

LA VIDA DEL FETO COMO LÍMITE DEL DERECHO DE LA MUJER A DECIDIR EL LUGAR DEL PARTO

Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio*

María Teresa Martín Meléndez

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

TITLE: *The life of the foetus as a limit on a woman's right to decide where to give birth - A Survey of Spanish Constitutional Court Judgement 66/2022 of June 2.*

RESUMEN: El derecho de la mujer a decidir el lugar del parto tiene su límite en la preservación de la vida y salud del feto como interés constitucionalmente protegido. Pues bien, el presente trabajo tiene por finalidad principal determinar si, en los casos en los que la mujer ha decidido dar a luz en su casa, existe previsión legal que permita al juez decretar su ingreso hospitalario forzoso para proteger dicho interés y, en caso afirmativo, cuál es; además, como esta medida supone una injerencia en el derecho a la libertad e intimidad personal de la gestante, sólo podrá admitirse en ciertas circunstancias y rodeada de garantías, las cuales deberán determinarse igualmente. Para tratar de todo ello se toma como base la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, en la que se abordan estas cuestiones. Frente a esta sentencia, con relación al tema principal planteado, nuestro estudio nos lleva a defender la aplicación directa de los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente, por la vía del artículo 29 del Código civil, así como la inaplicabilidad, salvo excepciones, del artículo 17.9 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor. Como cuestión previa, con el fin de hacer un acercamiento a la realidad práctica del parto en casa, se hace en una alusión a su evolución, así como a la necesidad de existencia de consentimiento informado de la mujer y su plasmación documental cuando decide ser atendida por un especialista sanitario en su domicilio. Para concluir, nos referimos brevemente a la posibilidad de responsabilidad penal y civil de la mujer por los daños sufridos por el hijo como consecuencia de su obcecación en dar a luz en el domicilio.

ABSTRACT: *A woman's right to decide where to give birth is limited by the preservation of the life and the health of the foetus, which is recognised as a constitutionally protected interest. This study primarily aims to determine whether, when women choose to give birth at home, there are any legal provisions allowing judges to order involuntary hospitalisation to protect the said interest, and if so, what those legal provisions are. Furthermore, since such a measure interferes with the pregnant woman's freedom and privacy, it may only be justified under certain circumstances and with a certain degree of assurances, which also need to be identified. This study is based on Judgement No. 66/2022 delivered by the Spanish Constitutional Court, which addresses the matter. In relation to the said Judgement and the topic at hand, our goal is to argue for the direct application of Articles 158.6 of the Spanish Civil Code and 9.6 of the Spanish Law on patient autonomy and to assess the inapplicability, except in some scenarios, of Article 17.9 of the Spanish Organic Law on legal child protection. To provide some context for the practical realities of home births, we begin by discussing its historical development and the importance of women's informed consent, which must be formally documented when a woman opts for specialist care at home.*

* Este estudio se enmarca dentro de la actividad del GIR de la Universidad de Valladolid, «Nuevo derecho de la persona, de los contratos y de daños», cuya directora es la autora de este trabajo.

Finally, we briefly consider the potential criminal and civil liabilities that a woman might face for injuries to the child resulting from her insisting upon giving birth at home.

PALABRAS CLAVE: mujer; lugar del parto; derecho a la intimidad; libertad personal; consentimiento informado; internamiento forzoso; nasciturus; feto.

KEY WORDS: *woman; place for giving birth; right to privacy; personal freedom; informed consent; involuntary hospitalisation; Nasciturus; foetus.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2 EL DERECHO A ELEGIR EL LUGAR DEL PARTO Y SU EJERCICIO. 2.1. *Breve alusión a la evolución histórica en cuanto al lugar del parto.* 2.2. *El derecho-deber de información en el parto en casa: consentimiento informado y plan de parto.* 3. LA PRESERVACIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD DEL FETO COMO LÍMITE AL DERECHO DE LA MUJER A DETERMINAR EL LUGAR DEL PARTO: FUNDAMENTO LEGAL DEL INTERNAMIENTO FORZOSO EN UN CENTRO HOSPITALARIO. 3.1. *Introducción.* 3.2. *La sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022.* 3.2.1. *Supuesto de hecho.* 3.2.2. *Doctrina sentada por Tribunal Constitucional en esta sentencia.* a. *Legitimación para presentar el recurso de amparo.* b. *Intereses en juego: derecho a elegir el lugar del parto versus vida del feto.* c. *Requisitos para la admisibilidad del internamiento forzoso en un centro hospitalario.* 3.2.3. *En especial, el fundamento legal del internamiento hospitalario forzoso para dar a luz:* a. *Distintas posturas expuestas en el pronunciamiento de la sentencia y en los votos particulares.* b. *Nuestra posición: la aplicación directa de los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente.* c. *La inaplicabilidad, salvo casos especiales, del artículo 17.9 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.* 3.3. *Adenda: Breve alusión a las posibles consecuencias penales y relativas a la responsabilidad civil, en los casos de daños al hijo derivados de la conducta de la mujer antes del nacimiento.* 3.3.1. *Perspectiva penal.* 3.3.2. *Responsabilidad civil de la mujer que, de forma directa, causa daños a su hijo antes de nacer.* 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA. BIBLIOGRAFÍA. OTROS DOCUMENTOS CITADOS.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la categoría de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, en relación con su «derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo durante la gestación y el momento del parto» están los relativos a la decisión de las circunstancias de éste, tales como si el parto tendrá lugar por vía natural o por cesárea, o si tendrá lugar en un centro hospitalario o en la propia casa. El ejercicio de estos derechos supone la manifestación de la voluntad de las mujeres de tomar las riendas de este proceso fisiológico.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer ha sido llevado a cabo por la Organización de las Naciones Unidas en varios documentos¹ y,

¹ Aparte del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo apartado 2 determina que «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales», o las Conferencias Mundiales de la ONU de El Cairo (1994) sobre Población y Desarrollo, que recoge como derechos humanos, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y sobre todo, de Pekín (1995), según la cual «La salud reproductiva entraña [...], el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de

concretamente en cuanto al parto domiciliario, la Organización Mundial de la Salud en la *Guía Práctica, Cuidados en el parto normal* (Ginebra, 1996) ha considerado el parto en casa como una de las opciones para dar a luz en los partos de bajo riesgo².

A nivel europeo, hemos de citar la Resolución del Parlamento Europeo sobre una *Carta de Derechos de la Parturienta* (doc. A 2-38/88), de 8 de julio de 1988³ que, aunque no consiguió que se llegara a aprobar dicha Carta, señalaba como uno de los principios que habrían de recogerse en la misma, que en todos los Estados Miembros debía suministrarse «a la mujer una información completa y adecuada que le permita tomar sus propias decisiones en todas las situaciones a las que tiene que enfrentarse» (apartado J). Esta resolución aseguraba, además, que «el parto sólo se producirá en condiciones de serenidad cuando la mujer se sienta bien atendida por personal especializado, tanto si elige dar a luz en un hospital como en su casa y cuando los futuros padres dispongan de información suficiente [...]» (punto 1), así como que debía garantizarse «la asistencia adecuada cuando la mujer elija el parto en el propio domicilio, de acuerdo con las condiciones psicofísicas de la parturienta y del feto, así como de las condiciones ambientales» (punto 9)⁴. No obstante, lo más destacable desde esta perspectiva europea son varias Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han declarado, con relación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) referido al derecho al respeto a la vida privada⁵, que la determinación de las circunstancias del parto, incluida la elección

tener hijos sanos», pueden mencionarse otras alusiones a los derechos humanos sexuales y reproductivos de la mujer, recogidas en: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, *Salud y derechos humanos sexuales y reproductivos*. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/node/3447/sexual-and-reproductive-health-and-rights> [Consulta 6 agosto 2023], por ejemplo: los arts. 10 y 16 de la CEDAW (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, y las Observaciones Generales 14 y la 22 del CESCR (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guía práctica. Cuidados en el parto normal*, Ginebra, 1996, p. 22. Disponible en <https://www.ascalema.es/wp-content/uploads/2014/10/OMS.-Cuidados-parto-normal.-Una-gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica.-1996.pdf> [Consulta 1 septiembre 2023].

³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 235/183, 12 septiembre 1988, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1988:235:FULL> [Consulta 4 abril 2024].

⁴ Vid. sobre ella, CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *Los derechos de la mujer a la libre elección de las circunstancias del parto. Un estudio comparado e internacional de la atención sanitaria por maternidad, desde la perspectiva del derecho español*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 99 y ss.

⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente, Ratificado por España el 26 de noviembre de 1979 (BOE, núm. 243, 10 octubre 1979), art. 8: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. 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 constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad

del lugar del nacimiento, es una derivación del derecho a la vida privada de la mujer, aunque los Estados, por razones de política sanitaria, tengan un cierto margen de actuación a la hora de regular este derecho⁶.

Por lo que a España se refiere, este derecho a decidir el lugar del parto es una derivación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) en cuanto decisión perteneciente al ámbito de la vida privada de la mujer y, además, del derecho a la libertad personal (art. 17 CE), tal y como ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio⁷, referente en esta materia. Por otra parte, en nuestro país el parto domiciliario carece de regulación legal específica y este vacío se suple a través de guías sobre el parto en casa; la más importante de ellas es la elaborada por el Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona bajo el título *Guía Parto en Casa*, de 2010 y actualizada en 2018⁸. También han de tenerse en cuenta documentos publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (o equivalentes, según el momento), si bien, no referidos específicamente al parto en el domicilio, sino de carácter general; es el caso de la *Guía de práctica clínica de atención en el embarazo y puerperio*⁹, cuyo fin es proporcionar «información basada en la evidencia tanto para profesionales como para mujeres embarazadas con el objetivo de ayudar a la toma de decisiones sobre la atención adecuada en cada circunstancia específica»; igualmente, cabe citar el documento *Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud*, aprobada por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en octubre de 2007¹⁰.

Sin embargo, este derecho a elegir el lugar del parto, perteneciente únicamente a la mujer, no es ilimitado, puesto que puede entrar en conflicto con otros derechos, bienes o valores, concretamente, con el interés constitucionalmente protegido que constituye

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 las libertades de los demás».

⁶ STEDH 14 diciembre 2010, caso Ternovszky c. Hungría (JUR 2010\403599); STEDH 15 noviembre 2016 – Gran Sala–, caso *Dubská y Krejzová c. República Checa* (JUR 2016\272539).

⁷ BOE, núm. 159, 4 julio 2022.

⁸ COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *Guía Parto en Casa*, 2010 (versión actualizada por la por la Associació de Levadores de Part a Casa de Catalunya en 2018), p. 18. Disponible en https://www.llevadores.cat/docs/pulicacions/Guia_PartCasa_2018.pdf

⁹ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Guía de práctica clínica de atención en el embarazo y puerperio*, 2014, p. 19. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/GPC_de_embarazo_y_puerperio.pdf [Consulta 30 agosto 2023].

¹⁰ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud*, 2008. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/en/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8marzo2015.pdf [Consulta 12 enero 2024].

la vida del feto. Además, en los casos en los que esta contraposición se produzca, es lo más probable que nos encontremos simultáneamente con otro conflicto, esta vez entre el derecho de la madre a permanecer en su domicilio para dar a luz por haber sido esa su opción, y el deber y derecho del profesional sanitario de llevar a cabo el ejercicio de su profesión «con plena autonomía técnica y científica» y atendiendo, como principio, a «la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial» (art. 4.7,b, Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en adelante LOPS). Esto lleva a plantear si, una vez que la mujer ha manifestado su decisión de dar a luz en su casa, el médico, el profesional o, en su caso, la autoridad judicial, puede prescindir de tal decisión, ya sea antes del comienzo del parto o durante el desarrollo de éste, por considerarla lesiva para la salud del feto, ordenando su internamiento en un centro hospitalario, o si, por el contrario, ello podría suponer una violación del derecho de la mujer o, incluso, un caso de lo que se ha llamado «violencia obstétrica». Todo ello teniendo en cuenta que el artículo 3.1, a, 1º, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LOSSRIVE), modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (en adelante, LO 1/2023), dice que

«todas las personas, en ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, la salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes»,

y que el feto, antes del nacimiento no es persona desde el punto de vista civil, lo que complica la cuestión.

Conforme a lo anterior, este trabajo tiene por objeto principal determinar si existe fundamento legal para forzar a la mujer a dar a luz en un lugar distinto al decidido por ella para salvaguardar la vida y la salud del *nasciturus* y, en su caso, cuál es ese fundamento. Para ello, comenzaremos refiriéndonos a la realidad fáctica y jurídica del parto en casa, lo que implicará exponer su evolución en cuanto a su práctica y sus ventajas e inconvenientes frente al hospitalario, así como la cuestión de los requisitos legales que han de respetarse para que la mujer preste válidamente su consentimiento a dar a luz en su domicilio atendida por una matrona, atinentes sobre todo a la información y a la constancia documental. A continuación, pasaremos a tratar el núcleo del trabajo, referido a los supuestos en que entran en conflicto el derecho de la mujer y el interés de la vida del feto y, concretamente, a la admisibilidad o no del ingreso hospitalario forzoso de aquélla como medida para salvaguardar éste, para lo cual se

tomará como base la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022 en la que se abordó esta problemática. Ello nos permitirá estudiar la postura de este tribunal y exponer, como veremos, la nuestra propia. Terminaremos con unas alusiones al derecho penal y al derecho de daños, como ámbitos en los que, si bien desde otra perspectiva, también se produce la contraposición de intereses antes aludida, con el fin de determinar si cabe que la conducta de la mujer que se obceca en tener a su hijo en su casa puede llevar a ser constitutiva de un delito o ser fuente de responsabilidad civil respecto a su hijo.

2. EL DERECHO A ELEGIR EL LUGAR DEL PARTO Y SU EJERCICIO

2.1. Breve alusión a la evolución histórica en cuanto al lugar del parto

Aunque en la actualidad la inmensa mayoría de los partos en nuestro país tienen lugar en centros hospitalarios, esto es así desde fechas relativamente recientes. Concretamente, hasta los años 60 del pasado siglo, las mujeres daban a luz en sus casas; a partir de esas fechas, la mejora de la situación económica y la creación de grandes hospitales accesibles a la práctica totalidad de las mujeres gestantes, llevan a la situación contraria, lo que se ha traducido en una menor morbilidad materna y neonatal dada la presencia de profesionales en el parto, la medicalización del proceso y la posibilidad de hacer frente, de forma inmediata, a las contingencias adversas que puedan aparecer. Sin embargo, esta evolución desde el parto mayoritario en el domicilio hasta el parto mayoritario en el hospital, ha sido acusada en los últimos tiempos, en general, de deshumanizar a la mujer, de hacerle perder su autonomía y de tener tras de sí una mentalidad «securitaria» que conduciría a considerar el parto como una patología¹¹ y a la embarazada como una enferma¹². Desde esta perspectiva, evitar la deshumanización y el excesivo intervencionismo durante el parto es lo que llevaría a algunas mujeres embarazadas a decantarse voluntariamente por el parto en su propia casa, y ello a pesar de que éste, en España, aunque no esté prohibido, no está cubierto por el Sistema Nacional de Salud (a diferencia de lo que ocurre en otros países como Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Suecia, Islandia, Noruega, Australia, Nueva Zelanda, o Canadá)¹³, y sea la propia mujer la que haya de buscar, contratar y pagar, en su caso,

¹¹ En este sentido, BEA PÉREZ, Emilia, «Nacer en casa. Una reflexión sobre bioética y derechos humanos», *Cuadernos de Bioética*, vol. 33 (2022), núm. 107, pp. 73 y 79.

¹² CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *op. cit.* p. 22 y 23.

¹³ Sobre los distintos modelos de atención al parto en los estados de la Unión Europea, vid. CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *ibidem*, pp. 102 y ss., modelos que resultan de dos criterios: atención al parto prestada por profesionales especializados de la medicina y enfermería, o no, y atención exclusivamente hospitalaria, o no (p. 103). El modelo que se sigue en España es el de la atención sanitaria en centro hospitalario y por profesionales especializados («modelo intervencionista institucionalizado»); vid.

a la persona o personas, preferiblemente matronas, que se van a ocupar del seguimiento del embarazo, la asistencia al parto y el puerperio, sin que esos gastos en los que incurra sean reembolsables por el Sistema Nacional de Salud.

En todo caso, los partidarios del parto en casa sólo lo recomiendan si el embarazo es de bajo riesgo, se realiza bajo la asistencia de un profesional médico cualificado (matrona, ginecólogo) y, por si se produce alguna emergencia, cuando el domicilio no esté a más de media hora del centro hospitalario más cercano¹⁴. Aparte de ello, existen unos criterios clínicos específicos para poder recomendar un parto en casa, entre los que queremos destacar (por estar implicados en el supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, de 2 de junio) el inicio de parto espontáneo entre 37-42 semanas de gestación, la presentación cefálica del feto o que no haya de inducirse¹⁵.

Sea como fuere, la tendencia general, también en los partos hospitalarios, es la de reducir el intervencionismo y la medicalización, de modo que éstos se desarrollen en lo posible de forma natural. Así, en esta línea se encuentran las recomendaciones de la *Guía de práctica clínica de atención en el embarazo y puerperio*, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ya citada, de modo que aunque la misma «no es de obligado cumplimiento, ni sustituye el juicio clínico del personal sanitario»¹⁶, al servir de base para los protocolos hospitalarios, a través de ella se irán unificando los criterios de actuación durante el parto, lo que conducirá al abandono de «intervenciones con escaso o nulo beneficio para la madre o el bebé»¹⁷.

también, ORTEGA BARREDA, Elena / CAIRÓS VENTURA, Luis Miguel / CLEMENTE CONCEPCIÓN, José Antonio / PÉREZ GONZÁLEZ, Ana María / ROJAS LINARES, Cristina, «Panorámica internacional en relación a las recomendaciones práctica clínica y legislación del parto en casa», *ENE Revista de Enfermería*, vol. 11 (2017), núm. 1. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2017000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es

¹⁴ GARCÍA GARCÍA, Eva Margarita, *La violencia obstétrica como violencia de género. Estudio etnográfico o de la violencia asistencial en el embarazo y el parto en España y de la percepción de usuarias y profesionales*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2018, p. 270. Disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/684184/garcia_garcia_eva_margarita.pdf.

Igualmente, BEA PÉREZ, Emilia, *op. cit.*, p. 80; RODRÍGUEZ GARRIDO, Pía / GOBERNADOR TRICAS, Josefina, «(In)seguridad del parto en el domicilio: una revisión bibliográfica», *Matronas profesión*, (2022), núm. 2, pp. 37 a 46.

¹⁵ COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ En palabras de GARCÍA GARCÍA, Eva Margarita, *op. cit.*, p. 57.

2.2. El derecho-deber de información en el parto en casa: consentimiento informado y plan de parto.

El derecho a elegir el lugar del parto es el derecho de la mujer a decidir, libremente y después de recibir la información adecuada, la ubicación espacial en la que traerá al mundo a su hijo; es decir, el derecho a decidir si dará a luz en un centro hospitalario o clínica, o en el hogar familiar u otro lugar –casa de partos– (art. 2.3 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en adelante, LAP).

El embarazo es un proceso fisiológico que experimentan la mayoría de las mujeres y que culmina con el parto; no es una enfermedad, ni la embarazada es una enferma, aunque sí que es, o puede ser, paciente¹⁸, puesto que implica riesgos para su propia salud y para la de su hijo y requiere asistencia¹⁹. Por eso, la decisión de dar a luz en casa ha de ser precedida de una información a la mujer, objetiva, veraz y contrastada con base en la evidencia científica más actual, no sólo de sus ventajas, sino también de sus inconvenientes y riesgos. Sólo así podrá adoptar la decisión correcta y ejercitar libremente su derecho a elegir. Por tanto, al parto le son plenamente de aplicación los artículos 2.6 y 4 LAP, respecto al derecho a la información del paciente (información asistencial²⁰), el cual constituye un deber para los profesionales sanitarios, en nuestro caso, las matronas, fundamentalmente²¹. En este sentido, el Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona, en su *Guía Parto en Casa*, afirma que

¹⁸ Sobre el concepto de paciente del art. 3 LAP, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 147 y ss.

¹⁹ Sobre las razones fisiológicas que, frente a otras hembras, hacen precisa la asistencia en el parto de las mujeres, refiriéndose a la tesis obstétrica y la tesis energética: GARCÍA GARCÍA, Eva Margarita, *op. cit.*, pp. 147 a 152.

²⁰ Sobre los distintos tipos de información (asistencial –art. 2.6 LA–, terapéutica –art. 5.4.LAP–, epidemiológica –art. 6 LAP– e información en el Sistema Nacional de Salud –art. 12 LAP–), vid. GALLEGO RIESTRA, Sergio, «Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002», en PALOMAR OLMEDA, Alberto / CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 812.

²¹ No obstante, no hay que pensar, tal y como manifiesta LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Los derechos de la mujer en el momento del parto. Cesárea “versus” parto vaginal», en PALOMAR OLMEDA, Alberto/ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra) 2013, pp. 779 y 780, que pone de ejemplo de lo primero, el rasurado de la parturienta o la aplicación de enemas, y de lo segundo, la cicatriz consecuencia de la cesárea, que absolutamente todas las actuaciones que puedan realizar los profesionales sanitarios con motivo del parto requieren información y consentimiento, como ocurre con las que son «poco importantes y tan frecuentes que de imponerse el consentimiento se colapsaría el sistema sanitario» o con «los daños intrínsecos al tratamiento que resultan inevitables y justificados por su finalidad terapéutica, y que como tales deben ser soportados en todo caso por la gestante sin que en principio exista posibilidad de transacción al

«las mujeres y sus familias tienen derecho a tomar decisiones informadas con respecto a la maternidad y a la atención de la criatura y tienen el deber de aceptar la responsabilidad personal de estas decisiones»,

y que

«la verdadera toma de decisiones informadas se basa en el acceso de las mujeres a información veraz, actualizada y contrastada sobre los riesgos, beneficios y alternativas de todos los procedimientos que se les ofrecen»²².

De este modo, en la primera visita de la mujer a la matrona, ésta, además de iniciar la historia clínica, habrá de proporcionar a la mujer toda la información científica que se tenga sobre las ventajas y desventajas del parto en casa en comparación con el parto hospitalario (en general, y en su caso concreto), sobre las posibles técnicas a aplicar durante el mismo, su naturaleza, riesgos y consecuencias, sobre los requisitos que ha de reunir el lugar elegido, sobre eventualidad de hacerse necesario acudir a un hospital... En este último supuesto, igualmente, los profesionales del centro hospitalario que terminen atendiendo a la mujer, quedarán obligados por este deber de información. Además, la información ha de darse de forma que la mujer la entienda y atendiendo, concretamente, a las situaciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse, lo cual puede requerir un esfuerzo extra por parte de los profesionales que la asisten para asegurarse de que ha comprendido la información y de que toma su decisión consciente y libremente²³. Así se desprende del artículo 10.2 del *Código de Deontología médica*, de 2022²⁴.

respecto». Por todo lo contrario, sí será necesario prestar información a la mujer sobre las intervenciones de riesgo en circunstancias imprevisibles, inducción al parto, maniobra de Kristeller, episiotomía, cesárea... incluso aunque sean imprescindibles y no haya otras opciones.

²² COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *op. cit.*, p. 16.

²³ FERNÁNDEZ GUILLÉN, Francisca, «Algunos aspectos jurídicos de la atención al parto», 2009. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/AspectosJuridicos.pdf> [Consulta 1 agosto 2023].

²⁴ ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *Código de deontología médica*, Consejo general de Colegios Oficiales de Médicos, 2023. Disponible en https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/6/index.html [Consulta 2 agosto 2023], art. 10.2: «El médico tiene el deber de evaluar la capacidad del paciente para comprender la información y tomar decisiones durante el proceso de consentimiento informado. El médico debe poner especial atención para que los pacientes con dificultad que comprensión participen en el proceso asistencial en la medida en que su capacidad de comprensión lo permita».

Aunque el sujeto titular del derecho a la información es la embarazada en cuanto paciente, también podrá informarse a personas vinculadas²⁵ a ella, si es que ésta lo autoriza expresamente (art. 5.1 LPA). En el supuesto de la mujer gestante que ha decidido dar a luz en su casa, lo normal será que se informe a su pareja de todo lo que ello conlleva, tanto respecto a lo que afecta a la mujer como al propio hogar familiar y sus preparativos.

Una vez dispensada la información, la paciente (la mujer) podrá tomar su decisión, y consentir o rechazar la actuación a la que la misma se refiera. En el primer caso estaríamos ante un «consentimiento informado» (definido por el art. 3 LAP y regulado en los arts. 8 y ss. LAP) que será necesario para cualquier actuación en el ámbito de la salud (arts. 2.2., 2.3, y 4.1 LAP) y, en el segundo, ante un «rechazo informado».

En general, la asistencia al parto requiere consentimiento informado por escrito (art. 8.2 LAP) con utilización de documentos protocolizados²⁶. En el supuesto concreto del parto en el domicilio, el «documento de consentimiento informado para la atención al parto en casa» se entrega, según aconseja la *Guía del parto en casa*, junto con el contrato con la matrona, en la primera visita de la mujer a ésta, y se recoge firmado en la primera visita al domicilio de la mujer por parte de la matrona (antes de la semana 37). Lo deben firmar las dos partes (por un lado, la matrona o profesional sanitario y por otro, la mujer –en su caso, también la pareja–) y habrá dos copias, una para cada una de ellas²⁷.

También es necesario referirse, en relación con el consentimiento informado, al llamado «plan de parto», basado en el derecho a la información y libertad de decisión del paciente, que vendría a trasladar al ámbito de la obstetricia las pretensiones de los documentos de instrucciones previas del artículo 11 LAP, de modo que, a través de un

²⁵ Vid. sobre qué ha de entenderse por «personas vinculadas», expresión utilizada en los arts. 5.1, 5.3, 5.4, 9.2.b y 9.3.a LAP, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *op. cit.*, pp. 198 y 199, que critica la indeterminación de los términos empleados y que, en todo caso, incluye entre las vinculadas «de hecho», a «la persona unida al paciente por una relación de afectividad análoga a la conyugal».

²⁶ Sobre el valor de estos documentos tipo o formularios, vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 222 y ss., que en pp. 224 y 225, se refiere a los que los que pecan de escuetos o excesivos en cuanto a la información que proporcionan y no van acompañados de información verbal al paciente y su dudoso valor. Sobre su posible degeneración como simple instrumento de medicina defensiva, vid. GALLEGO RIESTRA, Sergio, *op. cit.*, pp. 824 y 825.

²⁷ COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *op. cit.*, pp. 26, 27 y 28.

proceso de elaboración dialogado entre el profesional y la mujer, se asegure que ésta está verdaderamente informada y adopta sus decisiones con conocimiento de causa²⁸.

Concretamente, en 2007, el Grupo de Trabajo creado en el seno de los Comités Institucional y Técnico de la Estrategia de Atención al Parto Normal y de Salud Reproductiva, del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, elaboró el *Plan de parto y nacimiento*²⁹, del cual las distintas Comunidades Autónomas han realizado adaptaciones³⁰. Según dicho Comité, el plan de parto es «un documento en el que la mujer puede expresar sus preferencias, necesidades, deseos y expectativas sobre el proceso del parto y el nacimiento», «se informa de forma resumida sobre las prácticas adecuadas para la asistencia al parto y nacimiento», y «no se contempla la posibilidad de elección de prácticas no aconsejadas actualmente por la evidencia científica por ser innecesarias o perjudiciales en el curso de un parto normal». Así, el plan de parto que se propone se divide en siete apartados: 1. «Llegada al hospital»; 2. «Periodo de dilatación: asistencia, cuidados, alimentación»; 3. «Periodo expulsivo (salida del bebé)»; 4. «Alumbramiento de la placenta»; 5. «Cuidado y atención al recién nacido»; 6. «Periodo de puerperio»; 7. «Parto instrumental (fórceps, ventosa, espátula) o cesárea». De todos modos, lo decidido en el plan de parto puede modificarse, tanto a iniciativa de la mujer (porque cambien de preferencias), como por el profesional sanitario (si surgen circunstancias imprevisibles) tras informar y contar con el consentimiento de la gestante³¹, salvo que nos encontremos en el supuesto del artículo 9.2.b LAP.

Lo mismo que ocurre en el parto hospitalario, en el caso específico del parto en casa también es aconsejable contar con un plan de parto. Éste se elaborará y consensuará durante las visitas de seguimiento de la mujer por la matrona³² y, normalmente,

²⁸ LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Los derechos de la mujer...», *op. cit.*, p. 795.

²⁹ MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Plan de parto y nacimiento*, p. 3. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/planPartoNacimiento.pdf> [Consulta 31 agosto 2023].

³⁰ Vid., por ejemplo, para Castilla y León, CONSEJERÍA DE SANIDAD DE CASTILLA Y LEÓN, *Plan de parto y nacimiento*. Disponible en <https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/procesos-asistenciales/procesos-asistenciales-gerencia-regional-salud/atencion-parto-normal-puerperio.ficheros/1381384-plan%20de%20parto%20y%20nacimiento.pdf> [Consulta 1 septiembre 2023]

³¹ CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *op. cit.*, p. 82, el cual en pp. 87 y 88, se refiere al deber de los profesionales de respetar las decisiones de la mujer, con base en el art. 5.1.c, de la LOPS y arts. 19.h y 19.i, de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; y, en pp. 89 a 93, a la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones y secuelas causados en el bebé en actuaciones no consentidas por la mujer, tanto existiendo plan de parto, como si no.

³² COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *op. cit.*, p. 28.

aparecerán en un mismo documento, el plan de parto y el contrato relativo a la asistencia de ésta a aquélla.

Por último, como es posible que, en el proceso del parto o, incluso, antes, sea necesario acudir a un centro hospitalario ante una contingencia de riesgo a la que no pueda hacerse frente en el domicilio, la planificación del parto en casa requiere también de un plan de traslado, para lo que es necesario que se elija un centro hospitalario o clínica de referencia y se determine el medio de transporte, la ruta o quién conducirá, entre otras circunstancias. Si, finalmente, se hace preciso acudir al hospital, «la matrona ofrecerá un informe verbal y escrito que incluirá detalles sobre el motivo del traslado, el estado de salud de la mujer o la criatura y la necesidad de atención hospitalaria». Como se puede apreciar, la colaboración entre profesionales será muy importante³³.

3. LA PRESERVACIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD DEL FETO COMO LÍMITE AL DERECHO DE LA MUJER A DETERMINAR EL LUGAR DEL PARTO: FUNDAMENTO LEGAL DEL INTERNAMIENTO FORZOSO EN UN CENTRO HOSPITALARIO

3.1. *Introducción*

A continuación, trataremos el tema de los límites del derecho de la mujer a elegir el lugar donde dará a luz, partiendo de que ésta ha decidido hacerlo en su casa. Estos límites vienen dados por la contraposición entre el interés de la mujer de tener el hijo en su domicilio, y el de la vida y salud del feto cuando el lugar del parto puede ser trascendente para su conservación y, dado que afectarán al emplazamiento físico de la mujer, supondrán que en el momento del parto ésta no podrá estar en el lugar que ella desearía (su hogar) y deberá ser atendida en un centro hospitalario. Si esto es así, habrá que averiguar hasta dónde llega el derecho de aquélla o, dicho de otro modo, cuándo habrá que entender que su derecho a autodeterminarse ha de ceder en favor del *nasciturus*, de modo que la mujer pueda ser ingresada forzosamente en un centro hospitalario, y cuáles son los preceptos legales, si es que existen, en los que se puede basar tal internamiento.

El tratamiento de este tema ha de partir de que los derechos fundamentales que asisten a la mujer deben ser respetados, pero no son ilimitados, y de que, aunque el

³³ COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *Ibidem*, pp. 49 y 50

feto no nacido no es persona desde el punto de vista civil³⁴, el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril³⁵ (FFJJ 5 y 7), declaró que su vida y salud es un valor constitucionalmente protegido. Habrá que realizar, por consiguiente, una ponderación de los bienes, derechos o valores enfrentados. En este sentido, tal y como señala LOMAS HERNÁNDEZ (refiriéndose al derecho de la mujer a elegir la vía del nacimiento, pero con razonamiento aplicable también a nuestra hipótesis) deberá tenerse en cuenta que

«la voluntad de la mujer embarazada no resulta suficiente para que su decisión pueda finalmente ser atendida por el profesional sanitario, pues [...] habría que verificar que su decisión no entra en colisión con el principio utilitarista de lesividad que interactúa con el de libertad como único criterio de justificación de esta última, de modo que las decisiones de la gestante sobre las técnicas para el parto que considere deban serle de aplicación han de sopesarse teniendo en cuenta el interés de la futura persona, de modo que con arreglo a este principio sólo las conductas que ocasionen daño a terceros (la madre respecto del *nasciturus*) serían reprobables ética y jurídicamente»³⁶.

Y aquí hemos de recordar que la citada sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, considera tercero («*tertium*») al *nasciturus*³⁷. Este planteamiento está presente, además, en el documento *Humanizar y dignificar la atención durante el embarazo y el parto*, del Comité de Bioética de Catalunya, cuando señala:

«A pesar de que el embrión y más adelante el feto, no se ha convertido aún en una persona, de la falta de cuidado o del maltrato prenatal pueden derivarse consecuencias graves y perdurables para la salud del futuro bebé que han de evitarse. En estas situaciones hay que intentar trabajar para que se modifiquen los hábitos o cambien las

³⁴ Téngase en cuenta que el art. 3.1, a, 1º, de la LOSSRIVE, establece como límite del derecho a decidir libremente en lo tocante a la salud sexual y reproductiva, el «respeto a los derechos de las demás personas y al orden público».

³⁵ BOE, núm. 119, 18 mayo 1985, FJ 5: «la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional»; FJ 7: «los argumentos aducidos por los recurrentes [interpretación sistemática y tratados internacionales ratificados por España] no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo [...] debemos afirmar que la vida del *nasciturus* [...] es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental». La doctrina de esta sentencia es recogida en otras sentencias del Tribunal Constitucional posteriores, como la STC 10 diciembre 1996 (RTC 1996/212) y la STC 17 junio 1999 (RTC 1999/116), u otras a las que aludiremos más adelante.

³⁶ LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Los derechos de la mujer...», *op. cit.*, p. 787.

³⁷ Así, según el FJ 5 de esta sentencia: «la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta».

decisiones consideradas lesivas para el futuro bebé utilizando todos los apoyos que estén a nuestro alcance»,

apuntando al uso, incluso, de la mediación, añadiendo que el profesional no está obligado a atender aquellas decisiones que se aparten del criterio derivado de la evidencia científica contrastada³⁸.

Todo ello ha sido tratado recientemente por el Tribunal Constitucional al resolver el Recurso de Amparo 6313-2019, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), 66/2022, de 2 de junio 2022³⁹, en la que se plantea «el enjuiciamiento de un caso de ingreso obligatorio en un centro hospitalario para llevar a efecto el parto», por riesgo para la vida y salud del *nasciturus*, a pesar de haber decidido la mujer dar a luz en su casa. Tal enjuiciamiento le ha dado la oportunidad a nuestro tribunal de garantías de decidir, por vez primera vez, un supuesto de contraposición entre el derecho de autodeterminación de la mujer en relación con la elección del lugar del parto y el interés constitucionalmente protegido de la vida del *nasciturus*, además de, también por vez primera, brindarle la oportunidad de dar acogida a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida personal y familiar del artículo 8 CEDH, en cuanto fundamento de la libre elección del lugar del parto por los padres (FJ 2).

3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022

3.2.1. Supuesto de hecho

La mujer que, junto a su pareja, había decidido que el parto tuviera lugar en su casa con la atención de una matrona, se dirigió al Hospital Universitario Central de Asturias (en adelante, HUCA) preocupada porque el embarazo había superado la semana 42 (42+3). El Jefe de partos le indicó la necesidad de ingreso inmediato para inducir el parto, ya que a partir de las 42 semanas de gestación se incrementa el riesgo de hipoxia fetal y muerte intrauterina. La mujer se marcha y persiste en su decisión. El Subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del área sanitaria, ante ello, dirigió un escrito al Juzgado de guardia de Oviedo (instrucción núm. 1), añadiendo el informe del Jefe de obstetricia y sugiriendo la adopción de una orden de ingreso obligado para la práctica, en su caso,

³⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUNYA, *Humanizar y dignificar la atención durante el embarazo y el parto*, Generalitat de Catalunya, Sistema de Salut de Catalunya, enero, 2021, pp. 25 y 26. Disponible en https://canalsalut.genca.cat/web/.content/_Sistema_de_salut_/CBC/recursos/documents_tematica/humanitzar-dignificar-embaras-naixement-es.pdf

³⁹ BOE, núm. 149, 4 julio 2022.

de un parto inducido. El Juzgado incoó diligencias indeterminadas y, tras obtener el informe del Ministerio Fiscal, dictó auto el mismo día y, considerando que la voluntad de la mujer de dar a luz en su domicilio y no ingresar en el hospital «podría poner en inminente y grave peligro la vida de su hijo», acordó «el ingreso obligado» de ésta en el HUCA con base en el artículo 9 LAP, los artículos 29 y 158 del Código civil y el artículo 15 de la Constitución. La mujer fue ingresada y, tras suministrarle, a petición suya, anestesia epidural y morfina, se constata que el feto está anómalamente colocado y se hace necesario y urgente practicar una cesárea, naciendo una niña sana. Posteriormente, la mujer insta la nulidad del auto, la cual es desestimada, y tras desestimarse también el recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo, se interponen dos recursos de amparo: uno⁴⁰, cuyo ámbito es el cuestionamiento del ingreso involuntario de la mujer en el centro hospitalario y las resoluciones impugnadas son las dictadas por los órganos de la jurisdicción penal (Juzgado de instrucción y Sección 2ª de la Audiencia Provincial); y otro⁴¹, referido a las actuaciones de los servicios médicos del HUCA que siguieron a dicho ingreso, a las que se acusa de «vías de hecho» y de haber sido inhumanas y degradantes para la mujer, el cual se interpuso contra las resoluciones dictadas por la jurisdicción administrativa a cuyos tribunales se llevaron dichas actuaciones. Aquí, sólo nos ocuparemos de la sentencia dimanante del primero de los recursos por ser el que se refiere a la legalidad del ingreso forzoso.

3.2.2. Doctrina sentada por Tribunal Constitucional en esta sentencia

En el recurso de amparo que da lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022, las resoluciones citadas se impugnan por «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)», con fundamento en que se ha «omitido el trámite de audiencia de los interesados quebrantando las garantías procesales requeridas para la adopción y mantenimiento del ingreso»; y, en cuanto se refiere al «derecho a una resolución motivada y fundada en derecho», porque los autos carecen de «la motivación reforzada que les era exigible» (FJ 1).

A continuación, aludiremos brevemente a los temas más importantes tratados por el Tribunal Constitucional y a sus pronunciamientos al respecto, teniendo en cuenta que esta sentencia tiene cinco votos particulares, dos de los cuales, aunque introducen matizaciones al fallo, coinciden con éste en el sentido de desestimar el amparo. Por

⁴⁰ Recurso de amparo, núm. 6313-2019 (BOE, núm. 149, 4 julio 2022).

⁴¹ Recurso de amparo, núm. 899-2021, resuelto por la STC 11/2023, 23 febrero 2023 (BOE, núm. 77, 31 marzo 2023).

otra parte, procuraremos estructurar esta exposición de la forma más clara y didáctica que podamos, dado que la sentencia resulta, en su orden, a nuestro modesto entender, un tanto farragosa.

Veamos:

a. Legitimación para presentar el recurso de amparo

El primer tema de interés tratado por el Tribunal Constitucional es el de la legitimación para interponer el recurso⁴², declarando, en nuestra opinión, acertadamente, que sólo está legitimada la mujer: no lo está la hija, puesto que respecto a ella se plantea el conflicto de intereses que está en el fondo del asunto; ni lo está la pareja, puesto que el derecho a elegir el lugar del parto o, en términos más generales «sobre su propio sustrato corporal durante la gestación», pertenece únicamente a la mujer. No obstante, algún autor, como MATIA PORTILLA⁴³, ha estimado que, puesto que la mujer había acordado con su pareja que el parto tuviera lugar en el domicilio, podría estimarse lesionado el derecho a la vida familiar de la unidad familiar para reconocer legitimación a quien iba a ser padre biológico de la criatura, si bien, recalca, tal legitimación debería quedar supeditada siempre a la voluntad de la madre gestante.

b. Intereses en juego: derecho a elegir el lugar del parto *versus* vida del feto

El Tribunal Constitucional encuentra fundamento al derecho de la mujer a escoger el lugar donde dará a luz, en el art. 8.1 CEDH, siguiendo para ello la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada recogido en dicho precepto que, aunque en principio podría considerarse equivalente al derecho a la intimidad personal de nuestro texto constitucional (art. 18.1 CE⁴⁴), se ha visto muy

⁴² El recurso lo interpusieron la mujer, su pareja y la hija recién nacida.

⁴³ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, «¿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*, (2023), núm. 128, pp. 239-268. Disponible en <https://albergueweb1.uva.es/javiermatia/articulos-de-revista/>, p. 248.

⁴⁴ Por lo que se refiere al concepto de intimidad familiar, se ha dicho que el del art. 18 CE es más estricto que el del art. 8 CEDH («vida familiar»), en cuanto éste vendría a ser la suma del contenido de los arts. 18 y 39 CE. En este sentido, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 112. En particular, ha sido definido por LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos, «La tutela civil de los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte I», *Actualidad Civil* (2024), núm. 2, con cita de la STS (1ª) 14 febrero 2023 (RJ 2023\531) y la STS (1ª) 25 abril 2023 (RJ 2023\2611), como aquél que «tiene por objeto garantizar al individuo la existencia de un ámbito propio y reservado, vinculado con el respeto de su dignidad como persona y

ampliado en cuanto a su objeto y contenido por la jurisprudencia de dicho tribunal. Pues bien, según dicha jurisprudencia el derecho a la vida privada reconocido por el art. 8.1 CEDH (que tendría tres objetos de protección: integridad física, psicológica y moral; privacidad; identidad y autonomía)⁴⁵, incluye el derecho a determinar las circunstancias del parto⁴⁶ y, concretamente, la elección del lugar del nacimiento⁴⁷. Sin embargo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal derecho no es absoluto, pues está supeditado a determinadas condiciones médicas⁴⁸, imponiéndose, por tanto, un equilibrio entre el interés general de preservar la vida y salud de la mujer y la del *nasciturus*, y, además, es una materia que han de regular los Estados (por ser de interés general y afectar a la salud pública) reconociéndoseles un amplio, aunque no ilimitado, margen de apreciación, conforme al artículo 8.2 CEDH⁴⁹.

En este punto, por nuestra parte, hemos de recordar que este artículo 8.2 permitiría la injerencia de la autoridad pública en este derecho siempre que se den unos requisitos⁵⁰: que esté prevista por la ley (es decir, por una norma «que pueda ser materialmente aplicable al supuesto de hecho y que tenga conexión con el derecho o derechos en controversia»), obedezca a alguna de las finalidades señaladas en él (entre las que se encuentran «la protección de la salud [...] o los derechos y libertades de los demás»), y que sea necesaria en una sociedad democrática, condición que forma parte del principio de proporcionalidad que exige la determinación de si habría sido posible o no encontrar otra vía menos lesiva para el derecho. Todo ello lo veremos reflejado en varios de los razonamientos de la sentencia.

Así, en esta línea y de acuerdo con esa doctrina, el Tribunal Constitucional declara que, desde el punto de vista del Derecho español, el derecho a la libre elección del lugar del parto deriva del derecho a la libertad personal, intimidad personal, autonomía y dignidad de la persona (arts. 17, 18 y 10.1 CE), en relación con el artículo 8 CEDH. En

necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida».

⁴⁵ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo / REDONDO SACEDA, Lara, «El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad) (Artículo 8 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier / SANTOLAYA, Pablo / PÉREZ-MONEO, Miguel (dirs.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 600 y ss., en particular., p. 602.

⁴⁶ STEDH 14 diciembre 2010 (JUR 2010\403599), & 22.

⁴⁷ STEDH 15 noviembre 2016 (JUR 2016\272539), & 163.

⁴⁸ STEDH 15 noviembre 2016 (JUR 2016\272539), & 183.

⁴⁹ STEDH 15 noviembre 2016 (JUR 2016\272539), & 182.

⁵⁰ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo / REDONDO SACEDA, Lara, *op. cit.*, p. 598, con cita de varias sentencias, y p. 599.

este punto, hemos de decir que estamos de acuerdo con MATIA PORTILLA, cuando dice que «la principal aportación de la STC 66/2022 es que, a partir de ella, cabe afirmar con claridad que los derechos reproductivos de la mujer forman parte de su vida íntima»⁵¹, pero la corrige por entender que más que con la dignidad de la persona (que no es un derecho fundamental), la decisión de la mujer en cuanto al lugar del parto y su ejecución, tiene relación con el derecho al libre desarrollo de su personalidad⁵².

Igualmente, desde la perspectiva jurídica española, el Tribunal Constitucional declara (FJ 4) que el derecho a la libre elección del lugar del parto, como los demás derechos fundamentales, no es ilimitado, sino que encuentra sus límites cuando entra en contradicción con otros derechos o valores constitucionalmente protegidos, como ocurre en este caso con el interés o valor de la vida y salud del *nasciturus*, cuya protección deriva del artículo 15 de la Constitución española (STC 53/1985, 11 abril 1985, FFJJ 5 y 7).

c. Requisitos para la admisibilidad del internamiento forzoso en un centro hospitalario

Teniendo eso presente, el Tribunal Constitucional trata de determinar si la limitación al derecho a dar a luz en el domicilio (como derivación de los derechos fundamentales de libertad e intimidad personal) que supone la medida de internamiento obligatorio en un centro hospitalario para dar a luz, en las circunstancias descritas constituye una injerencia no permitida por nuestra Constitución o, al contrario, es acorde a nuestra norma fundamental.

Para ello, recuerda⁵³ que la limitación de un derecho fundamental ha «de obedecer a la preservación de fines o de bienes constitucionalmente legítimos», ha de «estar prevista en la ley», y «tanto en su formulación como en su aplicación, debe respetar el principio de proporcionalidad» (FJ 5). Todo lo cual, resaltamos, cuadra con los postulados del artículo 8.2 CEDH, según hemos señalado más arriba. Veamos a continuación lo que dice el Tribunal Constitucional de cada uno de estos requisitos, permitiéndonos algún comentario aclaratorio por nuestra parte.

En relación con la necesidad de que la limitación responda a la «preservación de fines o de bienes constitucionalmente legítimos», el Tribunal Constitucional considera que se

⁵¹ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *op. cit.*, pp. 242.

⁵² MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *Ibidem*, p. 249.

⁵³ Tras citar la STC 76/2019, 22 mayo 2019 (BOE, núm. 151, 25 junio 2019), FJ 5, a la que puede unirse, con anterioridad, la STC 233/2005, 26 septiembre 2005 (BOE, núm. 258, 28 octubre 2005).

trató de «una medida de carácter protector y preventivo» que, si bien limitó los derechos de la mujer, se llevó a cabo para proteger la vida y la salud del feto, reduciendo su riesgo de muerte, conforme a los protocolos del Ministerio de Sanidad (FJ 6, B, b).

Por lo que se refiere al requisito de audiencia como garantía procesal de la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, cuya omisión, según el recurso, habría violado el derecho a la tutela judicial efectiva de la mujer, el Tribunal Constitucional entiende que «la omisión del preceptivo trámite de audiencia (art. 733 LEC) únicamente queda justificada por la extremada urgencia en que el juzgado de guardia hubo de actuar para preservar la vida del *nasciturus*» (FJ 6, C, f), ya que desde el primer momento se puso de manifiesto por los servicios médicos del centro hospitalario la situación de «inminente y grave peligro» en que se pondría la vida del feto de no adoptar la medida del internamiento (FJ 6, C, d).

Por tanto, lo que podemos deducir de este pronunciamiento es que siempre que no exista un peligro inminente y grave para la salud del feto, una verdadera urgencia⁵⁴, deberá oírse a la mujer antes de adoptar la medida de internamiento forzoso, pero si ésta existe, se podrá prescindir de tal audiencia. Los votos particulares de los magistrados XIOL RÍOS Y BALAGUER parece que estarían conformes con tal conclusión, ya que lo que hacen es cuestionar si realmente existía urgencia en el caso concreto y si ésta podía deducirse de los informes médicos presentados por el hospital, dado que, si se pudo dar cuenta al Ministerio Fiscal, también podría haberse oído a la mujer⁵⁵. Por su parte, la magistrada MONTALBÁN HUERTAS, en su voto particular, va más allá, pues

⁵⁴ Como dice CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «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*, (2023), núm. 43, p. 93, al comentar el voto particular de XIOL RÍOS, para prescindir de la intervención de la mujer «no basta con constatar la existencia de un riesgo acreditado documentalmente, sino que hemos de estar ante una verdadera emergencia».

⁵⁵ Para MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 261, el principal defecto de la resolución del Juzgado es que se adoptó sin previa audiencia de la madre, es decir, que restringe derechos fundamentales de ésta «sin recabar su parecer», ignorando el principio contradictorio y el derecho a la defensa, y vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad personal, integridad física e intimidad personal, cuestión que trata en las páginas siguientes. Entiende, así, este autor, *Ibidem*, p. 266, que sólo cabría omitir la audiencia en casos muy excepcionales y que la urgencia no puede justificar tal omisión, concluyendo que, aunque en el supuesto tratado realmente no hubo urgencia, si ésta se hubiera dado, el juez debería haber otorgado carácter cautelar a su medida y haber procedido a oír inmediatamente a la mujer para decidir sobre el mantenimiento o no de la medida acordada.

manifiesta que ni siquiera por razones de urgencia podría prescindirse de la audiencia a la mujer⁵⁶.

Otra cosa es que no se enviara al médico forense o a otro facultativo a examinar a la mujer, pero esto no se plantea en la sentencia ni en los votos particulares, salvo en el de MONTALBÁN HUERTAS, que entiende que, en nuestro caso, debería haberse enviado al forense a llevar a cabo un reconocimiento urgente domiciliario.

Nosotros, sobre esta cuestión pensamos que, en el fondo, todo depende de si estamos en una situación de urgencia o no, de modo que, en nuestro supuesto, si había verdadera urgencia en la ejecución del ingreso, no sería precisa la audiencia a la mujer⁵⁷, pero tampoco un examen previo del forense ni de otro facultativo, sin perjuicio de que todo ello pudiera recabarse *a posteriori* a los efectos de justificar la permanencia de la mujer en el centro hospitalario, tal y como ocurre en los internamientos urgentes por razón de trastorno psíquico del que no esté en condiciones de decidir por sí mismo, según determina el artículo 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁵⁸, conforme al cual, tanto la audiencia al afectado como el

⁵⁶ Dice esta magistrada en su voto particular: «La idea de que, en una situación de urgencia, la prevalencia de los bienes constitucionalmente protegidos del *nasciturus* es tal que puede prescindirse de todas las garantías constitucionales exigidas para la limitación de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, implica un debilitamiento muy relevante de los derechos fundamentales de éstas, por el solo hecho de tener la capacidad de llevar en su cuerpo dicho bien jurídico. Esto constituye una discriminación directa por razón de sexo». Creemos que se hace aquí una afirmación genérica que parece rechazar toda ponderación entre los intereses enfrentados, obviando que de lo que se trata es de limitar el derecho de la mujer a elegir el lugar del parto en pro de la salvaguarda de la vida del feto en una situación de urgencia y peligro para éste, no, por ejemplo, de supeditar la vida de la madre o su integridad física o salud, a la protección de la vida de su futuro hijo. A nuestro entender, salvar la vida del feto en una situación urgente de grave riesgo, tiene mayor peso que el derecho de elección del lugar del parto por la madre, aunque, evidentemente, pueda haber otras posturas al respecto. Por otra parte, tanto el voto particular de XIOL, como el de MONTALBÁN, acusan a la sentencia de falta de perspectiva de género en sus valoraciones, si bien el peso de esta crítica es mayor en el de esta última que en el del primero, tal y como vemos en el fragmento reproducido en el que habla de discriminación «por razón de sexo», como si los hombres también dieran a luz y se les dispensase otro tipo de trato, cuestión esta en la que coincidimos con MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 245, nota 2. Sobre la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, «La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional», *Diario La Ley*, (2024), núm. 10475.

⁵⁷ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *Ibidem*, p. 266 y ss., estima, en esta línea, que sólo puede omitirse el trámite de audiencia en supuestos excepcionales, pero entiende que en el caso de la STC 66/2022 no existía la extrema urgencia que justificaría tal omisión y, por consiguiente, no se daba esa excepcionalidad.

⁵⁸ Tal art. 763 LEC, como dice VELILLA ANTOLÍN, Natalia, «Los internamientos psiquiátricos urgentes: un procedimiento que garantiza los derechos fundamentales de las personas con discapacidad», 2022. Disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/05/10/los-internamientos-psiquiatricos-urgentes-un-procedimiento-que-garantiza-los-derechos-fundamentales-de-las-personas-con-discapacidad/> [Consulta

dictamen del facultativo designado (además de la audiencia al ministerio fiscal y el propio pronunciamiento sobre la ratificación o cese de la medida), habrán de llevarse a cabo en el plazo de las 72 horas⁵⁹ posteriores al internamiento. En el caso de nuestra sentencia, este plazo (coincidente con el máximo establecido en el art. 17.2 CE⁶⁰) no llegó a cumplirse, ya que la niña nació antes de que el mismo transcurriera, de modo que no podría apreciarse el incumplimiento de tal garantía por parte del juzgado; no obstante, quizá, en este tipo de supuestos, con vistas a una futura regulación legal, el plazo que debería establecerse con este fin habría de ser menor, dado que estamos ante procesos fisiológicos que pueden resolverse en poco tiempo. Por otra parte, con relación a la necesidad de previo examen de la mujer en su domicilio por parte del forense, estimamos que debería plantearse hasta qué punto un forense podría contar en ese lugar con la aparatología requerida para hacer un diagnóstico correcto sobre el estado del feto. En definitiva, creemos que, en casos de urgencia, hay que tener en cuenta que, cuantos más trámites se cumplimenten antes del ingreso, en mayor peligro se pondrá la vida del *nasciturus*, al pasar el tiempo y, con él, ir creciendo el riesgo de muerte o daños graves a éste. Es la emergencia elevada apreciada por el tribunal y la trascendencia del conflicto de intereses concurrentes lo que justifica en esta sentencia la falta de audiencia y de reconocimiento médico por el forense. Ahora bien, sería conveniente fijar legalmente cuándo puede entenderse que existe una urgencia de tal envergadura que pueda justificar la falta de audiencia a la mujer y su reconocimiento médico, con el fin de que facilitar la apreciación del nivel de urgencia y evitar que el juez pueda adoptar sus decisiones en previsión, no sólo de evitar daños al que ha de nacer, sino también de tener que hacer frente a responsabilidades mayores que las derivadas de la falta de adopción de dichos trámites.

En cuanto a la necesidad de motivación reforzada para resolver en materia de derechos fundamentales (STC 96/2012, 7 mayo⁶¹, FJ 9) y la proporcionalidad de la medida adoptada, entiende el Tribunal Constitucional que el auto del juzgado de guardia: a) identificó el presupuesto de hecho sobre el que asentó la adopción de la medida: el riesgo de hipoxia fetal y de muerte intrauterina a partir de la semana 42; b) Determinó el fin legítimo a obtener con la medida: preservación de la vida y la salud del *nasciturus*;

24 agosto 2023], regula uno de los procedimientos judiciales con mayores garantías que existen en nuestra legislación.

⁵⁹ Vid. sobre ello SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 103 y ss., que pone de manifiesto que, en el supuesto del art. 763 LEC, el mismo comenzará a contarse desde que el órgano judicial tenga conocimiento del internamiento de urgencia.

⁶⁰ Ha de tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación de este precepto excede del estrictamente penal, tal y como expone SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *Ibidem*, p. 103 y 104, con cita de varias sentencias del Tribunal Constitucional al respecto.

⁶¹ BOE, núm. 134, 5 junio 2012.

c) Acordó una medida idónea para evitar los peligros para el feto derivados de ese embarazo prolongado, preservando a la vez la salud de la madre; d) Dispuso una medida también necesaria, puesto que el ingreso en el hospital era la alternativa al parto domiciliario; d) Realizó un juicio de proporcionalidad, ya que la medida se limita al traslado e ingreso en centro hospitalario para dar a luz con los medios facultativos y materiales apropiados (FJ 6, D).

Por último, por lo que se refiere a la existencia de habilitación legal para la adopción de la medida limitativa, el Tribunal Constitucional declara que, aunque el artículo 29 del Código civil –esgrimido por las resoluciones impugnadas– no es aplicable al supuesto planteado por referirse al ámbito patrimonial, sí ofrecen una cobertura razonable los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 LAP, también alegados, los cuales permiten ponderar los intereses en juego; no obstante, añade el tribunal, se habría podido acudir al artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) (FJ 6, B, d).

Ante todo ello, el Tribunal Constitucional concluye que no se puede apreciar la vulneración de los derechos a la libertad y a la intimidad personal y familiar, en conexión con la tutela judicial efectiva, toda vez que: «Las resoluciones judiciales impugnadas han limitado proporcionadamente el ejercicio de aquellos derechos», denegando el amparo.

3.2.3. En especial, el fundamento legal del internamiento hospitalario forzoso para dar a luz

a. Distintas posturas expuestas en el pronunciamiento de la sentencia y en los votos particulares

A continuación, nos referiremos con más detenimiento a la cuestión del fundamento legal del internamiento forzoso en centro hospitalario para dar a luz. Pues bien, en nuestra opinión, del conjunto formado por la sentencia y sus votos particulares, podemos deducir que existen 4 posturas al respecto:

1ª. La adoptada por las resoluciones recurridas: la medida se funda en la aplicación de los artículos 29 y 158.6 del Código civil, y artículo 9.3 LAP, de modo que tendría previsión legal directa.

2ª. La que manifiesta la sentencia conforme a la postura mayoritaria⁶²: aunque el artículo 29 del Código civil no es aplicable al caso y se hubiera podido acudir también al artículo 17.9 LOPJM, se admite que la aplicación analógica de los artículos 158.6 del Código civil y artículo 9.3 LAP, ofrece cobertura legal suficiente a la medida de ingreso forzoso hospitalario.

3ª. La que entiende que, en todo caso, la falta de previsión legal impide la adopción de la medida, sostenida en su voto particular por SÁEZ VALCÁRCEL.

4ª. La que defiende que, aunque en principio es necesaria la previsión legal para adoptar la medida, a falta de ésta, la presencia de ciertos requisitos o garantías podría justificarla, mantenida en el voto particular de MONTALBÁN HUERTAS.

Veamos cómo se expresa cada una de ellas a lo largo de la resolución:

1ª. Postura del juzgado, ratificada por la Audiencia Provincial de Oviedo: según ésta, el internamiento forzoso cuenta con previsión legal recogida en los artículos 29 y 158.6 del Código civil y 9.6 LAP, lo que habría que entender en el sentido de que, puesto que el artículo 29 del Código civil permite tener al concebido por nacido para los efectos que le sean favorables, podrá aplicarse al caso el artículo 158.6 del Código civil (que faculta al juez para adoptar aquellas «disposiciones que considere oportunas», con el fin de «apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios») y el artículo 9.6 LAP (que permite que, ante una decisión perjudicial para la vida o la salud del paciente menor –aquí, el *nasciturus*, tenido por nacido– tomada por parte de su representante legal –la madre–, el profesional médico lo ponga en conocimiento de la autoridad judicial para que ésta adopte la resolución correspondiente).

2ª. Postura del Tribunal Constitucional: el Tribunal Constitucional excluye la aplicación del artículo 29 del Código civil a este caso, por estar previsto, fundamentalmente, para el ámbito patrimonial. Aunque, en consecuencia, tal afirmación debería llevarlo a afirmar la inaplicabilidad del artículo 158.6 del Código civil (puesto que no habría ningún menor) y del artículo 9.6 LAP (por lo mismo y porque el feto no puede considerarse paciente), el Tribunal Constitucional salva su aplicabilidad al entender (desligando el art. 29 CC de los otros dos preceptos) que el juzgado, ante la «falta de previsión legal específica» que contemplara esa medida, «ha realizado una labor de

⁶² Apoyada, también, por dos votos particulares que, no obstante, muestran su preocupación por la situación: los de BALAGUER y CONDE PUMPIDO, a los que podemos añadir el de XIOL, puesto que no cuestiona la STC en este aspecto.

integración», acudiendo a supuestos en los que aprecia una contraposición de intereses similar a la del caso presentado, de modo que, si bien la forma de encontrar la cobertura legal sea

«discutible, ha de ser admitida [...] en la medida en que no se ha empleado el conjunto normativo esgrimido como forma de eludir las previsiones constitucionales, sino, antes al contrario, como un instrumento que permitiera al órgano judicial dar una respuesta satisfactoria a un conflicto entre derechos fundamentales y valores constitucionales que había sido sometido a su decisión. Todos ellos dignos de protección, sin que pudiera eludir la obligación de resolver que le venía impuesta por el propio texto constitucional, que otorga su tutela tanto a unos como a otros» (FJ 6, B, d).

Concluye el tribunal que esos artículos (158.6 CC y 9.6 LAP), ofrecen una «cobertura razonable» que permite al juzgado hacer la «ponderación» que se le había pedido entre los derechos fundamentales de la gestante y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del feto. Añade, no obstante, que «también hubiera podido tener en cuenta»⁶³ otros artículos, como el artículo 17.9 LOPJM, «sobre adopción de “las medidas adecuadas de *prevención*, *intervención* y *seguimiento*” en situaciones de posible *riesgo prenatal*» (FJ 6, B, d). En resumen, el Tribunal Constitucional entiende que, puesto que el artículo 29 del Código civil no es de aplicación, lo que ha hecho el juzgado es «integrar» el ordenamiento jurídico a través de la aplicación analógica (no directa) de los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 LAP, considerándolo jurídicamente aceptable. No obstante, debemos resaltar que, realmente, ni el primer auto, ni las siguientes resoluciones impugnadas, afirman en ningún momento que estén haciendo una aplicación analógica de esos preceptos. Hemos de resaltar que el Tribunal Constitucional, en los fundamentos jurídicos de su sentencia, no utiliza nunca expresamente el término analogía ni, en consecuencia, dice si esa analogía es una analogía *legis* o, dado que menciona dos artículos distintos (158.6 CC y 9.6 LAP), sin embargo, nos permitimos afirmar que el Tribunal Constitucional considera que el juzgado ha hecho uso de la analogía, porque así se deriva de la propia argumentación de la sentencia del Alto Tribunal y así lo destaca uno de sus magistrados (Sáez Valcárcel) en su voto particular, al expresar en él claramente que en la misma se hace aplicación analógica de las normas citadas. En cuanto al tipo de analogía aceptada por el Tribunal Constitucional, nosotros nos inclinamos por la analogía *iuris*, al aludirse conjuntamente a los dos preceptos y sustraer de ellos un supuesto de hecho común⁶⁴.

⁶³ No dice en qué sentido: aplicación directa o por analogía (junto a los demás o independientemente).

⁶⁴ Dice el Tribunal Constitucional que el órgano judicial «consideró que se trataba de una situación similar a las que en ellos [arts. 158.6 CC y 9.6 LAP] se contempla, en las que existe una actuación o

Es especialmente llamativo este posicionamiento de Tribunal Constitucional si se tiene en cuenta su afirmación, en la misma sentencia, de que «los preceptos que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo» (FJ 6, B, d), lo que le podría haber permitido, si así lo hubiera estimado, prescindir de la analogía.

3ª. La tercera postura se expresa de forma tajante, de modo que ha de entenderse que, en todo caso, se requiere previsión normativa expresa para limitar el derecho de la mujer. Este es el sentido del voto particular de SÁEZ VALCÁRCEL: «Toda medida limitativa de derechos fundamentales ha de estar prevista legalmente como condición de su legitimidad constitucional»⁶⁵. Por tanto, como no hay habilitación legal para restringir la libertad de una mujer embarazada e ingresarla, contra su voluntad, en un centro hospitalario con la finalidad de impedir que alumbrase en su domicilio con asistencia de profesionales sanitarios, se debería haber rechazado el recurso.

4ª. Por último, con una postura menos radical que la anterior, el voto particular de Montalbán Huertas entiende que estamos ante un caso en el que falta la habilitación legal específica para adoptar una decisión que supone una restricción de derechos fundamentales individuales de la libertad física y la intimidad personal y, en cuanto tal, ha de aplicarse la doctrina del Tribunal Constitucional para este tipo de supuestos⁶⁶. Según esta doctrina, podrá adoptarse una decisión restrictiva si se respetan *ciertas* garantías mínimas que son: el trámite de audiencia, motivación reforzada y juicio de proporcionalidad. Como en nuestro caso esas garantías, según la magistrada citada, no se respetan, se debería haber rechazado el recurso.

b. Nuestra postura: la aplicación directa de los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente

decisión de quienes ejercen la patria potestad o tienen la representación legal del menor que pueden perjudicar a éste o ponerlo en peligro» (FJ 6, B, d).

⁶⁵ Dice este voto particular que a pesar de que «la resolución judicial citaba en su literalidad» los arts. 29, 158.6 CC y 9.3 LAP, la sentencia del Tribunal Constitucional «lee esas referencias normativas... como un mecanismo de integración de laguna legal», acudiendo «así a una habilitación por analogía... que no satisface las exigencias constitucionales de previsión normativa (STC 21/2015)».

⁶⁶ STC 207/1996, 16 diciembre 1996 (BOE, núm. 2019, 22 enero 1997), FJ 4; STC 141/2012, 2 julio 2012 (BOE, núm. 281, 30 julio 2012), FJ 5; STC 13/2016, 1 febrero 2016 (BOE, núm. 57, 7 marzo 2016), FJ 4; STC 22/2016, 15 febrero 2016 (BOE, núm. 71, 23 marzo 2016), FJ 4.

Nosotros disentimos del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional que recoge el parecer mayoritario de sus miembros en cuanto a la forma de articular su fundamentación legal, aunque compartimos la decisión de denegación de amparo.

En primer lugar, porque que creemos que no cabe acudir a la analogía para restringir los derechos del artículo 8 CEDH, concretamente, el derecho a la intimidad, puesto que el apartado 2 de este precepto exige previsión legal específica para poder interferir en los mismos⁶⁷. Pero, además, porque estimamos que es correcto aplicar de forma directa el artículo 158.6 del Código civil y también el artículo 9.6 LAP, en relación con el artículo 29 del Código civil, considerando al *nasciturus* como «menor» y «paciente»⁶⁸, respectivamente, por tenerlo por nacido, ya que la interpretación restrictiva del artículo 29 del Código civil en la que el Tribunal Constitucional se basa para negar la posibilidad de aplicación directa de esos preceptos y que limita su aplicación al ámbito puramente patrimonial⁶⁹, ha sido superada desde hace tiempo⁷⁰ por otra interpretación mucho más amplia⁷¹ que permite tener al concebido por nacido a efectos personales o morales. Si esto es así, como demostraremos en las líneas siguientes, resultará que esos preceptos (arts. 158.6 CC y 9.6 LAP) cubren también el supuesto de hecho del que tratamos, lo prevén de forma específica y habilitan al juez expresamente a adoptar la medida correspondiente, siendo de aplicación directa al caso.

En efecto, la superación de la interpretación restrictiva del alcance del artículo 29 del Código civil por la interpretación lata del mismo, a la que ofrecen argumentos tanto el criterio interpretativo literal (el precepto no establece límite alguno) como el lógico (si se tiene por nacido al concebido a los efectos patrimoniales, con más razón habrá que

⁶⁷ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo / REDONDO SACEDA, Lara, *op. cit.*, p. 598, recogiendo jurisprudencia del TEDH al respecto, concretamente, STEDH 2 agosto 1984, caso Malone c. Reino Unido (TEDH 1984\1), & 66-67, y STEDH 25 junio 1997, caso Haldford c. Reino Unido (TEDH 1997\37), &49, relativas al secreto de comunicaciones y la interceptación de líneas telefónicas.

⁶⁸ Así lo considera, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, Eduardo, «De las lesiones al feto», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal Español, T. I (Artículos 1 a 233)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1084 y 1085, que asegura que «los incesantes avances generados por la ciencia han convertido al *nasciturus* en sujeto paciente de las actividades médicas multiplicando al mismo tiempo los peligros que amenazan a la vida y salud durante el embarazo».

⁶⁹ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 253, está de acuerdo con esta interpretación del TC respecto al art. 29 CC, si bien ello le lleva a manifestarse en contra de la aplicabilidad de los arts. 158.6 CC y 9.6 LAP, ya sea por vía directa o analógica.

⁷⁰ Esta crítica a la STC 66/2022 referente a la interpretación del art. 29 CC, se la hace también CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

⁷¹ Es el caso de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La persona física: comienzo y fin de la personalidad», en PABLO CONTRERAS, Pedro de (coord.), *Derecho de la persona, Curso de Derecho civil (I), vol. II*, Edisofer, Madrid, 2021, pp., 42 y ss.

considerarlo nacido para proteger su vida futura, en cuanto que ésta es el asiento de aquéllos⁷²) o el sistemático (dada su localización en el Libro I, del CC, dedicado a las personas, y no, como ocurrió en otros códigos, en sede de Derecho de sucesiones⁷³), se ha plasmado en la jurisprudencia, en resoluciones de la DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) e, incluso, en normas legales, de las que, sin ánimo de ser exhaustivos, ofreceremos a continuación una muestra.

Para empezar, aunque la protección tradicional del *nasciturus* tiene su campo de actuación en el ámbito patrimonial en materia de derecho de sucesiones, cuando es llamado un concebido (arts. 959 a 967, 814, 781 CC), o de donaciones *inter vivos*, cuando éste es donatario (art. 627 CC), además de otros supuestos resueltos por la jurisprudencia, como el derecho a una indemnización por los daños sufridos por el concebido antes de nacer⁷⁴, también se ha protegido al concebido a efectos extrapatrimoniales en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ejemplo, en materia de reconocimiento de la filiación o adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis*⁷⁵.

⁷² Cosa distinta sería si la interpretación del art. 29 CC hubiera determinado que al concebido se le tuviera por nacido solamente a los efectos de la protección de su vida y lo que pretendiéramos ahora fuera extender ese ámbito de aplicación a la protección de los derechos patrimoniales que le corresponderían si ya hubiera nacido, puesto que éstos no son base y fundamento de aquélla.

⁷³ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo / REDONDO SACEDA, Lara, *op. cit.*, p. 598, recogiendo jurisprudencia del TEDH al respecto: STEDH 2 agosto 1984 (TEDH 1984\1), & 66-67, y STEDH 25 junio 1997 (TEDH 1997\37), & 49.

⁷⁴ Ya en la vieja STS (1ª) 5 junio 1926 (JC, 171, núm. 57). Vid. recientemente sobre ello, TRINCADO AZNAR, José María, «El concebido no nacido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2023), núm. 799, pp. 2654 y ss. y doctrina allí citada. En especial, debemos destacar, por tener relación con el supuesto que estudiamos que, en p. 2655, se refiere a la «responsabilidad de los padres por determinadas conductas realizadas durante la gestación» poniendo de manifiesto la división de la doctrina, dado que junto a autores que consideran que ha de reconocerse derecho a la indemnización al hijo, una vez que nacido con vida, en los casos de «conducta dolosa o gravemente imprudente o temeraria de la madre», otros sólo lo reconocen en los casos de «actuación dolosa de la madre». Igualmente, se refiere este autor *op. cit.*, pp. 2660 y ss., al resarcimiento por los daños morales causados al *nasciturus* por accidentes de circulación en los que fallece un familiar.

⁷⁵ En particular, respecto a la atribución de la nacionalidad española, vid., las RRDGRN 31 marzo 1992 (RJ 1992\3474), 12 julio 1993 (RJ 1993\6357), 7 septiembre 2001 (JUR 2001\8437, 26 diciembre 2002 (JUR 2003\57531) o 23 mayo 2007 (BOE, núm. 143, 15 junio 2007). Vid., recogiendo todos estos supuestos y otros, GÓNZALEZ GOZALO, Alfonso, «Artículos 29 al 34», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª Edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 155 y 156, con cita de jurisprudencia; GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Persona, personalidad, capacidad», en GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física, T. I*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 80 y ss.; también, MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «Artículo 29», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.) *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010 p. 129; TRINCADO AZNAR, José María, *Ibidem*, pp. 2667 y 2668.

Además, el concebido se ha equiparado legalmente al ya nacido para proteger su vida y su salud, tal y como ocurre con el artículo 110.4 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que permite declarar en desamparo al concebido no nacido⁷⁶ en situación de riesgo prenatal, lo cual, destaca expresamente GETE-ALONSO⁷⁷ como una manifestación de la norma que permite tener por nacido al *nasciturus* para los efectos que le sean favorables. De la misma forma (es decir, como aplicación de la norma «al concebido se le tiene por nacido»), con anterioridad y también en relación con la legislación catalana, interpretaba ESPIAU ESPIAU el artículo 6 del Reglamento de protección de menores desamparados y adopción⁷⁸, al establecer:

«el deber de comunicar a la Dirección General de Atención a la Infancia (DGA) no sólo la existencia de una situación de desamparo en que pueda encontrarse un menor de edad, sino también aquella en la que se prevea razonablemente pueda encontrarse el *futur nadó*»⁷⁹.

A estas normas podríamos añadir, en la legislación catalana, el artículo 624-4 del Código civil de Cataluña⁸⁰, relativo al «violario», que reconoce como posible acreedor al concebido y, en la legislación estatal, el artículo 17.9 LOPJM en relación con su artículo 18.2,c a los que nos referiremos más tarde.

En la misma línea, pero desde otra perspectiva, el propio Tribunal Constitucional ha considerado al *nasciturus* como miembro de la unidad familiar (es decir, como hijo), antes de haber nacido, en las solicitudes de plazas para los que serían sus hermanos, en

⁷⁶ No obstante, como argumento en contra de la declaración de desamparo de un concebido no nacido, se ha alegado por MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta / EZQUERRA UBERO, Javier / JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana, «La situación de desamparo», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Generalitat de Catalunya, Madrid, 2007, p. 98, que «puesto que el menor no ha nacido, no existe la patria potestad, por lo que ésta no puede ser suspendida», planteando como medida alternativa, en p. 99, «la posibilidad del internamiento involuntario en centro de características adecuadas a la madre y al hijo», lo que supone «plantear un conflicto de derechos (la libertad de la madre, por un lado, y los derechos del concebido, por otro)».

⁷⁷ GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁸ Decreto 2/1997, de 7 de enero, varias veces revisado con posterioridad, y dictado en desarrollo de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, cuya vigencia concluyó el 1 de julio de 2010.

⁷⁹ ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La situación de desamparo y las medidas de protección», en ESPIAU ESPIAU, Santiago / VAQUER ALOY, Antoni (coords.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.74.

⁸⁰ Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro VI del Código civil de Cataluña.

los procesos de admisión de centros educativos⁸¹, declarando constitucional la ley valenciana que así lo determinaba, si bien aquí no se trataba tanto de proteger al concebido, sino a terceros. La misma afirmación subyace en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2017, de 28 de abril, por la que se regula la renta de ciudadanía de La Rioja, que establece que «Las mujeres embarazadas en situación de riesgo social constituyen por sí mismas una unidad familiar o de convivencia en los términos del artículo 5 de la ley».

A todo lo anterior se puede añadir, en el ámbito penal, lo declarado por el Tribunal Supremo, Sala 2ª, con relación al delito de lesiones al feto del artículo 157 del Código penal, en su sentencia de 29 de noviembre de 2001:

«los artículos 29 y 30 del Código civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica»⁸².

Ello supone reconocer, expresamente, en ese artículo 157 del Código penal, una aplicación legal del artículo 29 del Código civil, el cual extendería así su ámbito de aplicación a esta sede y sería el fundamento de las medidas dirigidas a conservar la vida y salud del feto frente a acciones delictivas de cualquier sujeto (incluida la embarazada si no actuó con imprudencia grave, art. 158 CP) en cuanto que ello significa proteger la vida y la salud de la persona que nacerá posteriormente⁸³. De aquí podríamos deducir

⁸¹ STC (Pleno) 271/2015, 17 de diciembre (BOE, núm. 19, 22 enero 2016), Cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 22 de la Ley de las Cortes Valencianas 6/2009, de 30 de junio, de protección de la maternidad.

⁸² RJ 1999\275. Esta STS, en la que éste determina que no se está ante un supuesto de lesiones provocadas «a una vida humana en formación», sino a una persona, declara en su FJ 1º: «El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. / Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución». Esta sentencia es seguida por la STS (2ª), 29 noviembre 2001 (RJ 2002\1787). Vid. sobre ello: MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, «De las lesiones al feto», *vlex, Información jurídica inteligente*, p. 2. Disponible en <https://app.vlex.com/vid/lesiones-feto-6644344025> [Consulta 14 agosto 2023].

⁸³ TRINCADO AZNAR, José María, *op. cit.*, pp. 2643 y 2644, entiende que «aunque es cierto que la doctrina mayoritaria tradicional considera que la personalidad jurídica es única, dicha concepción no es ya

que, si en el ámbito penal, el legislador tiene por nacido al feto para proteger su vida y salud, estableciendo un precepto legal expreso que le puede proteger de actos de terceros e, incluso, en ocasiones, de su propia madre, con más razón, sin salirnos del ámbito civil, podremos sostener la aplicación del artículo 29 del Código civil y tener al concebido por nacido para considerarlo menor y poder aplicar preceptos que lo protegerían frente a decisiones de la gestante que podrían perjudicar su integridad física o su vida. En cuanto al ámbito procesal, el artículo 6.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil reconoce capacidad procesal al concebido no nacido, sin tener que esperar al nacimiento con los requisitos de los artículos 29 y 30 del Código civil.

Todas las anteriores resoluciones y disposiciones son, a nuestro entender, aplicaciones concretas, en nuestro país, del principio de que al concebido se le tiene por nacido y acreditan que el mismo podría aplicarse también a nuestro caso a pesar de estar al margen de la perspectiva patrimonial.

Pasando al ámbito internacional, nos encontramos con la Declaración de Derechos del Niño⁸⁴, de 20 de noviembre de 1959 (Asamblea General de las Naciones Unidas), según la cual, «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», lo que se recoge también en la Convención de Derechos del Niño⁸⁵, de 20 de noviembre de 1989 (Asamblea General de las Naciones Unidas), en su preámbulo, el cual ha de tenerse presente cuando en su artículo 6.1 dice que «los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida», de modo que tal derecho lo tendría, en cuanto niño, aunque aún no hubiera nacido. Igualmente, la citada Declaración de Derechos del Niño, en su principio 4, segunda parte, establece que el niño «Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal».

El conjunto de estas consideraciones han llevado a algunos autores a afirmar que, realmente, el *nasciturus*, aunque todavía no tenga personalidad jurídica, por su propio

sostenible porque si bien la persona es una y la personalidad es una, su manifestación en el Derecho (su personalidad jurídica) puede ser múltiple y adoptar diversas formas y requisitos de adquisición según el sector del ordenamiento en el que nos encontremos», viéndose ratificada esta teoría por «la aprobación de la LEC y la doctrina penal sobre el nacimiento, doctrinas ambas que anticipan a un momento previo al indicado en los artículos 29 y 30 CC la adquisición de la personalidad en sus respectivos ámbitos».

⁸⁴https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proviclima/1LEGISLACION/3InstrumentosInternacionales/E/declaracion_derechos_nino.pdf

⁸⁵ <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Instrumento de ratificación por España de 30 de noviembre de 1990, publicado en el BOE, núm. 313, 31 diciembre 1990.

substrato de ser humano tiene dignidad, es sujeto de ciertos derechos (sobre todo, algunos derechos de la personalidad: vida⁸⁶ e integridad física o salud) y merecedor de un ámbito propio de protección, preconizando el avance hacia la configuración de un «estado civil de persona no nacida», en el que se delimite concretamente todo ello⁸⁷. No obstante (y aunque, en nuestra opinión, ello sería lo deseable), este posicionamiento, al menos en el momento actual, resulta muy difícil de sostener desde el punto de vista del Derecho positivo, una vez que el Tribunal Constitucional en su sentencia 44/2003, de 9 de mayo⁸⁸, ha declarado constitucional el sistema de plazos de la LOSSRIVE⁸⁹, y ha negado que el *nasciturus* pueda ser titular de derecho alguno.

⁸⁶ CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes, «El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del “hijo no nacido”», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), núm. 4, pp. 145 y ss., donde cita varios ejemplos al respecto, afirmando que el derecho del *nasciturus* a que su vida sea respetada y protegida, resulta del «hecho innegable de que no todo aborto es legal». Por su parte, MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 131, afirma que «por encima de todos los efectos favorables patrimoniales o personales se encuentra el de garantizar al concebido su derecho a la vida y a la integridad física».

⁸⁷ En este sentido, CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes, *Ibidem*, pp. 159 y ss., en especial, pp.167 y ss. Por su parte, RUBIO LÓPEZ, José Ignacio, «Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (2023), núm. 63, p. 42, habla de «estatuto vital-estatuto jurídico como lo sería la minoría de edad, la mayoría de edad, o la incapacidad, entre otros».

⁸⁸ BOE, núm. 139, 12 junio 2023. Concretamente, esta STC 44/2023: a) ha reconocido el derecho de la mujer a abortar (eufemísticamente llamado «derecho a la interrupción voluntaria del embarazo») como un derecho fundamental de ésta amparado en los arts. 10.1 y 15 CE; b) ha declarado que el derecho a la vida «corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos pero todavía no han nacido»; y c) que el único límite del derecho de la mujer es el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido, deber que se entiende suficientemente cumplido a través de un sistema de plazos como el que regula la ley recurrida. Sobre esta sentencia puede verse, LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Elderecho.com*, Tribuna 29 junio 2023. Disponible en <https://elderecho.com/claves-de-la-stc-44-2023-de-9-de-mayo-sobre-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>. Exponiendo una visión crítica sobre la misma, vid. AIZPIROZ VILLAR, José Eugenio, «La muerte del derecho a la vida. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo (Una sentencia ideológica, injusta y reversible)», *Diario La Ley*, (2023), núm. 10399; igualmente, RUBIO LÓPEZ, J. I., *op. cit.*, pp. 18 y ss.

⁸⁹ Según esta Ley, modificada por la LO 1/2023, la mujer puede abortar libremente hasta la semana 14 de embarazo (art. 14) y, excepcionalmente, por causas médicas en las circunstancias del art. 15, sin que sea necesario contar con su consentimiento expreso en los casos del art. 9.2. b LAP (art. 13, último pfo.). Si es menor, no necesitará el consentimiento de sus padres desde los 16 años (art. 13.bis.1). Sólo si la mujer lo requiere y nunca como requisito para practicar el aborto, se requerirá suministrar información sobre «las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto» (art. 17.2.c) y «los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento» (art. 17.2.c).

A pesar de lo anterior, en esta última sentencia el Tribunal Constitucional sigue manteniendo el pronunciamiento realizado en su sentencia 52/1985, 11 abril⁹⁰, según la cual «la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional», razón por la cual pensamos que, una vez transcurrida la semana 14 y si no concurren causas terapéuticas (arts. 14 y 15 LOSSRIVE modificada por la LO 1/2023), una interpretación del artículo 29 del Código civil acorde con la Constitución sería considerar nacido al *nasciturus* para poder conservar la vida y salud humanas de las que es sustento frente a actuaciones o comportamientos de su madre que las ponga en peligro, considerándolo menor a los efectos del artículo 158.6 del Código civil. Esto parece más claramente justificado todavía cuando, como pasa en el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2023 que comentamos, el momento en que se pretende tener por nacido al concebido supone una gestación ya terminada y es inmediatamente anterior al parto o coincidente con éste, siendo el feto ya totalmente viable.

Para completar la defensa de la aplicabilidad del artículo 29 del Código civil a nuestro supuesto, aunque desde otro punto de vista, hay que recordar que la aplicación de éste no implica necesariamente una actitud pasiva ante la situación de pendencia⁹¹, sino que también permite actuaciones positivas dirigidas a conseguir el fin perseguido, tal y como sucede en algunos de los ejemplos que pusimos más arriba (así, aceptación de donaciones para evitar su revocabilidad o puesta en administración de la herencia para garantizar su integridad) y sucedería de admitir la adopción de las medidas de los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 LAP, en cuyo caso esa medida activa sería el internamiento involuntario de la mujer en un centro hospitalario para impedir un desenlace fatal para el *nasciturus*.

Por otra parte, por lo que se refiere al artículo 158.6 del Código civil, una vez acreditada la posibilidad de extender al concebido sus previsiones a través del artículo 29 del Código civil, a favor de su aplicabilidad a nuestro supuesto hay que alegar la forma abierta⁹² de determinar las medidas a adoptar por la autoridad judicial para evitar un

⁹⁰ Vid. sobre ello, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «La persona física: comienzo...», op cit., pp. 49 y 50, que entiende que la protección ofrecida por esta STC 53/1985, al *nasciturus*, aunque «insuficiente», «debería cerrar el paso a un sistema de plazos como el que ha introducido la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo»; MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, op. cit. 129.

⁹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Ibidem*, p. 47; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Artículo 29», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, Pedro de / ORDUÑA MORENO, Francisco Javier / VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código civil comentado*, vol I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 280.

⁹² MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, op. cit., p. 189.

perjuicio al menor (en nuestro supuesto, al concebido tenido por nacido), dado que sólo exige que éstas sean «oportunas», en el sentido de «adecuadas» para conseguir el fin propuesto, lo que permite incluir entre ellas el internamiento forzoso de la embarazada, precedido de las garantías pertinentes para ésta que permitan las circunstancias. Lo mismo cabe decir del artículo 9.6 LAP, que faculta a la autoridad judicial para «adoptar la resolución correspondiente», adjetivo éste que debemos entender de igual manera.

A ello se une que esas dos normas (arts. 158.6 CC y 9.6 LAP, a través del art. 29 CC) permiten acudir directamente al juez, sin más dilaciones ni pasos intermedios (por ejemplo, previa comunicación a la administración competente) en una situación de urgencia en la que, en cualquier caso, será el juez, el único que, finalmente, podría decretar la medida que considerase necesaria para evitar el peligro para la vida del feto (el internamiento de la mujer contra su voluntad). Por tanto, se trata de normas prácticamente eficientes en relación con el fin a conseguir.

Para finalizar, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que se opte por la equiparación entre el concebido y el nacido para poder adoptar una medida que le dé la protección que merece su vida, es compatible con la ponderación entre los derechos o valores enfrentados y no quiere decir que se excluya el juicio de proporcionalidad entre la medida a adoptar y dichos derechos. En esta línea se pronuncia el artículo 2.4 LOPJM, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, cuando dice que «las decisiones y medidas adoptadas en interés del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados»; en este caso, esos «derechos fundamentales de otras personas» son el derecho a la intimidad y libertad de la mujer, que concurren frente al valor constitucionalmente protegido de la vida e integridad de un *nasciturus* que ha sido tenido por nacido por el juez para poder determinar una prevención protectora de las mismas, tras hacer la ponderación correspondiente.

c. La inaplicabilidad, salvo casos especiales, del artículo 17.9 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor

Respecto a la vía propuesta *ex novo* del Tribunal Constitucional al decir que el juzgado «también hubiera podido tener en cuenta» otros artículos, como el artículo 17.9 LOPJM hemos de destacar que no dice en qué sentido dicho órgano judicial lo podría haber considerado: si como norma a aplicar directamente al supuesto planteado o como norma a unir a los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 LPA en cuanto a su posible aplicación analógica, ya fuera *legis* o *iuris*. Si es que se propone para su aplicación

directa, nosotros no lo estimamos aceptable, tal y como trataremos de demostrar a continuación.

Para ello debemos partir del texto de este artículo 17.9 LOPJM⁹³ que nos permitimos reproducir a continuación para resaltar (en cursiva) lo que resulta más relevante con relación a nuestra argumentación sobre el tema:

«La *administración pública competente* para intervenir en la situación de riesgo *adoptará*, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las *medidas adecuadas* de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de posible riesgo prenatal a *los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido*. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. *Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente*, así como al *ministerio fiscal*. Tras el nacimiento *se mantendrá la intervención* con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección».

Por tanto, a la vista de este precepto⁹⁴ que, como acabamos de ver, define el «riesgo prenatal»⁹⁵, en nuestro caso podríamos entender que estamos ante una situación de este tipo, derivada de una «acción propia de la mujer» (permanecer en su domicilio y negarse a acudir al centro hospitalario), que puede «provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales, al recién nacido»⁹⁶; sin embargo, en esta norma encontramos circunstancias o requisitos que no se han dado en nuestro supuesto y que impiden su aplicación directa.

⁹³ Este apartado 9 fue introducido por el art. 1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

⁹⁴ Este art. 17.9 LOPJM, hay que ponerlo en relación con el art. 11.2.d de la misma ley, que configura la «prevención y detección precoz» de las situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del menor, como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores.

⁹⁵ Aunque cuando el art. 17.9 LOPJM dice qué se entenderá por «riesgo», no califica éste expresamente de «prenatal», creemos que es a éste al que se está refiriendo, el cual será distinto del concepto de «riesgo» general que se podrá declarar, si es el caso, una vez acaecido el nacimiento.

⁹⁶ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 103 y 104, incardina el supuesto de la STC 66/2023, en «la falta de cuidado físico de la mujer gestante», reconociendo también el papel de la «cláusula abierta» para facilitar la aplicación del art. 17.9 LOPJM.

Así, concretamente, los servicios médicos del HUCA no notificaron la situación a la administración pública competente (que es a la que este artículo 17.9 atribuye la facultad de adoptar las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento de las situaciones de posible riesgo prenatal), ni al ministerio fiscal, sino que acudieron directamente al juez. Pero es que, además, y aunque lo anterior creemos que ya basta para negar la posibilidad de aplicación directa del artículo 17.9 LOPJM por el juzgado, de haberlo comunicado a la autoridad pública competente, se nos plantearía aún la duda de si ésta podría haber adoptado alguna medida, ya que su actuación, consistente en intervenir en esa situación concreta de riesgo prenatal, habría de tener por finalidad, tal y como exige el propio artículo 17.9 LOPJM, «evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo⁹⁷ del recién nacido», puesto que dice que la intervención en tal situación de riesgo tendría que realizarse «a tales efectos», finalidad a la que no respondería su actuación, dado que de la negativa a acudir al centro hospitalario a dar a luz, no se deriva que vayan a darse o haya peligro de que se den las condiciones exigidas por los artículos 17.1 y 18.1 LOPJM para poder declarar el riesgo o el desamparo del menor recién nacido, respectivamente. Es cierto que la forma de actuar de la mujer, obcecándose en dar a luz en su casa a pesar de las advertencias médicas, en otras situaciones diferentes también hubiera podido llevar a entender que podrían darse, una vez producido el nacimiento, «circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos» que podrían perjudicar el «desarrollo personal, familiar, social o educativo, ... bienestar o ... derechos» del menor (art. 17.1 LOPJM) –lo que justificaría la declaración de la situación de riesgo–, o el «incumplimiento, o ... imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores» por parte de sus progenitores (art. 18.1 LOPJM) –lo que justificaría la declaración del desamparo–, pero resulta evidente *ab initio* que éste no era el caso de la sentencia que comentamos dadas las circunstancias que lo rodeaban.

⁹⁷ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la situación de riesgo se define de forma negativa, por su oposición a la situación de desamparo (situaciones que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor que no requieran asunción de tutela por ministerio de la ley), y su apreciación tiene un doble carácter: preventivo (que no se llegue a declarar el desamparo) y protector (los poderes públicos, ante los indicios de desprotección, podrán tomar medidas que eviten ésta). Así lo expresa MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *op. cit.*, pp. 190 y ss. Por su parte, ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (2016), núm. 9. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/periodical/129726181/v20160009/docu ment/180222700/anchor/a-180222700>, pone el acento en la diferente gravedad de la desprotección y el diferente grado de intervención pública en uno y otro caso.

No obstante, podría estimarse que la aplicabilidad del artículo 17.9 LOPJM en el sentido de posibilitar que la administración pública competente interviniera adoptando medidas ante la situación de riesgo prenatal con vistas, en concreto, a una posible declaración de desamparo, sería más probable que la aplicación de ese mismo artículo con vistas a la declaración de una posible situación de riesgo, ya que el artículo 18.2.c LOPJM, considera «desamparo» los «perjuicios graves» sufridos por el recién nacido a causa del «maltrato prenatal», y esos «perjuicios graves» era muy probable que se produjeran si la mujer daba a luz en su domicilio. No dice la LOPJM qué ha de entenderse por «maltrato prenatal» concepto que, por el contrario, sí encontramos definido, en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁹⁸, cuyo artículo 105.2.c dice que se entiende por tal

«la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer *durante el proceso de gestación*, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación».

Dejando de lado la segunda parte de esta definición, de la expresión con la que finaliza la primera («durante el proceso de gestación») podría derivarse que la conducta de la mujer constitutiva de maltrato, deponiendo el cuidado de su propio cuerpo o ingiriendo drogas o sustancias psicotrópicas, ha de mantenerse durante un tiempo, no bastando un acto aislado de ésta. No lo creemos así en cuanto al hecho que lleva, finalmente, a la concreción del maltrato, pero sí entendemos que los supuestos de maltrato para los que cabe la declaración preventiva de desamparo (o, en nuestro caso, la declaración de desamparo una vez producido el nacimiento), exigen algo más y, a estos efectos nos parecen significativas y esclarecedoras las palabras de García García cuando, partiendo de la legislación catalana, dice que «el maltrato no es un hecho aislado, sino que es un proceso que viene determinado por la interacción de múltiples

⁹⁸ Vid. en esta ley, además del art. 105.2.c, los arts. 110.3 y 110.4. De ellos resulta que, conforme a la legislación catalana, frente a la LOPJM estatal, puede declararse preventivamente el desamparo antes del nacimiento, y ello podrá hacerse si se prevé claramente la situación de desamparo del menor una vez nacido, previsión que viene facilitada por el hecho de haberse declarado expresamente que los perjuicios graves causados por el maltrato prenatal se consideran situación de desamparo. Por otra parte, se determina que el órgano competente en materia de protección de menores, no los profesionales médicos o los centros hospitalarios, han de solicitar a la autoridad judicial la adopción de las medidas oportunas. Vid. sobre estas normas de la ley catalana, GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *op. cit.*, pp. 81 y 85; más reciente y detalladamente, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 104 y ss.; también, TRINCADO AZNAR, J. M., *op. cit.*, pp. 2663 y 2664, con la jurisprudencia allí citada.

factores (personales, familiares, socioeconómicos, culturales)»⁹⁹; estos múltiples factores, unidos al maltrato efectivo en sí, serán los que, en nuestra opinión, decidirán la admisibilidad de una declaración de desamparo, anterior o posterior al nacimiento, por ser los que determinarán que la medida sea necesaria o adecuada para conseguir el fin perseguido de la protección del menor. Indicativo de lo que acabamos de afirmar es que, este mismo autor, tras definir el maltrato prenatal como

«todas aquellas *situaciones* que, a pesar de no tener una implicación penal o policial evidente, constituyen desde el punto del *nasciturus* una vulneración a sus derechos y suponen un riesgo para su adecuado desarrollo físico, psíquico o social»¹⁰⁰,

cuando enumera los «principales factores e indicadores de riesgo de maltrato prenatal»¹⁰¹, no alude a nada parecido al supuesto de hecho sometido a la consideración del Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos.

Por otra parte, volviendo de nuevo a la legislación común y relacionándolo con lo que acabamos de comentar para el Derecho catalán, observamos que la definición de «maltrato prenatal» que realiza éste es prácticamente coincidente con el de «riesgo prenatal» que hace el artículo 17.9 LOPJM pero, además, hemos de tener en cuenta que, conforme al artículo 18.2.c LOPJM, la declaración de desamparo por «perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal», requiere no sólo que se dé esta circunstancia sino también una «valoración» y «ponderación» de la misma, «conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad», de la que resulte que ésta supondrá «una amenaza para la integridad física o mental del menor» a la que pueda

⁹⁹ GARCÍA GARCÍA, Jordi, *Estudio de 222 casos de maltrato prenatal en Cataluña*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018, p. 2. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666866/jgg1de1.pdf;jsessionid=1BDC8AC77622361A75D4206D1648869E?sequence=1> [Consulta 30 enero 2024]

¹⁰⁰ GARCÍA GARCÍA, Jordi, *Ibidem*, p. 60.

¹⁰¹ GARCÍA GARCÍA, Jordi, *Ibidem*, p. 61, enumera los siguientes: «Embarazo sin un control médico adecuado. La madre no se cuida de forma adecuada a su estado (desnutrición o mala alimentación materna, consumo de tabaco durante la gestación de forma habitual). Maternidad prematura con falta de responsabilidad. Embarazo mal vivido y no aceptado, intentos de aborto de la gestación actual. Renuncia del hijo en la gestación. Antecedentes por abuso o negligencia en hijos menores. Gestante sin apoyo afectivo o familia conflictiva. Gestantes que estén cumpliendo medidas penales. Madres con discapacidad psíquica. Gestantes con múltiples parejas y comportamientos promiscuos. Vivienda sin condiciones de habitabilidad, hacinamiento o falta de vivienda. Gestantes con itinerancia con riesgo de exclusión social. Gestante en tratamiento en el CAS. Ingestión no controlada de fármacos. Consumidora habitual de drogas (legales o ilegales). Trastornos mentales graves u otras enfermedades mentales graves sin control. Maltrato familiar o de género o negligencia contra la madre. El recién nacido presenta síndrome de abstinencia, enfermedades o trastornos asociados al consumo materno de tóxicos, o tiene lesiones físicas o neurológicas por un control médico inadecuado». Obsérvese que cuando se refiere al intento de aborto, lo hace también en plural.

hacerse frente con dicha declaración. A la vista de ello, hemos de concluir que las graves consecuencias de la declaración de desamparo (asunción de la tutela del menor por parte de la entidad pública por ministerio de la ley y extracción del mismo de su familia) en supuestos como el de la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2023 carecen totalmente de sentido, ya que está claro que la permanencia del recién nacido con su madre tras el parto no supondrá ningún riesgo para él de verse privado de los cuidados necesarios para su desarrollo físico y personal. La mujer de nuestro caso, tuvo un seguimiento adecuado de su embarazo, primero por los médicos del HUCA y después por la matrona y, en principio (puesto que nada se dice al respecto) no ingería drogas, ni alcohol o sustancias psicotrópicas, deseaba tener y cuidar a su hijo una vez nacido, en un ambiente propicio para el desarrollo del menor y con medios económicos suficientes para hacerlo dentro de la «normalidad». Su obcecación de dar a luz en su domicilio constituía un hecho puntual que, si bien podía suponer maltrato al *nasciturus*, no estaba rodeado de otras circunstancias que pudieran justificar la adopción de una medida como la declaración de desamparo, ni tampoco una declaración de situación de riesgo, y esto creemos que podía verse con claridad desde el primer momento, lo que impedía acudir al artículo 17.9 LOPJM.

En cuanto a la notificación al ministerio fiscal por parte de los servicios hospitalarios a la que también se refiere el artículo 17.9 LOPJM (que tampoco se realizó), si se hubiera llevado a cabo ésta sin ir acompañada de la anterior (es decir, sin la comunicación a la autoridad pública competente), habría llevado a aquél a comunicar los hechos a la autoridad judicial que, para decretar el internamiento, terminaría acudiendo al artículo 158.6 del Código civil en relación con el artículo 29 del mismo cuerpo legal, dadas las objeciones que hemos puesto a las otras opciones planteadas que debemos dar por repetidas en este lugar.

En definitiva, creemos que el artículo 17.9 LOPJM no es el que orientó efectivamente la actuación de los servicios hospitalarios, que acudieron al juzgado de guardia para obtener la respuesta más rápida posible, dado que la opción derivada de dicho precepto, vendría a dilatar temporalmente la adopción de una medida que, en todo caso, requeriría una resolución judicial y se presentaba como urgente, y tampoco podía haber acudido a ella el juzgado, tanto por no haberle sido solicitada la autorización para tal medida por la entidad pública competente, ni por tratarse de un artículo aplicable a este tipo de situaciones.

Por consiguiente, pensamos que, si bien dentro del concepto de «riesgo prenatal» que aparece en este artículo, cabría el supuesto de nuestra sentencia, realmente, como resulta de la propia regulación, el mismo no está pensado para casos como el nuestro,

sino para otros en los que el comportamiento de la madre, su tipo de vida, su actitud ante su embarazo, su entorno, o el padecimiento de alguna enfermedad, alcoholismo o drogadicción, hacen temer por el futuro del hijo una vez nacido, concretamente en cuanto a su desarrollo físico y moral¹⁰². Por todo ello, creemos que el juez ubicó correctamente el fundamento de su resolución en los artículos 29 y 158.6 del Código civil, cuya finalidad, frente al artículo 17.9. LOPJM, será únicamente evitar el daño al menor derivado del hecho del parto en el domicilio, sin que esta medida se tome con vistas a la posibilidad de adoptar otras duraderas en el tiempo y que supondrían una intromisión injustificada en la vida familiar del menor y sus progenitores.

Ahora bien, también cabría entender que el Tribunal Constitucional, al referirse al artículo 17.9 LOPJM, no esté defendiendo su aplicación directa a este caso, sino que lo esté tomando como elemento configurador de la labor de integración que, según él, realiza el juzgador, en cuanto precepto en el que específicamente se tiene en cuenta el riesgo para la vida del feto y se recoge el principio de que, si los progenitores toman una decisión o mantienen una actitud perjudicial para ésta, cabrá que la autoridad pública (en sentido amplio, judicial o administrativa) intervenga adoptando las medidas que considere oportuno para protegerla, entre las que podría estar acordar el internamiento forzoso hospitalario de la madre. No obstante, ya manifestamos anteriormente que no creemos que la aplicación analógica del principio que pueda extraerse de un conjunto de normas, pueda constituir fundamento para la injerencia en el derecho a la intimidad de la madre, según se desprende del artículo 8.2 CEDH.

En conclusión, creemos que es correcto apoyarse en los artículos 158.6 del Código civil, en relación con el artículo 29 del Código civil. Y, si admitimos que el feto también puede considerarse paciente por tenerlo por nacido, también lo podría ser apoyarse en el artículo 9.6 LAP en relación con dicho artículo 29 del Código civil. En cuanto al artículo 17.9 LOPJM, estimamos que, en este caso, no se han dado los presupuestos para su aplicación directa.

¹⁰² Por ello, aunque es favorable a la aplicación directa del art. 17.9 LOPJM a nuestro caso, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *op. cit.*, pp. 105 y 106, reconoce que «la declaración de riesgo del *nasciturus*... enlaza ordinariamente tras el nacimiento con otra de desamparo», poniendo como ejemplos: la SAP Burgos (Sec. 2ª) 56/2022, 28 febrero 2022 (JUR 2022\171681), en un caso en el que concurría en los progenitores un patrón crónico de desprotección de los hijos y de ocultamiento de su nacimiento, y la SAP León (Sec. 1ª) 196/2023, 14 marzo 2023 (JUR 2023\212767), en la que la enfermedad mental de la madre, consumidora de cannabis, hacía temer por el futuro del menor.

3.3. Adenda: Breve alusión a las posibles consecuencias penales y relativas a la responsabilidad civil, en los casos de daños al hijo derivados de la conducta de la mujer antes del nacimiento

Dado que el internamiento forzoso en el centro hospitalario tiene como fin preservar la salud e integridad del feto y, por tanto, evitarle los daños que podría sufrir si el parto se desarrollara en el domicilio, antes de terminar vamos a detenernos brevemente en las consecuencias penales y civiles de la conducta de la mujer que habrían tenido lugar si, a pesar de las advertencias de los médicos, hubiera dado a luz en su casa y, como consecuencia de ello, se hubieran causado daños al futuro hijo.

3.3.1. Perspectiva penal

Desde este punto de vista, ha de partirse de que los artículos 157 y 158 del Código penal recogen un delito de lesiones al feto como delito de resultado que castiga las conductas contrarias a la integridad física o psíquica de un ser humano durante su gestación, que perjudiquen gravemente su desarrollo o provoquen una tara grave, tanto en el caso de que éstas sean intencionadas como si derivan de imprudencia grave. La consumación de este delito se produce cuando la lesión se manifiesta en la persona viva¹⁰³. Puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona que realice la conducta típica¹⁰⁴, por tanto, también (en su versión dolosa) la mujer gestante, lo cual muestra claramente que la libertad y autonomía de ésta no puede llegar hasta el punto de poner en riesgo la vida del feto en cualquier caso. El sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, es el feto¹⁰⁵.

Los citados preceptos tendrían por objeto, según la postura mayoritaria¹⁰⁶, la integridad y salud del feto, y con su introducción en el Código penal por la reforma de

¹⁰³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, «Título IV. De las lesiones al feto», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 568.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José, «El aborto. Lesiones al feto», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 89.

¹⁰⁶ Respecto al debate entre los que piensan que el bien protegido es la salud e integridad del feto y los que consideran que es la salud e integridad de las personas frente a agresiones que tienen su origen en actuaciones prenatales, vid. RAMÓN RIBAS, Eduardo, *op. cit.*, pp. 1087 y ss., que defiende la postura mayoritaria, al igual que FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *op. cit.*, p. 568; MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *op. cit.*, p. 1.

1995, se habría ampliado la protección penal de la salud humana, constituyendo una concreción de dicho bien genérico, esta vez, frente a actuaciones prenatales¹⁰⁷.

Además, la lesión en este tipo de delito podrá producirse «por cualquier medio o procedimiento» (art. 157 CP), incluida la omisión, con lo que la conducta negativa de la madre a ser ingresada en un hospital en casos de riesgo para la vida o integridad física de su hijo, también podría quedar incluida en este tipo de delitos si concurren sus requisitos y se produce el resultado dañoso.

Concretamente, si los daños sufridos por el feto, manifestados tras el nacimiento o ya antes, son consecuencia de la conducta o actuación de la mujer, ésta podría incurrir en un delito de lesiones al feto del artículo 157 del Código penal, ya hubiera actuado de forma intencionada de ese modo para causar al feto la lesión (lo que sería excepcional, dada la naturaleza de la conducta típica) o hubiera concurrido dolo eventual por su parte¹⁰⁸. Frente a ello, en caso de que la decisión de la mujer se debiera a imprudencia grave (infracción del cuidado más básico y elemental¹⁰⁹), ésta no podría ser penada, tal y como determina el artículo 158, párrafo 3 del Código penal, aunque sí los que participaran en la «autopuesta» en peligro de la embarazada¹¹⁰ (médico o matrona, por ejemplo).

No obstante, hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista penal, «feto» es el óvulo fecundado en el seno materno durante los 14 días siguientes a su fecundación hasta el momento del comienzo del parto (lo que incluiría al embrión preimplantatorio y posanidatorio, además de al feto *strcito sensu*)¹¹¹, mientras que «persona», es como

¹⁰⁷ RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Ibidem*, pp. 1085 y 1087.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *op. cit.*, p. 570; RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Ibidem*, pp. 1085 y 1086. No obstante, entiende ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 59, que, en muchos casos, a pesar de que pueda apreciarse dolo eventual, «el propio estado de la madre podría constituir una eximente penal».

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *Ibidem*, p. 568.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *Ibidem*, pp. 570 y 571.

¹¹¹ Esta es la postura mayoritaria. No obstante, partiendo de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, que distingue entre preembrión, embrión y feto, y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que ya no distingue pero parece aceptar tal clasificación, existen distintas posiciones respecto a lo que ha de entenderse por «feto» en el delito de lesiones al mismo, y así, se ha defendido tanto un concepto restrictivo de éste que lo referiría a los últimos 6 meses de la gestación, o un concepto amplio que añadiría a la anterior etapa, la del embrión posanidatorio (dos meses y medio anteriores) o, incluso, la del embrión preimplantatorio (14 días desde la fecundación). Vid. sobre ello, RAMÓN RIBAS, Eduardo, *op. cit.*, pp. 1095 a 1099. En contra de la postura mayoritaria, entendiendo que el

ya apuntamos anteriormente, «el ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado con las contracciones de dilatación del útero materno tendentes a la expulsión»¹¹², siendo este concepto muy distinto del que deriva, para el Derecho civil, de los artículos 29 y 30 del Código civil, y en el que se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 726/1998, de 22 de enero¹¹³.

De este modo, aplicando lo anterior a nuestro caso, resultaría que, desde el punto de vista penal: 1. Si el parto todavía no hubiera comenzado y la mujer se negara a ser internada en un hospital obstinándose en dar a luz en su domicilio a pesar de haber sido informada de los riesgos que ello supondría para su hijo, podría incurrir en delito de lesiones al feto si éstas se hubiesen producido antes de iniciarse el parto y hubiera actuado con dolo eventual (o con la intención de dañar al feto, aunque esto se dará muy raramente), no si tomó su decisión con imprudencia grave (art. 158, pfo. 3 CP)¹¹⁴; 2. Si el parto ya hubiera comenzado con las contracciones y la mujer se negara al ingreso hospitalario a pesar de conocer el peligro que ello conllevaría, lo que estará tratando de hacer valer no será simplemente su derecho a determinar el lugar del parto en perjuicio de la integridad y salud de un «feto», sino en perjuicio de la salud e integridad de una «persona», con lo que si esta negativa da lugar a lesiones durante el parto, se podría llegar a estar ante un delito contra la vida humana independiente (homicidio, lesiones), si se cumplieran los requisitos de la imputación objetiva, pero no ante un delito de lesiones al feto en el que el resultado dañoso se manifiesta después del nacimiento¹¹⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que todo lo anterior es independiente de que la lesión al feto pudiera producirse como vía para la comisión de un delito de aborto o, incluso, un homicidio¹¹⁶, de modo que la opción del parto en casa y, en su caso, la

delito de lesiones al feto sólo cabrá a partir del tercer mes de gestación, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *op. cit.*, p. 89.

¹¹² En palabras de FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *op. cit.*, p. 568 y 569.

¹¹³ RJ 1999\275. Esta sentencia es seguida por la STS (2ª) 29 noviembre 2001 (RJ 2002\1787).

¹¹⁴ En paralelo a lo que ocurre con la imprudencia grave de la mujer en la regulación del aborto (art. 146, p. 3 CP).

¹¹⁵ RAMÓN RIBAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 1101, observa, en este sentido, que «los supuestos de lesiones al feto causadas por imprudencia... se producen, prácticamente siempre, durante el parto», razón por la que «deberían tratarse bien como lesiones a las personas y acudirse... al art. 152.1 del Código Penal o, en su caso, al 152.2., bien como homicidio, y no como aborto, si como consecuencia de la imprudencia falleciere quien ya dejó de ser *nasciturus*»

¹¹⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, *op. cit.*, p. 569. Por su parte, RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Ibidem*, p. 1100, expone: «Cuando la lesión al feto se inserte en la dinámica de un delito de aborto y éste se perfeccione, aquélla se entenderá, por supuesto, castigada mediante la pena del aborto... En el supuesto de que el *nasciturus* alcance la condición de persona y fallezca posteriormente como consecuencia de las lesiones prenatales podrá apreciarse bien un delito de aborto, si cabe considerar que la acción era idónea *ex ante* para causar la muerte del feto, el cual sólo de forma extraordinaria alcanzó la condición de persona, bien un

negativa al ingreso hospitalario, fuera la coartada¹¹⁷ para encubrir alguno de estos delitos en aquellos casos en los que la mujer no tiene «derecho a abortar» conforme a la LOSSRIVE (arts. 14 y 15), en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo, que declara constitucional el sistema de plazos que dicha ley recoge¹¹⁸.

Otra posibilidad de enfocar, desde el punto de vista penal, la actuación de la mujer consistente en negarse al internamiento en el hospital cuando conoce el riesgo para la vida e integridad física que corre su hijo si ella permanece en el domicilio para dar a luz, sería estimar que, de ese modo, incurre en un delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.1 del Código penal, siendo su propio hijo el que no se ve auxiliado por ella. Ha de tenerse en cuenta que este artículo se refiere al «que no socorriere a una *persona* que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros», de modo que, dado que desde el punto de vista penal, la persona comienza desde el momento en que se inicia el parto con las primeras contracciones, este precepto sólo podría aplicarse cuando la negativa de la mujer a acudir a un hospital tuviera lugar o se mantuviera (si viene de antes) a partir de ese momento (comienzo del parto). Frente al delito de lesiones al feto, en este caso no estamos ante un delito de resultado y podría apreciarse a pesar de no haberse generado daños al hijo.

Para terminar con estos breves apuntes, ha de señalarse que, en todos los casos en que la madre pueda ser sancionada penalmente por su actuación, deberá indemnizar los daños causados al hijo, tal y como resulta de los artículos 109 y 116.1 del Código penal.

delito de homicidio cuando el resultado muerte apareciera desde aquella perspectiva *ex ante* aplazado en el tiempo».

¹¹⁷ En este sentido, señala CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *op. cit.*, p. 116: «no hay que descartar que la obcecación por alumbrar en un entorno precario a sabiendas de que el embarazo es de alto riesgo esté guiada, a veces, por propósitos poco confesables. Esta es la otra cara de la moneda: la utilización fraudulenta de esta modalidad de alumbramiento para encubrir un aborto al margen de los supuestos permitidos».

¹¹⁸ BOE, núm. 139, 12 junio 2023. Esta sentencia fundamenta el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, en los arts. 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad) y 15 (integridad física y moral) CE, encontrándose el límite a este derecho en el deber, por parte del Estado, de tutelar la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido. No obstante, en el modelo de plazos establecido por la LOSSRIVE, denominado por el Tribunal Constitucional sistema de «tutela gradual» (FJ 4), la realidad es que, durante las 14 primeras semanas de gestación, el Estado se desentiende de su deber de protección de la vida prenatal, la cual queda a merced de la voluntad de la gestante y, por tanto, totalmente desprotegida.

3.3.2. Responsabilidad civil de la mujer que, de forma directa, causa daños a su hijo antes de nacer

Fuera de los casos en que exista responsabilidad penal en los que, como acabamos de decir, sin duda existe responsabilidad civil, la doctrina, en general¹¹⁹, no ve obstáculo teórico a la responsabilidad civil de los padres frente a sus hijos por daños causados a éstos antes de su nacimiento, siempre que se den los presupuestos del artículo 1902 del Código civil, entendiendo que estamos ante un supuesto de aplicación del artículo 29 de dicho cuerpo legal («el concebido se tiene por nacido») en la esfera patrimonial. Sin embargo, en la práctica, como el causante del daño (en nuestro caso, la madre) es el que va a sufrir, junto con el hijo (art. 154 CC), las consecuencias dañosas de su actuación, se observa que será muy difícil que lleguen a plantearse las acciones correspondientes¹²⁰.

No obstante, el derecho de los hijos a exigir responsabilidad y ser indemnizados debe ser mantenido y, así, con relación a los daños al concebido derivados de la realización por la gestante de «actividades de riesgo» o de «comportamientos o hábitos de la vida misma», en los que ésta causa «directamente la enfermedad o tara del hijo»¹²¹, frente a autores como RODRÍGUEZ GUTIÁN¹²², que entienden que en los casos en los que se produce un conflicto de intereses entre la libertad y autonomía de la madre y la salud del feto, ha de darse preferencia a aquélla, de modo que la madre sólo respondería de los daños causados a su hijo si hubiera actuado con dolo, pues en otro caso, estaríamos dentro del ámbito del «riesgo permitido», nosotros nos inclinamos por la postura de Atienza Navarro, según la cual, la libertad de actuación de la mujer embarazada tiene su límite en la salud de su hijo, debiendo «prevalecer el interés» de éste «a una vida sana»¹²³, de modo que su madre responderá ante él, tanto en los casos de actuación dolosa, como culposa. Por otra parte, esta misma autora, para el caso en que la mujer

¹¹⁹ ATIENZA NAVARRO, M. L., *op. cit.*, p. 54 a 57; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos», en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 167 y 168 y su nota 5.

¹²⁰ Tal y como señalan MARTÍN CASALS, Miquel/ RIBOT IGUALADA, Jordi, «Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64 (2011), núm. 2, p. 546, seguido por GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Ibidem*, p. 178.

¹²¹ En palabras de GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Ibidem*, p. 177. No nos referimos, por tanto, a los supuestos en los que la tara del hijo se haya producido por transmisión genética de los padres.

¹²² RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en YZQUIERDO TOLSADA, Mriano / CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol VI, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 871, 872 y 880.

¹²³ ATIENZA NAVARRO, M. L., *op. cit.*, p. 61.

haya mantenido una conducta omisiva (por ejemplo, la mujer que tras conocer algún problema de salud del feto, se niega a someterse a una operación quirúrgica que lo resolvería), defiende su responsabilidad basándose en el criterio del «incremento del riesgo», es decir, «si se constatare con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que el hijo habría nacido sin la enfermedad si la embarazada hubiera llevado a cabo la conducta omitida (esto es, la intervención quirúrgica)»¹²⁴. Estamos de acuerdo con esta jurista, no sólo por las razones que expone, sino por ser más respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor de la vida del feto como interés constitucionalmente protegido, y estimamos que sus conclusiones respecto a los casos de conducta omisiva de la mujer serían trasladables a un supuesto semejante al tratado por la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2023, pero en el que, por negarse la mujer a dar a luz en el hospital, su hijo hubiera sufrido daños en su salud o integridad física. Incluso, RODRÍGUEZ GUITIÁN¹²⁵, al plantearse el problema de la responsabilidad de la madre en los casos en los que su hijo, que aún está en el seno materno, sufra algún problema de salud que podría evitarse a través de una operación quirúrgica que se practicaría sobre el cuerpo de la mujer, apunta tres criterios a los que debería estarse para entender que el juez podría ordenar la realización de la misma:

«intervención de poca relevancia para la integridad física de la madre, alta probabilidad de éxito en la mejora de la salud del feto y situaciones en las que esté legalmente prohibido el aborto, porque ya el embarazo esté en su estado muy avanzado».

Estos criterios se darían en el caso que estudiamos.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

De nuestro estudio pueden extraerse las conclusiones siguientes:

1ª. El derecho a elegir el lugar donde se dará a luz es un derecho que corresponde exclusivamente a la mujer y se fundamenta en el artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada) y en los artículos 17 y 18 de la Constitución (libertad e intimidad personal).

2ª. En España sólo se incluye en el Sistema Nacional de Salud el parto hospitalario, puesto que se prima la seguridad respecto a preservación de la salud y vida de la madre y el feto, de modo que queda excluido el parto en el domicilio. No obstante, la falta de

¹²⁴ ATIENZA NAVARRO, M. L., *Ibidem*, p. 62.

¹²⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *op. cit.*, 874.

regulación no implica su prohibición, ni que se persiga a quienes atienden partos domiciliarios.

3ª. La mujer tiene derecho a ser informada sobre las ventajas y desventajas de cada opción por parte de los profesionales sanitarios, para poder decidir lo que más le convenga y emitir un consentimiento informado.

4ª. El «plan de parto» cobra gran importancia en cuanto determina, dialogada y anticipadamente, las preferencias de la mujer respecto a la forma de actuar los profesionales sanitarios y otras cuestiones que la atañen.

5ª. La vida y salud de feto es un valor o interés constitucionalmente protegido que, en relación con el derecho de elegir el lugar del parto, puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad, autonomía e intimidad de la mujer. Esto ocurrirá cuando el parto en el domicilio pueda poner en peligro la vida y salud de aquél. Con relación a ello, podemos afirmar lo siguiente:

- La legitimación para hacer valer los derechos a la intimidad y libertad personal, en su manifestación de derecho a decidir el lugar del parto, le corresponde a la mujer (no a la pareja, ni al hijo ya nacido).
- Si la decisión de la mujer de dar a luz en su domicilio pone en grave peligro el valor de la vida del feto, tal conflicto de intereses debe resolverse en favor de la vida del feto, de modo que el derecho de la mujer quedará limitado.
- La limitación del derecho de elegir el lugar del parto se traducirá en la necesidad de dar a luz en un centro hospitalario, si es que en el domicilio no puede transcurrir con seguridad.
- En principio, si la mujer no está dispuesta a ingresar en el hospital voluntariamente, existiendo riesgo grave para la vida de su hijo, siempre que así se desprendiera de los informes médicos correspondientes, el juez podrá decretar el ingreso forzoso de la mujer, previo informe del Ministerio Fiscal, dictamen del forense, audiencia de la mujer, y respetando el principio de proporcionalidad derivado de la ponderación de los intereses en juego. En los casos en que el riesgo, además de grave, sea inminente, no será necesaria la audiencia previa a la mujer, ni el dictamen del forense.
- En esos supuestos, los artículos 158.6 del Código civil y 9.6 LAP, puesto en relación con el artículo 29 del Código civil que permitiría tener al concebido por nacido y, con ello, por menor y paciente, ofrecen cobertura legal directa, expresa y suficiente al ingreso hospitalario forzoso de la mujer. Esto es así porque este último artículo no tiene restringido su ámbito de aplicación al

puramente patrimonial, tal y como se desprende de diversas sentencias, resoluciones y normativa nacional e internacional. Además, en ningún caso cabría acudir a la aplicación analógica de esos 2 preceptos, por prohibirlo el art. 8 CEDH, en su apartado 2.

- El artículo 17.9 LOPJM, tampoco es aplicable por analogía para fundamentar la medida del ingreso hospitalario forzoso, aunque podría ser de aplicación directa en casos en los que se prevea como posible una situación de riesgo o desamparo del menor posterior a su nacimiento.

6ª. La mujer que se obceca en dar a luz en su domicilio y se niega a ingresar en un centro hospitalario sabiendo que ello pone en riesgo la vida y la integridad física de su hijo, puede incurrir en responsabilidad penal derivada de un delito de omisión de socorro (art. 195 CP) y, si el resultado dañoso realmente se produce, en un delito de lesiones al feto (art. 157 y 158 CP) o, incluso, homicidio, si se dan los requisitos del tipo.

A la vista de todo ello, y como propuestas de *lege ferenda*, instamos al legislador a reconocer expresamente el derecho de la mujer a decidir el lugar del parto, y más concretamente, el derecho a dar a luz en su domicilio, con independencia de que lo mantenga o no excluido del Sistema Nacional de Salud por razones de política sanitaria (art. 8.2 CEDH). A estos efectos, han de regularse las condiciones y requisitos que han de darse para ello, el protocolo de actuación en estos partos por parte de los profesionales, un plan de parto en casa dialogado entre profesional y embarazada, las responsabilidades en que puede incurrir los profesionales que lo atiendan, el papel de los centros hospitalarios ante contingencias que se dieran en la atención de los partos en el domicilio, etc. Todo ello, con el fin de facilitar a las mujeres decidir con la información necesaria y a los profesionales actuar con seguridad cuando prestan sus servicios en el domicilio.

Igualmente, creemos que ha de regularse la posibilidad de internamiento hospitalario obligatorio de la gestante en los supuestos en los que el parto en el domicilio pueda poner en peligro la vida y la salud del *nasciturus*, distinguiendo en relación a los requisitos, según exista o no verdadera urgencia, y ello tanto si estamos en situaciones que pueden llevar a la declaración de una situación de riesgo o desamparo del ya nacido, como si no.

BIBLIOGRAFÍA

AIZPIROZ VILLAR, José Eugenio, «La muerte del derecho a la vida. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 de 9 de mayo (Una sentencia ideológica, injusta y reversible)», *Diario La Ley*, (2023), núm. 10399.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, «La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional», *Diario La Ley*, (2024), núm. 10475.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 51-82.

BEA PÉREZ, Emilia, «Nacer en casa. Una reflexión sobre bioética y derechos humanos», *Cuadernos de Bioética*, vol. 33 (2022), núm. 107, pp. 67-86.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «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*, (2023), núm. 43, pp. 89-120.

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *Los derechos de la mujer a la libre elección de las circunstancias del parto. Un estudio comparado e internacional de la atención sanitaria por maternidad, desde la perspectiva del derecho español*, Atelier, Barcelona, 2017.

CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes, «El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del “hijo no nacido”», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), núm. 4, pp. 139-182

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La situación de desamparo y las medidas de protección», en ESPIAU ESPIAU, Santiago / VAQUER ALOY, Antoni (coords.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 71-86.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia, «Título IV. De las lesiones al feto», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2 /2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 568-571.

FERNÁNDEZ GUILLÉN, Francisca, «Algunos aspectos jurídicos de la atención al parto», 2009. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/AspectosJuridicos.pdf> [Consulta 1 agosto 2023].

GALLEGO RUESTRA, Sergio, «Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002», en PALOMAR OLMEDA, Alberto / CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 803-827.

GARCÍA GARCÍA, Eva Margarita, *La violencia obstétrica como violencia de género. Estudio etnográfico o de la violencia asistencial en el embarazo y el parto en España y de la percepción de usuarias y profesionales*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2018. Disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/684184/garcia_garcia_eva_margarita.pdf

GARCÍA GARCÍA, Jordi, *Estudio de 222 casos de maltrato prenatal en Cataluña*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666866/jgg1de1.pdf;jsessionid=1BDC8AC77622361A75D4206D1648869E?sequence=1> [Consulta 30 enero 2024].

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Persona, personalidad, capacidad», en GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), *Tratado de Derecho de la persona física, T. I*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 61-120.

GÓNZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «Artículos 29 al 34», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 154-161.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, «El aborto. Lesiones al feto», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de Derecho penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 73-91.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos», en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 167-213.

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Los derechos de la mujer en el momento del parto. Cesárea “versus” parto vaginal», en PALOMAR OLMEDA, Alberto/ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 773-823.

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Elderecho.com*, Tribuna, 29 junio 2023. Disponible en <https://elderecho.com/claves-de-la-stc-44-2023-de-9-de-mayo-sobre-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>

LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos, «La tutela civil de los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte I», *Actualidad Civil*, (2024), núm. 2.

MARTÍN CASALS, Miquel/ RIBOT IGUALADA, Jordi, «Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64 (2011), núm. 2, pp. 503-561.

MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, «De las lesiones al feto», *vlex*, *Información jurídica inteligente*. Disponible en <https://app.vlex.com/vid/lesiones-feto-6644344025> [Consulta 14 agosto 2023]

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos,

- «La persona física: comienzo y fin de la personalidad», en PABLO CONTRERAS, Pedro de (coord.), *Derecho de la persona, Curso de Derecho civil (I)*, vol. II, Edisofer, Madrid, 2021, pp. 37-59.
- «Artículo 29», en CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, Pedro de / ORDUÑA MORENO, Francisco Javier / VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dirs.), *Código civil comentado*, vol I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 276-232.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, «¿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*, (2023), núm. 128, pp. 239-268. Disponible en <https://albergueweb1.uva.es/javiermatia/articulos-de-revista/>

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «Artículo 29», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.) *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 127-129.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta / EZQUERRA UBERO, Javier / JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana, «La situación de desamparo», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Generalitat de Catalunya, Madrid, 2007, pp. 93-143.

ORDÁS ALONSO, Marta, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (2016), núm. 9. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/periodical/129726181/v20160009/document/180222700/anchor/a-180222700>

ORTEGA BARREDA, Elena / CAIRÓS VENTURA, Luis Miguel / CLEMENTE CONCEPCIÓN, José Antonio / PÉREZ GONZÁLEZ, Ana María / ROJAS LINARES, Cristina, «Panorámica internacional en relación a las recomendaciones práctica clínica y legislación del parto en casa», *ENE Revista de Enfermería*, vol. 11 (2017), núm. 1. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2017000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, «De las lesiones al feto», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal Español, T. I (Artículos 1 a 233)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1083-1102.

RODRÍGUEZ GARRIDO, Pía / GOBERNA TRICAS, Josefina, «(In)seguridad del parto en el domicilio: una revisión bibliográfica», *Matronas profesión*, (2022), núm. 2, pp. 37-46.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en YZQUIERDO TOLSADA, Mriano / CUENA CASAS, Matilde (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, vol VI, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 765-896.

RUBIO LÓPEZ, José Ignacio, «Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: del derecho a la vida como su primer derecho», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (2023), núm. 63, pp. 1-81.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo / REDONDO SACEDA, Lara, «El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad) (Artículo 8 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier / SANTOLAYA, Pablo / PÉREZ-MONEO, Miguel (dirs.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 593-692.

TRINCADO AZNAR, José María, «El concebido no nacido», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2023), núm. 799, pp. 2641-2678.

VELILLA ANTOLÍN, Natalia, «Los internamientos psiquiátricos urgentes: un procedimiento que garantiza los derechos fundamentales de las personas con discapacidad», 2022. Disponible en <https://www.hayderecho.com/2022/05/10/los-internamientos-psiquiatricos-urgentes-un-procedimiento-que-garantiza-los-derechos-fundamentales-de-las-personas-con-discapacidad/> [Consulta 24 agosto 2023].

OTROS DOCUMENTOS CITADOS

COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE BARCELONA, *Guía Parto en Casa*, 2010 (versión actualizada por la Associació de Levadores de Part a Casa de Catalunya en 2018). Disponible en https://www.llevadores.cat/docs/pulicacions/Guia_PartCasa_2018.pdf

COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUNYA, *Humanizar y dignificar la atención durante el embarazo y el parto*, Generalitat de Catalunya, Sistema de Salut de Catalunya, enero, 2021. Disponible en https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Sistema_de_salut_/CBC/recursos/documentos_tematica/humanitzar-dignificar-embaras-naixement-es.pdf

CONSEJERÍA DE SANIDAD DE CASTILLA Y LEÓN, *Plan de parto y nacimiento*. Disponible en <https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/procesos-asistenciales/procesos-asistenciales-gerencia-regional-salud/atencion-parto-normal-puerperio.ficheros/1381384-plan%20de%20parto%20y%20nacimiento.pdf> [Consulta 1 septiembre 2023].

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Plan de parto y nacimiento*. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/planPartoNacimiento.pdf> [Consulta 31 agosto 2023].

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Guía de práctica clínica de atención en el embarazo y puerperio*, 2014. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/GPC_de_embarazo_y_puerperio.pdf [Consulta 30 agosto 2023].

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud*, 2008. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/en/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8marzo2015.pdf [Consulta 12 enero 2024].

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, *Salud y derechos humanos sexuales y reproductivos*. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/node/3447/sexual-and-reproductive-health-and-rights> [Consulta 6 agosto 2023].

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *Código de deontología médica*, Consejo general de Colegios Oficiales de Médicos, 2023. Disponible en https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/6/index.html [Consulta 2 agosto 2023].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guía práctica. Cuidados en el parto normal*, Ginebra, 1996. Disponible en <https://www.ascalema.es/wp-content/uploads/2014/10/OMS.-Cuidados-parto-normal.-Una-gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica.-1996.pdf> [Consulta 1 septiembre 2023].

PARLAMENTO EUROPEO, *Carta de Derechos de la Parturienta* (doc. A 2-38/88), 8 de julio de 1988, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 235/183, 12 septiembre 1988. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1988:235:FULL> [Consulta 9 abril 2024].

Fecha de recepción: 14 abril 2024

Fecha de aceptación: 12 septiembre 2024