a la integridad física y moral para afirmar que incluye un «derecho de autodeterminación que tiene

³⁷ Me remito a los trabajos en los que he enunciado y desarrollado mi tesis sobre la autodeterminación física como libertad de la persona. Enuncié por primera vez esta tesis en Gómez Sánchez (1994). He reiterado y completado, entre otros, en Gómez Sánchez (2006, 2011, 2026).

³⁸ Aunque la integridad moral protege de manera especial contra tratos inhumanos o degradante o cuando se somete a una persona a sufrimientos físicos o mentales con el fin de castigarla, humillarla o envilecerla, no me detengo en este ámbito por quedar alejado del tema central del aborto, aunque no pueda excluirse totalmente algún caso que tuviera este enfoque.

por objeto el propio sustrato corporal» (entre otras, en su STC 37/2011), consagrando la autonomía de la voluntad como parte esencial de la integridad moral de la persona.

Para consolidar un derecho de autodeterminación física que, entre otros, avalaría la libertad de la mujer para decidir sobre su gestación, he venido defendiendo la necesidad de redefinir el contenido esencial del derecho a la libertad (art. 17 CE)³⁹ superando la estricta interpretación que actualmente lo vincula a la protección contra detenciones arbitrarias o garantías de la libertad física. Otra interpretación de la libertad personal es posible. Y no solo es posible, sino que es necesaria en un tiempo de demandas de nuevos ámbitos de libertad de la persona; de un alud de novedosas tecnologías y de un innegable proceso de globalización que obligan a replantearse el elenco de derechos, apoyando la emergencia de nuevos derechos, pero también la redefinición del contenido esencial de otros derechos ya conocidos, como sería el caso del derecho a la libertad. Hoy, el derecho a la libertad no debe limitarse a la protección de la libertad deambulatoria y a los derechos inherentes a la misma —siendo este contenido esencial para la democracia—, sino que puede y debe desplegar un contenido esencial mayor, un derecho de autodeterminación de la persona como vengo defendiendo para determinadas opciones vitales de enorme repercusión en la vida de las personas.

La libertad, en sentido positivo, no puede ser ajena a la capacidad de decidir y ordenar la propia vida y el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento y permite igualmente otras acciones no prohibidas ni incompatibles con dicho ordenamiento. La decisión libre de la mujer para decidir sobre si continuar o no una gestación es un ejemplo paradigmático de la necesidad de reconocer este ámbito de libertad, más allá de su inclusión en la sanidad pública como prestación sanitaria. Recordemos, como se ha señalado en páginas anteriores, que las reformas constitucionales en Francia y Luxemburgo han utilizado expresamente el término «libertad» para garantizar la autonomía de la mujer ante la interrupción del embarazo. Bien es cierto que, en ambos casos, porque así los defendieron sectores parlamentarios que entendieron que ese era el término correcto en la medida en la que ambas reformas reconocían la posibilidad de ulterior desarrollo legal.

La reticencia manifiesta de los tribunales a fundamentar los ámbitos de autonomía de la persona en el derecho a la libertad podría tener su base en el temor a que tal derecho a la libertad se convierta en un concepto ilimitado. La redefinición del contenido esencial del derecho a la libertad que incluya un ámbito de autodeterminación física no implica que cualquier opción libre

³⁹ Gómez Sánchez (2026).

deba ser reconocida como un derecho fundamental. La tesis que defiende es que el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) proteja las decisiones concretas de autonomía de la persona que actualmente son ámbitos de libertad ampliamente reconocidos en las democracias actuales y confirmados por ley en numerosos Estados, en el ámbito internacional y en el derecho de la Unión Europea. Ámbitos de autonomía que de manera menos precisa vienen siendo ubicados en otros derechos, en el caso español, como se ha señalado, en el derecho a la integridad física y moral, en la dignidad y el libre desarrollo de la libertad e, incluso, en el valor libertad, mas no en el derecho a la libertad; en la jurisprudencia del TEDH en el art. 8, vida privada y familiar; y en el derecho de la Unión Europea en los arts. 1, 2, 3, 7 de la Carta de Derechos Fundamentales, a pesar de que en los tres ámbitos existe un derecho fundamental a la libertad con redacción prácticamente idéntica.

Algunos ejemplos de derecho comparado avalan un concepto de libertad personal que va más allá de la protección de la libertad deambulatoria, aunque, por el contrario, esta tesis no haya tenido acogida ni por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ni por la del Tribunal de Justicia (TJUE).

Frente a algunas constituciones que reconocen un concepto clásico de la libertad deambulatoria y sus garantías⁴⁰, algunas otras constituciones, aunque minoritarias muy significativas, reconocen el derecho a la libertad con una redacción que permite interpretar que el contenido esencial de dicho derecho abarca más allá de la protección de la libertad deambulatoria⁴¹. En estos casos, cabría entender protegido también un ámbito de autodeterminación física y moral; un ámbito de libre opción de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. La Constitución de Alemania, Francia, Italia, Japón, Suiza, tres países de la Unión Europea y dos ajenos a la misma y de continentes y culturas jurídicas muy diferentes, son ejemplos significativos de un reconocimiento de la libertad que, potencialmente, permitiría la interpretación extensiva del concepto del derecho a la libertad que defiende.

El art. 2 de la Constitución de Alemania, bajo el significativo rótulo de «Libertad de acción y de la persona», reconoce que la «libertad de la persona

⁴⁰ Por ejemplo, Constitución de Dinamarca, art. 71.2; Constitución de Luxemburgo, art. 12; Constitución de Noruega, art. 94; Constitución de los Países bajos, art. 15; Constitución de Portugal, art. 27; Constitución de Rumanía, art. 23, y Constitución de USA, V Enmienda.

⁴¹ Indico las constituciones que permiten esta interpretación. Ello no implica que los respectivos ordenamientos y, en su caso, los tribunales, hayan seguido dicha interpretación.

es inviolable». Por su parte la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, incluida, por remisión, en el preámbulo de la Constitución de Francia, proclama en su art. 4 una significativa definición de libertad al afirmar que «la libertad consiste en ser capaz de hacer cualquier cosa que no dañe a otros». También el art. 5 de la Constitución griega reconoce la libertad en un artículo en el que se proclama que toda persona tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad. Por su parte, la Constitución italiana, por un lado, establece la obligación de la República de suprimir los obstáculos de orden económico y social que, «limitando de hecho la libertad» y la igualdad entre los ciudadanos, «impiden el pleno desarrollo de la persona humana» (art. 3), mientras que el art. 13, parte I —«Derechos y deberes de los ciudadanos»—, título I —«De las relaciones civiles» (arts. 13-28)—, reconoce la inviolabilidad de la libertad personal y las garantías de la restricción de la libertad personal en los casos establecidos en la constitución y la ley, de donde se deduce un doble ámbito de protección.

El caso de Japón es igualmente significativo porque, al igual que en la Constitución italiana, se refiere a la libertad en dos preceptos, en este caso consecutivos y ambos dentro del capítulo III —«Derechos y deberes del pueblo»—. El art. 12⁴² reconoce la libertad separadamente de los demás derechos del pueblo que quedan garantizados por la Constitución. Por su parte, el art. 13⁴³ reconoce el valor de la persona individual y proclama que su derecho a la vida, «a la libertad» y al logro de la felicidad, en tanto que no interfiera con el bienestar público, es el objetivo supremo de la legislación y de los demás actos de gobierno. Las garantías inherentes a la detención y privación de libertad se regulan en preceptos posteriores (arts. 33 y 34), desvinculados, por tanto, de las previsiones citadas anteriormente. Por último, también Suiza, en su art. 10 (título II. «Derechos fundamentales, ciudadanía y objetivos sociales». Capítulo 1. «Derechos fundamentales»), presenta un reconocimiento de la libertad personal ajeno a las garantías procesales inherentes a la libertad deambulatoria, que se regulan específicamente en el art. 31. El art. 10 de la Constitución suiza establece, bajo el rótulo «Derecho a la vida y a la libertad personal», que «toda persona tiene derecho a la libertad personal y, en particular, a la integridad física y mental

⁴² El art. 12 dice: «La libertad y los derechos garantizados al pueblo por la Constitución serán mantenidos con el constante empeño del mismo, quien a su vez evitará todo abuso de estas libertades y derechos y será responsable de su utilización en favor del bienestar público».

⁴³ El art. 13 dice: «Todos los ciudadanos serán respetados como personas individuales. Su derecho a la vida, a la libertad y al logro de la felicidad, será, en tanto que no interfiera con el bienestar público, el objetivo supremo de la legislación y de los demás actos de gobierno».

y a la libertad de circulación». Muestra, así, una relación evidente de la libertad con un ámbito de autodeterminación física y mental.

Estos precedentes constitucionales confirman que cabe una regulación constitucional abierta al reconocimiento de la libertad como autodeterminación de la persona y que tal regulación es compatible con la protección de la libertad deambulatoria sin confundir ni subsumir los respectivos ámbitos.

Como se señaló, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, recordemos, no incluye la dignidad entre los derechos reconocidos, no se ha recogido un concepto de libertad como autodeterminación en el art. 5 (libertad y seguridad). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a pesar de haber dictado una ingente jurisprudencia en aplicación de los derechos y garantías previstas en el art. 5 del Convenio, no ha incluido el concepto de libertad personal como autodeterminación, que, sin embargo, sí ha reconocido en numerosas ocasiones como parte y con apoyo en el derecho a la vida privada y familiar (art. 8)⁴⁴.

En el derecho de la Unión Europea, el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁴⁵ incluye una redacción igual al primer inciso del art. 17.1 CE. El Tribunal de Justicia ha resuelto casos en los que ha reconocido el derecho de autodeterminación de la persona en aspectos vinculados a su realidad física y moral (asunto C-43/24, *Shipov*⁴⁶, o

⁴⁴ Entre otras muchas, en el caso *Haas vs. Suiza* (2011), que resolvió un asunto sobre acceso a sustancias para el suicidio asistido, el TEDH reconoce que el derecho a decidir cómo y cuándo morir forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el Convenio, aunque se reconoce la posibilidad de establecer medidas restrictivas justificadas para la protección de terceros; en el caso *Gross vs. Suiza* (2014) reitera el derecho a la autodeterminación personal en el contexto del final de la vida; en el caso *Lambert y otros vs. Francia* (2015), que resolvió una demanda sobre la retirada del soporte vital, el TEDH reconoció nuevamente la existencia de un ámbito de autodeterminación del paciente, aunque también apreció el margen de apreciación nacional; o en el caso *Pretty vs. Reino Unido* (2002), que resolvió un caso sobre suicidio asistido, el Tribunal reitera su reconocimiento de la existencia de un ámbito de autodeterminación de la persona en supuestos que afectan directamente a su realidad física y a su salud.

⁴⁵ El artículo está ubicado en el capítulo II, «Libertades», mientras que es el capítulo V, «Justicia», el que recoge los derechos y garantías relativos a la tutela judicial que es, también, especialmente citada, junto a la presunción de inocencia, los derechos de defensa, principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Ver también el título V (ARTS. 67 a 89) del Tratado de Funcionamiento.

⁴⁶ El caso *Shipov* se refiere a una petición prejudicial del Tribunal Supremo de Bulgaria de 23 de enero de 2024, en la que se preguntó al TJUE si el Estado búlgaro está obli-

la STJUE en el caso *Mirin*, C-356/21), pero en este último caso resuelve con base en el derecho a la libre circulación y al derecho a la vida privada.

Por tanto, en el marco del Convenio Europeo y del Derecho de la UE, el reconocimiento de ámbitos de autonomía de la persona se canaliza a través del derecho a la vida privada, sin avanzar hacia el reconocimiento de la libertad como derecho de autodeterminación, línea argumental que ha sido seguida por el Tribunal Constitucional español, como ya se dijo.

El siglo XXI es, sin duda, el siglo en el que los derechos de las mujeres deben recibir un impulso determinante. Este impulso jurídico requiere de una interpretación específica de los derechos que, como la libertad, son la clave de bóveda para la construcción de una nueva interpretación de los derechos de las mujeres. No dar este paso puede representar perder la oportunidad de transformar la interpretación del ordenamiento en el sentido que la libertad y los derechos de las mujeres demandan.

2. LA STC 44/2023: LA OPORTUNIDAD PERDIDA

Como ya se ha señalado, el año 2023 representa un punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la libertad como autodeterminación de la persona. En ese año se resuelven los recursos de inconstitucionalidad que se presentaron contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia (STC19/2023, de 22 de marzo) y contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (STC 44/2023, de 9 de mayo), ya citadas. En ambos casos, la constitucionalidad de estas leyes orgánicas pivotaba sobre el reconocimiento y protección del derecho de autodeterminación física de la persona, de su derecho a la libertad, a orientar su propia vida en circunstancias que afectaban directamente a su realidad física. El Tribunal Constitucional avaló ambas leyes⁴⁷ y reconoció la implicación de los supuestos regulados en

gado a respetar la autodeterminación de las personas en cuanto a un sexo distinto del biológico. Al cierre de estas páginas, pendiente de sentencia. En el caso *Miri*, la STJUE de 23 de noviembre de 2023 resolvió el caso de una persona que había cambiado su nombre y sexo en España y pidió ser reconocido así en su país, Rumania, entendiendo que el cambio de nombre y sexo realizado en un país debe ser aceptado en los demás Estados miembros.

⁴⁷ La STC 19/2023 desestimó plenamente el recurso interpuesto; la STC 44/2023 declaró extinguido el recurso de inconstitucionalidad, por pérdida sobrevenida de su objeto, respecto de la impugnación del apartado cuarto del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del

dichas normas en la vida de las personas y su derecho a decidir en los casos de eutanasia y de interrupción voluntaria del embarazo, pero evitó fundamentar su decisión en la libertad reconocida en el art. 17.1 CE.

En las dos sentencias citadas, el Tribunal Constitucional confirma la doctrina restrictiva del contenido esencial del derecho a la libertad del art. 17.1 CE, en la medida en la que para la resolución de ambos recursos de inconstitucionalidad, en los que el reconocimiento de la libertad individual como autodeterminación personal era esencial, el Tribunal no se apoyó en el derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE, sino en el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el valor libertad (art. 1.1 CE)⁴⁸.

Específicamente, en la STC 44/2023, el Tribunal Constitucional afirmó que «el derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción voluntaria del embarazo encuentra su fundamento en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)» (FJ 3 A)⁴⁹ y que la interrupción voluntaria del embarazo como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) (FJ 3 B).

En la STC 19/2023, determinadas afirmaciones del Tribunal Constitucional son relevantes porque, aunque la libertad parece fundamentar los argumentos contenidos en la sentencia, será el valor libertad (art. 1.1 CE), la dignidad personal (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida (art. 15 CE) los citados a tal fin y no la libertad, como derecho fundamental, del art. 17.1 CE. Así, el Tribunal afirma que el derecho de prestación de ayuda a morir ha de ser consi-

embarazo, y de la disposición final segunda de la misma ley orgánica, que modificaba el apartado cuarto del art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y desestimó el recurso de inconstitucionalidad en lo restante.

⁴⁸ Recordemos que, respecto del valor libertad, el Tribunal Constitucional ya había afirmado que sí podía acoger manifestaciones más generales de la libertad individual.

⁴⁹ Se ha defendido que con esta interpretación que el Tribunal Constitucional ha posicionado el principio de libre desarrollo de la personalidad como un nuevo derecho fundamental general de libertad (Sieira Mucientes, 2023).

derado en el contexto de la «evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno» que ha afectado «a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia» y que «ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad» (FJ 4), ampliación e contenidos que, sin embargo, el Tribunal Constitucional no reconoce que se haya producido en el art. 17.1 CE.

La necesaria interpretación sistemática y evolutiva —afirma el Tribunal Constitucional— pone en relación el art. 15 CE con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En tal medida, «la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir» (FJ 6). Abunda en su argumento el Tribunal afirmando que la «consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias», con cita, por todas, de la Sentencia 132/1989, de 18 de julio. En suma, afirma también el Tribunal, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Todo lo anterior, sin embargo, no termina en lo que parecía ser más lógico interpretativamente, es decir, en fundamentar ese ámbito de libertad en el derecho fundamental que la reconoce, el art. 17.1 CE.

La STC 44/2023 (y la previa STC 19/2023) perdieron la oportunidad de definir el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) en coherencia con los abundantes argumentos que las propias sentencias incluyeron y tomando como referencia otras constituciones. La exclusión del art. 17.1 CE de estas y de otras muchas sentencias,

ha condenado a la libertad personal a una interpretación estricta, que ha sido superada ampliamente por la evolución del sistema de derechos. Estas sentencias, como otras anteriores, resolvieron recursos de inconstitucionalidad, pero no sería fácil incorporar algunas de las afirmaciones de los fundamentos jurídicos en ellas contenidos a un recurso de amparo porque entonces, el valor libertad (art. 1.1 CE), la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) no podrían sostener la pretensión por sí solos.

Son precisamente las garantías inherentes a los derechos fundamentales las que aconsejan defender una interpretación más amplia del concepto de libertad personal. Solo así algunas opciones vitales de las personas podrán ser debidamente protegidas. Como ya dijimos, ello no debe significar la obligación de proteger cualquier opción personal, pero sí aquellas, que en el marco de la interpretación evolutiva que el propio Tribunal utiliza, representen demandas consolidadas en una sociedad democrática.

3. EL VOTO PARTICULAR CONCURRENTES COMO AVAL A LA TESIS DEL DERECHO A LA LIBERTAD COMO AUTODETERMINACIÓN DE LA MUJER

Si el fallo de la STC 44/2023 reitera doctrina precedente, según la cual los ámbitos de autonomía decisoria de la persona —de la mujer en el caso de la interrupción del embarazo— tienen fundamento en su integridad moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) y el valor libertad (art. 1.1 CE), el voto particular concurrente⁵⁰ defiende sin ambages la necesidad del reconocimiento de un ámbito de libertad de la mujer, de autonomía decisoria, como parte del contenido esencial del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE, tesis que vengo sosteniendo desde hace años.

El voto particular concurrente contiene dos afirmaciones de principio que resultan relevantes. La primera, que el problema constitucional llamado a ser resuelto en la STC 44/2023 exigía de una interpretación constructiva que, no por ser poco empleada o poco frecuente, queda fuera de los márgenes de las facultades constitucionalmente reconocidas al Tribunal Constitucional; la segunda, los radicales cambios que se han producido en la concepción contemporánea de «los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el alcance de la libertad de las mujeres para decidir sobre la continuidad o no de un proceso biológico que se desarrolla exclusivamente en su cuerpo, se ha visto

⁵⁰ Emitido por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. Puede consultarse en Gómez Sánchez (2025).

tan radicalmente modificada» que toda interpretación debe hacerse desde un paradigma absolutamente distinto.

El voto particular concurrente entiende que no hay derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución.

El voto incorpora el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) como fundamento del ámbito de autonomía que le debe ser reconocido a la mujer ante la interrupción voluntaria del embarazo.

De manera expresa el voto particular entiende que «el art. 17 CE proclama el derecho de toda persona a la libertad, y esta proclamación no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física», sin perjuicio —dice el voto particular— de que la «libertad también se proclama constitucionalmente como un valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE». Comparto plenamente la afirmación del voto particular cuando señala que admitir «la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad».

El voto particular no solo encuentra fundamento jurídico para la capacidad de autodeterminación de la mujer en el art. 17.1 CE, sino también en los arts. 10, 14, 15, 18 y 43 CE. Por tanto, el derecho a la libertad se suma a otros preceptos constitucionales que, en conjunto, hacen incontrovertible la existencia de un ámbito de libertad de la mujer respecto de su gestación. Añade el voto particular que conformada esa capacidad de autodeterminación como derecho de la mujer que encuentra su base constitucional en los arts. 10, 14, 15, 17, 18 y 43 CE, y no como excepción al derecho potencial a la vida del sujeto no nacido y por tanto no titular de derecho fundamental alguno, la decisión del legislador de perseguir penalmente la interrupción voluntaria y consentida del embarazo debe analizarse como un límite al derecho de la mujer, y por tanto, debe ser examinado desde la perspectiva de la mínima invasión en el ejercicio del derecho, asumiendo en esa línea la posibilidad de la despenalización total del aborto consentido.

El voto particular concurrente concluye que la Ley Orgánica 2/2010, que define un sistema de plazos hasta la semana catorce y de indicaciones a

partir de la misma, tiene cabida dentro de la Constitución, pero también la habría tenido un sistema de despenalización total del aborto consentido si el legislador se hubiera decantado por esta opción de política criminal. Sería, al contrario, un sistema más restrictivo del derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo el que debería ser analizado con precaución desde la óptica de la no regresividad de los derechos.

En coherencia con lo que se ha expuesto en páginas precedentes, estimo que la tesis del voto particular concurrente resulta más adecuada para el reconocimiento de un ámbito de libertad de la mujer respecto de su gestación; proporciona, además, una interpretación más ajustada a la evolución de los derechos de la mujer en general que, lamentablemente, no fue acogida por la mayoría del Tribunal Constitucional que reprodujo argumentos y una línea interpretativa superada, en parte, por la realidad jurídica y social. Si la STC 44/2023 hubiera recogido la línea argumental del voto particular, es decir, si la opinión de la magistrada que emite el voto concurrente se hubiera incorporado a la sentencia, podríamos decir que en nuestro país se habría reconocido el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como expresión de la libertad de la mujer. No siendo ese el caso y habiéndose propuesto una reforma que, en realidad, eleva a nivel constitucional la prestación sanitaria pública ya existente, la consolidación constitucional del derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su gestación como manifestación de su derecho a la autodeterminación física sigue pendiente.

VI. FINAL: LA REFORMA PENDIENTE

La restrictiva, aunque más frecuente, interpretación del derecho a la libertad como libertad deambulatoria, tanto en el constitucionalismo como en textos internacionales de derechos tiene excepciones notables que no deben ser obviadas. El Tribunal Constitucional ha seguido esta interpretación limitada al ámbito de la denominada libertad deambulatoria, y a las garantías inherentes a la detención y a la privación legal de libertad, aunque tal posición no se desprende ni de la literalidad del art. 17.1 CE ni de una interpretación sistemática del mismo respecto a otros preceptos constitucionales.

Las recientes SSTC 19/2023 y 44/2023, que se referían sustancialmente a opciones libres de la persona, han perdido la oportunidad de cambiar este estado de cosas. Aunque el valor libertad (art. 1.1 CE) es plenamente normativo y puede avalar un recurso de inconstitucionalidad como los resueltos en dichas sentencias, el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) no puede ser ajeno a la necesaria extensión del ámbito de libertad protegido constitucionalmente y debería haber sido el fundamento

para la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto con la ley orgánica 2/2010. La interpretación del Tribunal Constitucional configurando un ámbito de libertad de la mujer para adoptar decisiones sobre su gestación, que ha sido considerado por un sector de opinión, como el reconocimiento de un verdadero derecho fundamental y discutido por otro sector de opinión, habría quedado nítidamente configurado si el Tribunal hubiera dado el paso interpretativo necesario. El voto particular concurrente sí aborda esta cuestión con claridad y considera que el derecho a la libertad regulado en el art. 17.1 CE incluye un ámbito de autodeterminación de la mujer para interrumpir su gestación, como defiende en estas páginas. La concurrencia del art. 17.1 CE, con los arts. 10, 14, 15, 18 y 43 CE, ofrecen una sólida base para el reconocimiento de la libertad de la mujer en la interrupción voluntaria del embarazo.

Como se ha señalado, la reforma constitucional del art. 43 CE, incorporando un nuevo apartado 4, no llevará más allá de constitucionalizar una prestación sanitaria pública que ya está incluida en el ordenamiento español y no reconocerá la libertad de la mujer como derecho de autodeterminación con base en el art. 17.1 CE como he defendido en estas páginas. Incluso, otra reforma constitucional era posible si se hubieran reformado conjuntamente los arts. 43 y 53 CE, reconociendo las garantías contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 53 CE a los apartados 1 y 4 del art. 43 CE, conforme a la tesis que se ha defendido para los denominados nuevos derechos sociales fundamentales⁵¹. Con una de estas dos opciones, y me inclino nítidamente por la primera, la libertad de la mujer habría adquirido la posición constitucional que merece.

Termino como comencé. En la Constitución española puede defenderse la existencia del derecho a la libertad como derecho de autodeterminación junto a la interpretación más tradicional y restrictiva de este derecho como libertad deambulatoria. El derecho a la autodeterminación de la persona puede ser delimitado en la ley y puede quedar sujeto a la interpretación constitucional, como sucede con el propio derecho a la libertad deambulatoria. La libertad de la persona, sus libres opciones vitales, que no resulten contrarias a la Constitución ni a la ley, merecen, sin embargo, la protección fundamental que el art. 17.1 CE puede prestar. El caso de la interrupción voluntaria del embarazo es paradigmático al respecto y cualquier reforma constitucional que contemplara la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental debería asentarse en el art. 17.1 CE, ya fuera aisladamente o en concurrencia con otros derechos y principios.

⁵¹ Ver nota 8.

Bibliografía

- Gómez Sánchez, Yolanda (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Sánchez, Yolanda (2006). El derecho de autodeterminación física. *SIBI: Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, 16, 7-23.
- Gómez Sánchez, Yolanda (2007). El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación». En *Panorama internacional en salud y derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Gómez Sánchez, Yolanda (2011). Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente. *Acta Bioethica*, 17 (1), 37-46.
- Gómez Sánchez, Yolanda (2025). María Luisa Balaguer Callejón como magistrada del Tribunal Constitucional: sus votos particulares y los derechos de las mujeres. En Francisco Balaguer Callejón y Yolanda Gómez Sánchez (coords.) *Estudios sobre jurisdicción constitucional, derechos fundamentales e igualdad. Liber Amicorum María Luisa Balaguer Callejón* (pp. 625-654). Madrid: BOE; CEPC.
- Gómez Sánchez, Yolanda (2026). La libertad reconocida en el artículo 17.1 CE: su necesaria interpretación extensiva. En Marta del Pozo Pérez y Sergio Martín Guardado (coords.). *El derecho de la igualdad y la libertad: estudios en homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza* (pp. 279-288). Madrid: Colex.
- López Garrido, Diego (coord.) (2023). *Los nuevos derechos sociales fundamentales. Una propuesta de reforma constitucional*. Madrid: CEPC.
- Sieira Mucientes, Sara (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad-autonomía: la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023. *Revista de las Cortes Generales*, 116, 261-314.