

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

SABRINA RAGONE  
VALENTINA CAPUOZZO

Diritti della gestante, tutela della vita  
del nascituro e parto in casa: l'approccio del  
Tribunale costituzionale spagnolo

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*23 maggio 2024*

# **Diritti della gestante, tutela della vita del nascituro e parto in casa: l'approccio del Tribunale costituzionale spagnolo.**

## **Sommario**

1. Introduzione. – 2. Il caso. – 3. La risposta del *Tribunal Constitucional*. – 4. Un bilanciamento complesso nella cornice di una disciplina inadeguata. – 5. Considerazioni critiche sui diritti sostanziali. – 6. Considerazioni critiche sui diritti processuali.

## **Abstract**

Il contributo ripercorre le recenti tappe della giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di parto in casa, con riguardo a un “hard case” in cui la gravidanza si era protratta oltre la quarantesima settimana. In due pronunce del 2022 e del 2023, il Tribunale costituzionale ha operato un complesso bilanciamento tra i diritti della gestante e la posizione giuridica del nascituro, avendo riguardo a una misura di ricovero coatto disposta dalla giurisdizione ordinaria. L'analisi riflette in prospettiva comparata sul ruolo di giudice e legislatore in merito, nonché sui diritti processuali e sostanziali rilevanti.

*This paper deals with the recent Spanish constitutional jurisprudence regarding home births, with regard to a “hard case” in which the pregnancy was longer than the fortieth week. In two rulings issued in 2022 and 2023, the Constitutional Tribunal realized a balance between the rights of the pregnant woman and the legal position of the unborn child, having regard to a measure of forced hospitalization ordered by ordinary jurisdictions. The analysis reflects from a comparative perspective on the role of judges and legislators in this regard, as well as on the relevant procedural and substantive rights.*

## **1. Introduzione**

Il presente contributo propone una serie di riflessioni critiche circa la recente giurisprudenza costitu-

---

\* Sabrina Ragone è Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Bologna, Jean Monnet Chair 2023-2026 e Senior Research Affiliate del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg. Valentina Capuozzo è assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università di Bologna. Sebbene nel quadro di una riflessione comune tra le Autrici, i paragrafi 1, 5 e 6 sono da attribuirsi a Sabrina Ragone, mentre i paragrafi 2, 3 e 4 sono da attribuirsi a Valentina Capuozzo. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

zionale spagnola in materia di parto in casa, a partire da un caso concreto in cui tale possibilità (in presenza di circostanze peculiari) non è stata consentita dall'autorità giudiziaria, su istanza di quella sanitaria.

Tale giurisprudenza risulta di interesse per diverse ragioni: innanzitutto, perché definisce i contorni della disponibilità dei diritti riproduttivi della donna<sup>1</sup>; in secondo luogo, perché bilancia (non senza difficoltà, come dimostrano i numerosi voti concorrenti e dissenzienti) i suoi diritti alla salute, all'integrità fisica, all'autodeterminazione, alla non discriminazione con i diritti e gli interessi del nascituro; in terzo luogo, perché consente di riflettere sui conflitti tra diritti fondamentali e ruolo del giudice, quando la "scelta tragica" su quale sacrificare non è stata compiuta dal legislatore. Il Tribunale costituzionale spagnolo, poi, come da proprio *modus operandi*, fa ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, contestualizzando le decisioni nell'ambito della tutela multilivello dei diritti in gioco – Corte che, possibilmente, dovrà occuparsi della vicenda in futuro –.

L'analisi parte dal caso (§ 2), fondamentale per comprendere le problematiche in esame e i bilanciamenti necessari, e dalle sentenze del Tribunal Constitucional (§ 3), spiegando la rilevanza dell'inerzia del legislatore in merito (§ 4). Si propongono poi riflessioni critiche circa i diritti sostanziali (§ 5) e processuali (§ 6) in gioco, spiegando perché un approccio diverso potrebbe portare a una soluzione (solo parzialmente) divergente.

## 2. Il caso

Con le sentenze in commento<sup>2</sup>, il Tribunal Constitucional ha rigettato due *recursos de amparo* presentati da una donna la quale, contrariamente alla sua volontà di partorire a casa, era stata destinataria di una misura di ricovero coatto in ospedale, per i rischi connessi al prolungamento eccessivo della sua gravidanza, che aveva superato la quarantaduesima settimana di gestazione<sup>3</sup>. In questi casi, a essere in pericolo è la vita del nascituro, esposta al rischio di ipossia fetale e morte intrauterina. Da ciò la decisione giudiziale di disporre in via coattiva il ricovero in ospedale della ricorrente, per l'induzione immediata del parto.

Pur riferendosi alla medesima vicenda, i ricorsi sono distinti poiché l'uno impugna specificamente la misura del ricovero coatto<sup>4</sup>, mentre l'altro si rivolge al trattamento sanitario ricevuto dalla donna durante il parto, presso l'*Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo* (HUCA)<sup>5</sup>. Sono diverse, dunque, le questioni giuridiche poste al Tribunal Constitucional.

Nel ricorso contro l'imposizione del ricovero, rileva il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, tutelato dall'articolo 24 della Costituzione spagnola (CE), che la donna ritiene leso in connessione con il suo diritto alla libertà personale (art. 17, comma 1, CE) e con quello all'intimità personale e familiare (art. 18, comma 1, CE). Rispetto al trattamento sanitario ricevuto in ospedale, invece, la ricorrente contesta una violazione del diritto fondamentale all'eguaglianza e alla non discriminazione di genere (art. 14 CE), poiché ritiene che la sua condizione di donna in gravidanza abbia inciso in senso peggiorativo

1 Cfr. P. Benavente Moreda (a cura di), *Mujeres y derechos: una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

2 Tribunal Constitucional, sentenze del 2 giugno 2022, n. 66 e del 23 febbraio 2023, n. 11.

3 *Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo*, ordinanza n. 801-2019, impugnata (invano) dalla ricorrente innanzi alla *Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo* (31 luglio 2019).

4 *Recurso de amparo* n. 6313-2019.

5 *Recurso de amparo* n. 899-2021.

sull'estensione tanto dei suoi diritti all'integrità fisica e morale (art. 15 CE) e all'intimità personale e familiare, quanto sulla sua libertà ideologica (art. 16 CE).

Nel ripercorrere le tappe essenziali della vicenda, è opportuno evidenziare che durante la gravidanza la donna era seguita sia dall'HUCA (ospedale pubblico), sia da un'ostetrica privata. L'HUCA, dunque, protrattosi il periodo di gestazione oltre la quarantaduesima settimana, aveva convocato la donna per un controllo urgente, in esito al quale le aveva proposto la scelta tra due alternative: o il parto indotto, oppure un breve prolungamento del monitoraggio della gravidanza, volto a controllare il benessere del feto. Consultatasi con l'ostetrica, tuttavia, la donna aveva deciso di partorire comunque in casa, senza però fornire alcuna comunicazione all'ospedale, motivo per il quale i servizi sanitari avevano allertato il giudice penale, rappresentando l'urgenza dovuta al grave rischio di ipossia fetale connesso allo stato della gravidanza.

A questo punto, dunque, si colloca l'intervento giudiziale che ha disposto il ricovero coatto della ricorrente, la quale ritiene di aver subito una lesione del suo diritto alla tutela giurisdizionale effettiva poiché il Tribunale di Oviedo ha emesso la misura senza averla previamente audita<sup>6</sup>. In particolare, il ricorso sottolinea che la tutela dei diritti fondamentali, nel caso in cui sia necessario disporre una limitazione, impone al giudice di procedere all'ascolto delle richieste e degli interessi del titolare, per ponderarli nel bilanciamento sotteso alla decisione<sup>7</sup>.

Si tratta di una garanzia fondamentale, volta ad assicurare il contraddittorio e l'eguaglianza tra le parti, che la ricorrente lamenta essere mancata nel percorso argomentativo sotteso alla decisione, contestato anche per le ragioni di urgenza su cui esso si fonda. Si osserva infatti che né la madre né il feto erano in imminente pericolo di vita, ed è interessante il rilievo secondo il quale il giudice ha dato per scontato il rischio, acquisendolo automaticamente dai documenti sanitari ricevuti e senza operare alcun controllo<sup>8</sup>, nonostante la delicatezza dei diritti in gioco, che avrebbe richiesto, peraltro, una motivazione rafforzata circa la decisione di limitarli<sup>9</sup>.

La ricorrente denuncia quindi una violazione del suo diritto alla libertà personale, illegittimamente compreso dalla misura di ricovero coatto, che si ritiene un provvedimento non titolato a incidere sulla libertà della gestante per due ordini di motivi. In primo luogo, si rileva che competente a emettere la misura sarebbe stato il Tribunale amministrativo e non il giudice penale<sup>10</sup>, considerando dunque la misura viziata da incompetenza<sup>11</sup>. Inoltre, si evidenzia la mancanza di una previsione legislativa volta a regolare questo tipo di limitazione nell'ordinamento giuridico spagnolo, ponendo un problema di particolare rilevanza, poiché l'articolo 17 CE, come più volte ribadito dal TC, stabilisce che in tanto una restrizione della libertà personale è possibile, in quanto essa trovi fondamento in una specifica norma di legge<sup>12</sup>.

6 Cfr. STC 66/2022, *antecedentes*, p.to 3.

7 *Ibid.*, *fundamentos jurídicos*, p.to 6, come si vedrà *amplius* nel par. 6 di questo lavoro.

8 *Ibid.*, *antecedentes*, p.to 3, in part. lett. b) «la demanda sostiene que «la administración sanitaria ha empleado para describir un riesgo inminente criterios de delimitación imprecisos, que han dado por válidos los órganos judiciales de manera automática y sin ningún control, por lo que, al no haber sido oída la interesada con anterioridad a su adopción, esta ha visto impracticables sus derechos fundamentales e ineficaces las garantías que la Constitución le otorga».

9 *Ibid.*

10 Ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*.

11 Si veda, specificamente, STC 66/2022, *antecedentes*, p.to 3, lett.d).

12 L'art. 17, comma 1, CE, così recita: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». Cfr. STC 66/2022, *fundamentos jurídicos*, p.to 4 «El art. 17.1 CE establece que “[n]adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. En la interpretación de este precepto este tribunal ha dicho

Conseguentemente, si denuncia l'illegittima compressione del diritto all'intimità personale e familiare della ricorrente, che tutela – fra l'altro – la libertà di scelta in ordine al luogo in cui partorire. A supporto di tale motivo, il ricorso fa riferimento alla sentenza *Ternovszky c. Ungheria*<sup>13</sup>, della Corte Edu, che riconduce la libertà di decidere se e come diventare genitore all'articolo 8 della Cedu, quindi alla protezione della vita personale e familiare, ritenendo che la mancanza di una regolamentazione del parto in casa ne rappresenti una violazione in quanto impedisce l'esercizio di tale libertà di scelta, ponendo i professionisti sanitari che assistono i parti a domicilio a rischio di conseguenze legali. V'è da osservare, tuttavia, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto non è univoca. In particolare, nella sentenza *Dubská e Krejzová c. Repubblica Ceca*<sup>14</sup>, la Corte Edu ha statuito che non costituisce violazione dell'art. 8 Cedu la decisione statale di sanzionare gli operatori sanitari che assistono i parti in casa<sup>15</sup>. Per questo, il Tribunale di Oviedo aveva citato tale decisione nel percorso motivazionale del ricovero coatto, un riferimento tuttavia contestato nel ricorso, che ne lamenta la mancata aderenza al caso di specie<sup>16</sup>.

Quanto al trattamento ricevuto durante il ricovero, il principale snodo argomentativo riguarda la discriminazione che la ricorrente ritiene di aver subito in ragione della sua condizione di donna in gravidanza<sup>17</sup>. In particolare, l'impugnativa si rivolge contro la *vía de hecho* del *Servicio de Salud del Principado de Asturias*, eseguita dall'HUCA, per aver violato il diritto all'autonomia e al consenso informato della donna, privilegiando l'interesse del nascituro rispetto ai suoi diritti fondamentali all'integrità fisica e psichica, sottoponendola contro la sua volontà e con modalità degradanti a un cesareo d'urgenza<sup>18</sup>.

---

que “toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley” (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7); asimismo se ha afirmado que «este precepto remite a la Ley, en efecto, la determinación de los ‘casos’ en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad».

13 Corte europea dei diritti umani, sentenza 14 dicembre 2010, *Ternovszky c. Ungheria*.

14 Corte europea dei diritti umani, sentenza 15 novembre 2016, *Dubská e Krejzová c. Repubblica Ceca*.

15 Sulle oscillazioni della Corte europea dei diritti umani quanto alla riconducibilità dei diritti della donna nella riproduzione all'articolo 8 della Convenzione, cfr. anche le sentenze 11 dicembre 2014, *Hanzelkovi c. Repubblica Ceca*, che ha ritenuto l'allontanamento del neonato dalla madre senza il suo consenso o senza giustificazione medica una violazione dell'articolo 8 Cedu, e 4 ottobre 2018, *Pojatina c. Croazia*, ove invece la Corte ha escluso che la legislazione croata, secondo la quale non è possibile che le donne in gravidanza siano assistite da operatori del sistema sanitario nazionale a partorire in casa, configuri una lesione dei diritti di cui all'articolo 8 Cedu.

16 Cfr. STC 66/2022, *antecedentes*, p.to 3, lett. c).

17 Una discriminazione diretta e indiretta, su cui si v. STC 11/2023, *fundamentos jurídicos*, p.to 1 «(...) existe discriminación directa porque el trato peyorativo guarda conexión directa e inequívoca con el sexo de doña C.P., mujer embarazada. Existe discriminación indirecta porque los servicios de salud, sus funcionarios y autoridades, así como los órganos judiciales hacen una interpretación y aplicación de la ley que produce efectos desfavorables para las mujeres, se restringen y limitan derechos y se proporciona un trato peyorativo en un contexto de maternidad, de embarazo y de parto».

18 Cfr., *ibid.*, *antecedentes*, p.to 3.

### 3. La risposta del Tribunal Constitucional

Il Tribunal Constitucional respinge tutti i motivi prospettati dalla ricorrente. Preliminarmente, siccome tra i proponenti dei ricorsi figurano anche il compagno e la figlia neonata della donna, i giudici costituzionali affrontano la questione processuale della loro legittimazione attiva, escludendola. Quanto al compagno, il Tribunal Constitucional la nega poiché i diritti fondamentali di cui si lamenta la lesione sono personali, riguardando dunque soltanto la donna che ne è titolare. Per la figlia, le argomentazioni del Tribunal Constitucional si fondano sul rilievo che la bambina, nel momento in cui è stata emanata la misura del ricovero coatto, presentava lo *status* di nascituro. Il suo interesse era dunque opposto a quello della madre, la cui compressione dei diritti trova fondamento nell'esigenza di preservare la vita del feto<sup>19</sup>.

Nel merito, il rigetto del primo ricorso si fonda essenzialmente su due punti fondamentali. Innanzitutto, il Tribunal Constitucional esclude che la misura impugnata, sebbene emessa senza la previa audizione della ricorrente, ne abbia leso il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. È vero infatti – spiega il Tribunal – che la protezione dei diritti fondamentali richiede al giudice di sentire il titolare nel caso in cui sia necessario disporre una limitazione; tuttavia, per valutare se l'omesso ascolto determina una lesione, occorre tenere conto delle specifiche circostanze del caso concreto<sup>20</sup>.

A tale proposito, la sentenza riporta un elenco di motivi in base ai quali il Tribunal Constitucional giustifica la mancata audizione. In particolare, l'esigenza di tutelare la vita del feto imponeva al Tribunale di Oviedo di decidere con la massima celerità possibile. Inoltre, con riferimento alla valutazione del rischio, il giudice non aveva le competenze per effettuare controlli o metterne in dubbio il rigore scientifico, tanto più che la diagnosi era stata effettuata dagli stessi servizi sanitari che avevano seguito la ricorrente durante tutto il periodo della gravidanza<sup>21</sup>.

Così ritenuta legittima la misura di ricovero coatto, il Tribunal Constitucional procede in secondo luogo a esaminare il bilanciamento ad essa sotteso. Invero, i diritti fondamentali ammettono limitazioni soltanto a condizione che queste trovino il loro fondamento nella tutela di altri diritti e beni costituzionalmente rilevanti, e che siano proporzionate a tali finalità. I giudici costituzionali procedono dunque al test di proporzionalità della misura, decidendo per il suo esito positivo poiché considerano equilibrato il bilanciamento tra desiderio della madre di partorire in casa e necessità prevalente di pro-

19 Si v., in part., STC 66/2022, *fundamentos jurídicos*, p.to 3, lett. a); STC 11/2023, *fundamentos jurídicos*, p.to 2, lett. c).

20 STC 11/2023, *fundamentos jurídicos*, p.to 6, C), b).

21 *Ibid.*, p.to 6, C), e): «Se dan en el presente caso determinadas circunstancias que llevan a este tribunal a reconocer como justificado que, de modo excepcional, el juzgado hubiera llegado a omitir aquel preceptivo trámite de audiencia: – En primer lugar, porque los servicios médicos que presentaron la comunicación al juzgado son los mismos que habían supervisado el seguimiento facultativo del curso del embarazo de doña C.P., justo hasta el día inmediatamente anterior al de los hechos de los que traen causa las resoluciones ahora enjuiciadas. Esta circunstancia permite extraer como consecuencia que eran, conforme a las exigencias del rigor científico, losservicios sanitarios adecuados para poner de manifiesto al juzgado la situación clínica de la gestante y el riesgo vital que corrían, tanto ella como el bebé que iba a alumbrar. – En segundo término, porque esos mismos servicios médicos ya habían advertido previamente a doña C.P., y a su pareja, en consulta médica tenida el día anterior al de la comunicación, de la situación de riesgo para la vida de la gestante y del feto en que se encontraba el embarazo, por haberse excedido en varias semanas (entre dos y tres se señala en las actuaciones judiciales) del período ordinario de gestación, conforme a los protocolos médicos de actuación establecidos. – Y, finalmente, en tercer lugar, por el constatado peligro inminente de perder la vida el feto, puesto de manifiesto en la comunicación dirigida al juzgado, en la que se expresaba el “riesgo de hipoxia fetal” en que se encontraba el mismo, lo que obligaba a una celeridad extrema en la respuesta judicial a aquella solicitud».

teggere la vita del feto<sup>22</sup>.

Anche il rigetto del secondo ricorso proposto si fonda su un simile ragionamento, che si serve dello strumento della ragionevolezza come metro di valutazione. In risposta alle censure della ricorrente, il Tribunal Constitucional ricorda che per stabilire se sia intervenuta una discriminazione illegittima occorre guardare non solo al trattamento subito, ma anche alla situazione cui questo si riferisce. In particolare, come costantemente ribadito nella giurisprudenza del Tribunal, occorre una razionale corrispondenza tra diversità di trattamento e diversità di situazioni, tale per cui a situazioni uguali deve corrispondere uguale trattamento, mentre a situazioni diverse un trattamento parimenti diverso<sup>23</sup>.

Ebbene, su questo presupposto il Tribunal Constitucional ritiene ragionevoli le scelte dell'HUCA. Secondo le argomentazioni dei giudici costituzionali, infatti, quello subito dalla gestante non è stato un trattamento peggiorativo fondato sulla pura e semplice constatazione del suo stato di donna in gravidanza. Si è trattato, invece, di una decisione medica basata su un dato biologico, quello della gestazione prolungata, che richiede di per sé di essere attenzionato come situazione speciale e a rischio<sup>24</sup>.

Basandosi sull'esame dei documenti allegati alla cartella clinica della ricorrente, infine, il Tribunal Constitucional decide di respingere anche le contestazioni legate alla lesione del consenso informato. Ciò in considerazione di quanto emerge dal piano di parto della donna, in cui quest'ultima dichiarava che non avrebbe voluto sottoporsi al taglio cesareo salvo il caso in cui si fosse verificata una situazione di pericolo per la vita sua o del feto. Una circostanza che di fatto è accaduta, mentre nessuna prova è possibile riscontrare in ordine alle coazioni e umiliazioni che la donna lamenta di aver subito, per cui il Tribunal Constitucional non ritiene possibile valutare l'eventuale incidenza di queste sull'evoluzione del parto e sulla necessità del cesareo<sup>25</sup>.

#### 4. Un bilanciamento complesso nella cornice di una disciplina inadeguata

Gli spunti di riflessione che questa vicenda offre sono molteplici, come pare potersi cogliere dalla pluralità di opinioni dissenzienti e concorrenti che accompagnano le due sentenze del TC<sup>26</sup>, indicative di un dibattito vivace in seno al collegio.

Ciò non sorprende se si considera la delicatezza della materia affrontata. Il punto è che, con lo strumento del ricovero coatto, si consente all'autorità di comprimere significativamente la capacità dell'individuo di autodeterminarsi, senza che ciò costituisca la reazione a un qualche fatto illecito. Il tema, dunque, chiama in causa direttamente il rapporto tra autorità e libertà, inducendo a interrogarsi

22 *Ibid.*, p.to 6, D), lett. c).

23 *Ibid.*, p.to 3, B), lett. a). Sul punto cfr. la relazione di M. Cartabia alla *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile al seguente indirizzo web: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf).

24 STC 11/2023, p.to 3, B), lett. a).

25 *Ibid.*, p.to 4.

26 Rispetto alla STC 66/2022, opinione dissenziente è stata presentata da Juan Antonio Xiol Ríos, Ramón Sáez Valcárcel, Immaculada Montalbán Huertas, mentre Cándido Conde-Pumpido Tourón e María Luisa Balaguer Callejón hanno presentato opinione concorrente. Quanto a STC 11/2023, Immaculada Montalbán Huertas, María Luisa Balaguer Callejón e Ramón Sáez Valcárcel hanno pronunciato opinione dissenziente; Juan Carlos Campo Moreno si è espresso invece con opinione concorrente.

sino a che punto si possa tollerare l'intrusione pubblica nella sfera personale dell'individuo, per quanto dettata da motivi di necessità<sup>27</sup>.

D'altra parte, se si adotta un criterio storico per la lettura dell'articolo 43 CE, che pone una riserva di legge in materia di diritto alla salute, affidando al decisore politico discrezionalità piena nella definizione delle sue modalità di esercizio<sup>28</sup>, si comprende come la norma esprima il chiaro intento di discostarsi da una concezione costrittiva e di affermare invece il principio di sovranità della persona umana, le cui eventuali restrizioni non possono che essere decise dal Parlamento, ove siedono i rappresentanti eletti del popolo. La *ratio* si coglie con ancora maggiore chiarezza collegando sistematicamente la norma alla riserva di legge prevista dall'articolo 17 CE e alla garanzia della previa audizione del titolare del diritto da limitare, di cui all'articolo 24 CE.

Il problema dinanzi al quale è posto il TC, tuttavia, risiede nel mancato esercizio della riserva da parte del legislatore. Invero, i giudici costituzionali si confrontano con una vicenda che richiede un bilanciamento complesso, ma nell'ambito di una materia non disciplinata dalla legge e sulla quale non vi sono precedenti giurisprudenziali<sup>29</sup>.

Se si adotta una prospettiva storico-sistematica anche per la lettura di questo dato, non si può che rilevarne la continuità con una linea di tendenza già evidente nell'ambito affine dei trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici. In particolare, da più parti in dottrina si rileva il problema dell'assenza, nell'ordinamento spagnolo, di una regolamentazione specifica in materia di contenzione meccanica, praticata nei confronti dei pazienti psichiatrici<sup>30</sup>. Così come particolare rilievo assume la vicenda legata alla disciplina del procedimento di ricovero involontario per malattie mentali, prevista dall'art. 763 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), che tuttavia è stato oggetto di censura da parte del TC. Con le sentenze nn. 131 e 132 del 2010, i giudici costituzionali spagnoli ne hanno difatti dichiarato l'incostituzionalità, servendosi dello strumento dell'*incostitucionalidad sin nulidad* per differirne gli effetti all'intervento del legislatore, chiamato a operare un nuovo bilanciamento di interessi nell'esercizio della sua discrezionalità<sup>31</sup>. Un intervento che tuttavia stenta ad arrivare.

La questione, peraltro, non riguarda il solo ordinamento spagnolo. Lo stesso problema si presenta invero in Italia, ove l'articolo 32 della Costituzione, con la medesima *ratio* storica volta a discostarsi dall'ideologia totalitaria e ad affermare la sovranità individuale in fatto di scelte personali<sup>32</sup>, affida soltanto alla legge la possibilità di prevedere dei limiti al libero consenso<sup>33</sup>. Anche qui, a parte alcune

27 Su punto si v. *ex aliis* D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in Aa. Vv., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Atti del Convegno di Studi Roma 1 dicembre 1982, Napoli, Jovene, 1983, p. 25.

28 Per un approfondimento, si v. M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.E. Casas Baamonde, E. Arnaldo Alcubilla, J. Remón Peñalver, M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniesta (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, Madrid, Wolters Kluwers, 2018, pp. 1345 e ss.; M. Caredda, *La tutela del diritto costituzionale alla salute in Spagna e in Italia: brevi riflessioni a partire da STC n. 139/2016*, in C. Colapietro, M. Atripaldi, G. Fares, A. Iannuzzi (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 75 e ss.

29 Cfr. STC 66/2022, *fundamentos jurídicos*, p.to 4.

30 Sul punto cfr. M. Caredda, *Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione meccanica in psichiatria. Una comparazione fra Paesi Europei*, in *Diritti fondamentali*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2019, n. 2.

31 Per approfondire, si v. L.F. Barrios Flores, *La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales*, in *Derecho y salud*, 2012, n. 1, pp. 31 e ss.

32 Cfr. sul punto gli interventi di S. Lariccia e G. Spagnolo in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, cit., pp. 105 e ss.

33 Sul punto si v. F. Modugno, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, pp. 303 e ss. Per un approfondimento sulle differenze tra la riserva di legge posta dalla Costituzione spagnola e quella prevista dalla Carta costituzionale italiana cfr. M. Caredda, *Trattamenti sanitari obbligatori cit.*, p.

leggi regionali<sup>34</sup>, il Parlamento non interviene con una disciplina organica circa i confini della scelta, per la gestante, del luogo in cui partorire. E se si considera l'ambito affine dei trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici, a parte la generale previsione di cui agli artt. 33 e ss. della l. 23 dicembre 1978, n. 833 (legge sul Servizio Sanitario Nazionale), si stenta a rintracciare discipline atte a regolare fenomeni più specifici, come quello della contenzione.

Pur in presenza di una riserva di legge, dunque, se il legislatore rimane silente il bilanciamento finisce col ricadere interamente sugli organi giudiziari, in particolare sulle Corti costituzionali, contestualizzandosi in una problematica sempre più diffusa sul piano comparato, che chiama in causa i rapporti tra potere politico e giudici<sup>35</sup>.

In questa cornice, le decisioni in commento offrono un esempio di come la giurisdizione, posta dinanzi a una richiesta di tutela, nell'assenza di una normativa di riferimento finisce col creare essa stessa le regole della propria azione, servendosi di strumenti giuridici generali, quali il giudizio di proporzionalità e ragionevolezza, per legittimare decisioni che spesso travalicano i confini delle scelte giurisdizionali<sup>36</sup>.

Proprio su questo aspetto, d'altra parte, si registrano le più interessanti opinioni concorrenti e dissenzienti rispetto alle argomentazioni del TC. In particolare, le osservazioni di María Luisa Balaguer Callejón e Ramón Sáez Valcárcel in STC 66/2022 inducono a riflettere, stante la critica che pongono rispetto all'intervento giurisdizionale in supplenza del legislatore. L'articolo 53, comma 1, CE, osserva Sáez Valcárcel, richiede una delimitazione normativa per legge delle misure limitative dei diritti fondamentali, che – come appresso si vedrà<sup>37</sup> – non può essere affidata a un giudizio di proporzionalità caso per caso<sup>38</sup>.

Diversamente dalle leggi, che hanno portata generale e astratta, le sentenze sono infatti provvedimenti particolari e concreti, applicabili soltanto tra le parti del caso deciso. Da ciò il rischio una tutela priva delle garanzie della certezza del diritto e dell'eguaglianza come parità di trattamento, che nulla assicura rispetto a quella esigenza storica di limitare al minimo l'intrusione dello Stato nella sfera

13.

34 È il caso, nella specie, della L.r. Emilia Romagna, 11 agosto 1998, n. 26; L.r. Marche 27 luglio 1998, n. 22; L.r. Piemonte 21 gennaio 2015, n. 97.

35 Per approfondire il problema, molto rilevante ma estraneo al focus della presente ricerca, si v. *ex plurimis* l'analisi comparata di V. Bazán, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales*, Bogotá, KAS, 2014. Più specificamente sulla tendenza espansiva della decisione giudiziale come fenomeno che implica una sempre maggiore influenza dei giudici nelle scelte pubbliche si v. L. Bobbio, G. Pomatto, S. Ravazzi, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*, Milano, Mondadori, 2020, pp. 29 e 30; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

36 Così M. Cartabia, relazione alla *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, cit., p. 7.

37 Parr. 5 e 6 di questo lavoro.

38 Cfr. STC 66/2022, *voto particular* di Ramón Sáez Valcárcel, su cui si dirà *amplius* nel par. 6: «La Constitución exige que la restricción de los derechos fundamentales se haga por ley que ha de fijar de manera expresa, precisa, cierta y previsible el límite, con respeto al contenido esencial del derecho y en protección de otros derechos o bienes constitucionales (...) Se abandona así el presupuesto constitucional que debe observar toda medida limitativa de derechos fundamentales, su previsión con carácter previo en una norma con rango de ley (art. 53.1 CE), y se reducen las condiciones de legitimidad de la medida al acierto del juez al efectuar el juicio de proporcionalidad. Con ello no solo se traslada en bloque la decisión al órgano judicial, sin la imprescindible mediación del legislador para regular y limitar el derecho de la mujer gestante a decidir el lugar y las condiciones del parto, sino que se hace sin ofrecerle un marco de decisión que defina las situaciones que habilitan al juez para adoptar el ingreso hospitalario involuntario y los elementos que debe ponderar, así como el procedimiento que ha de seguir».

privata dell'individuo, nella specie sottesa alla riserva di legge in materia personale e sanitaria.

## 5. Considerazioni critiche sui diritti sostanziali

Il caso in analisi interroga il costituzionalista e il comparatista da diversi punti di vista, non soltanto quello del diritto alla vita privata e familiare, ma anche quelli della libertà personale, dell'integrità fisica e – soprattutto nel primo *recurso de amparo* – della tutela giudiziaria effettiva, configurandosi così una condotta dell'amministrazione sanitaria potenzialmente poli-offensiva rispetto ai diritti della donna (dato che, come si è ricordato, solo la sua posizione viene ritenuta rilevante dal Tribunal Constitucional ai fini del ricorso individuale).

In precedenza, il Tribunal Constitucional aveva già toccato tangenzialmente questi profili, ad esempio in un caso relativo a una madre che aveva perso il figlio al quarto mese di gravidanza e voleva che il feto le venisse consegnato per cremarlo (possibilità negata dall'amministrazione competente e dall'autorità giudiziaria)<sup>39</sup>. In quella circostanza, il Tribunal Constitucional aveva ritenuto violato «el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora»<sup>40</sup>.

Il maggior elemento di interesse di questa giurisprudenza, come è stato osservato da attenta dottrina<sup>41</sup>, risiede nel consolidamento del nesso tra diritti riproduttivi e vita privata della donna gestante, nella cui sfera decisionale soltanto ricadono tutte le relative decisioni<sup>42</sup>. Lo ricalca esplicitamente la giudice María Luisa Balaguer Callejón nel suo *voto particular*: «la sentencia ha sentado unos criterios muy claros en relación a que el embarazo y parto deben entenderse vinculados a la vida privada de la mujer y al derecho a su intimidad personal (art. 18.1 CE), y a su integridad física (art. 15 CE), en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida».

Qualsiasi aspetto della gravidanza, *i.e.* la sua gestione, le condizioni per il parto e anche l'eventuale interruzione della stessa può e deve essere deciso esclusivamente dall'interessata, senza vincoli derivanti dal partner, dai familiari o dall'autorità sanitaria, come desumibile dalla giurisprudenza europea<sup>43</sup>. Lo stesso sembra potersi inferire dall'art. 2, comma 3, della legge 14 novembre 2002, n. 41, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica*, che prevede che «el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles»<sup>44</sup>. Come sopra accennato, sarebbe auspicabile un intervento normativo volto a determinare i contorni dell'esercizio dei diritti da parte della gestante, gli eventuali casi di bilanciamento con

39 STC 11/2016.

40 Di contenuto simile la sentenza della Corte europea dei diritti umani, 14 febbraio 2008, *Hadri-Vionnet c. Svizzera*.

41 F.J. Matia Portilla, *¿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), in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2023, 128, p. 242.

42 Non viene in rilievo, invece, ad avviso del TC, il diritto alla vita familiare, diversamente da quanto affermato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: 30 ottobre 2001, *Panullo e Forte c. Francia* o 17 gennaio 2006, *Elli Poluhas Dödsbo c. Svezia*.

43 Le circostanze in cui si dà alla luce il proprio figlio rientrano indiscutibilmente nella vita privata *ex art. 8 Cedu* anche nella giurisprudenza in *Ternovszky c. Ungheria*, *cit.*, par. 22.

44 Sulla trasposizione di tale principio al contesto della gravidanza, cfr. M.P. García Rubio (a cura di), *Mujer, maternidad y Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

gli interessi e/o i diritti del nascituro e la contestualizzazione nelle politiche sanitarie. In una materia così delicata, infatti, andrebbero evitate o almeno ridotte le potenziali violazioni della certezza del diritto determinate da decisioni incoerenti<sup>45</sup>.

Di conseguenza, come affermato dalla Corte europea dei diritti umani e ripreso dal Tribunal Constitucional, la donna ha il diritto di decidere se diventare madre o meno, e, nel caso, in quali circostanze diventarlo<sup>46</sup>. La Corte Edu ha specificato che il diritto alla vita privata comprende quello di scegliere il luogo<sup>47</sup> della nascita<sup>48</sup>, compresa la scelta del parto in casa; ha sottolineato, tuttavia, come si tratti di una decisione complessa perché solo le autorità nazionali hanno la competenza in materia di politiche sanitarie e devono valutare i rischi connessi a tale ipotesi<sup>49</sup>, disponendo di ampio margine di azione<sup>50</sup>.

Senz'altro rilevante, quindi, appare l'autonomia della donna, che ad avviso del Tribunal Constitucional non è stata violata nel caso di specie: la STC 11/2023, p.to 4, afferma, infatti che, «frente a lo afirmado en la demanda, de la historia clínica y de los hechos probados por las sentencias, se infiere que en este caso concreto no hubo una limitación del derecho de autonomía y del consentimiento informado. La historia clínica aportada pone de relieve que la actuación médica no contravino la voluntad de doña C.P., en cuanto a lo planteado en el plan de parto presentado, puesto que comprobado al ingresar que el parto se había iniciado no se realizó la inducción, sino que se hizo un seguimiento expectante de su evolución y del bienestar del feto, hasta que el diagnóstico médico determinó la práctica de la cesárea urgente».

Se risulta ben argomentato e ragionevolmente fondato il collegamento con la vita personale e l'autonomia, meno lo appare il collegamento, presente in entrambe le sentenze in maniera piuttosto diffusa, con la dignità: «el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, se integra en el derecho a la intimidad personal y familiar, como proyección directa y derivada de la dignidad humana, en especial de la dignidad de la mujer que da a luz un nuevo ser»<sup>51</sup>. Di nuovo concordiamo con l'impostazione di Matia Portilla, che valorizza invece lo sviluppo libero della personalità<sup>52</sup> (della gestante) come valore preponderante rispetto a ingerenze di attori pubblici e/o privati<sup>53</sup>.

*Last but not least*, specialmente nel *voto particular* di María Luisa Balaguer Callejón si fa strada la necessità di una ricostruzione giurisprudenziale, ma anche teorica e normativa, della “violenza oste-

45 Rispetto alle diverse decisioni giudiziali, cfr. l'opinione di María Luisa Balaguer Callejón: è auspicabile che il legislatore «aborde la regulación de situaciones como la que se ha sometido al juicio de este tribunal, de modo que las gestantes puedan tener la imprescindible seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad en cuanto a las reacciones que puedan producirse por parte de los poderes públicos frente a las decisiones que adopten libremente en cuanto al proceso de su embarazo y alumbramiento».

46 Corte europea dei diritti umani, *Ternovszky c. Ungheria*, cit., par. 22.

47 V. Lomás Hernández, Vicente, *STC 66/2022, de 2 de junio: el derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento de su hijo*, in *Diario La Ley*, 2022, n. 10119.

48 Corte europea dei diritti umani, *Dubská e Krejzová c. Repubblica Ceca*, cit., par. 163.

49 *Ibid.*, par. 182.

50 *Ibid.*, par. 184.

51 Cfr. *STC 66/2022*, p.to 4; tale concetto è citato anche nelle opinioni di Ramón Sáez Valcárcel e Immaculada Montalbán Huertas.

52 Su cui cfr. il recente studio di M.A. Presno Linera, *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

53 F.J. Matia Portilla, *¿Puede un órgano judicial...?*, cit., p. 249.

trica”, concetto sempre più presente nei dibattiti contemporanei in materia e progressivamente disciplinato nel diritto comparato e internazionale, come dimostrano recenti decisioni della Corte Interamericana dei Diritti umani (dall’opinione consultiva 29 del 2022, in cui viene solo accennata, al caso *Brítez Arce v. Argentina*, del 2022<sup>54</sup>). Sia nelle giurisprudenze nazionali che in quella europea sovranazionale, la valorizzazione di tale concetto porterebbe a un inquadramento autonomo (e non così dipendente dal diritto alla vita familiare) delle fattispecie rilevanti in questo contesto<sup>55</sup>.

## 6. Considerazioni critiche sui diritti processuali

Il Tribunal Constitucional si trova, nel caso di specie, a valutare un intervento dell’autorità giudiziaria, restrittivo di uno o più diritti fondamentali, privo di un fondamento legislativo. Sebbene la maggioranza ritenga in merito che, nell’ordinamento costituzionale spagnolo, «toda injerencia en los derechos fundamentales debe estar prevista en la ley y responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante», riprendendo propri precedenti<sup>56</sup>, sostiene altresì che una eventuale «insuficiencia de la ley» non comporti *ex se* l’illegittimità dell’azione del giudice, a patto che vengano rispettati i canoni costituzionali della proporzionalità.

Come affermato nell’opinione di Sáez Valcárcel, si stabiliscono così i presupposti per una sorta di «estado de necesidad constitucional», che comporta, per il giudice ordinario competente, una «habilitación por analogía, absolutamente extensiva, que no satisface las exigencias constitucionales de previsión normativa»<sup>57</sup> e che porta, come rilevato in precedenza, a un bilanciamento caso per caso. Peraltro, nell’ipotesi specifica non verrebbe rispettata neanche una garanzia minima nel caso di violazione o limitazione dei diritti fondamentali, cioè il coinvolgimento del soggetto interessato (come sottolineato nel voto della giudice Montalbán Huertas).

L’opinione di maggioranza ne tiene conto nella STC 66/2022, laddove afferma che «la tutela de los derechos fundamentales exige del órgano judicial, previamente a la adopción de una resolución limitativa o restrictiva del ejercicio de aquellos, que haya de cumplir el requisito de la audiencia del titular de tales derechos, como garantía procesal de la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para así evitar la existencia de desequilibrios entre ellas que pudieran originar situaciones de indefensión»<sup>58</sup>. Soltanto l’estrema urgenza del caso, in combinato con il monitoraggio previo della gravidanza da parte della stessa struttura sanitaria e con l’informazione già fornita alla paziente circa i pericoli, giustificano la mancata *audiencia* della donna. Diversi controargomenti vengono presentati nelle opinioni individuali, dalla reificazione della gestante al difetto di motivazione della sentenza oggetto dell’*amparo*, con particolare riguardo alle norme processuali di riferimento (e ai casi in cui è possibile procedere *inaudita altera parte*).

Va detto che il caso di specie differisce dai precedenti per le circostanze di fatto, se non per

54 Cfr. il par. 75: si tratta di una «forma de violencia de género ejercida por las personas encargadas de la atención de la salud sobre las mujeres embarazadas, durante el acceso a los servicios durante el embarazo, el parto y el postparto».

55 Cfr. C. Pickles, J. Herring (eds) 2019, *Childbirth, Vulnerability and Law: Exploring Issues of Violence and Control*, Londra-New York, Routledge, 2019; e le osservazioni di P. Quattrocchi, *Le potenzialità politico formative del concetto della violenza ostetrica*, in *Etno Antropologia*, vol. 7, n. 1, 2019.

56 In particolare STC 49/1999.

57 Cfr. STC 66/2022, *voto particular* di Ramón Sáez Valcárcel, p.to II.2, che cita a sua volta STC 217/2015.

58 STC 66/2022, p.to 6.

l'urgenza, almeno per il necessario bilanciamento tra diritti (ormai il feto era ben oltre la "viabilità" e, secondo i protocolli medici – quelli sì esistenti – in pericolo a causa del protrarsi della gestazione). Un approccio pragmatico, pertanto, esige di tener conto di tali circostanze eccezionali, giacché l'inerzia del legislatore non elimina né risolve il conflitto tra diritti e valori costituzionalmente rilevanti. A fronte di tale inerzia, desta perplessità la giustificazione del fondamento della decisione dell'autorità giudiziaria riscontrato dal Tribunal Constitucional. Sarebbe stato più coerente con quanto affermato in precedenza, invece, che il Tribunal Constitucional difendesse la legittimità dell'intervento giudiziale nella necessità di risolvere un contrasto tra diritti fondamentali e interessi costituzionali sottoposto all'attenzione del giudice in assenza di norme di riferimento. La decisione finale non sarebbe diversa, ma la valutazione del potenziale impatto sui diritti singolarmente intesi potrebbe esserlo<sup>59</sup>; in particolare, nella circostanza analizzata, sul diritto ad essere ascoltata della donna incinta, dal momento che le appartengono altri diritti fondamentali (riproduttivi, *privacy*, autodeterminazione, salute) che potranno essere compressi.

---

59 F.J. Matia Portilla, *¿Puede un órgano judicial..., cit.*, p. 259.