



COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE ABRIL DE 1985 SOBRE DESPENALIZACION DE ALGUNOS CASOS DE ABORTO

LOURDES RUANO ESPINA

I. INTRODUCCIÓN

El derecho primordial del ser humano es el derecho a la vida, fundamento y sostén de todos los demás derechos. Sin él, éstos carecerían de sentido. «La vida humana tiene dos manifestaciones sustantivas: en el claustro uterino, con dependencia de la madre, y fuera del útero, con dependencia del viviente mismo y de la sociedad. Tanto en una como en otra manifestación la vida del ser humano merece salvaguardia y protección. Atentar contra a vida del ser humano es una acción penada por la propia naturaleza»¹.

Pese a que son numerosas las voces que abogan aún en favor de la vida de nuevos seres, la realidad social que vivimos ha tomado ya un rumbo muy distinto. La legislación de no pocos países admite la interrupción del embarazo por razones psicosociales, que permiten una amplia interpretación (Gran Bretaña, India, Japón, Hungría, Italia, Alemania Federal...); otras muchas dejan abierta la posibilidad de abortar con el único condicionante de que se formule la petición «por demanda» de la mujer embarazada (Alemania Orien-

1. PÉREZ MONTERO, J., *La protección del «nasciturus» y de su madre como derecho fundamental humano*, Sao Paulo, Conference on the law of the world, agosto, 1981.

tal, Austria, China Popular, Dinamarca, Francia, Israel, Noruega, Puerto Rico, Singapur, Suecia, Túnez). Nuestra sociedad no es extraña a esta realidad: baste comprobar las cifras que se barajan de mujeres embarazadas que van a Londres para abortar.

Consciente de todo ello y considerando que en muchas ocasiones —seguramente no tantas— el embarazo y la maternidad pueden constituir «una carga insoportable»² para la mujer, el Gobierno español elevó al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica que reforma el art. 417 bis del Código Penal, texto que fue aprobado definitivamente por el Senado en sesión plenaria celebrada el día 30 de noviembre de 1983.

El texto completo del citado precepto dice así:

«El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.—Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
- 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 hubiese 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 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».

Con fecha de 2 de diciembre del mismo año, D. José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados, interpuso ante el Tribunal Constitucional recurso previo de inconstitucionalidad contra el citado Proyecto, recurso que fue fallado por sentencia de 11 de abril de 1985.

Dada la complejidad del tema, consideramos necesario plantear, siquiera brevemente, una serie de cuestiones previas.

2. Utilizando palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Fundamento Jurídico (en adelante F.J.) n. 9.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. *El comienzo de la vida humana*

Si el aborto es la interrupción del proceso de gestación de la vida en el seno materno, el primer problema ante el que nos enfrentamos es a partir de qué momento puede considerarse que existe vida humana.

A lo largo de la historia se han elaborado numerosas teorías al respecto³:

a) La vida humana comienza desde el momento de la fecundación.

b) La vida humana comienza a partir de la anidación: una semana después de la fecundación del huevo, éste comienza a fijarse en las paredes del útero, en un proceso que dura aproximadamente una semana más. Por tanto, dos semanas después de la fecundación el nuevo ser está ya perfectamente anidado o implantado en la matriz.

c) La vida humana comienza cuando se ha realizado la organogénesis, es decir, estamos ante una vida biológicamente humana cuando la embriología califica al nuevo ser no ya como embrión, sino como feto.

d) El comienzo de la vida humana coincide con la viabilidad o «capacidad de vivir automáticamente fuera del seno materno, aunque sea con una atención médica especial».

e) El comienzo de la vida humana se define por «criterios relacionales: no se discute que el nuevo ser desde la concepción sea biológicamente humano, pero se cuestiona si está plenamente «humanizado». Desde este punto de vista, se entiende que lo que confiere la plena humanidad es el hecho de que sea «aceptado» por los padres, «reconocido como humano», «procreado intencionalmente», que esté «destinado a vivir».

En nuestros días, la discusión ha quedado superada al demostrarse, clara e irreversiblemente, por las ciencias biológicas y médicas, que en el comienzo de la concepción comienza a existir una

3. Vid. GAFO, J., *El aborto ante la conciencia y la ley* (Madrid, 1983) pp. 37 ss.

nueva célula humana con todos los factores físicos que caracterizarán su desarrollo maduro, de forma que aunque esté alimentada por la madre, es distinta del cuerpo de la misma, de su sangre, de sus factores hereditarios.

En efecto, el cigoto, constituido por la unión del óvulo con el espermatozoide, es en apariencia una célula minúscula y deleznable. Sin embargo, se trata de una realidad con una extraordinaria complejidad y potencialidad⁴.

Esta es la postura que ha adoptado el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, al afirmar, en una *Declaración Pública en defensa de la vida humana en su etapa prenatal*, que «el principio de la vida humana se sitúa en el mismo instante de la fecundación y, por consiguiente, cualquier acto abortivo, aún el realizado en el principio de la vida fetal, constituye un gravísimo atentado a la vida humana»⁵.

En este mismo sentido se ha manifestado, entre otros muchos, Jerónimo Lejeune, Catedrático de Genética Fundamental en París, cuyas palabras, por sugestivas y contundentes, hemos considerado oportuno recoger aquí: «La biología moderna nos dice que los progenitores están unidos a su progenie a través de un vínculo material continuo, ya que de la fecundación de la célula femenina —óvulo— por la célula masculina —espermatozoide— surge un nuevo miembro de nuestra especie. La vida cuenta con una larga historia, pero cada individuo tiene un comienzo muy concreto: el momento de su concepción... Aceptar el hecho de que con la fecundación un nuevo ser viene a la existencia no es ya una cuestión de criterio u opinión. La condición humana del ser, desde su concepción hasta el final de sus días, no es ya afirmación metafísica; es, simplemente, una verdad experimental»⁶.

Por tanto, podemos concluir que cualquier acto manipulativo que tienda a interrumpir el proceso natural del embarazo desde el momento de la concepción, atenta gravemente contra la vida del nuevo ser, vida que es ya distinta de la de la madre.

4. Vid., en este sentido, ESCOLAR, J. y colaboradores, *Anatomía humana* (Barcelona, 1973) p. 1.

5. Madrid, 19 de febrero de 1983, II, n. 1.

6. *Informe ante el Senado de los Estados Unidos*, de 23 de abril de 1981, «ABC» de 23 de febrero de 1983.

2. *El Magisterio de la Iglesia*

Hemos considerado oportuno insertar en este trabajo una breve alusión a la postura que la Iglesia Católica ha mantenido y mantiene frente al aborto.

La primera Instrucción moral cristiana que conocemos (prescindiendo de los Libros del Nuevo Testamento) se contiene en un documento que está incorporado al menos en dos obras: la *Didaché* o Doctrina de los doce apóstoles y la Carta de Bernabé⁷. La *Didaché* contenía una serie de preceptos positivos y otros negativos. Entre estos últimos se preceptuaba:

«No matarás, no adulterarás, no corromperás a los jóvenes, no fornicarás (desenfreno sexual), no robarás o practicarás la magia ni la hechicería, no matarás al hijo en el seno de su madre, no quitarás la vida al recién nacido...»⁸.

La misma postura ha sido mantenida a lo largo de los siglos por los Santos Padres, condenando rotundamente el aborto⁹.

Así, ya Clemente de Alejandría, en el siglo II, resaltaba la finalidad procreadora del matrimonio y explicaba que aquellas mujeres que ocultan el desenfreno sexual tomando sustancias estimulantes para abortar pierden su humanidad al mismo tiempo que expulsan el feto¹⁰.

Del mismo modo, Tertuliano, apologeta latino que desarrolló en profundidad su estudio sobre el aborto, consideró que en nada se distinguía la muerte de un ser ya nacido de la del concebido y no nacido, equiparando, por tanto, el aborto al homicidio¹¹.

Hacia finales del siglo IV, Juan Crisóstomo trató el tema del aborto en un contexto de exhortación contra la procreación de hijos ilegítimos, condenándolo como «algo peor que el asesinato»¹². Y en la misma época, en Occidente, San Ambrosio, Obispo de Milán, hizo referencia, en sus sermones, a las prácticas abortivas, desaprobándolas con firmeza¹³.

7. Vid. «Padres Apostólicos», anotada y traducida por RUIZ BUENO, D., BAC (Madrid, 1965) pp. 77-98 y 771-810 respectivamente.

8. *Didaché*, II, 2, en «Padres Apostólicos», o.c., p. 79.

9. Para un extenso análisis del tratamiento del aborto en la tradición cristiana, vid. GRISEZ, Germain G., *El aborto. Mitos, realidades y argumentos* (1972).

10. *Paedagogus*, Lib. II, Cap. 10, en P.G., VIII, pp. 497 ss.

11. *Apologia*, Cap. IX, en P.L., I, pp. 366 ss.

12. *Homilias sobre la Carta a los romanos*, en P.G., IX, 626-627.

13. Vid. *Hexaemeron*, Lib. V, en P.L., XIV, 231.

San Agustín, contemporáneo de San Ambrosio, trató el tema de la interrupción del embarazo en numerosas ocasiones, si bien es probablemente en su obra *De nuptiis et concupiscentia* donde más claramente expuso su juicio al respecto. En dicha obra, San Agustín condena cualquier acto que tienda directamente a evitar la procreación¹⁴. Por otra parte, considera que debe equipararse la muerte del concebido a la de la persona ya nacida, pues el nonato no pertenece a su madre sino que —afirma— no debe ser tenido como una parte de ella¹⁵.

Esta postura, condenatoria del aborto, ha sido una constante en la doctrina de la Iglesia, a lo largo de los siglos. Así, al promulgarse el Código de Derecho Canónico, en 1917, se sancionó expresamente a aquellos que procuraran el aborto, incluida la madre, con la excomunión «*latae sententiae*» (canon 2.350). A ello se añadía la prohibición de recibir o ejercer órdenes sagradas, dirigida a aquellos que hubieran procurado el aborto de un feto humano, y a todos los cooperadores (canon 985. 4)¹⁶.

Posteriormente, el tema del aborto se ha abordado en importantes documentos, entre los que podemos destacar los siguientes:

La Encíclica *Casti Connubii* de 1930¹⁷: en ella, Pío XI condena el aborto como un crimen gravísimo, incluso en el caso de que exista una indicación médica y terapéutica, pues «es, en efecto, igualmente sagrada la vida de ambos (del feto y de la madre) y nunca tendrá poder ni siquiera la autoridad pública, para destruirla» (n. 23).

El Concilio Vaticano II trata el tema del aborto en dos ocasiones, en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*:

- Por una parte lo sitúa entre los crímenes contra el respeto debido a la persona humana (n. 27).
- Por otra, en el capítulo que dedica al matrimonio y a la familia, afirma que «la existencia humana es algo sagrado y que, una vez concebida, no puede ya ser suprimida» y recuerda que la Iglesia condena como crímenes abominables el aborto y el infanticidio» (n. 51).

El Papa Pablo VI, en la Encíclica Pastoral *Humanae Vitae*, de-

14. *Ibid.*, Lib. I, 15, en P.L., XLIV, 423-424.

15. *Contra Julianum*, VI, 43, en P.L., XLIV, 847.

16. La misma regulación contiene el Código de Derecho Canónico, tras la reforma de 1983. Vid., a este respecto, los cánones 1.398, 1.041. 4, 1.044. 1. 3.º y 695.

17. En Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios (Madrid, 1955) 941-974.

claró que «hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas» (n. 14).

Esta condena radical del aborto ha sido repetida en numerosas ocasiones por Juan Pablo II. Así, en una *Homilía para el pueblo de Dios*, decía el Santo Padre: «Atacar una vida que todavía no ha visto la luz en cualquier momento de su concepción, es minar la totalidad del orden moral, auténtico guardián del bienestar humano. La defensa de la absoluta inviolabilidad de la vida todavía no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana»¹⁸.

Y en otra ocasión, el mismo Pontífice afirmaba: «Nunca se puede legislar la muerte de un inocente. Se minaría el fundamento mismo de la sociedad. ¿Qué sentido tendría hablar de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, si no se protege a un inocente o se llega incluso a facilitar los medios o servicios, privados o públicos, para destruir vidas humanas indefensas?»¹⁹.

Pero quizá el texto más tajante al respecto lo encontramos en la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*: «...hay que condenar totalmente y rechazar con energía cualquier violencia ejercida por tales autoridades (públicas) en favor del anticoncepcionismo e incluso de la esterilización y del aborto procurado...» (n. 30).

Haciéndose eco de esta postura, el Episcopado Español se ha pronunciado sobre el tema del aborto en siete ocasiones, colectivamente, que simplemente enumeramos:

- La Comisión para la Doctrina de la Fe, en octubre de 1974.
- La Plenaria de junio de 1979, en su documento *Matrimonio y familia*.
- La Comisión Permanente, en nota de febrero de 1983, *La vida y el aborto*.
- La Plenaria de junio de 1983, en el documento *La despenalización del aborto*.
- El Comité Ejecutivo, en abril de 1985.
- La Permanente, en mayo de 1985: *Despenalización del aborto y conciencia moral*.

18. Limerick, Irlanda, 1 de octubre de 1979.

19. *Homilía para las familias*, Madrid, 2 de noviembre de 1982.

- La Plenaria del Episcopado, de 29 de junio de 1985: *Actitudes morales y cristianas ante la despenalización del aborto.*

3. *Despenalización o legalización*

No sólo los neófitos en la materia, sino incluso los juristas, nos preguntamos qué es lo que realmente pretende el Gobierno español con el nuevo art. 417 bis del Código Penal: despenalizar el aborto o legalizarlo. O, dicho de otra forma: ¿la despenalización del aborto equivale a su legalización?

Un cierto sector doctrinal ha estimado que una cosa es la legalización del aborto, y otra su mera despenalización, pues mientras que una acción es legal cuando se mueve dentro de los cauces legales y el que la realiza tiene derecho a ejecutarla, incluso reclamando que se proteja el ejercicio de esa acción, la despenalización del aborto no produce otro efecto que la no imposición de una pena, sin que ello quiera decir que el acto tenga validez jurídica.

Ahora bien, considero que un correcto planteamiento del tema debe orientarse por otros cauces. En principio, hemos de partir de que no existe en el Derecho Penal la forma o técnica de legalización. Precisamente, la función de la despenalización en el ámbito del Derecho Penal es la de legalizar, admitir conductas que la ley anterior prohibía²⁰. Ello se deriva del carácter de «minimum» del Derecho Penal, es decir, del hecho de que el legislador haya de tener en cuenta, a la hora de crear ilícitos penales, que «su contenido material sólo puede integrarse con los atentados más graves a los bienes jurídicos más fundamentales»²¹. Cuál sea el obligado punto de referencia para la concreción de tales bienes jurídicos no necesita mayor planteamiento: la Constitución, en cuanto que constituye la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el ordenamiento jurídico.

Bajo el epígrafe «De los derechos fundamentales y libertades públicas», la Constitución recoge en primer lugar el derecho a la vida. Precisamente por ello, por la especial naturaleza de este derecho —el primero y más importante—, está defendido por el Derecho Penal.

20. GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el Estado social y democrático de Derecho*, «Revista de Estudios Políticos» 38 (1984) 250.

21. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Bien jurídico y Constitución. Bases para una teoría*. Fundación Juan March, Serie Universitaria, 201 (Madrid, 1983) 38.

Por otra parte, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho conlleva un «plus» respecto al derecho a la vida, ya que su constitucionalización implica una tutela negativa (respeto) pero también una tutela positiva (deber de protección y promoción)²², de forma que la cesación de la tutela penal de tal derecho traerá como consecuencia su total desprotección.

Pues bien, si entendemos que la protección que la Constitución otorga a la vida comprende también la vida del feto, desde el momento de su concepción (como se verá más adelante), podemos concluir diciendo que bastará descriminalizar el aborto para que quede legalizado²³.

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA

1. *La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985*

Prescindiendo de los dos primeros fundamentos jurídicos, que se limitan a introducirnos en el tema, podemos apreciar en la sentencia dos partes bien diferenciadas, por lo que al conjunto de los fundamentos jurídicos se refiere:

a) Una primera, que abarcaría desde el F.J. n. 3 hasta el n. 7, ambos inclusive, en la cual el Tribunal realiza una serie de consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional.

1.—Se define el derecho a la vida como un «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional», como un «derecho fundamental esencial y troncal», «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (F.J. n. 3).

2.—Respecto a cuál sea el ámbito, significación y función de este derecho, como de todo derecho fundamental, en un Estado social de Derecho, la sentencia lo concreta en dos tipos de obligaciones para el Estado: una negativa, de no lesionar la esfera protegida por tal

22. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983.

23. Vid., en el mismo sentido, ORTEGO COSTALES, J., *La legalización del aborto*, Universidad de Salamanca, 1985, p. 12.

derecho, y otra positiva, de contribuir a su efectividad aún cuando no exista pretensión subjetiva por parte del ciudadano (F.J. n. 4).

3.—En el F.J. n. 5 se afirma claramente que la vida humana es «un devenir, un proceso que comienza con la gestación» y, si la Constitución protege la vida, «no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un desarrollo de la vida humana». De ello deduce la sentencia que la vida del «nasciturus» es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución, conclusión que queda ratificada por el análisis de los debates parlamentarios que precedieron a la redacción del precepto.

4. No ocurre lo mismo, sin embargo, con los acuerdos y tratados internacionales a que remite el art. 10.2 de la Constitución, pues, según la sentencia, de su contenido no puede deducirse la titularidad de un derecho a la vida del «nasciturus» (F.J. n. 6).

5. El F.J. n. 7 concluye esta primera parte afirmando que la vida del «nasciturus» es un bien jurídico constitucionalmente protegido, si bien no se puede decir que el concebido y no nacido sea titular de un derecho a la vida.

Seguramente no nos equivocamos al afirmar que el lector, de esta primera parte de la sentencia, deducirá que el fallo será conforme con la inconstitucionalidad del aborto. No es así, sin embargo, como después se verá.

b) Podemos claramente distinguir una segunda parte que, precedida por el F.J. n. 8, referente a la dignidad de la persona —íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)— analiza la posible inconstitucionalidad de los distintos supuestos de declaración de no punibilidad del aborto que contempla el Proyecto de Ley.

1. En primer lugar, el Tribunal considera que la técnica de exclusión específica de la punibilidad para ciertos delitos, utilizada por el legislador, es correcta: «el legislador puede tomar en consideración situaciones características en conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales» (F.J. n. 9).

2. Por otra parte, el mismo F.J. parte de dos premisas:

— La vida del «nasciturus» no puede prevalecer incondicionalmente frente a los derechos de la mujer (embarazada), como tampoco

éstos tienen primacía absoluta sobre aquélla. Ni una ni los otros tienen carácter absoluto.

— «Existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley sería totalmente inadecuado», pues no puede exigirse su cumplimiento cuando la conducta representa una «carga insoportable».

3. El F.J. n. 10 considera que los términos utilizados por el legislador, en la redacción de los supuestos que contempla, son perfectamente claros y concretos, por lo que no queda vulnerado el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución.

4. En el siguiente F.J. el Tribunal pasa a examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo, declarando que ninguno de ellos es contrario a la Constitución.

5. Ahora bien, al analizar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción del Proyecto, «garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador» (F.J. n. 12), concluyen los redactores de la sentencia que el Proyecto no cumple debidamente las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de nuestra Norma Fundamental.

6. El mismo Tribunal Constitucional, apoyándose en el art. 79.4 b) de la L.O.T.C., indica al legislador las modificaciones que se han de introducir en el Proyecto de Ley para la prosecución de su tramitación por el órgano competente. Tales modificaciones son:

- La exigencia de un dictamen emitido por un médico especialista previamente a la realización del aborto, en el caso del «aborto terapéutico».
- Que la realización del aborto se lleve a cabo «en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto».

7. La sentencia considera que la no exigencia del consentimiento del padre para la práctica del aborto no vulnera el art. 39.3 de la Constitución, «dado que la peculiar relación entre la embarazada y el 'nasciturus' hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla» (F.J. n.13).

8. Finalmente, y respecto a la omisión, en el Proyecto de Ley, de las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos

jurídicos, el F.J. n.14 resuelve que tales cuestiones «son ajenas al enjuiciamiento de la constitucionalidad del Proyecto, que debe circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79 de la L.O.T.C.».

El fallo de la sentencia declara que el Proyecto referido «es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que se declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución».

2. *Protección constitucional de la vida del «nasciturus»*

El art. 15 de la Constitución española de 1978 abre la Sección primera del Capítulo segundo, dedicada a los Derechos fundamentales y libertades públicas. Dice así:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

¿Puede afirmarse que del tenor de dicho precepto se deduce un derecho fundamental del «nasciturus» a que su vida sea protegida? o, dicho de otra manera, ¿cabe entender que bajo el término «todos» se comprende también al concebido y no nacido?

Planteada así la cuestión, hemos visto cómo la sentencia del Tribunal Constitucional responde de forma negativa al primer interrogante, si bien lo hace positivamente respecto al segundo. Sin embargo, consideramos que tal respuesta precisa ser matizada.

En principio, el problema central gira en torno al significado del término «todos», con el que el art. 15 designa al titular del derecho a la vida. Para descifrar el sentido de dicho término podemos acudir a distintas fuentes:

a) El término «todos» ya planteó problemas en los debates parlamentarios en torno a la elaboración del citado art. 15. El día 6 de julio de 1978, el portavoz de AP, en el Pleno del Congreso, señor Mendizábal Uriarte, propuso sustituir la expresión «la persona tiene derecho a la vida...», que figuraba en el anteproyecto, por la de «todos tienen derecho a la vida...». Todos los grupos que apoyaron la enmienda, con 158 votos a favor, 147 en contra y 3 abstenciones, entendieron que se trataba de evitar la interpretación que con el término «personas» se pudiera, por el legislador ordinario, entender que los

no nacidos no son personas²⁴ y evitar, así, una futura legalización de las prácticas abortivas²⁵, si bien, como se puso de manifiesto a lo largo del debate, la inclusión del término «todos» no dejaba resuelto, definitivamente, el problema interpretativo en cuestión.

El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado, por 162 votos a favor, ninguno en contra y 2 abstenciones.

Del examen de los debates parlamentarios podemos extraer una serie de conclusiones que ya figuraron en el primer motivo del recurso que dio lugar a la sentencia que comentamos:

1. Que la finalidad perseguida por la enmienda citada era evitar que el legislador ordinario interpretara que sólo son personas quienes reúnen los requisitos del art. 30 del Cc. y, en consecuencia, que los no nacidos no son personas, lo cual significaría que el aborto voluntario no quedaría impedido por la Constitución.
2. Que el objeto específico que se proponía la enmienda era que con el término «todos» se entendieran incluidos los no nacidos.
3. Que los Grupos Parlamentarios que apoyaron la enmienda y votaron a su favor lo hicieron conscientes de la finalidad que con ella se pretendía.
4. Que al ser aprobada la enmienda por mayoría, se deduce que el significado incorporado al precepto fue el pretendido por el enmendante.

«En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el 'nasciturus' está protegido por el art. 15 de la Constitución»²⁶. Hasta aquí, el tema no plantea mayores problemas.

b) Interpretación sistemática del art. 15.

Algunos autores han pretendido limitar la eficacia del art. 15 argumentando que tal precepto está incluido en el Título I de la Constitución, referente a los derechos de la persona, y que el concebido no es persona según los arts. 29 y 30 del Cc.

Ahora bien, el enunciado del Título I no cita a la persona; dice exactamente: «De los derechos y deberes fundamentales». Así, mien-

24. *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, Tomo II, Servicio de Publicaciones de las Cortes (Madrid, 1980) pp. 2.024 ss.

25. ALZAGA, O., *La Constitución Española de 1978* (Comentario Sistemático) 185; GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución* (Madrid, 1980) 189.

26. Así lo reconoce el F.J. n.5 de la sentencia que comentamos.

tras el art. 10 habla expresamente de la persona, los arts. 12 y 14 se refieren a los españoles, el art. 13 a los extranjeros, el art. 23 a los ciudadanos, el art. 37 a los trabajadores y empresarios y el art. 15 a todos. En este sentido, podemos entender que «la palabra genérica 'todos' viene a englobar con gran amplitud a todo sujeto con aptitud para recibir la atribución de algunos derechos constitucionales... Dependerá de la situación personal de cada uno en el contexto social y la aptitud de la persona que le permita beneficiarse de la garantía concreta que se concede, para que alguien se estime comprendido y favorecido por el reconocimiento de derechos que otorgan esos preceptos constitucionales»²⁷.

Así, el art. 27 prescribe que «todos tienen derecho a la educación»; el art. 28 que «todos tienen derecho a sindicarse libremente»; el art. 31 que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos»; y el art. 45 que «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona».

Siguiendo con esta argumentación, habremos de concluir que cuando la Constitución dice que «todos tienen derecho a la vida», se estará refiriendo a todos los que tienen una vida que proteger, es decir, una vida humana, «desde la concepción hasta la muerte»²⁸.

Si esto es así, no será necesario ya entrar a analizar si el concebido y no nacido es o no persona, y si lo es en el sentido de los arts. 29 y 30 del Cc., enfoque, por otra parte incorrecto, pues pretende interpretar los términos utilizados por la Constitución a partir de una norma inferior —como es el Cc.— y, además, preconstitucional.

c) Protección de la vida del «nasciturus» en los textos internacionales.

Antes de comenzar a analizar los textos de Derecho Internacional que protegen la vida del «nasciturus», hemos de hacer una advertencia previa: no nos referimos, en este apartado, al Derecho Internacional en su conjunto, sino solamente a aquellos acuerdos o tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico español, en virtud del mecanismo de ratificación y publicación previsto por el art. 96.1 de la Constitución.

Tomamos como punto de partida el párrafo 2.º del art. 10 de la

27. DIEGO-LORA, C., *La despenalización del aborto*, en «Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos», vol. 10 (1983) 413.

28. En el mismo sentido, vid. ORTEGO COSTALES, J., *La legalización del aborto*, o.c., p. 32.

Constitución, según el cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Así pues, los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el precepto, se presentan como una «fuente autónoma del Derecho»²⁹.

La sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos, rechaza el argumento aducido por los recurrentes, que pretendía deducir, de una serie de textos internacionales, un derecho a la vida del concebido y no nacido. En breves palabras, la sentencia se limita a hacer suya la interpretación que, del término «persona» utilizado por el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hizo la Comisión Europea de Derechos Humanos, en una decisión de 13 de mayo de 1980, entendiendo que tal término se refería a las personas ya nacidas y excluyendo la posibilidad de que el feto pudiera tener un derecho a la vida de carácter absoluto (F.J. n.6 de la sentencia).

Consideramos, sin embargo, que tal argumentación es insuficiente. Así pues, veamos lo que dicen los referidos textos internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A.G.N.U.) en París, el 10 de diciembre de 1948.
Art. 3: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».
- Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma, el 4 de noviembre de 1950 por los miembros del Consejo de Europa.
Art. 2.1: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley...».
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acordado por la ONU en Nueva York, el 16 de diciembre

29. RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J., *Derecho Internacional y Sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española*, en «La Constitución española de 1978». Estudio sistemático dirigido por los Profs. A. Pedrieri y E. García de Enterría (Madrid, 1981) 576.

de 1966 y ratificado por España el 23 de septiembre de 1976.

Art. 6: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

Ciertamente llama la atención la vaguedad del término utilizado por los tres textos para designar al titular del derecho a la vida. Esta ambigüedad ha servido de apoyo a cierto sector abortista para afirmar que no hay razones para entender comprendido, bajo los términos «individuo», «persona humana»..., al concebido y no nacido.

Ahora bien, si se realiza una interpretación sistemática, concretamente del art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y se indaga en los antecedentes del texto —labor que excedería los límites de este trabajo— «todo parece apuntar a la conclusión de que el aborto no fue un problema resuelto de modo expreso en la Declaración, sino que ésta asumió un concepto de derecho a la vida y de individuo o ser humano, extensible, probablemente, al concebido y no nacido»³⁰.

Por otra parte, si se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida humana, y si se admite que tal derecho viene dado por la propia naturaleza, el intérprete no podrá pretender realizar una interpretación restrictiva, ateniéndose exclusivamente al tenor literal de las palabras, sino que parece más correcto, y a la vez más favorable, entender que los términos «individuo», «persona»..., hacen referencia a «todo ser humano, en sí mismo considerado, independientemente de cualquier condición, o sea, sin exigir la condición del nacimiento»³¹.

— Así lo ha establecido claramente la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la A.G.N.U. el 20 de noviembre de 1959, al prescribir:

«El niño, por su falta de madurez, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento» (Considerando 3.º del Preámbulo).

30. Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *La protección del concebido y no nacido en la Constitución española de 1978*, Tesina de Licenciatura, Salamanca, 1984, pp. 72-73.

31. En el mismo sentido, ATTARD ALONSO, *El derecho constitucionale a la vida*, «YA» de 18 de febrero de 1982.

Principio n. 4: «El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal».

La Declaración establece, ya expresamente, la obligación de protección al concebido y no nacido, «incluso la debida protección legal».

Por otra parte, no hay que olvidar que el hecho de que la Declaración se refiera al niño como ser humano, desde que es concebido y no nacido hasta la adolescencia o juventud, lo vemos confirmado en la renovación de la Declaración, en Teherán, en 1968. Asimismo se ha de tener presente que ya existían algunas, aunque minoritarias, legislaciones nacionales abortistas, como la «Abortion Act» inglesa, de 1967, o la legislación japonesa. Sin embargo, se planteó la problemática acerca de la referencia al ser humano antes del nacimiento y, pese a las discusiones habidas, la Declaración se renovó en los mismos términos que se fijaron en 1959.

Si tenemos en cuenta que todos los textos citados forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud de los arts. 96.1., 10.2 y 39.4³² de la Constitución, habremos de concluir que la vida del concebido y no nacido queda protegida constitucionalmente, por la interpretación del art. 15 de la Constitución a través del Derecho Internacional.

Conclusión

Después de haber analizado los debates parlamentarios que precedieron al art. 15 de la Constitución, y la interpretación del precepto desde el punto de vista sistemático y a través de Derecho Internacional, tenemos ya suficientes argumentos para responder afirmativamente a la segunda cuestión que planteábamos, es decir, la vida del concebido y no nacido está protegida constitucionalmente por el art. 15. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el F.J. n.7 de la sentencia que comentamos.

Ahora bien, ¿quiere ello decir que el «nasciturus» tiene un dere-

32. Algún autor ha interpretado que dicho precepto, al establecer que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, remite directamente a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

cho a la vida? Los miembros del Tribunal Constitucional han estimado que la vida del «nasciturus» es un bien jurídico protegible y protegido, sin embargo consideran que no hay argumentos suficientes para afirmar que existe un derecho fundamental a la vida, cuyo titular es el concebido y no nacido.

En realidad, un correcto planteamiento del tema nos remite a la situación jurídica del «nasciturus» en el Derecho Privado.

En principio, el Título II del Libro I del Cc., referente al «nacimiento y extinción de la personalidad civil», se abre con el art. 29, que establece que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Por tanto, el nacimiento determina la personalidad civil, sin embargo «sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno», como establece el art. 30, «a efectos civiles».

Aplicando la regla general del art. 29, nuestro Derecho Civil atribuye una cierta capacidad al «nasciturus» —si bien condicionada al hecho del nacimiento con los requisitos legales—, otorgándole protección en diversas situaciones. Así, le permite ser donatario (art 627), puede ser heredero —debe serlo si es forzoso— (arts. 959-967), incluso concede derecho de alimentos a la viuda que quede encinta, aún cuando sea rica, habiendo consideración de la parte que en ellos pueda tener el póstumo (art. 964). Todo ello porque el legislador considera que son «efectos favorables» para el «nasciturus».

Ahora bien, al estudiar a naturaleza jurídica de la protección civil del concebido y no nacido, se han esbozado diversas teorías: algunos autores consideran que el concebido tiene una serie de derechos eventuales o condicionales³³; otros consideran que se trata de una mera ficción; otros, que los bienes y derechos del «nasciturus» se encuentran en situación de pendencia³⁴; o que lo que existen son expectativas de derecho...

En nuestra opinión, el «nasciturus» puede ser, y de hecho lo es, titular de derechos³⁵, lo que ocurre es que tales derechos están pen-

33. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo I, vol. II (Madrid, 1978) 125 ss.; ESPIN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, Parte General (Madrid, 1979) 247.

34. DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, II, Derecho de la Persona (Madrid, 1984) 119 ss.; GARRIDO DE PALMA, V. M., *El «nasciturus» y el Derecho Civil*, «Revista de Derecho Notarial» (1983) II, p. 126.

35. La misma opinión ha sido defendida por ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Cc. y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XIII, vol. 2.º (Madrid, 1981) p. 9.

dientes de que el concebido, al nacer, reúna los requisitos del art. 30 del Cc., y consolide, por tanto, su plena capacidad jurídica.

Por ello, si toda persona tiene derecho a la vida, y si tal «efecto» se considera «favorable», no podrá negarse al feto, desde el momento de su concepción, el mismo derecho, pues de ser así se le privaría también de todos los demás.

Pues bien, si admitimos que el «nasciturus» puede ser titular de derechos, con los matices que hemos visto, y si hemos llegado a la conclusión de que bajo el término «todos» del art. 15 de la Constitución se entiende incluido al concebido y no nacido, habrá que concluir que éste también tiene derecho a la vida.

Como consecuencia de todo ello, y partiendo de que el art. 1.1 de la Constitución configura al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, surgen para el propio Estado dos obligaciones: una, negativa, de «abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación»; otra, positiva, «de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (F.J. n.7).

3. *Problemática constitucional de la despenalización de algunos casos de aborto.*

Partiendo de que el «nasciturus» tiene un derecho a la vida, protegido constitucionalmente, el problema que se nos plantea es la posibilidad de que en determinados casos el aborto provocado sea contemplado por la legislación penal como un supuesto no punible, que lleva implícita la ausencia de responsabilidad penal en aquellos que lo practican.

a) *Sistema de plazo y sistema de indicaciones*

En el Derecho Comparado se han implantado dos sistemas de despenalización del aborto: el sistema de plazo y el sistema de indicaciones. Veamos en qué se basa cada uno de ellos.

1. El sistema del plazo.

Este sistema traza la frontera entre aborto permitido y aborto prohibido en atención, fundamentalmente, al cuándo de su realización. La tónica dominante es la de cifrar el límite temporal del aborto lícito en torno a la duodécima semana del embarazo. Hasta este

momento, bastará con que la embarazada solicite el aborto, y que sea un médico quien lo lleve a cabo en un medio hospitalario, para que se le conceda la autorización para abortar, sin necesidad de alegar para ello razón alguna³⁶.

Este sistema parte de que la vida en formación es un bien jurídico merecedor de protección penal y necesitado de ella. No obstante, se considera que en los tres primeros meses de la gestación la tutela de dicho bien jurídico no está garantizada a través de la prohibición penal absoluta. Los defensores de esta propuesta, no es que pretendan dejar sin protección la esperanza de vida durante un cierto espacio de tiempo, sino que estiman que la pena no es el medio adecuado para proceder a dicha protección en el plazo de tiempo indicado.

El sistema del plazo ha sido rechazado por la doctrina mayoritaria, por considerar que conculca las exigencias constitucionales de protección eficaz del concebido y no nacido derivadas del art. 15 de la Constitución, pues tal sistema considera absolutos los derechos de la mujer, en una visión unilateral del problema³⁷.

2. El sistema de indicaciones.

La diferencia fundamental entre este sistema y el anterior radica en que en éste, la vida humana en formación queda penalmente protegida, como bien jurídico, desde el inicio de su desarrollo, incluso frente a la libre autodeterminación de la mujer embarazada; pero ésta podrá solicitar autorización para abortar siempre que se cumplan algunos supuestos excepcionales legalmente previstos.

«Estas excepciones, son supuestos de hecho, circunstancias ('indicaciones'), que legitiman la destrucción del concebido y no nacido, en base al principio de no exigibilidad y al de prevalencia del interés preponderante. A cada indicación se le señala un plazo dentro del cual se legitima el aborto. En ocasiones no se limita temporalmente el aborto en determinados supuestos»³⁸.

Pues bien, este es el sistema que ha adoptado el legislador ordinario español, en el Proyecto de Ley que reforma el art. 417 bis del Código Penal.

En realidad, el sistema de indicaciones supone el decaimiento de la tutela penal del concebido y no nacido en aquellos casos en que entra en conflicto con otros bienes, también protegidos constitucio-

36. Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Criterios para la reforma del delito de aborto*, «Cuadernos de política criminal» (1979), n. 8, pp. 78 ss.

37. GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *La protección del concebido y no nacido...*, o.c., p. 195.

38. *Ibid.*, p. 185.

nalmente, por considerarse que «cuando el agente, por las circunstancias en que se ha realizado el hecho típico, no había podido actuar de modo distinto a que lo hizo, no le fue posible motivarse de acuerdo con el deber, su conducta típica y antijurídica no le será reprochable, y, por tanto, de ello no se deduce responsabilidad criminal alguna»³⁹.

Planteado así el problema, se hace preciso confrontar, en cada una de las indicaciones, las valoraciones jurídicas de los bienes en conflicto, para llegar a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cada uno de los supuestos previstos por nuestro legislador ordinario. Así, si existiera un bien superior, podría sacrificarse el de menor valor y el sujeto estaría amparado por una causa de justificación. En el caso de que el conflicto se diera entre bienes de igual valor, entraría en juego el principio de no exigibilidad, configurando un estado de necesidad subjetivo, de forma que tal conducta sería típica y antijurídica, pero no culpable. Lo que no cabría en ningún caso sería sacrificar un bien de valor superior en favor de otro de inferior valor, pues el Derecho Penal debe siempre proteger aquellos bienes que el ordenamiento considera «superiores»⁴⁰.

b) *Análisis de la constitucionalidad de los supuestos analizados*

Como hemos visto, el Proyecto de Ley que reforma el art. 417 bis del Código Penal contempla tres tipos de indicaciones:

1. Indicación terapéutica: cuando el aborto «sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada».
2. Indicación ética: cuando «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 hubiese sido denunciado».
3. Indicación eugenésica: cuando «sea probable que el feto habrá 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

39. SÁINZ CANTERO, J. A., *Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español (el principio de no exigibilidad)*, R.G.L.J., 1963, pp. 52-53.

40. Nos remitimos al punto, ya tratado, «Despenalización o legalización».

un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

Para determinar si cada uno de estos supuestos entra en colisión con el sistema de valores establecido por nuestra Constitución, habrá que ver en cada caso los bienes y derechos que entran en conflicto. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional no toma como punto de partida la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental a la vida, del «nasciturus», y una serie de derechos de la mujer, pues al negar que la vida del «nasciturus» constituya un derecho fundamental, los términos del conflicto serán una serie de derechos de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido, que es la vida humana en formación. Probablemente resultaba demasiado duro, a los redactores de la sentencia, concluir que en tales términos estaba claro que siempre debía prevalecer un derecho —fundamental— sobre un bien jurídico, por lo que optaron por acudir al principio de no exigibilidad de una conducta. Así, se considera que el embarazo, en determinados casos, puede representar una «carga insoportable» y castigar penalmente el incumplimiento de la ley, en tales casos, «resultaría totalmente inadecuado» (F.J. n.9).

Nuestro punto de partida, al analizar la cuestión, es distinto: como ha quedado demostrado en páginas anteriores, el concebido y no nacido es titular de un derecho fundamental a la vida. Por tanto, antes de aplicar el principio de no exigibilidad habrá que ponderar los distintos derechos que entran en conflicto.

1. *Indicación terapéutica*⁴¹

En realidad, esta indicación contempla dos supuestos distintos:

a) Conflicto entre la vida del concebido y la vida de la embarazada.

Se trata de un conflicto entre dos derechos iguales, según se desprende de los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución. Las dos vidas están protegidas por el art. 15 de la Constitución, y disponen en su favor de iguales garantías.

Este supuesto no plantea problemas, pues sería de aplicación a estos casos la eximente general del estado de necesidad (art. 8.7

41. Aunque así se denomina generalmente, tal denominación es incorrecta, pues en realidad la terapéutica es la parte de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de las enfermedades.

del Código Penal), con fundamento en el principio de no exigibilidad, siempre que la necesidad fuera absoluta y grave. Por lo tanto, desde el punto de vista constitucional, es admisible la despenalización del aborto en este caso, si bien es innecesaria su expresa regulación.

b) Conflicto entre la vida del «nasciturus» y la salud de la embarazada

Según la sentencia del Tribunal Constitucional, «el supuesto de 'grave peligro' para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física». Ciertamente el derecho a la salud es una lógica consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física, protegidos con rango constitucional⁴², pues en numerosas ocasiones, al correr peligro la salud, puede también ponerse en peligro la vida. Sin embargo, no siempre se produce esta relación de causalidad, máxime si adoptamos el concepto de salud propuesto por la O.M.S. en 1946, según el cual ha de entenderse por salud «un estado de óptimo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad y de minusvalía».

Ahora bien, ¿cuántas personas pueden gozar de ese estado perfecto de bienestar? Con toda seguridad, no muchas. Por otra parte, a nadie se le oculta que el embarazo y el alumbramiento deja, en numerosas ocasiones, una serie de lacras en la salud de la mujer. Un claro ejemplo de ello son las varices postparto de las que tantas madres padecen. ¿Constituyen las varices un peligro para la salud tan grave que pueda prevalecer sobre la vida del concebido?

Con este simple ejemplo puede advertirse la transcendencia que puede tener la admisión de esta indicación. Sin embargo, analicemos la cuestión desde el punto de vista de su constitucionalidad.

El derecho a la salud está reconocido por la Constitución en su art. 43.1. No obstante, la valoración constitucional del derecho a la vida —incluida la del feto— es superior a la del derecho a la salud. Así se deduce de la propia sistemática de la Constitución. En efecto, el art. 53 prevé una mayor protección del derecho a la vida (reconocido en el art. 15), frente al derecho a la salud (que recoge el art. 43.1), pues mientras que para solicitar la tutela del derecho a la vida cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, esta posibilidad no cabe cuando se trata de tutelar el derecho a la salud.

42. En el mismo sentido, vid. ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978*, o.c., p. 317.

Si esto es así, podemos concluir que choca con las disposiciones y valoraciones constitucionales la admisión de esta indicación, pues en caso contrario prevalecería el derecho a la salud sobre el derecho a la vida, mientras que la propia Constitución considera fundamental y superior el derecho a la vida respecto al derecho a la salud.

2. *Indicación ética*

Con esta denominación se conoce el aborto provocado cuando el embarazo haya sido 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 el hecho hubiese sido denunciado⁴³.

En principio consideramos, con Diego-Lora, que el Derecho positivo no puede autorizar que, como consecuencia de una violación, se cometa un delito contra la propia vida humana. «En buena técnica penal no se resuelve el mal recibido por la víctima dándole a ésta legitimación para realizar otro mal jurídico que le sirva de compensación o de lenitivo al daño o perjuicio padecido... Iríamos más allá aún de la venganza privada, pues ésta repercutiría sólo en el criminal que violó, mientras que en el proyectado art. 417 bis, n.º 2, la hace caer sobre un tercero, el concebido, como consecuencia de la presunta violación»⁴⁴.

Por otra parte, basta con denunciar el presunto delito de violación para que pueda practicarse el aborto. Ello supone un grave atentado contra la seguridad jurídica, como después veremos.

Pues bien, la sentencia admite la indicación ética por estimar que no es contraria a la Constitución. Sin embargo creemos necesario analizar detenidamente cuáles son los bienes jurídicos que entran en colisión en este supuesto.

La sentencia afirma que, en el caso del delito de violación, los bienes lesionados son la dignidad personal, el derecho de la mujer a la integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal, y considera que obligar a la mujer «a soportar

43. Aunque tal concepto nada tiene que ver con la ética, o «parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre», como la define ORTEGO COSTALES, en o.c., p. 20.

44. O.c., p. 404.

las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible» (F.J. n.11 b).

Ahora bien, si confrontamos, desde el punto de vista constitucional, cada uno de esos derechos con el derecho a la vida del «nasciturus», llegamos a las siguientes conclusiones:

— El derecho a la dignidad de la persona está recogido en el art. 10 de la Constitución. Este precepto encabeza el Título I, referente a los derechos y deberes fundamentales; sin embargo, la propia Constitución concede un valor mayor al derecho a la vida, como se desprende del art. 53, puesto que no cabe solicitar la tutela del derecho a la dignidad por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Nos encontramos, por tanto, ante un conflicto semejante al planteado entre la vida del «nasciturus» y la salud de la embarazada, por lo que nos remitimos a la argumentación realizada en el supuesto anterior. Por las mismas razones, prevalece el derecho a la vida del concebido, que no podrá ser sacrificada para proteger un derecho de menor valor.

— El derecho a la integridad física y moral: tal derecho está reconocido en el art. 15 de la Constitución y supone el derecho a no ser dañado en el propio cuerpo ni física ni moralmente, a través de torturas o tratos inhumanos o degradantes⁴⁵. Al traer, la sentencia, a colación, este derecho, entendemos que se refiere a las torturas que siempre lleva implícitas un hecho como la violación. Por ello, podría aplicarse la eximente de legítima defensa en el caso de que la mujer atacara directamente al violador, pero la relación de causalidad se rompe si la agresión se dirige contra la vida del concebido, para convertirse en una especie de venganza.

— El honor, la propia imagen y la intimidad personal están reconocidos como derechos fundamentales en el art. 18.1 de la Constitución. Tales derechos constituyen un límite a las libertades de manifestación del pensamiento, proclamadas por el art. 20, así como al uso de la informática —que debe ser realizada de manera que no lesione tales derechos—⁴⁶, limitando así la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada, inter-

45. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución...*, o.c., p. 190. Vid., también, BASILE, S., *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en «La Constitución española de 1978». Estudio sistemático dirigido por los Profs. A. Pedrieri y E. García de Enterría, o.c., p. 298.

46. *Ibid.*, pp. 299 ss.

vencción que puede manifestarse tanto en la observación y captación de la imagen como en las escuchas o grabaciones de conversaciones privadas y en la difusión o posterior divulgación de lo captado sin consentimiento de la persona afectada⁴⁷.

Ahora bien, si tal es el contenido de esos derechos, según han puesto de manifiesto los comentaristas de la Constitución, llama la atención la postura adoptada por la sentencia, que pretende hacerlos valer por encima del derecho a la vida.

Por otra parte, la propia sistemática constitucional recuerda que el derecho a la vida —en este caso, del «nasciturus»— es el primero de todos los derechos fundamentales, y todos los demás derechos tienen su causa, necesariamente, en el derecho a la vida, sin el cual aquéllos carecerían de sentido. Por todo ello, parece claro que en caso de conflicto entre los citados derechos y su causa (el derecho a la vida), debe prevalecer la segunda.

3. *Indicación eugenésica*⁴⁸

El número 3 del art. 417 bis del Código Penal despenaliza el aborto en el caso de que sea probable que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas. La sentencia considera que en estos supuestos, por tratarse de «verdaderos casos límite...», 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». Por ello —concluye— «este supuesto no es inconstitucional».

Pero ¿puede, jurídicamente hablando, concluirse la constitucionalidad de un precepto legal por el hecho, cierto, de que constituya, para la madre y para la familia, una carga tener un hijo afectado por graves taras físicas o psíquicas? ¿cuáles son aquí los bienes y derechos en conflicto y cuál de ellos es el que el legislador hace prevalecer sobre la vida del feto? ¿Es que el derecho a la vida, como derecho fundamental, es sólo patrimonio de las personas física y psíquicamente sanas? Esta serie de interrogantes nos llevan a analizar detenidamente la cuestión.

En principio, en este supuesto, parece que entran en conflicto la

47. En este sentido, vid. GARRIDO FALLA, o.c., pp. 232-235; ALZAGA, O., o.c., pp. 206-207.

48. Tampoco parece correcta la calificación de «eugenésica» con que se suele denominar esta indicación, pues la eugenesia consiste en la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana.

vida del concebido y su propia salud física o psíquica, sin embargo, en realidad, no existe conflicto alguno, por lo que la solución a la constitucionalidad o no de este supuesto vendrá dada por el examen de si la admisión del aborto en estos casos (probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el sujeto) viola algún precepto constitucional.

La protección de los disminuidos físicos y psíquicos está consagrada, fundamentalmente, en el art. 49 de la Constitución, que establece expresamente:

«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

La finalidad del precepto es clara: concretar el principio de igualdad, reconocido en el art. 14, a efectos de que también estas personas puedan disfrutar de todos los derechos que el Título I de la Constitución reconoce.

A esta misma finalidad tienden una serie de textos jurídicos internacionales, entre los que podemos destacar la Declaración de Derechos del Retrasado Mental, de 20 de diciembre de 1971⁴⁹ y la Declaración de Derechos del Minusválido, de 9 de diciembre de 1975⁵⁰.

Planteado así el tema, podemos afirmar que la indicación eugénica conculca la Constitución española, al chocar frontalmente con algunos de sus preceptos:

— Choca en primer lugar con el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, y su admisión vulnera los artículos 9.2 y 1.1, en cuanto supone el incumplimiento, por parte del Estado, de la obligación de promover las condiciones para que tal igualdad sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

— Conculca también los deberes del Estado respecto a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como los correspondientes derechos de éstos, consagrados en los arts. 41 («Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestacio-

49. Resolución 2.856 (XXVI) de la A.G.N.U., apartado n. 1.

50. Resolución 3.447 (XXX) de la A.G.N.U., apartados nn. 2, 3 y 4.

nes sociales suficientes ante situaciones de necesidad...»), 43 (1. «Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...») y 49.

— Además, el párrafo 3.º del art. 417 bis del Proyecto viola los arts. 10.2 y 39.4, al chocar con la Declaración de Derechos del Retrasado Mental y con la Declaración de Derechos del Minusválido.

c) *Insuficientes medidas de garantía*

La sentencia del Tribunal Constitucional, después de afirmar que los supuestos de despenalización que contempla el proyectado art. 417 bis del Código Penal no son contrarios a la Constitución, pasa a analizar si el legislador ordinario ha previsto, en la regulación de tales supuestos, las suficientes y necesarias garantías, para considerar que dicha regulación cumple las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución.

A tal respecto, el F.J. n.12 de la sentencia del Alto Tribunal analiza cada una de las indicaciones previstas en el Proyecto, para llegar a las siguientes conclusiones:

- Por lo que se refiere al aborto terapéutico, se considera que la requerida intervención de un médico, para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. Es necesario «que la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto», comprobación que habrá de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto, tanto terapéutico como eugenésico.
- «El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como su realización, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional».
- En el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas; por ello, la denuncia previa requerida por el Proyecto «es suficiente pa-

ra dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

El Tribunal considera que, una vez introducidas las modificaciones que señala en la sentencia, por el legislador ordinario, el Proyecto de Ley podrá proseguir su tramitación, pues será conforme a la Constitución. Sin embargo, por la forma en que está redactado el art. 417 bis del Proyecto, es fácil advertir las enormes ambigüedades que presenta y que, por otra parte, no quedan paliadas por las modificaciones que la sentencia propone. Nos atrevemos a afirmar que tales ambigüedades pueden dar lugar, sin dificultad, a un fraude de ley, de forma que bajo los supuestos de despenalización que ésta contempla, quepa subsumir la práctica del aborto en cualquier caso.

Que no es gratuita nuestra afirmación puede comprobarse si se analizan los distintos supuestos:

1. En el caso del aborto terapéutico, es necesario que éste se practique «para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada», pero ¿cómo se puede medir esa «gravedad»?

Para demostrar la vaguedad del precepto pongamos un ejemplo sumamente significativo⁵¹: una mujer embarazada acude al médico y le advierte que, si no se le practica el aborto, se suicidará. El médico nunca podrá saber si la amenaza es o no cierta, pero está seguro de que, de no emitir su dictamen favorable a la interrupción del embarazo, puede correr grave peligro la vida de la embarazada, y así lo hará constar en el requerido dictamen.

Con este simple ejemplo queda demostrada la facilidad con que la ley —en este caso el párrafo 1.º del art. 147 bis del Proyecto de reforma del Código Penal— puede ser burlada, y la enorme inseguridad jurídica a la que puede llevar una regulación tan vaga, que, por otra parte, no queda salvada por la exigencia del dictamen médico que propone la sentencia que comentamos.

2. En el segundo supuesto de despenalización, el aborto ético, el legislador ordinario exige la concurrencia de tres circunstancias:

- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429;
- que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación; y
- que el hecho hubiese sido denunciado.

51. Recogido en los medios de comunicación por Pi, R., *La amenaza de los inocentes*, en «Epoca», 22-28, abril, 1985.

Ahora bien, en el ámbito jurídico-penal, para que pueda afirmarse que existe un hecho constitutivo de delito de violación, es necesario que los Tribunales de Justicia dicten sentencia en que así se haga constar. Mientras tanto, sólo existirán sospechas, imputación del supuesto de hecho a un presunto inculpado, procesamiento, incluso acusación formal pública; pero no existirá aún el hecho constitutivo de delito de violación. Esto sólo lo puede decir el tribunal competente, tras el juicio y en la sentencia, pero además, necesitaremos sentencia firme, puesto que, mientras medie un recurso contra ella, el hecho constitutivo de violación, como el hecho constitutivo de cualquier otro delito, será una afirmación judicial sometida a impugnación y eventual revocación⁵².

Lógicamente no se puede llegar a una sentencia firme en el plazo de doce semanas. Consciente de ello, el legislador ha optado por la solución más rápida: la simple denuncia del hecho constitutivo de violación es suficiente para que el aborto quede despenalizado. Pero ¿constituye la mera denuncia del hecho una garantía suficiente para la protección de la vida de «nasciturus»? Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en su sentencia, aunque, en nuestra opinión, este supuesto implica una total desprotección de la vida del concebido y no nacido.

Por otra parte, al igual que en el supuesto anterior, la sola exigencia de la denuncia de la violación deja una puerta abierta al fraude a la ley. Así, una mujer que se sepa embarazada y desee abortar puede comparecer en la Comisaría y formular una denuncia de haber sido violada un mes o dos antes. Probablemente, el comisario le interrogará acerca de por qué no denunció el caso inmediatamente después de ocurrir el hecho, y ella responderá que, de no haber quedado embarazada, circunstancia que no ha conocido hasta el momento, no habría denunciado la violación (respuesta bastante frecuente, pues de todos es conocido el recelo que muestra una mujer violada a denunciar su caso, que normalmente desea no trascienda). No cabe duda de que, después del tiempo transcurrido desde la violación hasta la denuncia, es prácticamente imposible probar los hechos, a no ser que existan testigos presenciales u otro tipo de pruebas.

3. En el tercer supuesto que el Proyecto contempla basta con que dos médicos especialistas dictaminen que es posible que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas para que el aborto pueda practicarse sin obstáculo alguno, y nada menos que en las veintidós primeras semanas de gestación.

52. En el mismo sentido, vid. DIEGO-LORA, *Persona y Derecho*, o.c., pp. 405-406.

En principio resulta intolerable que la mera probabilidad pueda autorizar a realizar un acto de tanta trascendencia como es el poner fin a una vida humana. Queremos suponer que el médico que practique el aborto habrá de exigir que previamente se haya realizado un diagnóstico prenatal.

Por otra parte, así como en el caso del aborto ético el legislador se guió por el principio de urgencia, exigiendo simplemente la denuncia de la violación, en este caso ha dejado a la embarazada un amplio período de tiempo para que pueda decidir, tranquilamente, sobre la vida de su hijo. Pero ¿por qué veintidós semanas? No parece que tenga mucho sentido prolongar tanto la posibilidad de practicar el aborto, si tenemos en cuenta que el método de diagnóstico prenatal, probablemente más utilizado, como es la amniocentesis, sólo se puede realizar hasta la vigésima semana del embarazo, si bien existen otros métodos, más modernos, como el análisis del DNA, en que el diagnóstico puede ser conocido en la duodécima semana de gestación, o la biopsia de vellosidades del corion, que se realiza entre la novena y la undécima semana⁵³.

4. Las garantías introducidas por la sentencia no disminuyen la inseguridad jurídica a la que lleva la redacción del Proyecto de Ley:

— Por una parte, la sentencia exige que, en el caso del aborto terapéutico, «la comprobación del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente», al igual que el Proyecto prevé en el caso del aborto eugenésico. Pero ¿a qué especialidad se refiere? ¿Qué significa que la comprobación del supuesto de hecho se realice con carácter general? Como vemos, se siguen utilizando conceptos ambiguos.

— Por otra parte, afirman los redactores de la sentencia que el legislador debía prever que la comprobación del supuesto de hecho y la realización del aborto terapéutico y eugenésico se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto. Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de violación? ¿Por qué en este segundo supuesto no se exige que el aborto se practique en centros sanitarios autorizados al efecto?

Como puede verse, el aborto queda despenalizado, no cuando se produzcan determinados supuestos de hecho, sino cuando se cumplan una serie de requisitos administrativos, como son la existencia

53. Vid. ODILE ROBERT, *El diagnóstico prenatal*, en «Mundo Científico», n. 49, julio-agosto, 1985, pp. 812-822.

de certificados médicos, o la denuncia presentada en tiempo y forma. Todo ello implica un atentado contra el principio de seguridad jurídica, por lo que podemos concluir que el proyectado art. 417 bis vulnera el art. 9.3 de la Constitución.

IV. CONCLUSIONES

Para finalizar, podemos resumir las conclusiones a las que hemos llegado, en la elaboración de este trabajo, en las siguientes:

1.^a La vida del concebido y no nacido está protegida por la Constitución española de 1978, como bien afirma la sentencia objeto de este comentario; pero además, en contra de lo que establece ésta, el «nasciturus» goza del derecho fundamental a la vida, reconocido por el art. 15. Así se desprende del examen de los debates parlamentarios que precedieron a la redacción de dicho precepto, y de su interpretación desde el punto de vista sistemático y a través del Derecho Internacional.

2.^a Respecto a los supuestos despenalizados por el Proyecto de Ley, no puedo por menos de disentir de la sentencia del Tribunal Constitucional, pues, salvo en el caso de conflicto entre la vida del feto y la vida de la madre, al que cabría aplicar la eximente del estado de necesidad, todos los demás supuestos chocan frontalmente con la Constitución, al prevalecer el derecho a la vida del concebido y no nacido sobre los derechos de la embarazada que entran en conflicto.

3.^a El proyectado art. 417 bis del Código Penal implica un grave atentado contra el principio de seguridad jurídica pues, al utilizar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, la vida del «nasciturus» queda, en la práctica, totalmente desprotegida.

4.^a Las modificaciones propuestas por la sentencia a efectos de que, una vez introducidas en el Proyecto, éste sea conforme con la Constitución, no añaden, a nuestro modo de ver, mayor garantía para la protección de la vida del «nasciturus».

5.^a Dado que todo derecho fundamental —en este caso el derecho a la vida del concebido y no nacido— implica, para el Estado, un deber de respeto y de protección de tal derecho, consideramos

que dicho deber queda violado desde el momento de la aprobación de la ley despenalizadora del aborto.

Creemos, asimismo, que habría sido mucho más adecuado y favorable adoptar una serie de medidas alternativas a la legalización del aborto, entre las que podemos destacar las siguientes:

- La creación de centros especializados para disminuidos físicos y psíquicos, que faciliten su integración y puedan hacer efectivo el principio de igualdad.
- La ampliación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- Que se favorezca la adopción mediante una regulación de la misma más adecuada.