

Autonomía procreativa y protección de la vida: la cuestión del aborto^(*)

JOSÉ ANTONIO SOUTO PAZ
Universidad Complutense de
Madrid

I. PRESUPUESTOS DOCTRINALES

1. Autonomía personal y derecho a la vida

La vida humana es el fundamento previo y presupuesto fáctico de la persona humana, de su dignidad, libertad y demás derechos fundamentales. El libre desarrollo de la personalidad, en cuanto manifestación básica de la dignidad de la persona humana, requiere que se respete el desarrollo psicobiológico de cada individuo, constituyendo así la primera manifestación de la libertad personal. Cualquier intento de interferir, interrumpir o suspender ese proceso biológico supone un atentado a la libertad de vivir que es, en este orden lógico, la primera libertad que debe garantizarse al ser humano en cuanto persona.

El reconocimiento de esta libertad existencial y su garantía a través del derecho se ha concretado en la fórmula **derecho a la vida**, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽¹⁾ y en las Constituciones estatales más modernas⁽²⁾, convirtiéndose, así, en el primero de los derechos enunciados en las modernas formulaciones de derechos fundamentales. El reconocimiento expreso del derecho a la vida constituyó una novedad, por cuanto hasta en-

tonces su enunciación y protección quedaba reservada a la legislación penal, mediante la tipificación como delitos de ciertas agresiones contra la vida humana (asesinato, homicidio...) o mediante su desprotección al establecer como sanción penal la privación de la vida (pena de muerte).

La proclamación formal de este derecho y su inclusión en las modernas Declaraciones de derechos se atribuye a una reacción colectiva contra los ultrajes realizados contra la vida humana cometidos en la primera mitad del siglo XX (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad)⁽³⁾. Muchas de estas situaciones, sin embargo, se han producido en épocas anteriores (guerras, genocidios, etc.), sin que se produjera una reacción semejante y una valoración colectiva tan positiva de la vida humana⁽⁴⁾. Ciertamente, lo más significativo de esta actitud es el descubrimiento de una nueva sensibilidad social que se manifiesta en un mayor respeto y una revalorización de la vida humana. Actitud que se ha ido fortaleciendo e incrementando en los últimos tiempos y que se ha traducido en la creación de movimientos en defensa de la vida humana y de lucha contra sus potenciales agresores (guerras, xenofobia, pena de muerte, el hambre, etc.)⁽⁵⁾.

^(*) Ponencia presentada al Simposio Internacional sobre "Nacionalismo en Europa, nacionalismo en Galicia; la religión como elemento impulsor de la ideología nacionalista", celebrado en La Coruña del 4 al 6 de Septiembre de 1997.

⁽¹⁾ La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) proclama que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3), concibiendo estos derechos como básicos de la persona humana. Con anterioridad, la Declaración de Derechos de Virginia (1776) proclamó como derechos innatos del hombre: el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad. En cambio, la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano reconoció como derechos naturales e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2), sin hacer mención alguna a la vida.

⁽²⁾ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (8 de mayo de 1949) declara, en su art. 2.2, que **todos tienen derecho a la vida** y, en su art. 102, que: **Queda aboli-**

da la pena de muerte. La Constitución de Portugal (2 de abril de 1976) garantiza el derecho a la vida, en el art. 25, en los siguientes términos: 1. la vida es inviolable. 2...en ningún caso existirá pena de muerte.

⁽³⁾ Los crímenes de guerra constituyen una categoría tradicional del derecho internacional, que cristalizó a finales del siglo pasado y se ha consolidado cada vez más en nuestro siglo. Esta categoría incluye todas las violaciones graves -cometidas en perjuicio del enemigo o de la población enemiga- de las normas que atañen a la conducción de las hostilidades bélicas, a más de la protección de las personas que no participan en las hostilidades (la tortura o la muerte de civiles o de prisioneros de guerra; el bombardeo de ciudades indefensas, de iglesias o de monumentos históricos; la utilización de armas prohibidas). En el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 se añadieron a la vieja categoría de crímenes de guerra, una nueva categoría de delitos: los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad (CASSSE, A. Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, Barcelona 1991).

⁽⁴⁾ No siempre ha sido así. En otras épocas históricas el respeto a la vida humana ha estado más vinculado al status del individuo que a su condición de persona. La vida de un esclavo ha carecido de valor a lo largo de siglos y la vida de los ciudadanos libres ha dependido más de su situación política y social y del grado de tiranía del poder establecido que del respeto a la vida humana. La revalorización de la vida humana durante la segunda mitad del siglo XX ha estado influida, no solo por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra, sino, también, por la influencia que sobre estos atropellos tuvieron las teorías eugenésicas, que estuvieron en boga durante los años veinte y treinta, y que estuvieron presididas por la idea de «higienizar las razas». «En la vía seleccionadora, que arrollando la piedad procura eliminar del vivir a los seres desprovistos de energías vi-

El alto grado de adhesión y defensa del derecho a la vida no excluye, sin embargo, que se trate de uno de los derechos fundamentales más controvertidos. La coincidencia generalizada, en cuanto a los principios, se traduce en discrepancia y diversidad de opiniones en su aplicación práctica. La confluencia en esta cuestión de ideologías, creencias religiosas y sentimientos variados, con su propia escala de valores, mediatiza, frecuentemente, este debate caracterizado, en cualquier caso, por su apasionamiento, radicalismo y dogmatismo.

La imagen del anciano o del enfermo terminal que quiere poner fin a su vida, el sufrimiento del feto que padece la agresión violenta que lo destruye, el drama de la madre que aborta, constituyen situaciones en las que el espectador no suele permanecer impasible, más bien se incorpora a la situación dramática, y, asumiendo un papel activo, siente, padece y se compadece con el protagonista o, bien, convertido en juzgador emite veredictos implacables en nombre de normas morales inflexibles. La pasión y la compasión, que desata el debate, condiciona y debilita la objetividad e imparcialidad de sus resultados.

A pesar de estas dificultades prácticas, es evidente que la proclamación del derecho a la vida y su recepción en los diversos ordenamientos jurídicos supone un avance transcendental para la convivencia y el progreso de la humanidad. El derecho a la vida significa, en primer lugar, el reconocimiento de un ámbito de libertad personal, en el que se garantiza que el **continuum**, en que consiste la vida humana, se va a desarrollar sin interferencias, ni agresiones de los poderes públicos, ni de los demás miembros de la comunidad, que puedan poner en riesgo o frustrar el natural desarrollo del ciclo vital. Esta libertad negativa, que implica el deber de abstención de los demás respecto a este proceso vital, ha de ser complementada con una concepción positiva de la libertad que incluya la actuación de los poderes públicos para remover los obstáculos y dificultades que las condiciones naturales, económicas o sociales puedan supo-

ner para el normal desarrollo de ese proceso vital. La erradicación de epidemias, la lucha contra el hambre, la intervención contra los genocidios étnicos o religiosos, la condena de las guerras, son obligaciones ineludibles de la comunidad internacional y de los poderes públicos para garantizar adecuadamente, en el momento actual, el derecho a la vida.

2. El valor intrínseco de la vida humana

El derecho a la vida evoca, de inmediato, la protección de intereses subjetivos, es decir, la vida como un bien individual, cuya protección interesa, única y exclusivamente, a su propio titular. Esta dimensión subjetiva sugiere una valoración de la vida íntimamente ligada a los intereses propios y particulares de su titular, de tal manera que el buen o mal uso que hiciere de este bien privado resultaría indiferente para la comunidad. ¿Ampara este planteamiento el derecho a disponer de la propia vida? ¿El derecho a la vida comprende el derecho a la muerte?.

Una valoración estrictamente subjetiva de la vida, considerada como un bien privado, no podría excluir el correlativo derecho de su titular a disponer libremente de su vida y, consiguientemente, a reconocerle efectivamente el derecho a decidir sobre su propia muerte. Existe, sin embargo, una actitud generalizada en las legislaciones estatales que rechazan este planteamiento, prohibiendo la **eutanasia**, el auxilio al **suicidio** o la negativa a recibir un tratamiento médico basada en razones ideológicas o religiosas. ¿Por qué? ¿Se trata, simplemente, de reminiscencias de una ética religiosa ya superada? O, por el contrario, ¿existe una valoración de la vida humana que trasciende los intereses del sujeto y se intenta proteger, además y más allá de los intereses subjetivos, el **valor intrínseco e inviolable** de la propia vida humana?.

a) La mayoría de las legislaciones tipifican como delito el aborto. Los países que lo han despenalizado lo limitan, bien a cier-

tos supuestos o indicaciones, bien a determinados plazos. Así, se puede afirmar que, a partir del sexto mes, todas las legislaciones penalizan el aborto voluntario⁽⁶⁾. Esta actitud protectora del feto, sin embargo, es compatible con la negativa de las mismas legislaciones a reconocer al **nasciturus** la titularidad del derecho a la vida. Si el feto no tiene derecho a la vida, ¿cuál es el fundamento de su protección penal? Parece evidente que tal protección no podrá fundarse en el derecho a la vida, sino, más bien, en una no siempre explícita valoración de la vida de carácter autónomo que se residencia en el reconocimiento a la vida humana de un valor intrínseco e inviolable y que justifica la intervención y protección de los poderes públicos, incluso, cuando a la vida humana no se le reconoce, en ese caso concreto, la titularidad del derecho a la vida.

b) Una postura limitadora de la protección jurídica de la vida al ámbito propio del derecho a la vida pondría en cuestión las tesis abolicionistas de la **pena de muerte**. Limitada la tutela de la vida a la tutela de intereses subjetivos sería difícil argumentar la no aplicación de la pena de muerte a aquellos sujetos que, con claro desprecio de la vida de los demás, son autores de actos terroristas, sabotajes u otros actos delictivos que, por su naturaleza, causan la muerte de forma indiscriminada y provocan la consiguiente alarma social. Es frecuente que, cuando ocurren estos sucesos trágicos, se produzcan reacciones sociales inmediatas demandando la aplicación de la pena de muerte para los autores. En una confrontación objetiva entre los intereses meramente subjetivos del delincuente y los intereses de la comunidad salvajemente agredida difícilmente prosperarían los intereses de aquél respecto a los de la comunidad, salvo que se trascienda de una valoración meramente subjetiva y se considere el problema desde una perspectiva autónoma, donde entre en juego el respeto a la vida humana como un valor intrínseco e inviolable.

Los supuestos examinados y las soluciones adoptadas por el legislador, en

muy distintos países, revelan la existencia de una conciencia social que valora la vida humana, más allá de los intereses concretos del propio sujeto, como un **valor superior** de carácter autónomo y, por tanto, como un bien que merece protección, porque la vida humana -independientemente de quién sea su titular- tiene un valor intrínseco e inviolable⁽⁷⁾. Esta idea implica que la vida humana debe ser protegida, aún cuando esta protección no sea demandada por su titular, así como cuando el titular de la vida humana carezca del derecho a la vida, o cuando el comportamiento antisocial del titular ponga en conflicto sus intereses subjetivos y los intereses de la comunidad.

El valor intrínseco e inviolable de la vida humana constituye un elemento indispensable para la comprensión actual del derecho a la vida y de sus propios límites. Cabría decir que estamos en presencia de un elemento objetivo que se superpone y complementa la dimensión subjetiva del derecho a la vida, ampliando, por una parte, y limitando, por otra parte, ese interés subjetivo, bajo la pauta de un valor superior y objetivamente inviolable. En esta misma línea, hay que encuadrar la doctrina del Tribunal Constitucional que define el derecho a la vida, como la **proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana-**⁽⁸⁾, constituyendo el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

Este valor intrínseco y objetivo de la vida humana y su carácter inviolable exige la protección del derecho. Esta protección de la vida humana tiene una manifestación muy concreta en el derecho que se reconoce a toda persona humana a que se respete su vida; pero la protección jurídica de la vida humana no se agota en esta dimensión subjetiva, sino que abarca otras manifestaciones que complementan el ámbito de este derecho o, incluso, pueden entrar en colisión con él. Así, por una parte, se produce una posible ampliación del ámbito de protección a aquellos sujetos

tales, presenta agudísimo ejemplo la controversia sobre la eutanasia, provocada por el opúsculo de dos profesores alemanes -un jurista y un psiquiatra: Carlos Binding y Alfredo Hoche-, que con enérgico ademán reclaman que se autorice legalmente el exterminio de los enfermos y heridos incurables demandantes del fin de sus sufrimientos; de los imbéciles y dementes sin remedio, y de aquellos seres que, por enfermedad o accidente, hayan perdido el conocimiento y que al salir de su inconsciencia caerán en el más miserable estado. Todavía suenan en Europa los ecos de este folleto, escrito hace ocho años, contra cuya tendencia se ha levantado la voz serena de un anciano ejemplar: Enrique Morselli, que, en su ilustre libro *L'uccisione pietosa*, pone un acento de dulzura que gotea como bálsamo sublime en mitad del regazo egoísta de nuestra época» (JIMENEZ DE ASUA, L. Libertad de amar y derecho a morir, Madrid, 1928, pág. 21).

⁽⁶⁾ Entre los colectivos que han surgido en los últimos tiempos en defensa de la vida y de las condiciones sociales, económicas, sanitarias y medioambientales cabe destacar a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), que encierran movimientos de voluntarios preocupados por estos problemas.

⁽⁸⁾ Las tendencias legislativas despenalizadoras del aborto comenzaron a principios del siglo XX (Anteproyecto de Código Penal Suizo de 1916), apareciendo plasmadas en el Código Penal de Argentina (1922) y en los códigos rusos de 1922 y 1926. Estas primeras iniciativas han adoptado el sistema de indicaciones o supuestos y, a pesar de basarse en el argumento, muy en boga en esa época, de que el feto carece de personalidad y de derechos, la técnica legislativa despenalizadora del aborto se basa en el planteamiento tradicional de establecer con carácter general la tipificación delictiva del aborto, determinando supuestos excepcionales de despenalización del aborto.

(7) DWORKIN, R. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona 1994.

(8) STC, 53/1985, F.J. 3.

(9) «La información genética del ser humano está escrita en los cromosomas de sus células, que en número de 46 se disponen como 23 parejas. Cuando se fecunda un óvulo y se forma un cigoto, éste contiene los cromosomas del varón y de la mujer correspondiente, y se produce un programa genético que en la nueva célula inicia un proceso de desarrollo en distintas etapas que culmina en el individuo humano adulto y con su muerte. Al proceso biológico, en conjunto, se le denomina desarrollo» (Informe sobre Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «In vitro» y la inseminación artificial humanos, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, el día 10 de abril de 1986, págs. 45 y 46).

(10) *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1991, pág. 59.

que, sin ser titulares del derecho a la vida, son portadores de vida humana; por otra parte, se puede producir una limitación de las facultades inherentes al derecho a la vida, mediante la prohibición o la negativa a reconocer el derecho a la libre disposición de la vida (derecho a la propia muerte).

3. La protección jurídica de la vida humana

La vida humana -como ya hemos dicho- es un proceso dinámico que comienza en la concepción y concluye con la muerte. Este proceso constituye el ciclo vital de cada persona⁽⁹⁾.

El libre desarrollo de la vida humana exige un **deber de abstención** por parte de los poderes públicos y de los demás ciudadanos que deben respetar el libre desarrollo de ese proceso vital. Ciertamente, podrán existir interferencias externas, que pongan en peligro el desarrollo de este proceso, ya sea en forma de accidentes de la naturaleza o de acciones humanas, que pueden convertirse en agresiones a esa vida humana, causando el deterioro o, incluso, la destrucción anticipada de esa vida humana en relación con las pautas de su desarrollo biológico.

Frente a estas posibles agresiones, los poderes públicos deberán reaccionar adoptando medidas diversas. Aun cuando no se puedan evitar los accidentes naturales, es exigible a los poderes públicos que se adopten **medidas preventivas** tendientes a evitar o a paliar, al menos, los daños que tales accidentes puedan ocasionar a las personas. La respuesta, frente a comportamientos o conductas humanas que puedan atentar contra la vida humana, deberá ser, en unos casos, **preventiva** y, en otros, **represiva**, pues es, precisamente, ante este tipo de conductas cuando cobra pleno vigor el derecho a la vida. La protección penal del derecho a la vida se manifiesta en las diferentes legislaciones, mediante la regulación legal de los **delitos contra la vida** y su represión por el establecimiento de las sanciones penales correspondientes.

Es evidente que, así como nadie tiene derecho a ser concebido -un supuesto derecho a la vida previo a su concepción-, tampoco nadie tiene derecho a vivir cuando el propio proceso biológico ha llegado a su fin o cuando una interferencia natural lo ha precipitado. Sin embargo, sí es exigible el derecho a la vida frente a acciones o conductas humanas que atenten contra la vida humana. El titular del derecho a la vida podrá exigir a los demás que respeten su vida y a los poderes públicos que garanticen el respeto hacia la vida humana. Precisamente, el respeto a la vida humana -por su valor objetivo e intrínseco- ha movilitado a amplios sectores de opinión en una lucha decidida contra la pena de muerte, de tal manera que, trascendiendo la dimensión subjetiva de la vida (el posible comportamiento execrable de un sujeto), se sostiene que nadie puede ser privado de la vida.

La colisión entre el derecho a la vida y la pena de muerte se va resolviendo, en numerosos países, optando por la supremacía del derecho a la vida y la paulatina abolición de la pena de muerte. En realidad, «parece un absurdo -como dijo BECCARIA- que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar a los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato»⁽¹⁰⁾.

La protección del derecho a la vida, finalmente, se ha enriquecido con la aparición, en los últimos tiempos del Estado de Bienestar o Estado social de Derecho que ha subrayado la dimensión prestacional del Estado. El deber del Estado y de los poderes públicos, en general, de respetar y proteger la vida humana se complementa con una nueva dimensión: la idea de que el derecho a la vida se refiere a un modo de vivir humano, que exige la aportación de los recursos económicos necesarios para que se hagan efectivos los derechos sociales y económicos, reconocidos en numerosas declaraciones internacionales y en las constituciones más avanzadas, pues el derecho a la vida no puede circunscribirse a la mera subsistencia.

4. La autonomía procreativa

Las anteriores consideraciones, centradas en el valor intrínseco de la vida humana y su consiguiente protección jurídica, inciden directamente en las relaciones interpersonales (protección de la vida humana por los poderes públicos frente a los demás) y en las relaciones intrapersonales (protección de la vida humana por los poderes públicos frente a sí mismo). Esta última cuestión suscita la problemática del suicidio y de la eutanasia, cuestión de gran actualidad, pero a la que no vamos a referirnos en el presente estudio.

En estas páginas pretendemos analizar el problema de las relaciones interpersonales centradas en un momento y en una situación muy concreta: la protección jurídica de la vida dependiente (nasciturus) y la autonomía procreativa de la madre, es decir, la cuestión del aborto voluntario. Es evidente que la mera mención de los términos del problema requiere una precisión previa. Nada tenemos que añadir, por el momento, respecto a la protección de la vida del nasciturus, cuestión a la que nos hemos referido anteriormente; pero, sí parece necesario detenernos en el otro término de la cuestión: la autonomía procreativa.

¿Existe un derecho a la procreación?, ¿es posible identificar un derecho que comporte la libertad de decisión de procrear o no procrear, de prevenir la procreación o de destruir lo procreado?. Aunque la posible existencia de este derecho haya podido plantearse con anterioridad, han sido los descubrimientos de las técnicas de reproducción asistida, así como la despenalización de procedimientos preventivos, especialmente, la regulación y promoción de métodos anticonceptivos, los agentes desencadenantes de una cuestión que ha pasado de plantearse en sede teórica a formularse en documentos internacionales: ¿existe un derecho a la reproducción humana?

La pregunta aparece íntimamente ligada a la superación de un principio tradicional que establecía una relación

inescindible entre sexualidad y reproducción. La mentalidad actual y la legislación vigente han quebrado este principio en una doble dirección: a) por una parte, reconociendo la **sexualidad sin reproducción**, a través de la admisibilidad de procedimientos y medidas preventivas anticonceptivas (naturales, bioquímicas-antovulatorios y espermicidas- y mecánicas -aisladores y dispositivos intrauterinos-), así como la esterilización masculina y femenina. Aunque se suele incluir en este apartado el aborto voluntario, habría que matizar esta inclusión, ya que, en este supuesto, técnicamente no se produce la ruptura de la relación sexualidad-reproducción, pues la procreación ya se ha producido y lo que se pretende con el aborto es su interrupción, mediante la destrucción del embrión o del feto; b) por otra parte, el principio citado también ha sido superado por el descubrimiento de nuevas técnicas que hacen posible la **reproducción sin sexualidad**, mediante las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro, maternidad por sustitución).

Hasta 1978 la legislación española incluía en el catálogo de delitos contra las personas: la fabricación, indicación, expendición, facilitación y publicidad de medicamentos, sustancias, aparatos, medios o procedimientos capaces de evitar la procreación, así como cualquier género de propaganda anticonceptiva (arts. 415 y ss. del Código Penal). La Ley 45/1978, de 7 de octubre derogó estos preceptos y despenalizó dichas acciones. A su vez el Real Decreto 3033/1978 procedió a la regulación de la prescripción, dispensación y expendición de estos productos que, en el supuesto de que no cumplieran los requisitos legales, pasarían a convertirse en delitos contra la salud pública; esta calificación ha desaparecido en el Código Penal vigente⁽¹⁾.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida regula las diversas técnicas de reproducción humana asistida hasta hoy conocidas, en concreto, la inseminación ar-

⁽¹⁾ La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal regula los delitos contra la salud pública en el Título XVII, dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, en los artículos 359 al 378. En ninguno de ellos se regula dicha figura delictiva, si bien podría ser encuadrado en supuestos más genéricos contemplados en dichos artículos.

⁽¹²⁷⁾ ROMEO CASABONA, C. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, 1994, p. 234.

⁽¹²⁸⁾ GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, p. 41. Un planteamiento semejante puede verse en ROMEO CASABONA, C., o.c., pp. 119 ss.

⁽¹²⁹⁾ Es significativa a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Roe vs. Wade* (1973), en la que se reconoce un derecho al aborto, pero limitado.

⁽¹³⁰⁾ o.c., p. 219.

⁽¹³¹⁾ Un análisis detenido y crítico de estos documentos puede verse en VEGA GUTIERREZ, A., *Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?*. Comunicación presentada al Symposium *Evangelium Vitae and Law*, Ciudad del Vaticano, 23-25 de mayo de 1996.

tificial y la fecundación in vitro, prohibiendo la gestación subrogada o por sustitución; se admite, en cambio, el acceso a estas técnicas de la mujer «completamente sola»⁽¹²⁾. Precisamente, a propósito de estos dos últimos supuestos, la Exposición de Motivos de esta Ley los menciona como «posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación y si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger». Sin responder directamente al interrogante planteado, el legislador declara que, «desde el respeto de los derechos de la mujer a fundar su propia familia, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su **voluntad de procrear** y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

El legislador español elude pronunciarse expresamente, en esta ocasión, acerca de la existencia y consiguiente reconocimiento de un derecho a la reproducción humana, si bien garantiza la **voluntad de procrear** de la mujer sola, permitiéndole el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Este reconocimiento es justificado por el legislador en el derecho de la mujer a fundar una familia de la forma que considere libre y responsablemente. Esta declaración, por otra parte, aunque no se menciona expresamente, parece apoyarse en el artículo 39 de la Constitución que garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

El derecho a fundar una familia constituye uno de los derechos básicos en los que se apoya la doctrina para fundamentar el derecho a la procreación. Ante la ausencia de un reconocimiento expreso de este derecho a nivel constitucional, legal e, incluso, internacional, en sede doctrinal se ha intentado configurar la existencia de este derecho fundándolo en la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, en el derecho a la intimidad personal y familiar, en el derecho al matrimonio, en

la protección de la familia y en el derecho a fundar una familia⁽¹³⁾.

Precisamente, el derecho a la intimidad, en su versión anglosajona de privacidad, ha servido a la jurisprudencia norteamericana para fundamentar el derecho a la procreación, extendiéndolo, incluso, al supuesto del aborto. El problema se ha suscitado ante el Tribunal Supremo a propósito de la competencia de los Estados para prohibir el aborto. El Tribunal denegó a los Estados esa competencia, puesto que se trata de una cuestión que afecta a la **privacidad** de la mujer; por supuesto se trata de un derecho que no es absoluto y, por consiguiente, deberá ejercerse de acuerdo con la regulación legal correspondiente⁽¹⁴⁾.

Comentando la jurisprudencia norteamericana sobre esta cuestión y, en concreto, la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Roe vs. Wade*, DWORKIN plantea la cuestión de la autonomía procreativa y deduce de la citada sentencia las siguientes cosas: «En primer lugar, reafirmó el derecho constitucional de la mujer embarazada a la autonomía procreativa, y declaró que los Estados no tienen el poder de prohibir el aborto en cualquier sentido que lo deseen. En segundo lugar, sin embargo, reconoce a los Estados su legítimo interés en regular el aborto. En tercer lugar, construyó un régimen detallado para armonizar ese derecho y ese interés: declaró, en síntesis, que los Estados no pueden prohibir el aborto por razón alguna en el primer trimestre del embarazo, y que solo pueden regular el aborto en el segundo trimestre en consideración de la salud de la madre y, finalmente, que pueden ilegalizar el aborto totalmente cuando el feto se ha transformado en un individuo viable, esto es, en el tercer trimestre del embarazo»⁽¹⁵⁾.

No obstante, la elaboración de un elenco de derechos relacionados con la autonomía procreativa se ha realizado recientemente en las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la IV Conferencia sobre la Mujer (Pekín, 1995)⁽¹⁶⁾. Después de

afirmar que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos ya reconocidos en documentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, en la Conferencia del Cairo se describieron los siguientes derechos:

a) el derecho de las parejas e individuos a decidir libre e irresponsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello;

b) el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva;

c) el derecho a adoptar decisiones sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Este conjunto de derechos se integra en la denominada **salud reproductiva**, que se define en los siguientes términos:

a) toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de una ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos;

b) la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad de hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia;

c) esta última condición lleva implícitos otra serie de derechos:

- el derecho a obtener información

- el derecho de planificación familiar (utilización de métodos de regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables)

- el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan los embarazos y los partos sin ries-

gos y ofrezcan las máximas posibilidades de obtener hijos sanos.

Por último, la atención a la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

Las anteriores consideraciones nos permiten extraer algunas conclusiones en relación con el estado actual de la cuestión examinada, es decir, en torno al concepto y vigencia de la autonomía procreativa:

a) No existe una regulación legal, constitucional o internacional que reconozca expresamente el derecho del hombre y de la mujer -ya sea en pareja o individualmente- a la reproducción humana;

b) La ausencia de esta regulación no excluye la posibilidad de una progresiva configuración de este derecho, tal y como se viene intentando desde la doctrina, la jurisprudencia norteamericana o las conferencias internacionales;

c) El contenido de este derecho se referirá, en todo caso, a la libertad de decisión del hombre y de la mujer de aceptar o rechazar la procreación, poniendo los medios necesarios orientados a posibilitar la procreación o a evitar la procreación. El contenido de este derecho no podrá ser la procreación efectiva, sino la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, independientemente de su resultado final;

d) En sentido positivo, el ejercicio de este derecho supondrá la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo con las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso de las técnicas de reproducción humana asistida;

e) En sentido negativo, el ejercicio de este derecho abarcará desde la abstención sexual hasta la limitación reproductiva de la actividad sexual, mediante el uso de los procedimientos preventivos de la natalidad legalmente admitidos;

f) Al margen de estas medidas, parece necesario valorar el aborto como una figura autónoma no reconducible a los supuestos y medidas preventivas antes señaladas. La presencia de un *tertium*, es decir, la existencia de vida humana dependiente -aunque no sea sujeto de derecho- suscita una profunda polémica sobre el alcance de la protección jurídica de la vida humana y, por tanto, de los límites de la autonomía procreativa en un supuesto -el abortonetamente distinto de las medidas preventivas. En este caso se plantea el ámbito de la libertad de decisión de los padres respecto a la aceptación o rechazo de un hijo ya concebido;

g) Dado el contexto en que se produce la aparición y defensa de estos derechos, en el que se manifiesta como protagonista principal la mujer, hay que hacer notar que, si bien estos derechos se reconocen a la pareja, sin embargo, en caso de discrepancia, prevalece la decisión de la mujer. De esta manera, el hombre no puede hacer prevalecer su decisión sobre la de la mujer, tanto respecto a la concepción o anti-concepción, e, incluso, una vez producida la concepción, sobre que prosiga o se interrumpa la gestación.

La autonomía procreativa, concebida como un derecho a la reproducción, es, en cualquier caso y como todos los derechos, un derecho limitado y no un derecho absoluto. Esta limitación se hace más patente todavía cuando el ejercicio de este derecho colisiona con un *tertium* que, sin ser titular de derechos todavía, se presenta ya como vida humana dependiente, pero individualizada. El conflicto entre la **autonomía procreativa**, que se sitúa en el ámbito de la privacidad de la mujer, y la previsible intervención de los poderes públicos, en orden a la **protección de la vida hu-**

mana del nasciturus, constituye un problema crucial en el ámbito del derecho, al que vamos a prestar nuestra atención en las páginas que siguen.

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ABORTO

5. La despenalización del aborto

El artículo 15 de la Constitución vigente declara que: «todos tienen derecho a la vida...Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra». Garantiza este precepto el derecho a la vida y, al mismo tiempo, declara la abolición de la pena de muerte. Este precepto se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en las Constituciones de la República Federal de Alemania y en la de Portugal. Su interpretación, sin embargo, ha sido controvertida, desde el mismo debate constituyente, centrándose las cuestiones conflictivas en los dos momentos liminares de la vida humana: su **inicio** y su **término**.

La despenalización del aborto, la legalización de la eutanasia, la supresión de la pena de muerte, incluso en tiempo de guerra, son cuestiones que han pasado del debate doctrinal a las Cámaras legislativas. La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, despenalizó el aborto en determinados supuestos. El nuevo Código Penal, si bien conserva la tipificación delictiva de la eutanasia activa, reduce, sin embargo, su sanción penal. Finalmente, la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, prohíbe la aplicación de la pena de muerte, incluso, en tiempos de guerra.

La expresión **todos**, introducida en el texto constitucional, con la pretensión de ampliar la titularidad del derecho a la vida a los **no nacidos**, no ha evitado la regulación legal del aborto y un amplio debate parlamentario sobre el mismo, que no ha concluido todavía, pues con posterio-

dad se han presentado diversas iniciativas parlamentarias para ampliar los supuestos despenalizados e, incluso, para introducir el sistema de plazos. No obstante, a raíz del debate del primer proyecto de ley despenalizadora del aborto se hizo uso del recurso previo de inconstitucionalidad contra el mismo, dando lugar al consiguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

No ha sido, sin embargo, la ley despenalizadora del aborto la única norma legal que se ha ocupado de la fase inicial de la vida. La ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida se ha referido detenidamente a esta cuestión, sentando algunos principios importantes sobre el particular.

En la Exposición de Motivos de esta Ley, se advierte que, «con frecuencia se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se ha hecho de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1046, de 1986».

Siguiendo este criterio, el legislador describe tres etapas en el proceso embrionario: a) generalmente se viene aceptando el término **preembrión** para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero -acabado el proceso de implantación que se inició días antes-, y aparece en él la línea primitiva⁽¹⁷⁾; b) por **embrión** propiamente dicho se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de dos meses y medio y más⁽¹⁸⁾; c) Finalmente, por **feto**, como fase más

avanzada del proceso embriológico, se conoce el **embrión** con apariencia humana y sus órganos humanos que maduran paulatinamente para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

Formulado así el proceso embrionario, el legislador argumenta que si se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, también su valoración desde la ética y su protección jurídica deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones⁽¹⁹⁾. Esta afirmación se complementa con una remisión a la sentencia 25/2/75 del Tribunal Constitucional alemán que dice lo siguiente: «según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación».

No es nuestra intención entrar en el debate científico sobre las cuestiones biológicas planteadas. Nos interesa únicamente resaltar que para el legislador español existe vida humana a partir del día 14 de la fecundación, es decir, desde la aparición del **embrión** propiamente dicho y que esta vida humana merece protección jurídica. Apreciación coincidente con la doctrina del Tribunal Constitucional que, aún no reconociendo al **nasciturus** la titularidad del derecho a la vida, proclama que «la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección»⁽²⁰⁾.

La interpretación del derecho a la vida, garantizado en el artículo 15 de la Constitución, realizada, tanto por el Tribunal Constitucional, en cuanto legítimo intérprete de la misma, como por el legislador ordinario, a través de las leyes de desarrollo de dicho precepto, coinciden en sentar los siguientes principios: a) el **nasciturus**, aún sin ser titular del derecho a la vida, debe ser protegido jurídicamente; b) el titular del derecho a la vida carece del derecho a la muerte y, por tanto, no puede invocar el apoyo del poder público para poner fin a su vida.

⁽¹⁷⁾ Esta terminología ha sido adoptada también por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia.

⁽¹⁸⁾ «Se corresponde esta fase con la conocida como de **embrión post-implantatorio**, a que hace referencia el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para el estudio de las Posibilidades y Riesgos de la Tecnología Genética presentado como Documento 10/6775, de 6 de enero de 1987. Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado in vitro más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida Recomendación 1046 del Consejo de Europa, en el Documento del CAHBI o Comité ad hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas, de 5 de marzo de 1986 (Principio 18, variante 2D), en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno el 10 de abril de 1986, y en otros Informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico» (Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 25 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, II).

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ STC, 53/1985, FJ. 6°.

⁽²¹⁾ Esta regla jurídica ya está recogida en Las Partidas donde se dice que: «de mientras que estoviere la criatura en el vientre de su madre toda cosa que se faga o diga a pro de ella, aprovechese ende, bien así como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas no le empesce»

⁽²²⁾ Este precepto fue rectificado por la Ley 9/1985, de 5 de julio, siguiendo las indicaciones del Tribunal Constitucional.

⁽²³⁾ STC. 53/1985, F.J. 1°.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

Ciertamente, los principios legales enunciados no son absolutos, por lo que a la hora de su aplicación concreta, en supuestos controvertidos de colisión de derechos, no conservarán su intangibilidad originaria. Pero, parece oportuno tener clara la posición del legislador sobre este momento liminar de la vida humana, antes de que el conflicto de bienes jurídicos y la posible solución legal oscurezca la postura legal previa.

El legislador español ha venido otorgando tradicionalmente protección jurídica al concebido no nacido, tanto en la legislación civil como en la legislación penal. Así, aún cuando el Código civil establece que «el nacimiento determina la personalidad» (artículo 29) y añade que, para que el feto se reputa nacido, se requerirá que tenga figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (artículo 30), sin embargo, se reconoce que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones antes señaladas⁽²¹⁾.

La ley penal, por su parte, tipifica como delito el aborto (artículos 144 y ss. del Código Penal), si bien la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal despenaliza el aborto voluntario en determinados supuestos. Precisamente, esta actitud del legislador de privar al nasciturus de protección penal, en esos supuestos, motivó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelto por la Sentencia 53/1985 de este Alto Tribunal.

El objeto del recurso fue la supuesta inconstitucionalidad del art. 417 bis del Código Penal, según la redacción del Proyecto de Ley Orgánica de 23 de febrero de 1983, aprobado por el Pleno del Congreso el 6 de octubre de 1983 y por el Pleno del Senado el 30 de noviembre de 1983, cuyo contenido era el siguiente:

«El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consen-

timiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la interesada. 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art.429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado. 3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las primeras veintidós semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada»⁽²²⁾.

El aborto plantea un caso límite en el ámbito del derecho⁽²³⁾. Se trata del conflicto entre la madre y el hijo concebido, una relación difícilmente accesible para el operador jurídico, dada la singularidad de los elementos en juego: la maternidad y la privacidad, por una parte, y la protección de la vida humana, por otra. La mujer, dotada por la naturaleza de los recursos biológicos y afectivos para asumir la maternidad, con el sacrificio físico y psíquico que conlleva albergar una vida ajena en su propio cuerpo, soportando las incidencias del proceso embrionario; sin embargo, en el supuesto del aborto consentido, la madre quiebra el pacto con la naturaleza y rechaza al hijo concebido. ¿Se puede obligar a la mujer a soportar el embarazo contra su propia voluntad? ¿La maternidad es una materia que recae en el ámbito de la privacidad?

El juzgador constitucional, al valorar esta situación, insiste en señalar que: «...el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social»⁽²⁴⁾ y añade, a esta dificultad de comprensión y calificación jurídica, el hecho de que se trata de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, cul-

turales y sociales. Todavía cabría agregar a esta situación excepcional alguna consideración respecto a la idoneidad de la técnica penal utilizada, pues, en opinión del intérprete constitucional, los supuestos aludidos podrían haber tenido un encaje previo en las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el artículo 8 del Código Penal y que pueden regir, en su caso, respecto del delito de aborto⁽²⁵⁾.

El conflicto entre la madre y el hijo no nacido, trasladado al campo del derecho, plantea inicialmente la cuestión de determinar los bienes jurídicos en conflicto. El debate se ha centrado en la discusión acerca de si el nasciturus tiene derecho a la correspondiente protección jurídica o carece de ella al no ser persona y, por tanto, es incapaz de ser titular de derechos. En cambio, se ha profundizado menos en la posición jurídica de la mujer en este conflicto. ¿La maternidad es una materia que afecta a la vida privada de la mujer? ¿Tiene la mujer autonomía procreativa? El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la primera cuestión -los derechos del nasciturus-, pero, ni siquiera se ha planteado los posibles derechos de la mujer en el plano procreativo (libertad y privacidad)⁽²⁶⁾, invocando, en cambio, otros derechos (derecho a la vida, dignidad personal, libre desarrollo de su personalidad, integridad física y moral, derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal) para resolver los supuestos conflictivos motivo del recurso.

Aún reconociendo que la vida es un concepto indeterminado, el TC la califica como un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente forma humana, y que termina con la muerte⁽²⁷⁾. Una consecuencia importante de este proceso vital es el hecho de que la gestación genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. A lo largo de este proceso vital y en relación con la individualización del nasciturus, hay

que destacar dos momentos relevantes: el **nacimiento**, ya que significa el paso de una vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad y, en un momento previo, el **momento** a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es de adquirir **plena individualidad humana**⁽²⁸⁾.

No precisa la sentencia cuál es ese momento en el proceso embrionario, pues la individualidad humana, según los criterios antes expuestos, se alcanzaría con la aparición del embrión -a partir de los catorce días de la fecundación-, mientras que la plena viabilidad del feto independiente o fuera del claustro materno no parece posible hasta después de transcurridos seis meses de gestación. Parece, no obstante, a juzgar por las conclusiones posteriores, que la sentencia quiere referirse al primer momento, es decir, a la aparición del embrión.

¿Qué protección jurídica merece esa vida humana individualizada? ¿Es titular del derecho a la vida? El TC no encuentra ningún argumento, ni en el derecho español, ni en el derecho comparado, para afirmar tal cosa, por lo que declara que al nasciturus no le corresponde la titularidad del derecho a la vida, si bien no tiene inconveniente en reconocer que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección⁽²⁹⁾.

El fundamento de esta protección -según la sentencia- se encuentra en el hecho de que la Constitución protege la vida humana y, por tanto, no puede desprotegerla en aquella etapa de un proceso que no solo es condición necesaria para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma. Hay en este razonamiento -como se podrá observar- una aparente paradoja. Por una parte, el intérprete constitucional excluye al nasciturus del amparo que otorga el artículo 15 de la CE a los titulares del derecho a la vida, por lo que, siendo el contenido de este precepto únicamente el derecho a la vida,

(25) La doctrina penalista era mayoritariamente contraria a esta solución, reclamando una regulación de las causas de justificación específicas, por considerar insuficiente el catálogo general de eximentes del Código Penal (ROMEO CASABONA, o.c., p. 311). Sobre el aborto y el estado de necesidad v. LAURENZO CAPELLO, P. La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico, en La evolución del derecho en los diez últimos años, Málaga, 1992, pp. 331 ss.

(26) Esta es, por ejemplo, la cuestión central del problema del aborto en los Estados Unidos, que se puede resumir en la siguiente frase del Juez BRENNAN: «si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones del Gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o tener un hijo».

(27) STC. 53/1985, FJ. 3º.

(28) STC. 53/1985, FJ. 6º.

(29) *Ibidem*.

(30) STC. 53/1985, F.J. 5º.

(31) *Ibidem*

(32) STC. F.J. 7º

(33) STC. F.J. 12º

sería lógico pensar que la negativa a reconocer al nasciturus como titular de este derecho conllevaría la exclusión de cualquier tipo de protección jurídica para el nasciturus. Sin embargo, el TC, amparándose en el mismo precepto, encuentra un motivo para fundamentar la protección jurídica en el hecho de que el nasciturus es un momento de la vida humana y, por tanto, la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un **valor fundamental -la vida humana-** garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un **bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional**»⁽³⁰⁾.

La sentencia descubre en el artículo 15 de la CE dos contenidos distintos, aunque estrechamente relacionados: a) el **derecho a la vida** como un derecho fundamental, cuyos titulares son las personas físicas, de acuerdo con la regulación iusprivatista de los artículos 29 y 30 del Código civil; b) **la vida humana como un valor fundamental** y, por tanto, como bien jurídico merecedor de protección. Esta interpretación parece abrir paso al reconocimiento constitucional del valor intrínseco e inviolable de la vida humana, es decir, el carácter autónomo y objetivo de este valor fundamental frente al carácter derivado y subjetivo del derecho a la vida, tal y como hemos expuesto en páginas anteriores.

Esta interpretación del juzgador constitucional parece, sin embargo, más intuitiva que argumentativa, pues, para llegar a esta conclusión, recurre al debate parlamentario de la ley, de donde deduce que «el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental»⁽³¹⁾.

El reconocimiento constitucional de la vida humana como un valor fundamental, en razón de su valor objetivo, intrínseco e inviolable, constituye el fundamento de la protección jurídica reconocida al nasciturus, a pesar de no ser titular del derecho a la vida. Esta protección jurídica im-

pone a los poderes públicos dos obligaciones: la de **abstenerse** de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de **establecer** un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma⁽³²⁾. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que imponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto⁽³³⁾.

Tras analizar la situación jurídica del nasciturus y llegar a la conclusión de que es merecedor de protección jurídica, el intérprete constitucional no realiza un esfuerzo semejante respecto a los derechos y libertades de la mujer en relación con la maternidad y, en concreto, si le asiste el derecho a decidir sobre el proceso procreativo (autonomía procreativa) y si dicho proceso debe quedar subsumido en el ámbito de la privacidad de la mujer, debiendo inhibirse los poderes públicos de intervenir en el mismo. Cualquiera que fuese la conclusión del Tribunal, el análisis de estas cuestiones sería de una importancia decisiva para una mejor comprensión de los problemas subyacentes en la polémica sobre el aborto.

Obviada esta cuestión, la sentencia comentada se introduce en la compleja cuestión de los supuestos continuos, objeto de despenalización por el legislador en la ley recurrida, advirtiendo que se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllas, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que tal prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no solo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordena-

miento constitucional³⁵⁴). Desde esta perspectiva, sin embargo, se reconoce que el legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos³⁵⁵.

Tras sentar estos presupuestos básicos, el juzgador examina cada uno de los tres supuestos legales controvertidos para decidir sobre su congruencia o no con la Constitución.

6. El aborto terapéutico

Regulado en el art. 417 bis, 1 del Código Penal, entonces vigente, contempla los siguientes supuestos; el grave peligro para la vida de la madre y el grave peligro para su salud:

El aborto no será punible... cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

El conflicto entre la **vida de la madre** y la **vida del nasciturus** lo resuelve la sentencia, alegando que «si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida...; por consiguiente resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre»³⁵⁶.

Este primer supuesto valora la confrontación de dos bienes jurídicos equivalentes, que tienen un denominador común: la vida humana. Estando en juego la vida humana es evidente que este supuesto nos sitúa en una situación típica de legítima defensa, que encuadraría la actitud de la madre -en la defensa de su vida- en una circunstancia eximente de responsabilidad. No se trataría, por tanto, de entrar en la valoración de cuál de los dos bienes jurídicos es superior y debe prevalecer, sino de justificar una conducta que, atentando contra un bien

jurídico merecedor de protección jurídica, queda exenta de responsabilidad al defender -en legítima defensa- su propia vida. El juzgador, sin embargo, prefiere entrar en la valoración de los bienes jurídicos en juego y confiere una situación de prevalencia a la vida de la madre. Es probable que esta prevalencia la deduzca el juzgador del hecho de que la vida de la madre estaría garantizada por el derecho a la vida, mientras que la vida del nasciturus gozaría de una protección jurídica menor, derivada de la consideración de la vida como un valor fundamental. El camino, en cualquier caso, no parece muy afortunado como se podrá comprobar en el análisis de los supuestos siguientes.

La confrontación entre la **salud de la madre** y la **vida del nasciturus** es resuelta en la sentencia otorgando prevalencia a la salud de la madre, lo que «tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada»³⁵⁷. El argumento invocado en esta ocasión no parece razonable, porque la pretensión de otorgar prevalencia a la salud de la madre sobre la vida del nasciturus parte de un supuesto equívoco, porque la vida, como bien jurídico, debe ser superior a la salud, en cuanto bien jurídico. Por tanto, confrontar directamente ambos bienes jurídicos debe dar como resultado siempre otorgar la prevalencia a la vida sobre la salud. Una cuestión distinta -no de prevalencia, sino de justificación- sería justificar una conducta y eximirla de la consiguiente represión penal cuando se produzca «la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud».

Hacer prevalecer la salud de una persona sobre la vida de otra parece una solución inadecuada. La gravedad de la salud puede poner en peligro la vida humana, en cuyo caso atentaría contra el derecho a la vida, pero no siempre la gravedad de la salud supone poner en grave riesgo la vida, por lo que declarar, en cualquier caso, la prevalencia de

³⁵⁴ STC. F.J. 9º

³⁵⁵ *Ibidem*

³⁵⁶ STC. F.J. 11º

³⁵⁷ *Ibidem*

la salud sobre la vida del nasciturus parece establecer una comparación entre bienes no homologables, por lo que la solución resulta viciada en raíz. Cuestión distinta sería si, en lugar de establecer criterios de prevalencia, se establecieran criterios de exención de responsabilidad penal. El camino elegido de confrontar bienes jurídicos no parece que, en este caso, sea el más idóneo; en la práctica ha resultado que el 95% de los abortos legales practicados en clínicas privadas lo ha sido alegando enfermedad psíquica de la madre. Un trastorno psíquico de la madre resulta a la postre más valioso (prevalece) que la vida del nasciturus. La protección jurídica que el propio Tribunal ha reivindicado y proclamado para el nasciturus comienza con este supuesto un debilitamiento progresivo dejándola prácticamente sin contenido.

7. El aborto ético

El segundo supuesto examinado dice así: **2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.**

La constitucionalidad de este precepto se justifica con la siguiente argumentación: «Baste considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexistente; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el

de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos»⁽³⁸⁾

El juzgador justifica la constitucionalidad de este precepto invocando la lesión de diversos derechos de la mujer (integridad física y moral, honor, propia imagen, intimidad personal, dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad). La lesión de estos derechos se relaciona con el «consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación» y que, en este caso, se concreta en el hecho de «dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos». Hay en esta argumentación un cambio de discurso respecto al primer supuesto, sustituyendo el sistema de confrontación de bienes jurídicos por el de la justificación de la conducta despenalizada.

El argumento, en este caso, se centra en la libertad de procreación. ¿Se debe asumir -existe obligación jurídica- la procreación no consentida?. La respuesta negativa que da el juzgador se basa en que la relación sexual causante de la concepción se realiza contra la voluntad de la mujer, por lo que, al no existir consentimiento, tampoco surgirá la subsiguiente obligación. A sensu contrario, la anterior afirmación podría significar que cualquier relación sexual consentida comporta un consentimiento tácito de la previsible concepción o procreación. La autonomía procreativa se agotaría, así, en la propia relación sexual, comprometiendo, de esta manera, la legalidad de cualquier método anticonceptivo o abortivo.

La respuesta del TC plantea, más allá de la propia intención del juzgador, una cuestión de mayor calado y de mayor interés para una comprensión adecuada del problema del aborto. ¿La aceptación de una relación sexual implica el otorgamiento del consentimiento para la reproducción y para asumir las obligaciones derivadas de la misma?. ¿La autonomía procreativa se agota en el momento de la relación sexual o existe un

espacio temporal en el que es posible deliberar sobre la aceptación o no de esta obligación?. El Tribunal no entra a valorar esta cuestión; por nuestra parte, intentaremos abordar esta cuestión más adelante al examinar el llamado sistema de plazos.

8. El aborto eugenésico

Se contempla este supuesto en el apartado 3 del art. 417 bis del Código Penal derogado, que exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: **Que sea probable que el feto haya de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.**

El fundamento de la constitucionalidad de este supuesto, que -según el TC- incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta, que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y, especialmente, la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales, que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación y a eliminar la inseguridad que, inevitablemente, ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva⁽³⁹⁾.

La argumentación del juzgador constitucional abre las puertas a dos escenarios posibles: a) se trata de una situación límite, es decir, de un estado de necesidad, en cuyo caso la ausencia de represión penal ya está prevista en nuestra legislación; b) se está refiriendo a un reconocimiento solapado del derecho de la madre a proseguir o no la procreación (autonomía procreativa),

condicionado, en este caso, a la aceptación o rechazo de las taras físicas o psíquicas del feto.

El juzgador prefiere acogerse al primer supuesto, ponderando las situaciones sociales y económicas de los padres excepcionales y la ausencia de ayudas estatales y sociales. Esta opción, sin embargo, limitaría la vigencia del aborto eugenésico a casos muy concretos, en los que sería necesario probar la concurrencia de las circunstancias descritas en la sentencia; por otra parte, tendría carácter transitorio, ya que, «en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social...se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización»⁽⁴⁰⁾.

La argumentación de la sentencia nos lleva a la conclusión de que una familia acomodada y psicológicamente estable no podría acogerse a este supuesto legal, dado que el fundamento del mismo no parece ser el problema eugenésico del feto, sino la situación económica y psicológica de los padres. La ley, en cambio, ni hace estas valoraciones, ni establece otras limitaciones que la comprobación de la situación física o psíquica del feto. Por todo ello, y a pesar del argumento del intérprete constitucional, el fundamento de este supuesto legal habrá que encontrarlo, más bien, en una cierta reminiscencia de la selección eugenésica⁽⁴¹⁾ y en una cierta apertura al reconocimiento de la autonomía procreativa, aunque limitada a supuestos concretos.

III. AUTONOMIA PRO-CREATIVA Y ABORTO

9. Consideraciones previas

La sentencia comentada declara la constitucionalidad de los supuestos de hecho despenalizados por el legislador, exigiendo, sin embargo, la adopción de una serie de medidas y de garantías⁽⁴²⁾,

⁽³⁹⁾ *Ibidem*

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*

⁽⁴¹⁾ JIMENEZ DE ASUA, o.c., pp. 21 ss.

⁽⁴²⁾ STC. 53/1985.

⁽⁶³⁾ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

⁽⁶⁴⁾ Votos particulares de los magistrados D. Luis Díez Picazo, D. Francisco Tomás y Valiente y D. Francisco Rubio y Llorente.

⁽⁶⁵⁾ Voto particular del magistrado D. Luis Díez Picazo.

⁽⁶⁶⁾ Voto particular del magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, 6º b.

⁽⁶⁷⁾ Voto particular del magistrado D. Francisco Rubio Llorente, último párrafo, in fine.

⁽⁶⁸⁾ o.c., p. 103.

⁽⁶⁹⁾ o.c., p. 104.

que ha obligado al legislador a modificar el texto legal recurrido⁽⁴³⁾. Esta decisión del Tribunal ha sido criticada por varios magistrados que, a través de sus votos particulares⁽⁴⁴⁾, han cuestionado la competencia del Tribunal para formular este tipo de observaciones al legislador. Así, se ha afirmado que no es «función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla»⁽⁴⁵⁾, ni corresponde a la jurisdicción constitucional «decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo»⁽⁴⁶⁾.

Igualmente críticos han sido los magistrados discrepantes respecto a otras dos cuestiones: a) la interpretación de la vida humana como un **valor fundamental**; b) la ausencia de un análisis más profundo sobre la **libertad de la mujer** y, en concreto, en relación con los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad, que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas, «cuya dignidad... al parecer ha de seguir siendo protegida por el tradicional procedimiento de considerar delictivo todo aborto, sean cuales fueran sus circunstancias»⁽⁴⁷⁾.

Al hilo de estas valoraciones, nos parece oportuno traer a colación las reflexiones que, sobre esta cuestión, formulaba hace casi setenta años el profesor Jiménez de Asúa y que concretaba en la siguiente pregunta: «¿Puede la mujer en el ejercicio de su derecho a ser madre conscientemente, hacerse abortar cuando no desee la maternidad o quiera poner término al número de sus hijos?» Esta es la pregunta que, tal vez, debería haberse planteado el Tribunal Constitucional para intentar situar la cuestión del aborto fuera de su campo habitual -el penal- y afrontarlo desde la perspectiva de las libertades públicas.

¿Tiene derecho la mujer a la autonomía procreativa? ¿Puede decidir libremente, en cualquier momento, sobre su maternidad o está limitada a determinados supuestos y plazos concretos?.

Jiménez Asúa contesta a la pregunta que se ha formulado y admite que no se atreva a dar una respuesta positiva: «Confieso que no me atrevo a ir tan lejos. Antes he repudiado la esterilización femenina enderezada a estos fines y ahora rechazo el aborto por razones que me parecen potentísimas»⁽⁴⁸⁾. El argumento en que se basa el ilustre jurista no es teológico, ni filosófico, ni siquiera jurídico; es, simplemente, un argumento sociológico: «En la mayoría de los pueblos, y en España más concretamente, el aborto se mira como un hecho reprochable. Las madres que no quieren ser madres pueden acudir a otros medios, pero concebido el ser no debe autorizarse su destrucción más que en los casos estudiados, en que se reclama por una necesidad salutarífica o por móviles sentimentales de una poderosa índole. Salvo en estas hipótesis extremas, el aborto debe ser castigado»⁽⁴⁹⁾.

A lo largo de estos últimos setenta años, la mentalidad social ha cambiado, por lo que el argumento sociológico, invocado por Jiménez de Asúa, tal vez resulte insuficiente para explicar la vigencia del aborto como delito y la actitud del legislador y la del propio Tribunal Constitucional de no atreverse a ir más lejos de los tres supuestos despenalizados, a los que ya se refería el ilustre penalista. ¿Cuál es el fundamento de esta situación? Sería necesario examinar, desde la perspectiva de las libertades, la controversia de los bienes jurídicos en juego, para verificar si el derecho es capaz de dar una respuesta efectiva a este problema.

Si no nos equivocamos los bienes jurídicos en litigio son la **libertad biológica del nasciturus** y la **libertad procreativa de la madre**, aspectos que la naturaleza tiende a hacer converger en el instinto maternal -máximo defensor de la vida del hijo-, pero que la voluntad humana puede disociar, quebrando la pretendida armonía de la naturaleza. En plena cultura de la vida no es extraño que, a pesar de las medidas despenalizadoras del aborto, continúe prevaleciendo la actitud de preservar la

vida humana, aunque el nasciturus no sea titular del derecho a la vida, y limitar la libertad procreativa de la madre; por eso, parece oportuno examinar ambas cuestiones y precisar las situaciones conflictivas.

10. la protección de la vida del nasciturus.

La única libertad de la que puede gozar el nasciturus consiste en que se respete su desarrollo biológico, evitando interferencias que puedan frustrar su normal evolución. Esta libertad fáctica, aunque no se reconozca como un derecho, es decir, como una libertad jurídica, es objeto, sin embargo, de protección jurídica. En efecto, parece existir una práctica unanimidad en la negativa a reconocer al nasciturus como titular del derecho a la vida y, al mismo tiempo, a reconocer que el nasciturus debe ser protegido jurídicamente.

No existe, en cambio, unanimidad a la hora de buscar el fundamento de esta protección jurídica. Así, mientras en la sentencia del Tribunal Constitucional comentada se pretende fundamentar esta protección en el hecho de que la vida humana constituye un valor fundamental del ordenamiento constitucional, algunos magistrados discrepan de esta conclusión, alegando que no existe «fundamento jurídico constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional... (pues, en la Constitución), en su art. 1.1, se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos»⁽⁵⁰⁾.

La discrepancia respecto al fundamento de la protección jurídica del nasciturus, no excluye la coincidencia en cuanto a la necesidad de otorgar esa protección jurídica. Incluso las legislaciones que han procedido a despenalizar el aborto, bien de acuerdo con el sistema de plazos, bien con el sistema de indicaciones o supuestos, todas mantienen el delito de aborto y, por tanto, otor-

gan protección penal al nasciturus fuera de los supuestos o plazos despenalizados. ¿Cuál es el fundamento de esta protección jurídica?

La tradición jurídica romana ya reprochaba el aborto, sancionando «a los que procuran pócimas abortivas, aunque no lo hagan con mala intención, sin embargo como es un pésimo precedente, son relegados, los de clase más humilde a una mina, y los de mejor condición a un isla, previa confiscación de la mitad de sus bienes...»⁽⁵¹⁾ Y, según Ulpiano, «los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos...»⁽⁵²⁾. El Código civil español, siguiendo este principio, protege al nasciturus, reconociéndole ciertos derechos⁽⁵³⁾ de carácter hereditario (arts. 959 a 967), así como la posibilidad de recibir donaciones (art. 629). Por otra parte, «el nacido tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el período de gestación, en los bienes que le correspondan, por daño a sus padres (por ej. muerte del padre, de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (por ej. defectos físicos y lesiones orgánicas, culposa o dolosamente ocasionadas) (arts. 1902, 1905, 1907 y 1908)»⁽⁵⁴⁾.

El reconocimiento al nasciturus de unos derechos (futuros, condicionales, provisionales) o unas expectativas de derechos, así como el reconocimiento del derecho, una vez nacido, a ser indemnizado por los daños sufridos durante el período de gestación, muestran cómo para el derecho el nasciturus no es una página en blanco, prescindible y jurídicamente desprotegido. Más allá del fundamento de esta protección y de su articulación técnica, el nasciturus, sin ser reconocido técnicamente como persona, ha sido y es objeto de protección jurídica respecto a aquellos bienes materiales, que le corresponderán una vez nacido; pero, también, ha sido objeto de protección el primero de esos bienes, es decir, la libertad biológica. Eso permite explicar que, de una manera racional o intuitiva, la civilización occidental haya tipificado el aborto como delito y, a pesar de cierta apertura

⁽⁵⁰⁾ Voto particular del magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, 4º.

⁽⁵¹⁾ Paulo, 5 Sent. D. 48. 19. 38. 5. (Esta cita y la siguiente están tomadas de GARCIA GARRIDO, J.M., Diccionario de Jurisprudencia romana, Madrid, 1982., p. 5).

⁽⁵²⁾ Ulpiano, 69 Dig. D.1.6.26. «Se protege al hijo concebido como si hubiere nacido, siempre que se trate de sus ventajas propias, pues antes de nacer no puede favorecer a tercero (Paulo, de post. D.1.5. 7.).

⁽⁵³⁾ La doctrina discute la naturaleza de estos derechos: «Se ha contestado que el concebido es persona; que tiene personalidad anticipada, condicionada, futura o provisional; que no es persona, ni tiene personalidad, pero que tiene capacidad especial (provisional, limitada, condicional); en fin, que se crea una persona ficticia o una persona jurídica. Otros autores piensan que los derechos quedan sin sujeto, en situación de expectativa o de pendencia; que hay unos de derechos futuros o condicionados» (CASTRO Y BRAVO, F. de, Compendio de Derecho Civil, 1957, p. 162).

⁽⁵⁴⁾ CASTRO Y BRAVO, F. de, o.c., p. 164.

despenalizadora, se mantenga esa tipificación en la actualidad.

En el plano de las libertades, la primera libertad es, obviamente, la libertad de vivir o libertad biológica. El derecho del nacido a que se respete esa libertad y, por tanto, el libre desarrollo del ciclo vital es extensible al concebido, cualquiera que sea la fórmula técnica que se utilice (protección jurídica, derechos condicionados, expectativas de derechos). La libertad biológica del concebido, libertad fáctica o libertad jurídica, constituye la primera de las libertades del ser humano. Su protección jurídica dependerá, en cuanto a su grado e intensidad, de las diferentes fases del desarrollo embriológico y del grado de dependencia de la madre; pero, en cualquier caso, no es un **nihilum** que pueda ser destruido arbitrariamente. Por supuesto, tampoco es un bien jurídico absoluto y, por tanto, su protección jurídica podrá debilitarse o limitarse en determinados supuestos o circunstancias, como consecuencia de la confrontación con los propios derechos de la madre.

11. La autonomía procreativa de la mujer

La peculiar situación del nasciturus, albergado en el seno materno, sugiere la formulación de algunas preguntas: ¿Tiene la madre la obligación jurídica de prestar su cuerpo para que se lleve a cabo el pleno desarrollo del proceso embrionario? ¿En la hipótesis de que pudiera transplantarse el embrión o el feto al cuerpo de otra mujer o a un aparato reproductor artificial, tendría derecho la mujer a renunciar libremente a la maternidad?.

La autonomía procreativa implica el derecho de la mujer a decidir libremente sobre la procreación. Es evidente que nadie puede ser obligado a procrear, ya sea a través de un acto sexual no consentido, ya sea a través de la aplicación de una técnica de reproducción asistida no consentida por la mujer. La jurisprudencia constitucional, aun cuando no se plantea siquiera la cuestión de la autonomía procreativa de la mujer, sí se refiere de

una forma tangencial a esta cuestión a propósito del aborto ético. Aparte la lesión de otros bienes jurídicos, el juzgador resalta la exigibilidad del «consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso» y, de manera especial, para «dar la vida a un nuevo ser». La ausencia de este consentimiento en la relación sexual -según la sentencia- justifica la realización del aborto.

La jurisprudencia constitucional relaciona la ausencia de consentimiento en la relación sexual con la ausencia de consentimiento respecto a sus efectos, en este caso, la procreación. Según la mentalidad actual, sin embargo, una relación sexual consentida no comporta el consentimiento para la procreación. La liberalización legal y social respecto al uso de anticonceptivos refleja la tendencia a establecer la autonomía de la procreación respecto a la relación sexual, aunque no siga puntualmente las pautas del proceso biológico. Por consiguiente, la libertad de procrear, es decir, la libre deliberación sobre la aceptación o no de la procreación se podrá ejercer antes o después de la relación sexual, incluido el supuesto de la concepción. Esto supondría que la decisión de procrear -expresión de la autonomía procreativa- podría conllevar la facultad de interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación.

Esta posibilidad, sin embargo, resulta contradictoria por las mismas legislaciones despenalizadoras del aborto, que limitan la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de unos plazos, que oscilan entre las doce semanas (sistema de plazos y el aborto ético) y las veinticuatro (aborto terapéutico y eugenésico). En consecuencia, en el derecho comparado actual, carece de fundamento la posibilidad de interpretar la autonomía procreativa como una facultad de interrupción del embarazo en cualquier momento del proceso de gestación. ¿Cuál será, por tanto, el período durante el cual se puede ejercer la libertad de procreación?. Superada la concepción que vincula la relación sexual y la procreación, de tal manera que se puede

frustrar la concepción por métodos anticonceptivos, queda por determinar si, una vez producida la concepción, se puede ejercer todavía la libertad de procreación. Esta es la solución adoptada por el sistema de plazos, que despenaliza el aborto libre durante los tres primeros meses del embarazo.

La libertad procreativa, ejercida durante los tres primeros meses del embarazo, significa que la mujer es libre de interrumpir la gestación y de destruir libremente el embrión. Esto supone que el embrión durante este período de tiempo queda plenamente desprotegido, reducido a la condición de *nihilum*. Sin embargo, existe una opinión científica común, asumida en algunas legislaciones y, en concreto, en la española, que sostiene que la vida humana comienza a los catorce días de la fecundación y esta fecha es también el tope establecido para la manipulación de embriones en condiciones reguladas⁽⁵⁵⁾. A partir de ese momento, se produce la ecuación vida humana-ser humano individualizado, pues «un embrión ya no puede dejar de ser lo que es a partir del 14 día de la fecundación, cuando aparece el primer tejido nervioso con la cresta neural y coincidiendo con el final de la implantación»⁽⁵⁶⁾.

La existencia de vida humana individualizada a partir del día 14 de la fecundación requiere la adecuada protección jurídica, tanto si está alojada en el seno de la madre como en situación extrauterina⁽⁵⁷⁾. Por tanto, resulta difícilmente admisible en términos jurídicos que la madre pueda decidir libremente, sin causa alguna justificativa, sobre la continuidad o no de la gestación. Sería necesario, en este supuesto, la existencia de causas o circunstancias objetivas que justifiquen la interrupción del embarazo.

La autonomía procreativa de la mujer quedaría limitada o condicionada, por tanto, a partir de la formación del embrión (14 días después de la fecundación); en consecuencia, parece que, únicamente, sería compatible con el sistema legal vigente y la propia jurispru-

dencia constitucional el llamado sistema de indicaciones. El sistema de plazos supondría reconocer a la mujer una libertad incondicionada para interrumpir el embarazo, lo que resulta incompatible con la libertad biológica y la consiguiente protección jurídica del embrión, reconocida en la Constitución -según la jurisprudencia constitucional- y en la legislación vigente.

La consideración de la autonomía procreativa, como un ámbito propio de la privacidad de la persona - criterio seguido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos-, no ha sido siquiera planteado por la jurisprudencia constitucional española. Sin embargo, esta cuestión nos sugiere un par de reflexiones. ¿Se puede renunciar a la paternidad/maternidad? ¿Son incompetentes los poderes públicos para intervenir en ese ámbito que es, por su naturaleza, privado?

Anteriormente planteamos la hipótesis de la posible renuncia de la madre a la maternidad, en el supuesto de que fuera factible transplantar el embrión al cuerpo de otra mujer o a un aparato reproductor adecuado. Las posibilidades que ofrece la reproducción asistida permiten plantear supuestos todavía más complejos que el que acabamos de sugerir; y es, más que probable, que los progresos científicos permitan hacer realidad la hipótesis planteada. ¿Qué podrá decir el derecho ante esta situación? No sería sorprendente que, superado el escollo que hoy supone la necesaria destrucción del feto, para llevar cabo plenamente la autonomía procreativa, que se permitiera ese desplazamiento no sólo del feto, sino también de la maternidad.

La posibilidad científica y legal que apuntamos cuestiona, sin embargo, el principio de igualdad, dado que esa opción, no sólo no se reconoce al padre en los mismos términos, sino que es difícil imaginar que se llegue a reconocer. La investigación de la paternidad, reconocida como un derecho constitucional de los hijos (art. 39.2 de C.c.) y considerado como un importante progreso en el derecho privado, no parece compatible con

⁽⁵⁵⁾ Informe de la Comisión..., cit., p. 47.

⁽⁵⁶⁾ o.c., p. 48. La sentencia 25/2/75 del tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania se pronuncia también en este sentido: «según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación». Recientemente, ha mostrado su oposición a esta interpretación VILA-CORO, D., Introducción a la Biojurídica, pp. 33 ss.

⁽⁵⁷⁾ «...partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, el desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberán serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones» (Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, cit.,). Siguiendo este criterio, el legislador tipifica, en la misma Ley, como infracción muy grave: «mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados» (art. 20, B, c).

la autonomía procreativa del padre. Ciertamente, una relación sexual libremente consentida sin intención procreativa, incluso con una expresa voluntad contraria a la procreación, no excluye el derecho del hijo nacido de tal relación a investigar su paternidad y, en su caso, la obligación del padre de asumir el reconocimien-

to de la paternidad y las obligaciones derivadas de la misma. Las tendencias a desvincular la **relación sexual** y la **procreación** actúan como una progresión inversa. Cuanto más se desvincula en la maternidad, más se estrecha y profundiza en la paternidad.