

¡Porque lo digo yo! L'aborto come (discusso) diritto fondamentale secondo il Tribunal Constitucional spagnolo

di Daniele Camoni

Abstract: *Because I said so! Abortion as a (controversial) fundamental right in the Spanish Constitutional Court* – The present essay aims at analysing the regulation of abortion in Spain, considering both the laws of 1985 and 2010 and the role played by the Constitutional Court (CC). Special attention will be paid to the judgment STC 44/2023, in which the CC not only rejected the doubts of constitutionality of the 2010 law, but also declared that abortion must be considered as a fundamental right enshrined in the Constitution. In doing so, the CC engaged in judicial activism, going beyond its “limited” functions, curtailing the lawmaker’s role and creating *ex novo* a constitutional right.

Keywords: Abortion; Constitution; Fundamental rights; Judicial self-restraint; Spanish Constitutional Court.

1. Premessa. Aborto, (nuovi) diritti fondamentali e separazione dei poteri in Spagna

Nel panorama del diritto pubblico comparato, gli ultimi tempi sono stati particolarmente ricchi di interventi delle Corti Costituzionali e Supreme in materia di “regolazione” della interruzione volontaria della gravidanza, sia attraverso la dichiarazione di illegittimità di alcune restrizioni in materia, sia in una prospettiva “espansiva” di riconoscimento di un diritto fondamentale prima inesistente in quanto tale¹. In questo scenario generale di trasformazioni (anche) costituzionali, la sentenza sull’aborto del *Tribunal*

1209

¹ Tra le pronunce recenti più rilevanti, si vedano: *amparo en revisión* 267/2023 della Corte Suprema del Messico (depenalizzazione dell’aborto a livello federale); *Sentencia* C-055/22 della Corte costituzionale colombiana (liceità dell’aborto senza condizioni entro la ventiquattresima settimana), confermata da A-2396/23 e A-2397/23 (11 ottobre 2023); sentenza *PAK and Salim Mohammed v. Attorney General et al.* (2022) della *High Court* del Kenya (riconoscimento dell’aborto come diritto fondamentale); *Sentencia* 34-29-IN/21 della Corte costituzionale dell’Ecuador (illegittimità costituzionale del reato di aborto, nella parte in cui non è prevista la non punibilità qualora la gravidanza derivi da violenza sessuale); sentenza 4/2563 (19 febbraio 2020) della Corte costituzionale thailandese e sentenza dell’11 aprile 2019 della Corte costituzionale della Corea del Sud (illegittimità del divieto di aborto su richiesta). In prospettiva comparata, cfr. G. Rousset (ed.), *L’interruption de grossesse en droit comparé. Entre cultures et universalisme*, Bruxelles, 2022 e R.J. Cook, J.N. Erdman, B.M. Dickens (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective*, Philadelphia, 2014.

Constitucional spagnolo (TC)² rappresenta un tassello ulteriore, diverso sotto alcuni aspetti rispetto alla breve comparazione evocata ma comunque non esente da una riflessione che ne evidenzia i profili problematici.

Nel primo senso, la pronuncia in commento si inserisce nel solco di una legislazione già permissiva in materia di interruzione di gravidanza (dal 1985 e poi, in termini più ampi, dal 2010), elevando la garanzia di tale prestazione a un livello superiore, vale a dire quello di un diritto soggettivo fondamentale riconosciuto e protetto dalla Costituzione; ciononostante, allo stesso tempo l'esito della decisione è stato raggiunto a costo di diverse forzature, soprattutto sul piano interpretativo e del ruolo del Giudice delle Leggi, sempre più "attivo" nell'(auto)assunzione di una vera e propria funzione legislativa diventata – a partire dall'ultimo rinnovo del TC (gennaio 2023) – il *leitmotiv* di importanti decisioni³.

Come in altri ordinamenti e rispetto a questioni eticamente controverse chiamate ad essere affrontate in sede giudiziaria⁴, la sensazione è di trovarsi sempre più spesso – in Spagna, ma anche altrove – di fronte a Corti costituzionali "legislatrici"⁵, portatrici di un approccio interpretativo espansivo⁶ definibile in termini di "attivismo giudiziario"⁷ e affette da «una

² STC 44/2023, de 9 de mayo (pubblicata in B.O.E. núm. 139, de 12 de junio de 2023, Sección del Tribunal Constitucional, 83708 ss.). L'importanza della decisione è testimoniata anche dalla sua traduzione in lingua inglese sul sito del TC.

³ Il riferimento è soprattutto alla STC 19/2023, che ha riconosciuto un diritto fondamentale all'autodeterminazione in materia di eutanasia (regolata dalla *Ley Orgánica* 3/2021), a partire dal diritto alla vita (art. 15 CE): cfr. F. Rey Martínez, *El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental?: Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023*, in *An. Iberoam. Just. Const.*, 27(2), 2023, 297-336. Sul rapporto tra riconoscimento legislativo dei diritti fondamentali e ruolo dei giudici, con specifica attenzione all'aborto, D. Camoni, *A ciascuno il suo? Giudice costituzionale e Legislatore tra separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali: il caso dell'aborto*, in *DPCE online*, sp. 1, 2025, 791-806.

⁴ Cfr. P. Passaglia, *Questioni etiche e scelte tragiche tra corti e legislatori*, in *DPCE online*, n. sp. 1, 2025, 77-128.

⁵ Per una critica spagnola a tale approccio "sistematico" del TC, A. Arroyo Gil, *Que el «árbol vivo» no mate a la Constitución (A propósito de la controvertida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia y aborto)*, in *Teoría y Realidad Const.*, 56, 2025, 179-215.

⁶ Sulla «tendenza all'estensione dell'attività del giudice costituzionale» quale (criticata) forma di "suprematismo giudiziario", cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251.

⁷ In termini generali, la critica nei confronti dell'attivismo giudiziario (secondo la prospettiva enunciata per primo da A.M. Schlesinger Jr., *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune*, Jan. 1947) trova soprattutto nella dottrina statunitense il suo terreno privilegiato: consapevoli che il tema meriterebbe una trattazione a parte e senza alcuna pretesa di completezza, tra le riflessioni più influenti – in prospettiva nazionale e comparata – si vedano quelle di A.M. Bickel, *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962; J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), 1980 e, in epoca più recente, R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the new Constitutionalism*, London, 2004; in parallelo, per un approccio di minimalismo giudiziario, cfr. C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford, 1996. Infine, nella dottrina italiana, si vedano M. Massa, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2022, (il quale riflette a partire dalla dottrina e giurisprudenza

sorta di presbiopia costituzionale che, nello sforzo di mettere a fuoco l'universalità dei diritti, ha finito per perdere di vista i confini dei poteri»⁸.

A questo punto, è innanzitutto necessario evidenziare il quadro normativo e giurisprudenziale che fa da cornice a queste prime considerazioni, per concludere con alcune riflessioni circa il (corretto) rapporto tra potere legislativo e giudiziario.

2. La prima legge spagnola sull'aborto e l'intervento del TC: la STC 53/1985

Il 30 novembre 1983 le *Cortes Generales* adottavano per la prima volta in Spagna una legislazione (in parte) favorevole nei confronti nell'interruzione volontaria di gravidanza⁹. Sul punto, occorre premettere che tale progetto di legge non si traduceva in una generale "liberalizzazione" dell'aborto entro determinati tempi e modi, bensì operava come previsione di una causa di giustificazione penalistica rispetto ad una fattispecie generale di reato che continuava a vietare l'aborto (art. 417 bis c.p.).

In particolare, attraverso l'innovativa configurazione di un *sistema de supuestos*, era prevista la non punibilità dell'aborto (eseguito da un medico con il consenso della donna), al ricorrere alternativo di una delle seguenti circostanze: (1) necessità di evitare un grave pericolo per la vita o la salute della donna; (2) gravidanza quale conseguenza di un delitto di violenza sessuale, a condizione che l'aborto fosse eseguito entro le prime dodici settimane e che il fatto fosse stato denunciato; (3) probabilità di nascita del feto con gravi difetti fisici o psichici, purché l'aborto fosse eseguito entro le prime ventidue settimane e la prognosi sfavorevole fosse constatata in un parere rilasciato da due medici specialisti diversi da quello che assisteva la donna incinta ai fini dell'aborto.

Il testo normativo in esame era subito impugnato dal partito conservatore *Alianza Popular* mediante *recurso previo de inconstitucionalidad*

1211

statunitense per arrivare a utili spunti di interesse anche in Italia) e M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, in particolare 161 ss. (sulla «cosiddetta creazione giudiziale del diritto» o «creazionismo giudiziario») e 185 ss. (sul ruolo interpretativo della Corte costituzionale e del rapporto con il Legislatore).

⁸ L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (La lettera, 07/2022 - Originalismo e Costituzione). Sui diversi approcci nel riconoscimento di tale diritto all'aborto, cfr. S. Fredman (ed.), *Comparative human rights law*, Oxford, 2018, 187-230.

⁹ In precedenza, con decreto del 9 gennaio 1937 (*Decret de Reforma Eugènica de l'Avortament*) – nel corso della Guerra civile – l'aborto era stato depenalizzato in Catalogna; un analogo tentativo di estendere tale normativa a tutto lo Stato, patrocinato dalla Ministra della Sanità Federica Montseny (1936-1937), non ebbe però successo. A livello europeo, forme diverse di liberalizzazione dell'aborto erano già presenti nel Regno Unito (1967), Repubblica democratica tedesca (1972), Repubblica federale tedesca (1974 – dichiarata incostituzionale – e 1976), Francia e Austria (1975), Italia e Lussemburgo (1978).

(RPI) dinanzi al TC¹⁰, facendo valere principalmente un contrasto con l'art. 15 della Costituzione (CE), per il quale «todos tienen derecho a la vida»¹¹. Con la discussa STC 53/1985, il Giudice delle Leggi ha interpretato per la prima volta il descritto principio costituzionale¹², sia con riferimento all'esistenza di un diritto alla vita in termini generali, sia in relazione alla sua applicabilità soggettiva e, in particolare, al riconoscimento di una protezione di massimo grado a favore del *nasciturus*¹³.

Il TC affermava che il diritto alla vita è proiezione di un valore superiore dell'ordinamento costituzionale (la vita umana) e costituisce un diritto fondamentale essenziale e centrale, in quanto presupposto ontologico senza il quale nessun altro diritto potrebbe esistere. Più nel dettaglio, la vita umana è intesa come un procedimento in divenire, che inizia a partire dal momento della gestazione: ne deriva che se la Costituzione protegge la persona – intesa come vita umana già formata e autonoma – essa non può non proteggerla in quella fase anteriore che è condizione preliminare e momento di sviluppo della vita stessa.

In questi termini, la tutela del *nasciturus* rappresenta un «bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional»¹⁴, senza che però da tale assunto si possa ricavare una più intensa titolarità di un diritto soggettivo alla vita da parte dello stesso¹⁵. Tale approccio – «sujeto de derecho v. bien constitucional»¹⁶ – trova conferma, secondo il TC,

¹⁰ Ai sensi dell'art. 79.1.b) della *Ley Orgánica* 2/1979 del *Tribunal constitucional* (LOTIC), le leggi organiche potevano essere impugnate prima della loro entrata in vigore.

¹¹ Cfr. M. Pérez Manzano, C. Tomás-Valiente Lanuza, *Artículo 15*, in M.E. Casas Bahamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (eds.), *Comentarios a la Constitución española*, vol. I, Madrid, 2018, 375-411.

¹² La sentenza fu adottata con il *voto de calidad* decisivo del Presidente García-Pelayo, come dimostrato dalla presenza di sei giudici dissenzienti (raccolti in cinque *votos particulares*) su dodici componenti: sulla pronuncia, T.S. Vives Antón, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, in *Rev. esp. der. const.*, 15, 1985, 121-157. Per una riflessione teorica sull'uso del voto presidenziale "di spareggio", F. Santaolalla López, *El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 85, 2009, 201-211.

¹³ Invero, già la STC 75/1984 si era timidamente pronunciata su alcuni profili relativi alla protezione giuridica del *nasciturus*, escludendo la punibilità dell'aborto realizzato all'estero. Sulle diverse interpretazioni dell'art. 15 CE in seno al TC, cfr. G. Cámara Villar, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, 1993, 131-145.

¹⁴ STC 53/1985, FJ7.

¹⁵ Per una critica al tentativo di «desvincular protección jurídica y personalidad», A. Ollero Tassara, *Todos tienen derecho a la vida: ¿Hacia un concepto constitucional de persona?*, in J. Ballesteros Llompарт, E. Fernández Ruiz-Gálvez, A.L. Martínez-Pujalte (eds.), *Justicia, solidaridad, paz: estudios en homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, vol. 1, Valencia, 1995, 345, secondo cui «querer rendir al no nacido honores de sujeto, sin reconocerle a la vez la condición jurídico-constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto. Los valores no sirven como coartada para despersonalizar los derechos».

¹⁶ A.J. Gómez Montoro, *El derecho a la vida: viejos y nuevos debates*, in M. Aragón Reyes, D. Valadés, J. Tudela Aranda (eds.), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza, 2023, 669.

anche nella volontà del Legislatore costituente, il quale decise di sostituire la formula originaria «todas las personas» (adottata in Commissione Affari costituzionali) con un più ambiguo «todos» nell'attribuzione di un diritto alla vita, al fine di ricomprendervi (o, in ogni caso, di non escludervi) anche il *nasciturus*¹⁷. In parallelo, l'assenza di un'interpretazione definitiva (letterale e di *voluntas legislatoris*) circa la titolarità di tale diritto impedisce quindi di ricondurlo in modo “tradizionale” al *nasciturus* quale centro di imputazione di un diritto soggettivo pieno¹⁸ ma, allo stesso tempo, garantisce ad esso un minimo di protezione costituzionale.

Nel merito, a fronte di un bilanciamento tra il diritto alla vita del *nasciturus* e quello della madre, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che il progetto di legge non si poneva in contrasto con la Costituzione in relazione alla triplice casistica di ammissibilità dell'aborto; ciononostante, allo stesso tempo era contrario alla Costituzione nella parte in cui non era prevista – rispetto all'aborto terapeutico (volto a prevenire il verificarsi di un danno alla vita o salute della madre) – la necessità di un previo parere medico e, in termini generali, non era specificata la sua praticabilità in centri sanitari autorizzati.

Entrambe le indicazioni così formulate sono state recepite dal Legislatore nella *Ley Orgánica* 9/1985, in forza della quale l'interruzione volontaria della gravidanza è stata resa possibile – alle condizioni sopra descritte – anche in Spagna. Per onor di completezza, occorre tuttavia ricordare anche alcuni passaggi delle opinioni dissenzienti, collegati alle criticità strutturali riconducibili allo strumento processuale del RPI.

In quest'ultimo senso, la previsione di un controllo di costituzionalità “astratto” – in quanto precedente all'entrata in vigore della legge – aveva suscitato le critiche della dottrina, la quale aveva visto fin da subito in tale competenza il rischio dell'indebita attribuzione al TC di una funzione co-legislativa¹⁹, quando non di vero proprio potere di veto sospensivo del procedimento legislativo, destinato ad essere condizionato – una volta riaperto – dalle indicazioni additive del Giudice delle Leggi²⁰.

¹⁷ In parole del deputato conservatore di *Alianza Popular* Mendizábal Uriarte in sede costituente, «al decir ‘todos’ podría incluirse al feto, mientras que al hablar de ‘persona’, habría que discutir cuando el feto lo es, o no lo es» (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 105, 6 de julio de 1978, 2029). In ottica comparata, sul riconoscimento di una personalità giuridica in capo all'embrione (e, quindi, anche del feto) e la necessità di un loro trattamento quali esseri viventi, cfr. Alabama Supreme Court, *LePage v. Center for Reproductive Medicine*, No. SC-2022-0515 (Ala. Feb. 16, 2024).

¹⁸ In parole del *Consejo de Estado* nel *Dictamen* 1384/2009 (17 settembre 2009) al progetto di legge poi sfociato nella *Ley Orgánica* 2/2010, dalla STC 53/1985 «no puede reconocerse [...] un derecho personalísimo -como el que existe sobre el propio cuerpo- a eliminar tal bien [el feto], dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general».

¹⁹ Cfr. J. Pérez Royo, *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, in *Rev. esp. der. const.*, 17, 1986, 137-170 e M. Alba Navarro, *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*, in *Rev. der. pol.*, 16, 1982-1983, 181.

²⁰ Cfr. A.S. de Vega García, *Acerca del recurso previo de inconstitucionalidad*, in *Rev. Cortes Generales*, 23, 1991, 69-70.

L'approccio dottrinale così descritto ritorna nelle critiche della minoranza alla STC 53/1985, secondo cui la maggioranza «traspasa los límites jurídico-funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional»²¹, agisce «como legislador positivo en contra de la naturaleza de su función»²² e rompe il principio di separazione dei poteri, operando «como si [...] fuera una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales»²³.

A partire da questa pronuncia, lo stesso Legislatore avrebbe preso atto delle problematiche sistematiche suscitate dalla sua configurazione e applicazione: con *Ley Orgánica* 4/1985 (promulgata meno di due mesi dopo la deliberazione della sentenza sull'aborto), rilevandosi nella *exposición de motivos* che le Camere «pueden ver interferida su acción legislativa en cualquier fase del procedimiento de creación normativa, lo que no permite la plena conformación de la voluntad del órgano parlamentario», il RPI è stato abrogato²⁴.

3. La *Ley Orgánica* 2/2010 e la “sentenza Godot” STC 44/2023: «vuelva usted mañana»²⁵

1214

Il modello introdotto dalla legge del 1985 è rimasto vigente per venticinque anni: con *Ley Orgánica* 2/2010 le *Cortes Generales* hanno infatti riformato in modo significativo l'accesso all'aborto, abbandonando l'approccio casistico del *sistema de supuestos* (o *indicaciones*) in favore di quello temporale di un più ampio *sistema de plazos*²⁶. Nel dettaglio, la presunzione di illiceità penale dell'interruzione di gravidanza – non ammessa salvo che nei tre casi indicati – cedeva il passo ad un modello opposto, nel quale l'aborto era sempre permesso (a richiesta della donna) entro le prime quattordici settimane, pur a fronte di una informazione scritta sui diritti, prestazioni e aiuti in favore della maternità nonché una volta trascorso un “periodo di riflessione” di almeno tre giorni a partire da tale comunicazione. In via eccezionale, entro la ventiduesima settimana era altresì ammesso l'aborto: (1) in presenza di un grave rischio per la vita o la salute della donna e (2) a fronte di gravi anomalie fetali, nonché – senza alcuna finestra temporale – (3) nel caso di anomalie fetali incompatibili con la vita o di malattie gravi e incurabili al momento della diagnosi, in ogni caso con il parere medico di uno specialista.

²¹ *Voto particular* del giudice Arozamena Sierra, §1.

²² *Voto particular* dei giudici Latorre Segura e Díez de Velasco Vallejo, §3.

²³ *Voto particular* del giudice Rubio Llorente.

²⁴ Salvo essere parzialmente reintrodotta – in relazione alla sola adozione e riforma degli Statuti delle *Comunidades Autónomas* – con *Ley Orgánica* 12/2015, de 22 de septiembre.

²⁵ Il riferimento letterario è al titolo dell'omonimo articolo satirico di M.J. de Larra, pubblicato in *El Pobrecito Habrador*, 11, enero de 1833.

²⁶ C. Vidal Prado, *La nueva ley del aborto en España en el contexto europeo*, in A. D'Aloia (cur.), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, 171-196.

La legge in questione era impugnata mediante *recurso de inconstitucionalidad* dal principale partito di opposizione parlamentare (*Partido Popular*), il quale ne richiedeva in via preliminare anche la sospensione cautelare, in quanto la sua applicazione avrebbe provocato *medio tempore* un danno irreparabile alla tutela della vita del *nasciturus* (art. 15 CE). Il TC respingeva la richiesta di sospensiva sul piano procedimentale²⁷, evidenziando come il combinato disposto di Costituzione e LOTC prevedano tale possibilità, nell'ambito dei giudizi di costituzionalità, solo nel caso in cui sia il Governo nazionale ad impugnare leggi o atti aventi forza di legge delle *Comunidades Autónomas* ai sensi dell'art. 161.2 CE.

Risolto non senza conflitti questo primo passaggio, il TC dichiarava (in chiusura all'ordinanza) l'esigenza di attribuire «carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso»: nessuno poteva allora immaginare che sarebbero trascorsi ben tredici anni prima che il Giudice delle Leggi decidesse finalmente di voler sciogliere il nodo della compatibilità costituzionale della nuova regolazione dell'aborto²⁸. Parafrasando la nota opera teatrale di Samuel Beckett, con la STC 44/2023 Godot è arrivato: ma a quale prezzo per la Costituzione e la separazione dei poteri?

1215

3.1 Il prima: un collegio “viziato” nella sua composizione e uno *ius superveniens* volutamente non dichiarato?

L'analisi del contenuto della sentenza da ultimo citata deve essere inquadrata in un duplice contesto: quello istituzionale/formale del collegio del TC che ha deciso il caso e quello normativo/sostanziale della (nuova) legge *medio tempore* adottata. Nel primo caso, il 30 gennaio 2023 il giudice Espejel Jorquera formulava richiesta di astensione, dichiarando di aver già avuto conoscenza della materia oggetto del ricorso mentre ricopriva un incarico pubblico e aver espresso un'opinione in proposito che, in quanto tali, compromettevano la sua imparzialità di giudizio²⁹. In particolare, segnalava

²⁷ ATC 90/2010. L'ordinanza conteneva quattro opinioni dissenzienti, concordi nel ritenere che l'eccezionalità della questione sollevata – la possibilità di far venir meno una (ritenuta) vita umana in attesa della risoluzione del ricorso – e un'interpretazione sistematica delle norme sul processo costituzionale avrebbero comunque consentito la sospensione della legge. A commento, cfr. M. Revenga Sánchez, *La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010*, in *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 8, 2010, 141-148.

²⁸ Come ricorda M. León Alonso, *La dimensión constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, in F. Balaguer Callejón, Y. Gómez Sánchez (eds.), *Estudios sobre jurisdicción constitucional, derechos fundamentales e igualdad*. Liber amicorum María Luisa Balaguer Callejón, Madrid, 2025, 453, «el Tribunal pospuso su decisión a la espera de que el legislador resolviera el asunto mediante la aprobación de una nueva normativa que derogase la legislación objeto de impugnación. Esto nunca se produjo»: il riferimento è all'*Anteproyecto de ley orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada* del 2013, sul *infra* nel testo, nota 64.

²⁹ La causa di astensione invocata era quella prevista dall'art. 219.16 della *Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ* («Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente

che, in qualità di componente del *Consejo General del Poder Judicial* (nel periodo 2008-2013) e della corrispondente Commissione di studi e pareri, si era pronunciata in senso contrario al progetto di legge che sarebbe poi confluito negli stessi termini nella *Ley Orgánica 2/2010*, rilevandone plurimi profili di incostituzionalità³⁰.

Con ATC 28/2023, il collegio respingeva – in modo sorprendente³¹ – la richiesta, ritenendo che l’astensione fosse ingiustificata sulla base di quattro motivi: (1) la richiesta era stata presentata in un processo “oggettivo” per il controllo di costituzionalità di una legge, che non può essere inteso come un processo tra parti in cui è possibile riscontrare l’esistenza di interessi personali³²; (2) l’oggetto del ricorso di costituzionalità sul quale il collegio doveva deliberare non coincideva con quello del progetto di legge oggetto del parere del CGPJ, non essendo quest’ultimo ancora diventato legge e non esistendo alcun ricorso di costituzionalità pendente; (3) la richiesta di astensione era collegata all’espressione, in qualità di componente del CGPJ, di un criterio giuridico manifestato dodici anni prima che Espejel diventasse Giudice del TC; (4) pur essendo stato messo ai voti, il progetto di legge in questione non aveva dato luogo all’approvazione di alcun parere ufficiale da parte del CGPJ, non essendo stata raggiunta la maggioranza necessaria.

Il fatto che la richiesta di astensione di Espejel sia stata respinta sembrerebbe sottendere, in realtà, la volontà del TC di non voler fare i conti con una situazione ancor più problematica, vale a dire la possibile riconsiderazione dei giudici Conde-Pumpido (Presidente), Montalbán Huertas e Campo Moreno: per quanto il collegio si sia pronunciato sul punto con ATC 37/2023 – dichiarando la specifica riconsiderazione inammissibile per carenza di legittimazione dei ricorrenti – il problema di fondo persiste. Si tenga presente, infatti, che i giudici menzionati avevano già avuto modo di manifestare la propria posizione in merito al progetto di legge: Conde-Pumpido in quanto *Fiscal General del Estado* che, nel 2009, aveva emesso un parere favorevole alla sua conformità a Costituzione; Montalbán Huertas in qualità di componente dello stesso CGPJ del quale faceva parte Espejel (con

en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo»), applicabile ex art. 80 LOTC. In termini generali, su astensioni e riconsiderazioni, M.C. Calvo Sánchez, *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2009.

³⁰ Il parere del CGPJ sul progetto di legge e l’opinione dissenziente di Espejel sono disponibili al seguente [link](#).

³¹ Cfr. L.E. Delgado del Rincón, *La abstención y recusación de los magistrados constitucionales: algunas consideraciones sobre los últimos cambios en la jurisprudencia constitucional*, in *Rev. gen. der. const.*, 39, 2023, 95 ss. Peraltro, come ricordato nel *voto particular* del giudice Enríquez Sancho a tale ordinanza, §2, il TC ha sempre applicato «un mayor grado restrictivo en el control de las recusaciones frente a las abstenciones, o lo que es lo mismo, en aceptar como regla general la causa de abstención que esgrima la magistrada o magistrado que se sienta concernido y tenerle así por apartada o apartado del asunto, sin entrar el Pleno en una minuciosa verificación de la veracidad de lo alegado, bastando con su verosimilitud o encaje formal en alguna de las causas de la ley».

³² Sul giudizio incidentale come processo senza parti, per tutti R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

parere però positivo) e Campo Moreno come Segretario di Stato del Ministero della Giustizia incaricato dell'elaborazione del testo normativo.

Accogliere l'astensione di Espejel avrebbe forse comportato la necessità di dover procedere in modo analogo anche per le altre tre ricusazioni³³, lasciando quindi il Collegio in assenza di *quorum* per decidere il ricorso principale³⁴. Invero, il TC avrebbe potuto uscire da una potenziale *impasse* applicando la sua giurisprudenza plasmata nell'ATC 107/2021³⁵, secondo cui la continuità dell'esercizio delle funzioni del Giudice delle Leggi impone una flessibilizzazione delle regole sulle astensioni e ricusazioni quando le stesse abbiano una natura abusiva tendente ad impedire che il Collegio possa funzionare in modo regolare. Probabilmente, l'intenzione del TC era quella di evitare eccessive complicazioni entrando nel merito delle singole fattispecie, il che è stato conseguito con un rigetto *de plano* delle ricusazioni e l'elaborazione di una giurisprudenza innovativa sulla richiesta di astensione ma poco convincente nel merito³⁶.

In secondo luogo, il quadro normativo delle disposizioni impugnate in relazione alla *Ley Orgánica* 2/2010 ha subito alcune modifiche ad opera della approvazione "intermedia" della *Ley Orgánica* 1/2023. In particolare, a seguito di quest'ultima sono stati modificati gli artt. 14, 17 (commi 2 e 5) e 19.2 della prima legge, eliminandosi la necessità dell'obbligo di informazione preventivo alla donna e del periodo di riflessione di tre giorni, nonché introducendo una regolazione più stringente del diritto all'obiezione di coscienza per i sanitari (attraverso la predisposizione, da parte delle *Comunidades Autónomas*, di un apposito registro degli obiettori).

Il problema di fondo è un chiaro esempio di *ius superveniens* – abrogativo in relazione ai primi due articoli impugnati e innovativo rispetto all'ultimo – risolto tuttavia dal TC nella STC 44/2023 in un modo a dir poco originale. Da un lato, il TC ha ritenuto che, al momento della celebrazione

³³ Cfr. il *voto particular* del giudice Espejel Jorquera alla STC 44/2023, cit., §1, che allude a «otros tres de sus integrantes [...] en situación análoga a la mía, por haber desempeñado cargo público en ejercicio del cual formaron criterio previo con posible detrimento de la debida imparcialidad».

³⁴ A fronte di un TC composto in quel momento da undici membri – essendo vacante dal 28 luglio 2022 (dimissioni del giudice Montoya Melgar per ragioni di salute) una delle nomine di competenza del *Senado* – il *quorum* per deliberare era di otto giudici (due terzi dei componenti: cfr. art. 14 LOTC e ATC 177/2022, *voto particular* del giudice Xiol Ríos, §13).

³⁵ A conferma, ATC 75/2022, FJ3, che afferma la «posibilidad de denegar la tramitación de una recusación cuando razones procesales o de fondo así lo exijan. Uno de los motivos que justifican esta posibilidad excepcional es que la recusación se dirija contra todos los magistrados del Tribunal, situación que ha sido asimilada a la recusación de tal número de magistrados que supongan una "paralización inaceptable" de sus funciones».

³⁶ In questo senso, il TC ribaltava l'approccio "cautelativo" seguito nell'ATC 48/2021, nel quale aveva accettato l'astensione del giudice Conde-Pumpido, pur avendo quest'ultimo dichiarato che non concorreva, in termini formali «ninguna de las causas de recusación», fermo restando che «dada la notoria controversia constitucional, social y política generada en torno a la causa» (il processo penale contro gli indipendentisti catalani presso il *Tribunal Supremo*, sfociato nella sentenza STS 459/2019), «se impone y justifica, de forma singular, el mayor cuidado y exigencia en mantener la confianza en la imparcialidad de la actuación de este tribunal» (*Antecedentes*, §4).

della camera di consiglio nella quale erano stati rigettati i vizi di costituzionalità (tenutasi in data 8/9 febbraio 2023), la *Ley Orgánica* 1/2023 non era ancora entrata in vigore e, in quanto tale, non rappresentava uno *ius superveniens*. Dall'altro, si afferma – in modo apodittico – che, a fronte dell'impostazione del ricorso e dello «alcance material de los cambios introducidos en los preceptos impugnados por la Ley Orgánica 1/2023»³⁷, persiste un (non meglio precisato) interesse costituzionale al sindacato dei motivi di ricorso sottesi alla domanda.

In entrambe le circostanze, l'approccio del TC non sembra convincente, come osservato dalle opinioni dissenzienti. Nel primo caso, nella menzionata camera di consiglio il Collegio si era infatti limitato a rigettare la proposta di sentenza formulata dal Giudice redattore, rinviando per una nuova deliberazione ad una data successiva all'entrata in vigore della *Ley Orgánica* 1/2023. Nel secondo, la decisione della maggioranza rispondeva alla volontà (politico-ideologica) di rispondere in ogni caso ai dubbi di costituzionalità sollevati a suo tempo, sebbene il Legislatore avesse nel frattempo modificato la legislazione *sub iudice*, in tal modo rendendo materialmente inesistenti le norme impugnate tramite il *recurso de inconstitucionalidad*³⁸.

3.2 Il dopo: il riconoscimento di un nuovo diritto costituzionale all'aborto... *caiga quien caiga*

Entrando nel merito del ricorso, il TC ha rigettato *in toto* – per sette voti a quattro, *on ideological lines*³⁹ – le censure di incostituzionalità, riconoscendo altresì l'esistenza di un diritto fondamentale di rango costituzionale della donna «a la interrupción voluntaria del embarazo»⁴⁰. L'importanza della decisione – ben oltre la semplice dichiarazione di infondatezza della questione sollevata e la “persistenza” dell'aborto come prestazione sanitaria prevista e regolata dalla legge – impone una considerazione più ampia dei diversi passaggi interpretativi applicati⁴¹.

³⁷ STC 44/2023, cit., FJ1.B).b).

³⁸ In questo senso, «la derogación de la norma impugnada extingue el recurso de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto [...]. Y lo mismo cabe decir del supuesto de la modificación normativa, pues el texto legal impugnado no es el resultante de la ley que modifica su redacción precedente, sino justamente el enunciado del precepto legal en el momento en que se produce su impugnación ante el Tribunal Constitucional» (E. Desdentado Daroca, H. Losada González, *El problema de la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial*, in *Rev. esp. der. const.*, 102, 2014, 321). In termini analoghi, per STC 82/2020, FJ 2.b), «la modificación, derogación o pérdida de vigencia de la norma que se recurre produce la extinción del proceso».

³⁹ I giudici hanno infatti votato secondo il tradizionale allineamento tra “progressisti” e “conservatori”.

⁴⁰ STC 44/2023, cit., FJ3. A commento, C. Florit Fernández, *La idea de ser humano y el concepto jurídico de persona. El bien jurídico digno de protección ante la sentencia del TC sobre el aborto*, Cizur Menor (Navarra), 2023.

⁴¹ Per un primo commento, F. Simón Yarza, *El derecho a la vida (ante el aborto y la eutanasia)*, Madrid, 2024, 42 ss.

Con riferimento ai criteri ermeneutici, il TC dichiara subito l'intenzione di voler interpretare la Costituzione in armonia con il concreto contesto storico, secondo una prospettiva evolutiva che impone un adattamento del testo costituzionale ai mutamenti del contesto sociale contingente. In questo senso, è stato affermato – sulla scia della teoria del *living tree*⁴² – che «los consensos acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución hasta su regulación como derecho de las mujeres y correlativa prestación sanitaria»⁴³. A partire da questo approccio, non esistendo formalmente in Costituzione un diritto espresso all'aborto, il TC ritiene di poterlo ricavare, in via derivata, da altre tre disposizioni costituzionali: il riconoscimento della libertà come valore superiore dell'ordinamento (art. 1.1 CE); il principio dignitario e di libero sviluppo della personalità (art. 10.1 CE) e il diritto all'integrità fisica e morale (art. 15 CE).

L'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto presuppone la libertà della donna di adottare una decisione sulla propria vita della massima importanza, gode di una prima tutela costituzionale attraverso il riconoscimento della libertà come valore supremo dell'ordinamento e i principi di dignità e libero sviluppo della personalità, che costituiscono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. In questo modo, dignità e libero sviluppo della persona si saldano insieme nella «capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida»⁴⁴, la quale si traduce in una piena libertà sulle proprie scelte procreative, ivi compresa la decisione di proseguire o meno il percorso della gravidanza.

In seconda battuta, l'aborto è configurato come declinazione costituzionalmente protetta del diritto all'integrità fisica e morale della donna⁴⁵. Rispetto alla dimensione fisica, la gravidanza e il parto incidono in termini oggettivi sulla stessa (anche laddove non generino alcuna complicazione sanitaria), configurandosi come un procedimento biologico che determina mutamenti di vario genere sul corpo della gestante; allo stesso tempo, anche la dimensione morale risulta toccata, poiché la gravidanza interseca in modo decisivo il progetto di vita della donna e le scelte esistenziali che essa potrebbe compiere.

A seguire, il TC analizza il modello complessivo disegnato dalla *Ley Orgánica 2/2010*: a tal proposito, ritenendo che il *sistema de plazos* sopra descritto appresta una «tutela gradual» de la vida del *nasciturus* o, más propiamente, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la

⁴² A partire da Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada*, [1930] AC 124 (c.d. *Persons Case*).

⁴³ STC 44/2023, cit., FJ2.C.c.iv.

⁴⁴ *Ivi*, FJ3.A).

⁴⁵ Valga il riferimento letterale alla formula impiegata: «consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)». (*ivi*, FJ3.B.b).

mujer en aras de proteger la vida prenatal»⁴⁶, dichiara che esso deve essere considerato conforme a Costituzione, in quanto protegge in modo equilibrato la vita prenatale e i diritti della donna.

Infine, con riferimento alla questione dell'obiezione di coscienza dei sanitari, sono stati respinti i vizi di costituzionalità in ordine alla sua limitazione ai soli soggetti «directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo» ed al fatto che essa debba essere esercitata «sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia». Sul punto, il TC ha ritenuto che – in quanto eccezione ad una obbligazione prevista dalla legge e in conseguenza del suo carattere eccezionale – debba essere data al diritto costituzionale all'obiezione di coscienza un'interpretazione restrittiva e che il riferimento al mantenimento di un'adeguata assistenza sanitaria non si configuri come un limite all'esercizio di tale diritto, bensì quale «mandato dirigido a las administraciones públicas sanitarias para que adopten las medidas organizativas necesarias para garantizar la prestación, con la finalidad de compatibilizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios con el derecho de la mujer a acceder a la prestación sanitaria que están obligados a garantizar»⁴⁷.

La sentenza contiene un'opinione concorrente (della giudice Balaguer Callejón) e due opinioni dissenzienti (sottoscritte da quattro giudici). L'approccio "alternativo" di Balaguer Callejón pretende di colmare alcune delle ritenute lacune argomentative della maggioranza attraverso un «razonamiento particularmente reforzado», nonché di fornire motivazioni «parallele» in ordine al riconoscimento dell'aborto come diritto fondamentale. Con riferimento al parametro interpretativo impiegato, Balaguer Callejón considera che il criterio dell'evoluzione sociale non sia stato appieno sviluppato dalla maggioranza e, in ogni caso, non sia sufficiente, pur senza trascurare «las mutaciones culturales y políticas que ha vivido nuestro sistema constitucional desde entonces», tra le quali «la evolución y presencia del feminismo en la esfera pública y a las transformaciones que el mismo ha impulsado en la definición de las políticas públicas»⁴⁸: in alternativa, ella proponeva una «interpretación constructiva», per la quale non è molto utile né il ricorso al diritto comparato, né il richiamo al diritto internazionale⁴⁹.

⁴⁶ Ivi, FJ4.c).

⁴⁷ Ivi, FJ8. A commento, P. Zaldibia Luengo, *Objeción de conciencia al aborto: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023*, in *Rev. Vasca Admin. Públ.*, 127, 2023, 267-306.

⁴⁸ L'interpretazione femminista del diritto costituzionale è da sempre centrale nel pensiero giuridico di Balaguer Callejón, come dimostra la sua produzione scientifica: per tutti, M.L. Balaguer, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, 2005. Allo stesso modo, è fondamentale anche nell'approccio del giudice relatore: cfr. I. Montalbán Huertas, *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Madrid, 2004.

⁴⁹ Tale impostazione era stata esplicitata in M.L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 2022, 18, ove si alludeva all'esigenza del Giudice costituzionale di pronunciare sentenze che siano frutto di «teorías constructivistas superadoras de una concepción formal propia de la jurisprudencia conceptual o positivista». In detta prospettiva, «desde una consideración realista del

Nel merito, secondo Balaguer Callejón la materia in esame non suscita alcun conflitto tra diritti costituzionali, poiché embrione e feto sono parte del corpo della donna e non sono garantiti da alcuna copertura costituzionale, al contrario di quanto accade in relazione ai diritti soggettivi (costituzionalmente espliciti) in favore della gestante. Valore e diritto centrale del controllo di costituzionalità è quindi la sola libertà di autodeterminazione della donna rispetto alle proprie scelte procreative, la quale potrebbe addirittura tradursi – laddove il Legislatore così lo volesse – in una depenalizzazione totale dell'aborto⁵⁰.

Ben diverso è il contenuto delle opinioni dissenzienti. Entrambi i *votos particulares* condividono una forte critica all'approccio interpretativo impiegato dal TC in ordine alla configurazione dell'aborto come diritto costituzionale. Alla maggioranza è così imputato un eccesso di funzione giurisdizionale, in quanto essa non si è limitata a verificare se le disposizioni impugnate fossero o meno conformi a Costituzione, bensì ha deciso di assumere una impropria funzione di Legislatore costituente, attribuendosi il potere di introdurre nell'ordinamento un nuovo diritto fondamentale che, tuttavia, compete solo al primo e non al Giudice delle leggi⁵¹.

In parallelo, i dissenzienti criticano l'impostazione relativa al controllo di costituzionalità, il quale era volutamente sviluppato oltre i confini delle disposizioni normative impugnate, per estendersi al «sistema de plazos en su conjunto», anticipando altresì qualsiasi censura potenziale in ordine alla *Ley Orgánica* 1/2023⁵². Con riferimento al merito delle questioni sostanziali, l'opinione dissenziente congiunta di Enríquez Sancho, Arnaldo

derecho, el acto interpretativo que se traduce en la aplicación normativa actualiza en cada momento el derecho. Y desde ese concepto constructivista y creativo de las normas jurídicas en la interpretación, las mutaciones constitucionales se entienden como una inevitable evolución» (*ivi*, 43).

⁵⁰ Cfr. STC 44/2023, cit., 83773. Nella dottrina italiana, un approccio affine è riconducibile a E. Olivito, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, in *Nomos*, 2, 2022, 6-7, la quale invita a superare la «logica solipsistica del diritto individuale», poiché «[c]iò significa, da un lato, ridurre la libertà femminile all'idea milliana di un individuo sovrano di sé, della sua mente e del suo corpo e, dall'altro e in parallelo, intenderla nei termini di una libertà sessuale piena perché come quella degli uomini o ancora di una libertà femminile secondo la visione maschile». Sull'aborto come questione di eguaglianza, cfr. R. Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in 44 *Stanford L. Rev.* 261 (1992). Infine, in prospettiva comparata – sulla «importanza che ha la regolamentazione dell'aborto nella costruzione della cittadinanza femminile» – S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012, 1.

⁵¹ Per L. Gómez Abeja, *La declaración de constitucionalidad del sistema de interrupción voluntaria del embarazo establecido por la Ley Orgánica 2/2010. Comentarios a cuenta de una sentencia largamente esperada*, in *Rev. der. const. eur.*, 41, 2024, «la actuación del Tribunal Constitucional podría haber sido más contenida. Podría haberse limitado, sencillamente, a avalar la constitucionalidad del plazo previsto en el art. 14 LO 2/2010; considerarla una opción legislativa –que cabe en el texto constitucional tras una evidente evolución del derecho a la integridad y otros derechos de la mujer– y no una exigencia constitucional».

⁵² Sugli ulteriori (e diversi) vizi di costituzionalità sollevati in relazione a quest'ultima legge, il TC si è pronunciato con STC 92/2024, de 18 de junio, confermando la STC 44/2023.

Alcubilla e Tolosa Tribiño non mette affatto in discussione la conformità a Costituzione dell'accesso alle pratiche abortive, limitandosi a contestare il fatto che l'informazione orale sia comunicata alla donna solo se questa lo richiede e una interpretazione riduzionista dell'obiezione di coscienza, che dovrebbe includere «quienes realizan actuaciones clínicas auxiliares en la práctica de la interrupción voluntaria del aborto»⁵³.

L'opinione dissenziente di Espejel è invece molto più incisiva con riferimento ad una ritenuta mancanza di tutela sostanziale della vita del *nasciturus*: in particolare, con riferimento alla piena disponibilità di scelta rimessa alla donna entro la quattordicesima settimana, ella riteneva che il nascituro era privo di ogni protezione, essendo in tale fase la distruzione del feto lasciata al libero arbitrio della gestante, come se fosse una parte indesiderata del suo corpo della quale questa può liberarsi a suo piacimento⁵⁴. In questo modo, ella ritiene sia stata superata ogni esigenza di bilanciamento dettata dalla STC 53/1985, in forza della quale «ni la protección del *nasciturus* puede prevalecer en todo caso sobre los derechos de la mujer, ni los derechos de esta pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no solo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional»⁵⁵.

4. Conclusioni. L'aborto (solo) come prestazione o (anche) come diritto fondamentale? *Depende quién lo diga*

Non si intende in questa sede contestare la legittimità etico-morale dell'aborto, né sul piano astratto, né a livello di scelta discrezionale del legislatore spagnolo, il quale è libero di decidere di implementare le proprie scelte politiche entro i confini della Costituzione, che però appare volutamente neutra sul punto, non imponendone – così si evince dal testo e dall'intenzione dei Costituenti – né un divieto né una regolazione positiva sotto forma di diritto fondamentale⁵⁶: il favore o l'avversione nei confronti dell'aborto sul piano “ideologico” è quindi del tutto irrilevante rispetto alla riflessione preliminare sui rapporti istituzionali tra giudice costituzionale e

⁵³ STC 44/2023, cit., 83767.

⁵⁴

Una critica analoga in A. Ollero Tassara, *Un derecho fundamental de hoja caduca. Comentario a la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023*, in *Der. soc. dig.*, 1, 2023, 92-97.

⁵⁵ *Ivi*, FJ9.

⁵⁶ In parole del portavoce del Partito Socialista Zapatero Gómez nel corso dei lavori costituenti, «puede que llegue un determinado momento en que la conciencia mayoritaria del pueblo español entienda que hay que legalizar el aborto y será posible con esta Constitución; y puede ocurrir que piense que no hay que legalizar el aborto -y los votos lo dirán- y entonces no habrá que legalizarlo y no pasa nada, pues la Constitución seguirá exactamente igual, ni se constitucionaliza el derecho al aborto ni no se constitucionaliza» (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 105, 6 de julio de 1978, 2030). In termini comparati, sulla neutralità costituzionale rispetto al tema dell'aborto negli Stati Uniti, cfr. U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215, 338 (2022), Kavanaugh, J., concurring.

potere legislativo e, ancor di più, rispetto alla creazione giudiziaria di un nuovo diritto⁵⁷.

Non sembra quindi esistere contraddizione tra i due profili, poiché diversi sono i piani del ragionamento: parafrasando il dissenso del Giudice Arnaldo Alcubilla nella STC 19/2023 sull'eutanasia, «aunque se admitiera que la queja de los recurrentes debía desestimarse, pues cabe sostener que no existe una prohibición constitucional incondicional de regular [el aborto], estimo que era de todo punto innecesario acometer una construcción dogmática como la que realiza la sentencia de la que discrepo, que incurre en el claro exceso de pretender limitar las legítimas opciones del legislador en esta delicada cuestión»⁵⁸.

Allo stesso modo, con parole del Giudice Scalia nell'opinione dissenziente sul riconoscimento (pretorio) del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti, «it is not of special importance to me what the law says [...]. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me»⁵⁹. Il riferimento, adattato al caso di specie, non è qui alla assenza di regolazione giuridica – il Legislatore ha deciso di regolare l'aborto in un determinato modo e, a fronte di una ritenuta compatibilità “di merito” con il testo costituzionale, bisogna prenderne atto – bensì al fatto che si è deciso di procedere tramite una legge organica (a maggioranza assoluta) e non per mezzo di una riforma della Costituzione⁶⁰.

In questo modo, a fronte del riconoscimento dell'aborto come prestazione sanitaria mediante un atto legislativo, con la STC 44/2023 la maggioranza del TC ha compiuto un passo di enormi conseguenze che, tuttavia, non rientra nelle sue attribuzioni, vale a dire quello di creare un nuovo diritto fondamentale⁶¹. A sua volta, il Legislatore si sottrae alle difficoltà politiche di implementare una riforma della Costituzione – ai sensi dell'art. 168 CE⁶² – riuscendo comunque ad ottenere, per interposta

⁵⁷ Valga qui la riflessione di J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in 82(5) *Yale L.J.* 920, 926-927 (1973), in relazione ai rapporti tra metodo e merito – a partire da *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) – nella definizione di un diritto all'aborto negli Stati Uniti: «Were I a legislator I would vote for a statute very much like the one the Court ends up drafting [...] But God knows I'm not happy with that resolution».

⁵⁸ *Voto particular* alla STC 19/2023, §1. Per un (raro) approccio originalista nella dottrina spagnola alla Costituzione, seppur in una prospettiva giusfilosofica, P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1998.

⁵⁹ U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 713 (2015) (Scalia, J., dissenting).

⁶⁰ Cfr. G. Escobar Roca, *¿Ideología de la constitución o ideología de los jueces constitucionales? (A propósito de la STC 145/2015, sobre objeción de conciencia farmacéutica)*, in *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, IX, 2016, 280: «La ley no crea derechos fundamentales, es la Constitución quien lo hace».

⁶¹ In dottrina si è parlato di un passaggio da *derecho legal* a *derecho fundamental* (B. Rodríguez Ruiz, *Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática*, in *Teoría y Realidad Const.*, 52, 2023, 507).

⁶² Il quale impone una maggioranza dei due terzi in ciascuna Camera, uno scioglimento anticipato (e obbligatorio) delle stesse, una nuova maggioranza dei terzi e un referendum nazionale confermativo. Il procedimento è senza dubbio molto complesso, ma ben si spiega in ragione dell'obiettivo perseguito (l'introduzione di un nuovo diritto

istituzione, il riconoscimento costituzionale di un neo-diritto attraverso una legge organica (provvidenzialmente “agganciata” dal Giudice delle Leggi ad altri diritti o, comunque, alla clausola onnicomprensiva dell’art. 10.1 CE).

Un primo aspetto sul quale si sono concentrate le critiche della dottrina è legato all’interpretazione del principio (o diritto?)⁶³ di libero sviluppo della personalità umana, sulla cui base è stato costruito dal TC, in via derivata, il diritto all’aborto⁶⁴. In questo senso, a fronte di un approccio dottrinale dominante che vede nell’art. 10.1 CE un «elenco de principios, cada uno carente, por su generalidad y abstracción, de supuesto de hecho definible» che, tuttavia, impedisce «presentar a cualquiera de ellos, en ningún sentido significativo, como derecho fundamental»⁶⁵, il TC adotta un’innovativa impostazione “risolutoria” e non solo “enfatica”⁶⁶: di conseguenza, il principio in esame «deja de operar como tal para convertirse, no ya en un ‘principio general de libertad’ [...], sino en un verdadero ‘derecho fundamental general de libertad’, en definitiva, como norma de clausura del sistema de libertades»⁶⁷.

La distinzione non è di poco conto: se, nel primo caso, il libero sviluppo della persona è una sorta di meta-criterio utile a orientare l’interpretazione della “sostanza” dei diritti fondamentali, nella nuova lettura del TC esso diventa un “super-diritto” *bon à tout faire*, difficile da limitare e,

fondamentale). Sul tema, P. García-Escudero Márquez, *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, Madrid, 2007.

⁶³ La giurisprudenza del TC è oscillante sul punto: se nella STC 116/1999, de 17 de junio, FJ4, il TC escludeva *a contrario* che esso fosse un diritto (non ritenendo applicabile la riserva di legge organica dell’art. 81.1 CE per la regolazione dei diritti fondamentali), nella STC 93/2013, de 23 de abril, FJ9, esso fa invece esplicito riferimento all’esistenza di un «derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE». In dottrina, sulla dignità come «derecho autónomo», Y. Gómez Sánchez, *Derecho constitucional europeo: derechos y libertades*, Madrid, 2005, 89 ss.

⁶⁴ Sul rapporto tra libero sviluppo della persona e diritti fondamentali, cfr. M.A. Presno Linera, *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Madrid, 2022.

⁶⁵ J. Jiménez Campo, *Artículo 10*, in M.E. Casas Bahamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución española*, vol. I, cit., 214. A conferma, M.A. Presno Linera, *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, cit., 25 (secondo cui «en la Constitución española ni [la dignidad [ni] el libre desarrollo] son derechos fundamentales en sí mismos»); G. Cámara Villar, *El sistema de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española*, in F. Balaguer Callejón (ed.), *Manual de Derecho Constitucional*, II, 2019, 70 (che allude a «valores y principios que consagra el artículo 10.1») e L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003, 63.

⁶⁶ Anche la dottrina favorevole a tale approccio ha parlato di un “nuovo paradigma”: O. Salazar Benítez, *La autonomía como capacidad de auto-determinación. La consolidación de un nuevo paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Const.*, 54, 2024, 163-187.

⁶⁷ S. Sieira Mucientes, *El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023*, in *Rev. Cortes Gen.*, 116, 2023, 265. J. Salinas Mengual, *Estudio jurisprudencial comparado en materia de aborto: entre Dobbs y la sentencia 44/2023 del TC español*, in *Rev. gen. der. can. ecl.*, 63, 2023, 28, parla di «juego de artificios: dignidad-autodeterminación-integridad física y moral, se relacionan entre sí para hacerse derivar las unas de los otras, sin que del texto de la Constitución puede extraerse esa conclusión».

ancor più, da bilanciare con altri diritti altrettanto rilevanti⁶⁸: il timore – già paventato, per i motivi opposti, in un’opinione dissenziente alla STC 53/1985 – di creare «*peligrosas jerarquizaciones axiológicas*»⁶⁹ sembra qui trovare piena realizzazione. Peraltro, con riferimento alla natura del principio di fondo, nemmeno la giurisprudenza del TC aiuta sul punto: se con STC 16/1999, FJ4, esso aveva escluso che l’art. 10.1 CE potesse essere ricondotto al catalogo dei diritti e libertà del Titolo I della Costituzione, una posizione opposta sembra essere stata adottata nella STC 93/2013, nella quale si alludeva (in ordine al riconoscimento di determinati effetti giuridici alle unioni di fatto in Navarra) al diritto al libero sviluppo della personalità come «*derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE*»⁷⁰.

In secondo luogo, il riferimento iniziale all’evoluzione della coscienza sociale è stato fin da subito temperato (quando non eluso) dallo stesso TC, nel momento in cui il riconoscimento di tale diritto è stato “assolutizzato” attraverso l’ancoraggio ai principi costituzionali di dignità e libero sviluppo della persona, nonché al diritto all’integrità fisica e morale. Il cambio argomentativo – dalla *living Constitution* come dottrina “strutturale” alla *living Constitution* quale argomento *ad adiuvandum* ma non più decisivo – non è casuale, in quanto l’aggancio del neonato diritto costituzionale all’aborto a diritti già “positivizzati” evita che il primo rimanga in balia delle possibili oscillazioni socio-culturali che potrebbero condurre in futuro ad una soluzione giurisprudenziale opposta: nulla esclude che, in teoria, la società (*rectius*, il Legislatore) possa cambiare opinione e sviluppare, se del caso, un approccio più restrittivo nei confronti di questa materia⁷¹.

Non è allora casuale che, come già ricordato, nel *voto particular concurrente* di Balaguer Callejon, tale canone ermeneutico sia considerato non indispensabile al fine della decisione in esame. Al contrario, è stata ritenuta sufficiente un’interpretazione “costruttiva” (più pervasiva rispetto all’oscillante criterio della coscienza sociale) che individua nell’interruzione volontaria della gravidanza una decisione “naturale” della donna – non bilanciabile con altri diritti – «*como individuo libre, consciente y responsable, capaz de asumir las obligaciones derivadas de sus percepciones morales*»⁷².

In questo modo, a fronte di una pronuncia con efficacia “costituente” del Giudice delle Leggi «la questione è, per così dire, “chiusa” per sempre, con la forza cogente della Costituzione stessa (per interposta Corte costituzionale), cioè con la definitività che una normazione

⁶⁸ Cfr. S. Sieira Mucientes, *El libre desarrollo de la personalidad*, cit., 266.

⁶⁹ *Voto particular* del giudice Tomás y Valiente.

⁷⁰ STC 93/2013, FJ9.

⁷¹ Si pensi all’*Anteproyecto de ley orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada* – approvato dal Governo del PP il 20 dicembre 2013 ma mai divenuto legge – il quale proponeva un ritorno al modello del 1985, limitando l’aborto al pericolo per la salute fisica o psichica della donna (entro la ventiduesima settimana) e al caso di violenza sessuale (entro la dodicesima settimana). Alla luce della descritta giurisprudenza, sembra evidente che una legge di questo genere non potrebbe mai essere approvata.

⁷² STC 44/2023, cit., 83776.

costituzionalmente richiesta si porta appresso»⁷³, costituzionalizzandosi in modo improprio una legittima scelta politica del Legislatore che, tuttavia, non potrà più essere superata se non (forse) attraverso una improbabile riforma costituzionale⁷⁴. Viene allora meno l'attento equilibrio tra beni costituzionali in conflitto, nessuno dei quali destinato però a prevalere in modo costante⁷⁵, costruito dalla STC 53/1985, imponendosi un'unica soluzione di fatto definitiva⁷⁶. Sullo sfondo, «il nodo è la giustizia sostanziale o del caso singolo: si deve fare di tutto (anche a costo di forzare o addirittura violentare le fonti da applicare) per dare al caso la soluzione più “giusta”? Oppure si deve restare un passo indietro, perché non spetta al giudice rendere *Giustizia*, ma solo esercitare la *giurisdizione*?»⁷⁷.

Tale approccio “assolutizzante” non sembra essere stato superato neppure con il riferimento contenuto nella successiva STC 78/2023, ove si allude all'aborto come «derecho de configuración legal»⁷⁸, sia perché rimane ferma la giurisprudenza della STC 44/2023, sia in quanto il dettaglio della cornice generale è già stato riempito dal TC attraverso la costituzionalizzazione della *Ley Orgánica 2/2010* e quindi, si è arrivati ad una «plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios»⁷⁹.

⁷³ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 97.

⁷⁴ Sul sindacato di costituzionalità delle leggi di revisione costituzionale, cfr. I. Villaverde Menéndez, *El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales*, in *Teoría y Realidad Const.*, 30, 2012, 483-498. In prospettiva comparata, Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, 2019.

⁷⁵ Come ricordato nella STC 192/1980, FJ7, «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos».

⁷⁶ Per un approccio “mediano” che (alla luce del contesto statunitense) rifugge gli estremi opposti di una giustizia costituzionale ritenuta «eroica» (*Roe v. Wade*) o «rinunciataria» (*Dobbs*), con l'idea di «instaurare un circuito virtuoso di cooperazione tra legislatore e corti, al fine di riservare al primo la definizione di un punto di equilibrio che potrebbe variare a seconda degli equilibri politici, e alle seconde l'individuazione di quelle situazioni di vulnerabilità che, a prescindere dagli equilibri politici, richiedono una tutela costituzionale», cfr. M. Dani, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw J.*, special issue 1, 2023, 83.

⁷⁷ M. Luciani, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, 39, 2020, 40.

⁷⁸ *Ivi*, FJ5. Si tratta di una categoria concettuale “creata” dal TC e che ricomprende diritti che «dotados –como fundamentales– de un contenido constitucional indisponible, se ejercen en unas condiciones (fijadas discrecionalmente –pero con respeto a aquel contenido– por el legislador) cuya satisfacción por parte del titular del derecho sólo puede ser impedida en los mismos términos en los que resulta constitucionalmente correcto denegar el disfrute del contenido mínimo esencial» (J.L. Requejo Pagés, *Derechos de configuración legal*, in M. Aragón Reyes, C. Aguado Renedo (eds.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, 2011, 75-76).

⁷⁹ F. Fernández Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 39, 1993, 212.

Infine, nel momento in cui la STC 44/2023 si spinge fino a dichiarare la non contrarietà a Costituzione del *sistema de plazos* (e non la sola infondatezza del ricorso di costituzionalità riferito alla *Ley Orgánica 2/2010*), essa assume un'inedita natura di sentenza anticipatoria di rigetto *pro futuro* rispetto alla impugnazione della *Ley Orgánica 1/2023*, un «mensaje prospectivo»⁸⁰ che anticipava la soluzione di un caso ancora *sub iudice*.

In ultima conclusione, il TC avrebbe dovuto arrestarsi – in nome delle competenze che gli sono attribuite – subito dopo aver dichiarato la mancata incostituzionalità della legislazione sull'aborto, senza trascinare in terreni che devono rimanere ad esso invalicabili: «if it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary *not* to decide more»⁸¹. In parallelo, il Legislatore, «primo interprete della sensibilità sociale»⁸², avrebbe potuto formulare una proposta di revisione costituzionale sulla scia di quanto accaduto recentemente in Francia, dove mediante *Loi constitutionnelle* n. 2024-200 (8 marzo 2024) l'art. 34 Cost. è stato integrato – quasi all'unanimità del Parlamento riunito in seduta comune⁸³ – con la previsione secondo cui la legge determina «les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse»⁸⁴.

Sul punto, nonostante il “tono costituzionale” impresso dal TC all'interruzione volontaria della gravidanza, il Governo ha ritenuto questo non sufficiente e che fosse necessaria un'ulteriore blindatura formale: per tale ragione, il 14 ottobre 2025 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri un progetto di revisione della Costituzione (art. 167 CE), che mira ad introdurre il diritto all'aborto entro i confini del diritto alla protezione della salute (quale principio-cardine della politica sociale ed economica *ex* art. 43 CE), stabilendo altresì che è compito dei pubblici poteri garantire tale prestazione in condizioni di parità effettiva⁸⁵.

Nel discorso di inaugurazione del TC, il Presidente García-Pelayo ebbe a dire che «decidir sobre los valores y objetivos a los que debe servir el Derecho es una cuestión que –siempre que se mantenga dentro del marco constitucional– pertenece a la esfera de acción de la política y, por tanto, a

⁸⁰ STC 44/2023, cit., 83762 (*voto particular* dei Giudici Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla e Tolosa Tribiño).

⁸¹ U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 348 (Roberts, CJ, concurring in judgment).

⁸² Corte cost., sent. 23 luglio 2024, n. 143, cons. dir. 5.4.

⁸³ 780 favorevoli, 72 contrari e 50 astenuti.

⁸⁴ Cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *L'iscrizione della libertà di abortire nella Costituzione francese: una riforma altamente simbolica, ma non solo*, in *DPCE*, 2, 2024, 471-480.

⁸⁵ Sul punto, si veda anche il parere favorevole del *Consejo de Estado* (Dictamen 1078/2025 del 26 febbraio 2026), il quale contiene tuttavia due opinioni dissenzienti che mettono in guardia circa una ritenuta “truffa delle etichette”: a parere di queste ultime, il progetto di legge, pur ancorando l'aborto al principio di autodeterminazione *ex* art. 15 CE (sulla base della STC 44/2023), propone invece una modifica dell'art. 43 CE, dichiarando in modo esplicito che tale soluzione permette un ricorso al procedimento semplificato di revisione costituzionale e non a quello “aggravato” dell'art. 168 CE.

los órganos eminentemente políticos»⁸⁶. L'introduzione e regolazione dell'aborto in Spagna ha storicamente seguito questo approccio, attraverso il confronto in Parlamento e l'adozione dei corrispondenti atti normativi da parte della maggioranza contingente, prima sotto forma di depenalizzazione selettiva (1985) e poi a titolo di piena legalizzazione entro determinati termini e condizioni (2010).

Lo stesso avrebbe dovuto succedere (in caso di consenso) in relazione al suo riconoscimento come diritto fondamentale⁸⁷, poiché la soluzione contraria implicherebbe – come è accaduto – «caer en una suerte de populismo constitucional, con el riesgo de convertir meros deseos (por mucho apoyo social que pudieran tener, algo en todo caso difícil de demostrar) en derechos fundamentales»⁸⁸. D'accordo con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino allegata alla Costituzione rivoluzionaria francese dell'anno I (1793) – invero mai entrata in vigore, ma comunque espressiva di un principio fondamentale di qualsiasi Stato costituzionale – «un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione»⁸⁹, il che spiega l'esistenza dei procedimenti di revisione delle Leggi Fondamentali⁹⁰: un popolo – e, quindi, un Parlamento – ma non una Corte (neanche costituzionale)...

⁸⁶ *Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, Don Manuel García-Pelayo y Alonso, con motivo de su constitución pública (12 de julio de 1980)*, in *Tribunal Constitucional, Discursos de sus Presidentes (1980-2005)*, Madrid, 2006, 19.

⁸⁷ «Persuading one's fellow citizens is one thing, and imposing one's views in absence of democratic majority will is something else» (U.S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 603 (2003) (Scalia, J., dissenting)).

⁸⁸ G. Escobar Roca, *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid, 2018, 80.

⁸⁹ Art. 28.

⁹⁰ Cfr. R. Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, 2019.