

## CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ABORTO (\*)

POR

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

A mi padres, a quienes debo todo.

Para el progresista, el débil era el obrero frente al patrono, el niño frente al adulto, el negro frente al blanco. Había que tomar partido por ellos. Para el progresista eran recusables la guerra, la energía nuclear, la pena de muerte, cualquier forma de violencia. En consecuencia, había que oponerse a la carrera de armamentos, a la bomba atómica y al patíbulo. La vida era lo primero, lo que procedía era mejorar su calidad para los desheredados e indefensos. Pero surgió el problema del aborto libre ... No se pensó si la vida del feto estaba más desprotegida que la del obrero o la del negro, quizá porque el embrión carecía de voz y voto y políticamente era irrelevante. Entonces se empezó a ceder en unos principios que parecían inmutables: la protección del débil y la no violencia ... [pero para los pocos progresistas que aún defienden a los indefensos y rechazan cualquier forma de violencia, esto es, para los que] siguen acatando los viejos principios, la náusea se produce igualmente ante una explosión atómica, una cámara de gas o un quirófano esterilizado.

Miguel Delibes

SUMARIO: 0. PUNTO DE PARTIDA: ¿DESDE CUÁNDO EXISTE LA VIDA.—1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—1.1. Protección constitucional del *nasciturus*.—1.2. Titularidad del derecho: «Todos...».—A. Interpretación gramatical.—B. Interpretación histórica.—C. Debates (parlamentarios) constituyentes.—D. Interpretación conforme a la realidad social.—E. Interpretación conforme a los instrumentos antropodíkeos.—1.3. Constitucionalidad general del sistema de las indicaciones.—1.4. Análisis separado de las tres indicaciones.—1.5. Motivos de inconstitucionalidad del proyecto según el Tribunal Constitucional.—2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.—3. ¿SON CONSTITUCIONALES LA INDICACIÓN SOCIAL Y EL SISTEMA DE PLAZOS?—A. Sistema de plazos.—B. Indicación social.

(\*) Este artículo adolecería de importantes defectos de fondo y de forma de no ser por la siempre desinteresada y valiosa ayuda prestada por la canonista y profesora titular Dra. Dolores GARCÍA-HERVÁS, de la Universidad Compostelana.

## 0. PUNTO DE PARTIDA: ¿DESDE CUÁNDO EXISTE LA VIDA?

Una cuestión transcendental a resolver en relación al aborto es la de determinar cuándo existe —o comienza a existir— la vida humana. Pues bien, aunque algunos científicos traten de demostrar lo contrario, lo cierto es que hoy puede afirmarse que la vida comienza desde el mismo momento de la concepción:

— Declaración de la Real Academia de Medicina de España de 17 de mayo de 1983: «La vida humana da comienzo en el momento mismo de la fecundación y, por lo tanto, la interrupción de la misma, en cualquier momento que se realice, conlleva la supresión de una vida».

— Informe biológico de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de 23 de marzo de 1983: «Los genes del cigoto inician inmediatamente su funcionamiento tras la fecundación. Tiene el cigoto una potencialidad propia y una autonomía genética por lo que, aunque guarda relación con la madre para subsistir, es un ser vivo independiente del cuerpo de ella».

— Declaración Oficial del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de 19 de febrero de 1983: «El principio de la vida humana se sitúa en el mismo instante de la fecundación y que, por tanto, cualquier acto abortivo, aun el realizado en el principio de la vida fetal, constituye un gravísimo atentado a la vida humana».

— Declaración de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España de 14 de diciembre de 1983: «La índole humana del ser en gestación, desde que es concebido, se encuentra asegurada por el correspondiente código y mensaje genéticos [...] que nadie tiene derecho a destruir [al *nasciturus*]».

— Informe de la Sociedad Anatómica Española de 20 de marzo de 1983: «No existe ningún acontecimiento biológico durante el desarrollo de un nuevo ser, previo al acto del nacimiento, en que pueda hallarse la frontera entre lo prehumano y lo humano».

— Informe científico-médico de la Real Academia de Doctores de Madrid de 25 de abril de 1983: «Jean Rostand ha afirmado

que toda distinción entre el huevo, el embrión y el feto es arbitraria; el hombre entero se encuentra en el óvulo fecundado».

## 1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El 2 de diciembre de 1983, 54 diputados interponen un recurso previo de inconstitucionalidad (1) contra el proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal (2). Se consideraba que tal proyecto, de llegar a ser aprobado, vulneraría los siguientes preceptos constitucionales: 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49, 53, 1 y 3.

El 11 de abril de 1985 el TC pronunciaba sentencia en medio de un ambiente tenso. En su FJ 1.º, dice la sentencia que el caso planteado en esta ocasión al TC es un «caso límite en el ámbito del Derecho» por dos razones:

---

(1) El recurso se dirigía contra la redacción aprobada por el Senado en su sesión plenaria de 30 de noviembre de 1983, que era la que sigue (véase STC 53/85, de 11 de abril, FJ 2.º):

«Artículo único. El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, 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.

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 12 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 veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que inter venga a la embarazada».

(2) El artículo 15 CE reza: «TODOS tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...»

Para un análisis de los antecedentes o «supuestos previos» de la sentencia, véase FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1986, núm. 6, págs. 801-851; en concreto, 822-828. Para el análisis de los motivos de inconstitucionalidad en que se basaba el recurso, véase B. BLANCO RODRÍGUEZ, «La ley del aborto: significado y control de su aplicación», *Grupo de Estudios de actualidad*, núm. 5, 1988, págs. 30-39.

a) En primer lugar, porque entre el *nasciturus* y la madre (3) existe un vínculo natural que da lugar a «una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social».

b) Porque se trata de un tema en el que juegan un papel decisivo «ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales».

Después de dicho lo anterior, el Tribunal proclama que, si bien no puede prescindir, «como una de las ideas subyacentes a su razonamiento», de la especial relación madre-*nasciturus*, sí va a prescindir de «criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico».

### 1.1. Protección constitucional del *nasciturus*.

De los tres primeros fundamentos sólo el tercero tiene para nosotros un auténtico interés. La primera afirmación que contiene es de suma importancia: «El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*». Pronto volveremos sobre ella. Además, también se habla de la trascendencia del reconocimiento constitucional en el artículo 15 CE del derecho a la vida, derecho que tiene una «doble significación, física y moral», que

«es la proyección de un valor superior (4) del ordenamiento jurídico-constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes. La relevancia y

(3) Habla, efectivamente, de *nasciturus* y madre, de lo cual hay que deducir que el TC reconoce que el *nasciturus* es hijo, en el FJ 3.<sup>o</sup>

(4) La afirmación de que la vida es un «valor superior del ordenamiento jurídico» carece de todo fundamento constitucional, como muy bien señaló el magistrado Sr. Tomás y Valiente en su voto particular, pues valores superiores son sólo los allí reconocidos *expressis verbis et nominatim*: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Más tarde volveremos sobre el tema.

la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el príus lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» (5).

A continuación el TC, en el FJ 4.º, pasa a analizar «el ámbito, aplicación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo». Se trata de derechos que tienen una doble vertiente: a) por una parte, son derechos subjetivos frente al Estado, garantías institucionales y deberes por parte del Estado (6); b) por la otra, son «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política: son, en fin, como dice el artículo 10 CE, «el fundamento del orden jurídico y la paz social»» (7).

«Por consiguiente, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no sólo se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa».

(5) Hemos optado por reproducir literalmente la sentencia en sus puntos más importantes, en vez de hacer una transcripción más o menos literal, pues en este último caso se corre el riesgo de tergiversar —intencionadamente o no— su contenido.

(6) Sobre los conceptos de derecho fundamental y garantía institucional, puede verse el análisis crítico, de enorme interés, de J. M.º BAÑO LEÓN, «Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988.

(7) Se trata, sin duda, de una errata, pues el art. 10 CE habla de fundamentos «del orden político y la paz social». Valores superiores del ordenamiento jurídico lo son los del art. 10.1 CE. No obstante, véase, al respecto, TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional*, Ediciones Aíomo, Madrid, 1988, págs. 46-47.

En el fundamento jurídico 5.º, el TC aborda una cuestión de enorme trascendencia, a la que ya nos hemos referido: establecer «una noción de vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto», lo cual no es tarea fácil porque «la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, teológica, médica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí». Así, pasa el TC a establecer tres consideraciones sobre lo que debe entenderse por vida humana:

— En primer lugar, la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, «en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital».

— En segundo lugar, señala el TC que la gestación ha dado lugar a un «*tertium* existencialmente distinto de la madre», aun a pesar de que esté alojado en su seno.

— Finalmente, «partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación», señala que dentro del proceso vital tiene particular relevancia el nacimiento, puesto que supone el paso «de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad». Además, también se dice que, antes del nacimiento, tiene especial importancia «el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana».

De lo anterior, el Alto Tribunal deduce que si la Constitución protege la vida al máximo nivel, no puede dejar de hacerlo en aquella «etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un

valor fundamental —la vida humana—, garantizado en el artículo 15, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional».

He aquí una de las más relevantes afirmaciones de la sentencia: no se protege la vida del *nasciturus* en cuanto que es titular del derecho a la vida, sino en cuanto mero bien jurídico-constitucional. Dice Meilán Gil que tal consideración del TC «constituye la gran coartada de la sentencia» (8). Por nuestra parte, no podemos menos que mostrar con Fernández Segado nuestra perplejidad (9). Pensamos que tal argumentación del Tribunal Constitucional carece de toda base lógico-jurídica y, desde luego, constitucional. Es más, pensamos que el Tribunal Constitucional ha vulnerado la propia Constitución, erigiéndose así materialmente en legislador constituyente, sin que haya modo de reparar este mal, pues, como dijo un conocido juez americano, Presidente del Tribunal Supremo durante muchos años, el Juez Marshall, «el Tribunal Supremo [léase, el TC] no tiene la última palabra por ser infalible sino que es infalible por tener la última palabra».

Pero veamos por qué considero que el TC se ha excedido de sus funciones, reformando materialmente la *lex legum*. Recapitulemos. El TC afirma que la vida es un proceso que se inicia con la gestación (FJ 5.º a.), que genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre (FJ 5.º b.) y que el nacimiento simplemente supone el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad (FJ 5.º c.); además, también declara el Alto Tribunal que la constitución no puede desproteger la vida antes del nacimiento. Hasta aquí todas las consideraciones del TC son más o menos coherentes y tienen una consistente estructura lógica que compartimos, pero el Tribunal prescinde de toda lógica cuando, a renglón seguido, sostiene que el *nasciturus*, a pesar de tratarse de un ser humano dotado de vida, no es titular del derecho a la vida que el propio Tribunal le ha reconocido que tiene y, si su vida merece protección no es por otra razón que por la de que se trata de un bien constitucionalmente protegido, califi-

(8) MEILÁN GIL, «El aborto: tema crucial», *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, Santiago de Compostela, 1990, pág. 35.

(9) FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, pág. 842 y 843.

cación jurídica que es técnicamente impresentable, pues la vida, como ha puesto de relieve Fernández Segado (8), «es mucho más que un valor con transcendencia jurídica; es el derecho fundamental esencial y troncal, como el propio Tribunal, en otro momento, admite».

Nos parece inadmisibile que acuda el Tribunal a la llamada jurisprudencia de los valores para otorgar protección a la vida del *nasciturus* («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»).

Es indudable que la proclamación o reconocimiento de una tabla de derechos supone necesariamente la existencia de unos valores a los que se da una mayor o menor importancia. Dice el TC que, en el caso de nuestra Constitución, uno de esos valores es la vida humana, lo cual, en principio, es perfectamente aceptable. Pero lo que no puede hacer el TC es decir que la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico que se protege en cuanto que aquélla encarna un *valor fundamental garantizado en el artículo 15*. El artículo 15, en rigor y en puridad jurídica, no garantiza el *valor* vida sino algo más importante: el derecho a la vida, que el propio TC ha calificado de «derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Lo que no parece admisible es que el TC no reconozca al concebido no nacido la titularidad de tal derecho, considerando que no puede incluirse dentro del sujeto «todos» del artículo 15 de la Constitución, consideración para cuya defensa el TC tendrá que prescindir de toda coherencia lógica con sus afirmaciones anteriores: no alcanzo a comprender cómo puede reconocerse que existe vida desde el momento de la gestación, que existe desde ese momento un «*tertium* existencialmente distinto de la madre» sin, inmediatamente a continuación, reconocer a ese *tertium* la titularidad del derecho a esa vida que le ha reconocido que tiene. Lamentablemente, la única explicación plausible que encuentro es que el Tribunal considere que hay seres humanos, dotados de vida, que no tienen derecho a vivir su propia vida. No cabe hacer otra interpretación, por duro que ello sea.

Como señala Fernández Segado, «reducir la vida a la categoría de mero bien jurídico es rebajarla y aun degradarla, y no nos vale el argumento de que tal reducción opera tan sólo respecto del *nasciturus*, porque si se admite, como creo ha quedado demostrado que ha hecho el Tribunal, que existe una vida existencialmente diferente a la de la madre desde el mismo momento de la gestación, no pueden establecerse distingos entre el nacido y el no nacido, por lo menos en lo que a la titularidad del derecho a la vida se refiere» (10).

Carece de solidez el argumento aducido por el Abogado del Estado de que «sólo podrán incluirse en el término [“todos” del art. 15 CE] aquellos a quienes el Derecho reconoce como sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas» (Antecedentes 3, A.), remitiéndose para ello al Código civil por ser el que precisa «quienes pueden ser titulares de derechos» (11). Dos objeciones pensamos que se pueden hacer a tal argumento:

a) En primer lugar, debe señalarse que el Código civil, al igual que toda la legislación, debe interpretarse de conformidad con la Constitución y no a la inversa. Pensamos que existe —y debe existir— un concepto constitucional de persona ya que, de lo contrario, si mañana el Código civil dijese, por ejemplo, que los judíos no son personas, podría llegarse a la errónea conclusión de que los judíos no tienen derechos constitucionales. Con este ejemplo extremo quiero poner de relieve que, si no existiese un concepto constitucional de persona, resultaría que el Código civil puede reformar la Constitución materialmente hasta dejarla reducida a mero papel mojado; pero es que, además, sin acudir a ejemplos especulativos, y ateniéndonos a la interpretación que pretendía hacerse del término persona conforme al Código civil, resultaría que no habría a estos efectos diferencia alguna entre el feto y el recién nacido, pues de acuerdo con aquel código, sólo se es persona 24 horas después del nacimiento.

(10) FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, pág. 843.

(11) Por lo demás, para un estudio civilístico del problema, puede verse J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, Tecnos, 1991, Madrid, pág. 195; G. GARCÍA CANTERO, «El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 250, tomo LXXXII, enero-junio, 1981, págs. 597-604.

b) A pesar de lo dicho, es cierto que para determinar quién es persona a efectos constitucionales se puede tener presente la regulación del Código civil sobre la persona, lo cual no quiere decir, insisto, que la persona a efectos constitucionales coincida con la persona a efectos civiles. Es cierto que los no nacidos no tienen capacidad para detentar derechos fundamentales del mismo modo que un ser humano nacido, puesto que el nacimiento «dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital», tiene «particular relevancia» jurídica; pero ello no permite afirmar que puesto que el *nasciturus* no puede detentar otros derechos fundamentales, tampoco puede hacer lo propio respecto del derecho a la vida. Si se admitiese este argumento, no podría haber inconveniente para admitir este otro; puesto que el recién nacido no tiene capacidad para detentar el derecho de asociación ni el de sindicación, ni el derecho a la asistencia letrada, tampoco puede tenerla para el derecho a la vida. Sinceramente, después de leída con asombro la sentencia del TC en cuestión, me da miedo pensar que estoy dando ideas nada positivas para el futuro. Aunque mucho me temo que el siguiente paso que dé esta cultura de la muerte no será contra los recién nacidos, sino contra otros seres humanos más desvalidos si cabe (eutanasia).

Pero es que, aun en la hipótesis —rechazada, como sabemos, por el TC (12)— de que para interpretar quiénes son «todos» hubiese que remitirse al concepto civil de persona, no podríamos en puridad afirmar que queda excluido el *nasciturus* de la titularidad del derecho en cuestión. Veamos por qué. El artículo 29 del Código civil establece (13) que «el nacimiento determina la personalidad» y el 30 dice que «para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno». En principio

(12) STC 53/85, de 11 de abril, FJ 5.º: «En el pleno del Congreso fue defendida una enmienda —aprobada por mayoría— que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» [...] con la finalidad de [...] evitar, por otra parte, que con la palabra «persona» se entendiera incorporado el concepto de la misma, elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución».

(13) Artículo 29 del Código civil: «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».

habría que pensar que, desde esta perspectiva, el feto no es persona. Pero, en realidad, no es así, puesto que el artículo 29 ya mencionado dice, después de proclamar que «el nacimiento determina la personalidad», que «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30». Pues bien, si al concebido se le tiene por nacido —y el nacimiento determina la personalidad— para todos los efectos que le sean favorables, es evidente que se le debe tener por «titular del derecho a su propia vida, a una vida que en cuanto a ser humano que es, tiene como propia y diferenciada de la de su madre. Como se ha puesto de relieve, ¿cómo le va a tener o considerar la ley respecto al favor más nuclear para él como es permitirle nacer?» (14). En cualquier caso, para determinar si el *nasciturus* está o no incluido dentro del ámbito subjetivo pasivo del artículo 15, carece de relevancia lo anterior, pues el concepto constitucional de persona es independiente y autónomo —no necesariamente diferente— de la concepción que de ésta tengan otras disciplinas jurídicas o ramas del ordenamiento (15).

El Derecho penal, desde tiempos inmemoriales, ha castigado siempre con menor severidad la muerte del concebido que la de un hombre ya nacido, lo que no significa, como piensa Rodríguez Mourullo (16), que se haya atribuido tradicionalmente en nuestro Derecho penal «a la vida del *nasciturus* un valor menor que a la vida del hombre ya nacido». Utilizando la misma argumentación se podría decir que, puesto que la muerte del Jefe del Estado es penalizada mucho más severamente que la de otro ciudadano (17),

(14) F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, pág. 845. Como defendió el diputado señor Fraga Iribarne en la Comisión del Congreso durante los debates constituyentes, después de recordar el viejo principio romano y axioma jurídico *nasciturus pro iam nato habetur*; «Evidentemente, no hay ningún efecto que le pueda ser más favorable que la vida misma».

(15) Supondría una inadmisibles claudicación constitucional frente a concepciones iusprivatistas: MAUNZ-DURIGHERZOG, *Grundgesetz*, pág. 88; cit. por G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida», en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas*, EDESA, Madrid, 1985, pág. 304.

(16) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida», *op. cit.*, pág. 305.

(17) Artículo 407 del Código penal: «El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor». El 142 dice: «Al que matare al Jefe del Estado se le impondrán la pena de reclusión mayor en su grado máximo». Si se mata a un ciudadano la pena puede ser sólo de 12 años, mientras que si el muerto es el Jefe del Estado, la pena puede

resulta que la vida de un ciudadano tiene un valor menor que la del Rey de España, afirmación que, pensamos, es incorrecta.

Quando se niega al concebido la condición de persona constitucional y se habla de vida no personal, como ha hecho el Tribunal Supremo Americano en la sentencia *Roe v. Wade* (18), tengo que confesar que la única palabra que se me ocurre para calificar esa actitud es la misma que se me ocurriría para denominar al Tribunal Supremo Americano cuando, en 1857, en la decisión *Dred Scott*, consideró que el esclavo no era una persona ante la ley. Nuestro TC no niega al feto la condición de persona— en sentido constitucional, evidentemente—, pese a lo cual no le reconoce el derecho a la vida. En nuestra opinión, para hacer esto el TC ha tenido que prescindir de toda lógica jurídica y utilizar una argumentación arbitraria que muy bien podría haberle llevado a justificar la prevalencia de la vida de un ciudadano negro sobre la de un blanco o viceversa. Cuando se prescinde de la lógica, se puede justificar todo y nos parece claro que en esta ocasión el Alto Tribunal ha prescindido de ella, por muy consistente que pueda parecer, *prima facie*, la argumentación empleada en la sentencia y tal interpretación la hizo, conviene subrayarlo, pese a la voluntad mayoritaria del constituyente, y, al hacerlo, ha vulnerado la división de poderes, reformando la Constitución, con la aquiescencia del Ejecutivo, apoyo que, por otra parte, era imprescindible para que la decisión del TC tuviese efectividad práctica.

---

llegar hasta los 30 años. Si una mayor penalidad supusiese que se da un mayor valor a la vida protegida, cuanto mayor fuese aquella, más valiosa tendría que ser la vida: concretamente, la vida del Jefe del Estado tendría un valor tres veces superior al de la vida de otro ciudadano. Creo que tal argumentación cac por su propio peso.

(18). Ver Richard SMITH, «Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el Derecho español», *Revista de Derecho Público*, págs. 345-393; en concreto, 361. Véase, también, STANISLAW FRANKOWSKI, «United States of America», en la obra colectiva *Abortion and protection of the human fetus*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, 1987, págs. 17-75. Asimismo puede encontrarse un breve pero completo estudio sobre el aborto en Estados Unidos, en C. D. KELSO and R. RANDALL KELSO, «United States», en el colectivo *Abortion Law as Public Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984, págs. 61-82.

## 1.2. Titularidad del derecho: "Todos..."

Como sabemos son varios los tipos de interpretación que pueden hacerse de una norma. Tradicionalmente, atendiendo a los medios utilizados y siguiendo a Savigny, se señalan cuatro modalidades: la gramatical, la lógico-sistemática, la teleológica y la histórica (19). Lo que es claro, en nuestra opinión, es que ninguna de estas interpretaciones es autónoma sino que, por el contrario, el intérprete debe tener presentes todas estas modalidades de interpretación —y otras que tal vez podrían añadirse— e integrarlas en una visión globalizadora, resultando así la verdadera —y única— interpretación constitucional. En el caso presente, la interpretación del precepto es básica en orden a determinar si el *nasciturus* es incluíble dentro del sujeto del artículo 15 CE («todos...»). No obstante, antes debemos aclarar que la interpretación del texto constitucional presenta unas peculiaridades que la diferencian de la interpretación de cualquier otro texto legal. Hecha esta aclaración, se entenderá el análisis hermenéutico que a continuación realizaremos sobre el artículo 15 CE.

### A) Interpretación gramatical.

Dice Serrano Alberca (20) que «la determinación del sentido último de una disposición no puede alcanzarse deteniéndose en el plano gramatical». Esto es cierto en el sentido de que la interpretación literal no puede ni debe ser la única que se tenga presente sino que caben otras, como ha quedado sobradamente explicado; pero no cabe tampoco la menor duda de que la interpretación literal supone un límite a cualquier otra interpretación, pues de no ser así, podría estar vulnerándose no ya el espíritu, sino la letra misma del texto constitucional. Es posible cualquier interpretación que no diga algo nítidamente contrario a lo que la letra legal —constitucional en este caso— establece.

(19) Puede verse, al respecto, J. CASTÁN TOBEÑAS, Reus, S. A., Madrid, 1988, págs. 544-562.

(20) J. M. SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 15», en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigida por Garrido Falla, págs. 266-283; en concreto, 272.

En relación con la interpretación que el citado autor hace del término *todos* nos gustaría hacer varias precisiones. En primer lugar, frente a su afirmación de que «el término 'todos' es un adjetivo, que como todo adjetivo complementa a un sustantivo» que no es otro que «personas», hay que señalar que «todos» en el artículo 15 CE no es un adjetivo sin más, sino un adjetivo sustantivado o, mejor aún, un nombre que no complementa nunca a otro nombre ni, menos todavía, a «personas». Lo cierto es que el constituyente no empleó la expresión «todas las personas», sino precisamente esa otra que él quiere equiparar a la anterior: «todos». No obstante, pienso que si se hubiese adoptado la expresión «todas las personas», a no ser que constase lo contrario en los debates constituyentes, también podría perfectamente considerarse sujeto del derecho al concebido. En cualquier caso, la realidad es que se empleó el término «todos» y éste, desde un punto de vista gramatical, significa conjunto de individuos sin excluir ninguno. Por ello, pienso que, gramaticalmente hablando, el sentido común, si no obliga, al menos sí permite incluir a los *nascituri* dentro de ese «todos».

Así, pues, en nuestra opinión, desde una óptica hermenéutico-gramatical, y haciendo absoluta abstracción (21) de otras consideraciones, no queda de plano rechazada la posibilidad de excluir al feto de la titularidad del derecho a la vida pero tampoco se impone —más bien al contrario— tal interpretación. En este sentido, podemos decir que, todo lo más, gramaticalmente hablando,

(21) No quiero dejar de subrayar esto: «haciendo ABSOLUTA abstracción de otras consideraciones» (no gramaticales). Es decir, mi análisis se refiere al término «todos» en abstracto porque si lo estudiamos dentro del artículo 15 difícilmente puede explicarse que reconozca el derecho a la vida a «todos» y ese «todos» no sea todos los que viven, todos los que tienen vida. En este sentido, pensamos que la interpretación literal en realidad casi obliga a considerar incluido al feto dentro del sujeto. Y a ello no obsta la consideración de RODRÍGUEZ MOURULLO, quien afirma que, ya desde un punto de vista gramatical, no puede aceptarse que el término «todos» incluya al feto puesto que «ese 'todos' aparece como el sujeto de las garantías en tal artículo consagradas, entre las que se cuentan las de no poder ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, con lo que se da a entender que 'todos' se refiere a personas ya nacidas». Pues bien, esta argumentación no es válida: pensamos que, si existiese la posibilidad de someter al feto a torturas, tal conducta sería, prescindiendo de otras calificaciones, inconstitucional. Ver RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida», *op. cit.*, pág. 303. Puede verse, asimismo, Andrés FERRANDO LÓPEZ, «El derecho a la vida en la Constitución española de 1978», *Revista General de Derecho*, págs. 2.749-2.777; en concreto, 2.760-2.761.

el término «todos» es neutral y tanto podría considerarse incluido al feto dentro del sujeto como no, aun cuando lo primero sería más coherente. Por tanto, la interpretación gramatical no sirve para determinar el alcance del término «todos» y deberán ser otras modalidades interpretativas las que nos ayuden a determinarlo con exactitud.

B) *Interpretación histórica.*

Al respecto, sólo aludieron a ella los recurrentes, afirmando que «la tradición legislativa española, con la única excepción de la Ley Catalana de Aborto en la Segunda República, ha estimado que todos tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, penalizándose el aborto en todos los Códigos penales», debiendo tenerse presente, asimismo, que «en el campo del Derecho civil [...] la tradición jurídica ha articulado un sistema de protección al *nasciturus*».

Coincido plenamente con los recurrentes en que los antecedentes históricos eran un elemento interpretativo favorable a considerar incluido al feto dentro del término «todos», pero también hay que tener presente que aquéllos sólo tienen un valor relativo cuando se trata de innovar. En realidad, pienso que lo decisivo a la hora de determinar si dentro del sujeto del artículo 15 CE debe o no incluirse al *nasciturus* es el análisis de los debates parlamentarios constituyentes, pues de ellos —y sólo de ellos— deduciremos cuál era la auténtica voluntad constituyente, que, como sabemos, no puede ser vulnerada por ningún poder constituido.

C) *Debates (parlamentarios) constituyentes.*

Veamos, en primer lugar, cuál es el pronunciamiento del TC en este punto puesto que, como ha quedado dicho, es crucial a la hora de determinar si el feto puede considerarse o no incluido dentro del un tanto ambiguo término «todos» (FJ 5.º):

«En el pleno del Congreso fue defendida una enmienda —aprobada por mayoría— que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas” —introducida en el seno de la Comisión

para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era "técnicamente más correcta"— con la finalidad de incluir al *nasciturus* [...]. La ambigüedad del término "todos" en la expresión "todos tienen derecho a la vida" no fue despejada, sin embargo, durante los debates, por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

Frente a la opinión sostenida por el TC, y coincidiendo con la sostenida por los recurrentes, pensamos que es claro que la voluntad constituyente fue la de considerar al feto como titular del derecho a la vida garantizado por el artículo 15 CE. Veamos brevemente el *iter* del artículo en cuestión en el proceso constituyente:

a) El artículo 15 del Anteproyecto de Constitución constaba de dos puntos, prescribiendo el primero de ellos: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física», fórmula idéntica a la plasmada ya en el borrador, si bien correspondiendo al artículo 20.1.

b) La ponencia, atendiendo parcialmente a una de las seis enmiendas presentadas a este artículo, iba a refundir los dos puntos del artículo 15 del Anteproyecto —ahora, en el Informe de la Ponencia, el 14—, resultando un precepto del siguiente tenor: «La persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

c) En la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el diputado señor Fraga iba a presentar una enmienda *in voce* en la que, entre otros cambios, se proponía una vuelta a la redacción del Anteproyecto, sustituyéndose así la expresión «la persona» por el término «todos», a fin de evitar que se entendiese el concepto de persona de acuerdo con el Código civil. Tal enmienda iba a ser rechazada en la correspondiente votación, aprobándose a continuación el texto de la Ponencia por unanimidad.

d) En el Pleno del Congreso de los Diputados (22), el diputado señor Mendizábal iba a defender en nombre del grupo aliancista una enmienda en la que se proponía una vuelta a la redacción del Anteproyecto, siendo muy importantes una serie de declaraciones que entonces haría en defensa de la enmienda, puesto que ésta iba finalmente a ser aprobada. En primer lugar, iba a declarar que «puestos a defender esenciales derechos del hombre, hemos de comenzar proclamando que el primero, indiscutible e irreversible, es el derecho a nacer» que, en su opinión, no quedaba plena y nítidamente garantizado con tal redacción del artículo: «lo que se asoma tras este artículo 14 del proyecto constitucional, como posibilidad más próxima —inmediata me atrevo a decir—, como una nube cargada de turbios presagios es la sombra del aborto, su legalización o despenalización [...] el concepto 'aborto' no figura expresamente en el artículo constitucional que comentamos. Pero lo que venimos a decir es que si lo aprobamos como se nos propone, lo tenemos ya implícitamente reconocido, pues queda abierto el gran portón para su implantación entre nosotros». Iba a señalar el citado diputado que su grupo presentaba esa enmienda con las pertinentes aclaraciones «para que en lo sucesivo pueda servir esta explicación de guía en la hermenéutica, en la interpretación auténtica del concepto», interpretación que era la siguiente: «Nada es más evidente que al decir 'todos' estamos aludiendo a una universalidad y que hemos prescindido de las exclusiones ... La Constitución tiene un claro destino y es regir la vida de los españoles racionales. Nuestra vida humana es, precisamente, la destinataria, la que ha de regirse por esa norma superior. Y así, al aludir a la totalidad de vida española en ese 'todos', forzosamente han de comprenderse los nacidos y los *nasciturus (sic)*».

En nombre del Grupo Parlamentario de UCD iba a intervenir el diputado señor Meilán Gil, siendo sus declaraciones, junto con

(22) Muy bueno es el sentido a este respecto de F. FERNÁNDEZ SEGADO, «¿Es inconstitucional la despenalización del aborto?», en el colectivo *El aborto a examen*, Editorial Razón y Fe, Madrid, 1983, págs. 197-217 que seguimos. También debe verse el acertado estudio del profesor Lois Estévez: J. LOIS ESTÉVEZ, «Inincautabilidad política del derecho a la vida: el art. 15 CE, ¿una trampa lógica?», *Verbo*, núm. 229-230, Serie XXIII, octubre-noviembre de 1984, págs. 1.169-1.184. Asimismo, F. Díez MORENO, «El aborto en el proceso de elaboración de la Constitución Española», *Ya*, 9 de marzo de 1983.

las ya citadas del Grupo Parlamentario de AP, de enorme importancia, pues la enmienda de AP iba a lograr ser aprobada finalmente gracias, precisamente, a los votos de estos dos grupos. Pues bien, el señor Meilán Gil, en nombre de su grupo, y en relación al artículo 14 del Proyecto, iba a manifestar que «aquí nos encontramos, por tanto, con uno de esos puntos en los que no caben los equívocos, en los que no debe haber oscuridades ni ambigüedades. Y en este sentido quiero decir, en nombre del Grupo que represento, que nosotros no somos abortistas». Más adelante iba a decir que «no queremos que el legislador ordinario pueda, con una regulación determinada, negar la categoría jurídica de persona o una realidad que ya existe; no queremos que el Derecho sirva para privar o para impedir la existencia de quien ya es». Finalmente iba a concluir diciendo: «En definitiva, lo que quiero decir es que si la Constitución ha apostado por la vida, nosotros apostamos también, de una manera clara, sin equívocos, por la vida, para concluir que ninguna de las dos fórmulas que aquí están en cuestión es una fórmula abortista, y que para evitar dudas y para generar tranquilidades aceptaremos la redacción del texto del 5 de enero» (la expresión «todos», «aun con toda su tosquedad, aun con toda su indeterminación»).

Como señala con acierto Fernández Segado, en el seno del Congreso «quedó nítidamente puesto de relieve que la voluntad del poder constituyente no era otra que la de un rechazo sin paliativo alguno a toda fórmula contra el derecho a la vida y, por ende, a toda fórmula abortista. Esa fue la voluntad del poder constituyente que, como resulta obvio, no debe ser vulnerada por el poder constituido, salvo que, claro es, se tenga del Derecho la idea explicitada por el diputado señor Peces-Barba, en una de las últimas intervenciones que la cuestión objeto de análisis iba a propiciar: “Desengáñense Sus Señorías, todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación”» (23). Inmediatamente a continuación, el citado diputado iba a añadir unas palabras que expresan aún mejor esa deleznable concepción del Derecho y de la Constitución: «si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, “todos” permite una ley del aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la “persona”

(23) F. FERNÁNDEZ SEGADO, «¿Es inconstitucional...», *op. cit.*, pág. 114.

impide la ley del aborto». Más graves todavía nos parecen unas palabras del mismo diputado, bien que ya no en calidad de diputado o ex-diputado sino como jurista, en las que se viene a afirmar respecto de la posibilidad de que el TC reconozca como constitucional el sistema de plazos que «no es un problema de argumentación sino de voluntad, aunque ciertamente la voluntad se forma a partir de razonamientos para justificarla». Tal concepción de la Constitución hace depender la vida de los *nascituri* de la mayoría existente en un determinado momento, cuando la *carta magna* debe ser precisamente garante de las minorías y viene a relativizar todos los mandatos constitucionales —o un enorme número de ellos—, pues el TC podrá declararlos conformes a la Constitución, si esa es su voluntad, no siendo problema la argumentación. Ciertamente, no cabe concepción más contraria a la genuina idea de Constitución.

Lo cierto es que, por lamentable que sea, la realidad de los hechos vino a dar la razón al diputado señor Peces-Barba en este punto, pero ello no quiere decir que sea acertada su concepción del Derecho; en nuestra opinión, resulta inaceptable, pues supone dar al poder ejecutivo un poder prácticamente absoluto e ilimitado y ello conduciría a la vulneración de los derechos de las minorías y de los más débiles, lo cual nos parece entra en contradicción con la idea de Constitución y de democracia misma.

e) La redacción del Pleno del Congreso —en lo que a nosotros nos interesa; inciso inicial del artículo— iba finalmente a ser constitucionalizada, puesto que ni en la Comisión de constitución ni en el Pleno del Senado se iba a introducir modificaciones.

Así, pues, tal y como se deduce de los debates parlamentarios, al introducirse el término «todos» lo que se pretendía era que no cupiese ninguna duda de que el *nasciturus* quedaba protegido por el derecho fundamental a la vida que reconoce el artículo 15 CE (24). Esa voluntad era la del grupo enmendante (AP), compartida posteriormente por el partido mayoritario (UCD), lo

(24) Como puso de relieve Del Estal en su momento, si quería dejarse diáfanoamente claro que el *nasciturus* era sujeto del derecho a la vida garantizado en el art. 15 CE, no debió utilizarse el término «persona» ni el vocablo «todos», sino la expresión «ser humano». Ver Gabriel DEL ESTAL, *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución Española*, EAPSA, Madrid, 1979, pág. 63. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, pág. 848, núm. 81.

que permitió que finalmente se aprobase la nueva redacción. Esta es la *mens legislatoris* y no otra. Precisamente por ello, la negación del TC respecto de la titularidad por el feto del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE supone una vulneración del espíritu y de la letra misma de la Constitución, prescindiendo ya de la escasa calidad técnica de su argumentación y de los saltos ilógicos que da, como hemos comentado con anterioridad. El TC, al negar al *nasciturus* tal titularidad, además de violar la Constitución, ha tratado en la práctica de llevar a efecto la triste y lamentable afirmación que por aquellos días hizo el vicepresidente del gobierno: «Montesquieu ha muerto». Eso, sin duda, es lo que quisieran algunos, pero el día que muera, y con él la separación de poderes, habrá muerto la democracia. No, Montesquieu afortunadamente no ha muerto aunque políticamente sí lo hayan hecho quienes un día intentaron asesinarlo desde el poder y aunque el TC, en esta sentencia, parezca asimismo haberlo intentado. No obstante, en nuestra opinión, esta sentencia asesta al principio de división de poderes el más duro golpe que seguramente ha sufrido en nuestra corta experiencia democrática en el marco de la Constitución de 1978.

D) *Interpretación conforme a la realidad social.*

En otro orden de consideraciones, tenemos que manifestar que lo que no nos parece admisible es pretender, como hicieron los recurrentes, que el feto es titular del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE atendiendo a la realidad social del momento de presentarse el recurso. Pensamos que la realidad social en ningún caso puede admitirse como pauta hermenéutica de la voluntad constituyente, pues ello podría relativizar completamente los mandatos constitucionales.

E) *Interpretación conforme a los instrumentos antropodikeos.*

En el fundamento jurídico 6.º, procede el TC a analizar si los documentos internacionales ratificados por España obligan a con-

siderar al feto incluido dentro del sujeto «todos» del artículo 15 CE (25). Dice el TC al respecto lo que sigue:

«En cuanto a la interpretación del artículo 15 de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utilizaba expresamente el término "persona" en el artículo 6.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —al igual que lo hace la versión auténtica española— y en el artículo 2.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandas, sí lo ha hecho en relación con el artículo 2.º del Convenio en el Asunto 8.416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión *everyone* o *toute personne* de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2.º lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus* (Ftos. jcos. 9 y 17); asimismo, al examinar el término "vida", la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el artículo 2.º en cuestión en relación con el feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un "derecho a la vida" de carácter absoluto» (FFJJ-17 a 23).

Veamos antes qué es lo que dicen exactamente los aludidos instrumentos antropodíkeos de carácter internacional sobre el derecho a la vida:

— Artículo 3 de la Declaración Universal de Derecho Humanos (resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas (NNUU), de 10-XII-1948): «*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*»

(25) No olvidemos que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, los acuerdos internacionales suscritos por España no pasarán simplemente a integrarse en nuestro ordenamiento interno como leyes orgánicas, sino que se convertirán en una pauta hermenéutica del tal naturaleza que será la propia CE la que tendrá que interpretarse de conformidad con tales acuerdos. Dice concretamente el art. 10.2 CE: «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 (DUDH) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

— Artículo 6.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por resolución 2.200 A de la 21.ª Asamblea General de NNUU, el 16-XII-1966, en su punto 1: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

— Artículo 2.º de la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (CEDFLF), de 4-XI-1950, punto 1.º: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito esté castigado con esta pena por la ley» (26).

La interpretación que el TC hace de estos documentos, a nuestro modo de ver, es inadmisibile, pues es claro que, a la luz de tales textos, la única interpretación correcta del artículo 15 CE era aquella que entendiase que el feto es titular del derecho fundamental a la vida. Sin embargo, la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional es muy distinta considerando que los recurrentes no tienen «fundamento suficiente en apoyo de su tesis», sin entrar en razonamientos al respecto. Una vez más discrepamos sustancialmente de la sentencia en cuestión. Veamos por qué.

Cuando la CE en su artículo 10, al señalar que las normas relativas a los derechos fundamentales en ella reconocidos deberán interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, cita expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), es evidente que está dando a este documento una cierta preponderancia sobre los demás. Pues es claro que si su artículo 3 dice que *todo individuo* tiene derecho a la vida, el feto gozará de tal protección como individuo que es de la especie humana.

En cuanto al PIDCP, es cierto que, como dice el TC, que la versión auténtica dice «persona», lo cual carece de importancia porque es evidente que el concepto de persona a nivel internacional no es el iusprivatista, con el que sí que podría, sin em-

(26) Ver Antonio TRUYOL SERRA, *Los Derechos Humanos*, Tecnos, 1979, concretamente págs. 64-68 y 112. Vid., asimismo, F. PUY MUÑOZ, *Derechos Humanos*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1983, vol. I, págs. 13-18. El ilustre profesor compostelano fundamenta iusfilosóficamente el derecho a la vida, «locomotora que tira del resto del tren conceptual» (de derechos humanos), en el tríptico formado por la ley divina positiva, la ley natural y la ley de la razón práctica subjetiva o ley de la conciencia individual (págs. 16-17). Véase, asimismo, F. PUY MUÑOZ, «Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida», *Persona y Derecho*, volumen II, 1975.

bargo, confundirse a nivel nacional, pero no, desde luego, cuando se trata de un documento internacional. En cualquier caso, lo cierto es que la versión auténtica —como gusta llamarla el TC— emplea no el término persona sino más exactamente —y esto olvida decirlo el tribunal— la expresión persona *humana*, con lo cual queda resuelta cualquier posible duda sobre el alcance del precepto. No cabe ningún género de dudas: el feto es una «persona humana» y, como tal, goza de la protección que a su vida le brinda el PIDCP en su artículo 6.º. El hecho de que el mismo artículo, en su punto 5, establezca que «no se impondrá la pena de muerte [...] a las mujeres en estado de gravidez» nos parece una confirmación de lo dicho: si existe esta interdicción de imponer la pena capital a las embarazadas es para evitar la condena a muerte de un inocente (el ser humano que vive en el seno de la madre).

Más problemas puede presentar el determinar si el feto es titular del derecho a la vida de acuerdo con la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). Pero incluso en este caso pensamos que el TC carece de razones para considerar excluido al feto de la titularidad del derecho a la vida. El TC, sin pararse mucho en este punto, como hemos visto, afirma que: «aun cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, sí lo ha hecho la Comisión, en su función relativa a la admisión de demandas» (27). Y ésta, respecto de la expresión «toda persona», dijo que no estaba definida en el Convenio pero que, en casi todos los artículos donde es utilizada, se hace de tal modo que sólo puede aplicarse a los ya nacidos. Así, la Comisión concluirá que «por tanto, tanto el uso general del término "everyone" ("toute personne"), en la Convención [...] como el contexto en el que es empleado en el artículo 2 [...] tiende a apoyar la opinión de que no incluye al *nasciturus*» (traducción propia) (28).

También va a tener ocasión de examinar la Comisión, en ese mismo asunto, el término «vida», lo que le lleva a plantearse en qué sentido debe interpretarse el artículo 2 en relación con la vida

(27) Se refiere al asunto 8.416/1979, de 13 de mayo de 1980.

(28) DINAH SHELTON, «International Law on Protection of the Fetus», en el colectivo *Abortion and protection of the human fetus*, ob cit., págs. 1-16; en concreto 9.

del feto. La Comisión estableció que podía, en principio, interpretarse de tres modos: *a)* no protegía al feto en absoluto; *b)* reconocía un derecho a la vida del feto, con limitaciones implícitas; *c)* reconocía al feto un derecho a la vida de carácter absoluto. Como apunta Shelton (29), de estas tres alternativas el Tribunal fue capaz de excluir la última. Y el Tribunal Constitucional, a pesar de no tener ninguna base lógico-jurídica para hacerlo, interpreta la consideración de la Comisión de que el feto no tiene un derecho de carácter absoluto como un elemento favorable a la tesis de que no es titular del derecho a la vida garantizado en el artículo 15 CE. Y esto no es admisible de modo alguno porque, como ha puesto de relieve Fernández Segado (30), la afirmación de que el feto no tiene un derecho «de carácter absoluto», lejos de confirmar la (hipó)tesis del TC, la invalida: que el feto no tenga un derecho absoluto a la vida, no sólo no significa que no pueda ser titular de tal derecho, sino que precisamente viene a significar que ostenta la titularidad del tal derecho fundamental, si bien es cierto que éste no tiene carácter absoluto. Es obvio, como señala el mismo autor, que ningún derecho es absoluto. Ni tan siquiera lo es el derecho a la vida (31); la propia Constitución señala expresamente su límite, cual es la pena de muerte en caso de que así lo establezcan *las leyes penales militares para tiempos de guerra* y, además, existen implícitamente otros (así, en caso de legítima defensa). Si el derecho a la vida en general, a pesar de ser el más fundamental de los derechos, no es absoluto, tampoco tiene por qué serlo cuando el titular es el feto (32). Así, pues, negar, como hace la Comisión, el carácter absoluto del derecho a la vida del feto supone reconocerle la titularidad de tal derecho, si bien precisando que se trata de un derecho que no tiene carácter absoluto, lo cual lo equipara a cualquier otro dere-

(29) DINAH SHELTON, «International Law...», *op. cit.*, pág. 9.

(30) F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, págs. 848-849.

(31) Ver N. MARTÍNEZ MORÁN, «El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en el Derecho comparado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979, pág. 148.

(32) La Comisión dirá que el feto no puede tener un derecho a la vida de carácter absoluto porque, de ser así, no se podrían admitir los abortos realizados por correr peligro la vida de la madre y ello contrariaría el objeto y la finalidad de la Convención, pues todos los firmantes de la misma, con una posible excepción, en 1960, permitían el aborto cuando fuese necesario para salvar la vida de la madre.

cho, puesto que ninguno goza de una naturaleza absoluta sino que todos son limitados, están sujetos a ciertos límites. Determinar cuáles son esos límites puede plantear problemas pero lo que no debe suscitar dudas es la titularidad del derecho —no absoluto sino limitado— a la vida por parte del feto.

Aunque, por razones obvias, no podemos detenernos en el análisis de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, sí queremos señalar que la Comisión interamericana de Derechos Humanos interpretó que tal declaración y el derecho a la vida en ella proclamada era compatible con la «interrupción voluntaria del embarazo». Aunque este documento no tiene efectos jurídicos prácticos en nuestro país, queremos manifestar nuestro desacuerdo con tal interpretación y nuestra coincidencia con la *dissenting opinion* del Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, esperando que, en esta ocasión, sean ciertas las palabras del más ilustre practicante de la *dissenting opinion* en el Tribunal Supremo USA (el juez Holmes), quien decía que los votos particulares de hoy son la jurisprudencia de mañana. Reproduzco a continuación un fragmento de esta *dissenting opinion* utilizando, una vez más, traducción propia (33):

«La interrupción ilícita e intencional del proceso fisiológico del embarazo, dando lugar a la destrucción del embrión o a la muerte del feto, es incontestablemente una ofensa contra la vida y, consecuentemente, una violación del artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La matriz de la madre en la cual la llama de la vida está encendida es sagrada y no puede ser profanada para destruir lo que Dios ha creado a su imagen y semejanza. Se ha dicho reiteradamente que, desde un punto de vista biológico, la vida humana existe desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide y más específicamente, desde el momento en que el óvulo se desliza hacia el útero».

Con posterioridad a la sentencia STC 53/1985, el 12 de abril de 1989, sobre la base del informe del señor De Gucht, el Parlamento Europeo aprobaba el texto de la nueva «Declaración de los derechos y libertades fundamentales». En su preámbulo se dice que «es indispensable que Europa reafirme la existencia de una Comunidad de Derecho basada en el respeto a la *dignidad humana y a los derechos fundamentales*». Después de proclamar

(33) DINAH SHELTON, «International Law on Protection of the fetus», *op. cit.*, pág. 5.

en su artículo 1 que «la dignidad humana es inviolable», en su artículo 2.º, párrafo primero, establece una fórmula idéntica a la ya comentada de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

### 1.3. Constitucionalidad general del sistema de las indicaciones.

Como ya hemos visto en otro momento, el TC entendió que el *nasciturus* era merecedor de protección constitucional ex artículo 15, pero no en cuanto titular del derecho a la vida sino en cuanto mero bien jurídico. Como ya señalamos antes, para llegar a tal conclusión el TC tuvo que prescindir de toda lógica jurídica, lo que le llevó a erigirse en auténtico legislador constituyente en sentido material (34).

---

(34) Es claro que el TC contaba con la «complicidad» del Gobierno, que era favorable a tal solución jurisprudencial. Así describe SMITH la situación: «Alfonso Guerra, vicepresidente del gobierno, el 26 de marzo de 1985 (16 días antes de que el Tribunal anunciara su sentencia), declaró que si su proyecto de ley fuera decretado no válido, el Gobierno se vería forzado a poner en marcha un «mecanismo para indultos» para aquellos que realicen abortos. El Tribunal mismo, dijo, se encontraría ante una «situación socialmente difícil», y expresó su pesar de que 12 personas no elegidas impidieran el deseo de 350 elegidas. Continuó oponiéndose a la separación de poderes, considerándolo como una reliquia de la época de Montesquieu, y prometió reformar las normas rectoras del Tribunal. Estas declaraciones colocaron a los jueces bajo una «intolerable presión», según los partidos de la oposición». Ver Richard SMITH, «Nueva teoría constitucional y penal...», *op. cit.*, pág. 358, núm. 37.

No le falta razón a PEREIRA MENAUT cuando, recordando a Montesquieu y Hamilton, señala que el Poder Judicial no es tal poder sino que nos encontramos ante un claro ejemplo de *auctoritas*. «Tan en así que si el ejecutivo no le prestara su *potestas* para ejecutar las sentencias, quedarían éstas reducidas a simples opiniones o dictámenes, aunque muy autorizados». A continuación, el mismo autor narra una anécdota que a uno le recuerda un poco la reacción de don Alfonso Guerra, aunque en este último caso es más preocupante dado el carácter público de tales declaraciones y una seguridad personal de que el entonces vicepresidente del Gobierno habría sido muy capaz de llevar a efecto lo dicho, de modo tal que, a su pesar, no habría logrado matar a Montesquieu pero sí le habría causado una profunda herida. La anécdota es ésta: «Durante el largo período en que John Marshall fue Presidente de la Corte Suprema norteamericana ocuparon el poder ejecutivo varios presidentes, entre ellos Jackson, hombre más bien rudo. Según se dice, en una ocasión el Tribunal Supremo dictó un fallo contrario a los deseos del ejecutivo, a lo cual Jackson reaccionó comentando: "John Marshall ha dictado la sentencia, John Marshall la tendrá que

Pero lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina del TC, el feto es susceptible de protección en cuanto que «encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución» (FJ 5.º), lo que lo configura como «bien jurídico constitucionalmente protegido» (FJ 7.º), lo que «implica para el Estado con carácter general 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 y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente» (FJ 7.º).

En el FJ 9.º, pasa ya el TC a examinar el Proyecto de Ley objeto del recurso para enjuiciar la inconstitucionalidad aducida por los recurrentes de los supuestos despenalizadores. Como dice el TC, «la cuestión que se suscita es, pues, la de examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del *nasciturus* de la protección penal» de que venían gozando hasta este momento. Dirá el TC, que «la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa». «Tal es el caso —dirá— de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus* [...] entre en colisión con derechos [...] como la vida y la dignidad de la mujer».

Desde luego, hemos de manifestar nuestra abierta discrepancia de esta consideración del TC. Pensamos que si acudimos a la técnica del «balancing» o balanceamiento de derechos, valores y bienes en juego, no puede llegarse a la conclusión a la que tristemente llega el Tribunal, puesto que, a nuestro modo de ver, la vida de un ser humano debe siempre y en todo caso prevalecer sobre cualesquiera otros derechos con los que entre en conflicto, salvo en el caso de que se trate asimismo del derecho a la vida de

---

ejecutar». Es muy posible que la *intolerable presión* del ejecutivo y la práctica seguridad de que una sentencia defensora del derecho a la vida que al feto le garantiza el art. 15 de nuestra Constitución no iba a ser ejecutada llevasen al TC a prescindir de toda lógica jurídica y buscar una fórmula de compromiso, lo cual, desde un punto de vista jurídico —por no entrar en consideraciones éticas o de otro tipo— resultaría inadmisibles. Ver Antonio Carlos PEREIRA MIRNAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 242.

otro ser humano. La afirmación del TC de que derechos de la mujer distintos del derecho a la vida pueden llegar a prevalecer sobre el derecho a la vida de otro ser humano nos parece inadmisibles desde cualquier punto de vista y, aunque seguramente en los ya inexistentes países comunistas podría admitirse en base a la peculiar ideología imperante, irrespetuosa con los más esenciales derechos del hombre, en un Estado que se autoproclama social y democrático de Derecho esta postura carece de todo fundamento. Por ello, la afirmación del TC nos parece gravísima y lamentable, por mucho que el TC pretenda ocultar tales manifestaciones acudiendo a frases retóricas y a grandes abstracciones, como decir que la primacía de los derechos de la mujer sobre la vida del *nasciturus* «supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional». En realidad, tal prevalencia supone, y digámoslo con todas las letras, la muerte de un ser humano, cuya vida es sacrificada para que la embarazada pueda ejercer, por ejemplo, su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En el mismo FJ 9.º dice el Alto Tribunal que el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y, en caso de incumplimiento de la misma, la proporcionalidad de la pena. A renglón seguido afirma que:

«Puede también [el legislador] 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 ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado: el legislador no puede emplear la máxima constricción —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos».

En nuestra opinión, la doctrina de la no exigibilidad de otra conducta como elemento negativo de la culpabilidad debe desplegar su eficacia en el ámbito subjetivo, es decir, respecto de personas concretas en situaciones concretas, de forma que será la casuística y no la ley la que determine cuándo no es exigible una determinada conducta. No obstante, hemos de reconocer que no

hay vicio de inconstitucionalidad en las actuaciones del legislador en las que determine que una determinada conducta no es exigible penalmente, lo que no obsta para que tales actuaciones sean inconstitucionales por otros motivos, de modo singular por un incorrecto balanceamiento de los bienes o derechos en juego.

En el fundamento jurídico 10.º, el TC desecha el argumento de los recurrentes de que la legislación despenalizadora vulnera la seguridad jurídica debido a la imprecisión de algunos de sus términos y ello por entender que «son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación». A continuación, el TC hace, e impone como única constitucional, una interpretación de varios términos de los empleados en el Proyecto de Ley impugnado: grave, salud, probable, necesario.

#### 1.4. Análisis separado de las tres indicaciones.

En el FJ 11.º, pasa el TC a analizar cada una de las indicaciones en que el Proyecto declara no punible las conductas abortivas. Veamos, en primer lugar, qué dice el Proyecto sobre la indicación terapéutica:

«a) El número 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: el grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*. En este supuesto es de observar 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, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de "grave peligro" para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre 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, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9º.

Son varias las consideraciones que se nos ocurren sobre este punto (35). En primer lugar, queremos manifestar nuestro absoluto acuerdo con lo que dice el TC de que es perfectamente constitucional no penalizar el aborto realizado por la madre por estar su propia vida en grave peligro, ya que de lo contrario se estaría protegiendo más la vida del nacido que la del no nacido. No obstante, hay que señalar que se trataría así más en la teoría que en la práctica, pues en tales supuestos sería aplicable la eximente completa de estado de necesidad. Por otra parte, hay que señalar que los casos de conflicto de la vida de la madre con la del *nasciturus* son rarísimos en la actualidad, debido a los avances médicos. Casi se plantean más estos supuestos en los abortos provocados que en los embarazos ordinarios.

En segundo lugar, y respecto de aquellos supuestos de colisión entre la vida del *nasciturus* y la salud de la madre, hay que señalar que no nos parece admisible, desde una perspectiva estrictamente constitucional, que el derecho a la integridad física de la madre prevalezca sobre la vida del *nasciturus*, especialmente si tenemos presente que, a pesar de que el TC restrinja relativamente el concepto de «salud», bajo esta indicación se pueden entender comprendidos aquellos casos en que la mujer embarazada sufra trastornos emocionales de mayor o menor intensidad —¿qué mujer embarazada no los sufre?— «para que psicólogos 'complacientes' y convenientemente remunerados extiendan un certificado en que conste un grave peligro para la salud psíquica (36). Nos encontramos ante lo que los alemanes llaman, en técnica penal, un tipo o término de caucho porque su enorme elasticidad permite cualquier distorsión. Lo cierto es que, en la práctica, como ya previó Fernández Segado (37) en su momento, en España, amparándose en esta indicación, se han realizado todo tipo de abortos impunemente, pues no es infrecuente que algunos médicos, especialmente si están bien pagados, consideren que todo embarazo no deseado es un «grave riesgo» para la salud psíquica

(35) A. GARCÍA PRIETO, «Aborto terapéutico por causas psíquicas», *Cuadernos de Bioética*, núm. 3, 1991, págs. 23-24.

(36) Carlos LANDECHO, «El proyecto de ley sobre la despenalización parcial del aborto», en la obra colectiva *El aborto a examen*, op. cit., pág. 122.

(37) FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida en...», op. cit., págs. 856-857.

de la madre: basta comprobar que la inmensa mayoría de los abortos «legales» practicados en España lo son por esta causa.

Pero es que, aun en el caso de que se tuviesen las más firmes garantías de que la salud de la madre —no su vida— se ve seriamente amenazada por el embarazo, no es permisible constitucionalmente despenalizar conductas consistentes en poner fin a una vida para evitar trastornos físicos y/o psíquicos a la madre, por muy graves que éstos sean. El TC no la ha entendido así, sino que, por el contrario, y lamentablemente, ha entendido que existen otros intereses que pueden prevalecer sobre la propia vida humana.

Es de reseñar que, como señala Vázquez Iruzubieta (38), aunque lo normal es que el consentimiento expreso de la madre que exige la ley para practicar el aborto sea escrito, bastará con que no sea tácito ni presunto: podrá así consistir en un simple gesto en respuesta a una pregunta concreta clara y directa.

Veamos ahora el juicio de constitucionalidad que el Tribunal hace de la indicación criminológica (39), a la que él prefiere llamar, un tanto eufemísticamente, «ética» (compensar una injusticia con otra no es una conducta ética; la ética nunca puede llevar a matar a un ser humano):

«b) En cuanto a la indicación prevista en el número 2 —que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas— basta 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 las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse 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

(38) Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, págs. 2.125-2.138; en concreto 2.130.

(39) El Anteproyecto del Código Penal de 1992 introduce como única novedad respecto de la despenalización operada por el actual 417 bis la aplicación de la indicación criminológica, pues se exige que el embarazo sea consecuencia ya no de una violación, sino más en general, de cualquier delito contra la libertad sexual.

vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

Por ello, la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución».

Hay que empezar señalando que, efectivamente, en estos casos, si el niño llega a nacer, nacerá como un resultado de un acto no sólo no deseado por su madre sino además — y principalmente— de naturaleza criminal, que sólo puede realizarse venciendo la resistencia física de la mujer y lesionando en grado máximo una serie de derechos fundamentales de ésta (dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor, propia imagen, integridad personal). Pero ello, a nuestro juicio, no permite llegar a la errada conclusión a la que llega el Alto Tribunal. Por el contrario, pensamos que la despenalización de estos supuestos atenta de modo flagrante contra la Constitución. Si bien es cierto que los derechos de la madre son de especial entidad, no lo es menos que tales derechos no pueden considerarse constitucionalmente prevalentes sobre la vida humana del *nasciturus*. Lo que no puede hacerse es despenalizar con carácter general todos los abortos que se practiquen por ser resultado de una violación. La violación supone la vulneración de unos derechos de la madre de enorme importancia pero no es el *nasciturus* el que los lesiona, sino que es plenamente inocente, por lo que, al despenalizarse esta indicación, como señala Vallet de Goytisolo (40), la culpa del violador supone la pena de muerte del concebido a causa de la violación; el aborto no soluciona nada porque, por practicarlo, no va a desaparecer la violación. Por otra parte, lo cierto es que el mejor remedio para la mujer no es añadir al *shock* producido por la violación el de haber dado muerte a su hijo (41).

Por todo ello, pensamos que deberían establecerse unos eficaces sistemas de adopción y acogida para el caso de que las madres, una vez nacido el niño, no desearan vivir con él. No deja de ser triste que, mientras padres tienen que esperar años para lograr una adopción, miles de niños son matados en el seno ma-

(40) Cit. por F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, pág. 858.

(41) Carlos LANDECHO, «El proyecto de ley sobre la...», *op. cit.*, pág. 125.

terno. Es preciso señalar que, en la práctica, en España son muy pocos los casos de aborto legal realizados al amparo de esta indicación, pues al requerirse denuncia previa del delito de violación y consecuente investigación policial y juicio al presunto autor del mismo, se tiende a acogerse en la indicación terapéutica, dentro del tipo de cacho de la «salud psíquica» donde muchos médicos no tienen problema en encuadrar estas situaciones. Además hay que tener presente que, de acuerdo con estudios empíricos realizados en los campos de concentración nazis, el embarazo como consecuencia de una violación es unas diez veces menos frecuente que el del coito tenido en circunstancias normales y, según estudios más recientes, el porcentaje es todavía mucho menor, casi inexistente, debido a la tensión física y psicológica de la mujer (42). Por otra parte, hay que señalar que si, después de practicado el aborto, se demuestra que no hubo violación, poco se solucionará castigando a la madre, pues se habrá permitido la muerte del *nasciturus*. Además, no nos parece admisible que se requiera simplemente que el «mencionado hecho hubiese sido denunciado», pues, con tal redacción, se deja un plazo para denunciarlo de tres meses, lo que nos parece excesivo.

En conclusión, no se puede admitir que la vida humana se subordine al derecho al honor de la madre, pues la vida es el más importante de los derechos o, por utilizar la errada calificación del TC, de los bienes jurídicos. El respeto a la *norma normarum* impone la penalización de las conductas abortivas realizadas cuando el embarazo sea resultado de una violación, sin perjuicio de que, en casos determinados, sea aplicable judicialmente la eximente de estado de necesidad. El TC, al no entenderlo así, ha lesionado el más fundamental de los derechos humanos: el derecho a la vida de que es titular el *nasciturus* —por mucho que el TC se obstine en negarle tal titularidad—.

Pasamos, finalmente, a tratar la última de las indicaciones: la llamada eugénica (43) o eugénica. Empezaremos también en esta ocasión por leer lo que dice el TC al respecto:

(42) Carlos LANDECHO, «El proyecto de ley sobre la...», *op. cit.*, pág. 124, núm. 27.

(43) El término eugenesia procede del griego y significa «buen origen» (eu-γενεσις). La eugenesia es una ciencia que estudia los medios para mejorar los factores hereditarios de los animales, incluido el hombre. Tuvo una buena acogida en el nazismo para lograr una depuración de la raza aria,

«c) El número 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que 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 evitar 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.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución —incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»— y la protección de la vida del *nasciturus* comprendida en el artículo 15 de la Constitución. En efecto, 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 (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización».

Si en los otros dos supuestos despenalizadores mostrábamos nuestro rechazo a la declaración de constitucionalidad del TC, en éste hemos de mostrar ese mismo rechazo elevado a la undécima potencia. Porque, prescindiendo de los conceptos abstractos que emplea el Tribunal, debemos decir que lo que éste ha declarado constitucionalmente legítimo —otra cosa es que lo sea—, es la muerte de un ser humano, la supresión de una vida atendiendo a unas taras que sufre dicho individuo humano. Y no nos vale la afirmación de que el motivo real es evitar a los padres la carga que puede suponerles tener un hijo así, porque lo cierto es que este tipo de aborto se da cuando existe presunción de que el feto va a nacer con graves taras físicas o psíquicas y sólo entonces. Es indudable que un niño con taras físicas o mentales causará

estirilizando a todo aquel que tuviera —o se pensaba que tenía— taras genéticas. Pero mediante este tipo de aborto no se logra mejorar los factores hereditarios de la especie humana, por lo que no procede hablar con propiedad de indicación eugenésica.

múltiples disgustos y problemas en cualquier familia pero, por muchos que éstos sean, no puede admitirse la muerte del feto. Porque, de lo contrario, me pregunto: ¿qué diferencia hay entre este caso y la muerte— infanticidio o parricidio— de un ser humano ya nacido con graves taras físicas o psíquicas, que supone una importante carga para sus padres y familiares? Lo cierto es que estos padres son merecedores de la admiración, la solidaridad y la colaboración sociales y, por ello mismo, la sociedad o, en su caso, el Estado debe arbitrar mecanismos especiales de efectiva y real protección a estas familias, que hoy por hoy en nuestro país desde luego no existen, por paradójico que ello sea en un Estado que se autoproclama social. Pero el hecho de que este nuevo hijo les suponga un terrible sacrificio, agravado si cabe por las deficientes —por no decir, en algunos casos, inexistentes— ayudas sociales y estatales, no justifica la despenalización de aborto de criaturas que se piensa nacerán con estas taras. Lo contrario nos permitiría justificar sin muchas dificultades, tristes —y con frecuencia olvidados— episodios ocurridos en este continente hace no más de 60 años. Así, pues, entendemos que tal medida despenalizadora, aun considerando al feto un «bien jurídico», carece de fundamento constitucional y constituye en todo caso un gravísimo atentado a los Derechos Humanos, en cuyo respeto y defensa pensamos que debe fundamentarse todo tipo de convivencia humana y, desde luego, la democrática.

#### 1.5. Motivos de inconstitucionalidad del proyecto según el Tribunal Constitucional.

El Alto Tribunal va a declarar contrario a la Constitución el proyecto impugnado *no en razón de los supuestos en que se declara no punible el aborto, pero sí por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 CE, que resulta de este modo vulnerado*. Este pronunciamiento llevó al legislador a introducir modificaciones en el proyecto primigenio, quedando redactado como está hoy vigente.

Efectivamente, respecto de la indicación criminológica, opinará el Tribunal que «la comprobación *judicial* del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta gra-

ves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello, entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho».

Hemos de manifestar aquí nuestra discrepancia con el TC por pensar que es perfectamente factible la solución propuesta en su momento por Bueno Arús (44): «un control adecuado podría ser establecer un breve procedimiento, en el que el Juez de Instrucción, previas las diligencias que estimara pertinentes, considerase *probado* el hecho de la violación, proceso que (juntamente con el oportuno recurso) no habría de exceder de 12 semanas, sin perjuicio de que la valoración jurídica del hecho, la estimación de las circunstancias y la determinación en su caso de la pena a imponer, se desarrollaran posteriormente por los trámites del procedimiento ordinario».

No queremos tampoco dejar de señalar una consideración última del TC: «Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente».

Con esta última afirmación el TC trata de justificar —aunque no lo diga así— todas sus consideraciones precedentes. En nuestra opinión, no cabe la menor duda de que el Tribunal, al señalar al legislador unas modificaciones que debería realizar para que el proyecto impugnado fuese constitucional, ha invadido la esfera que compete única y exclusivamente al legislador y ha vulnerado así la división de poderes. Compartimos, en este punto, la *dissenting opinion* o voto particular del Magistrado señor Tomás y Valiente, quien sostiene que lo que el TC ha hecho no es un juicio de constitucionalidad, sino realmente un juicio de calidad o perfectibilidad. La jurisdicción constitucional es siempre negativa, de

(44) F. BUENO ARÚS, «Desarrollo legislativo de la despenalización del aborto», en el *El aborto a examen*, Razón y Fe, Madrid, 1983, pág. 139.

tal forma que puede vetar textos legales por considerar que no cabe de ellos interpretación que los haga plenamente conformes con la *Norma normarum*. Si el TC indica al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales, el TC, de hecho, se habrá convertido en un legislador positivo. Y esto es lo que ha hecho en esta ocasión nuestro Alto Tribunal, convirtiéndose así en lo que muchas veces se le ha instado a ser: una auténtica «tercera Cámara».

Y no nos vale el intento del TC de apoyarse en una curiosa interpretación del artículo 79.4 b de su propia ley: la Ley Orgánica 2/79, del TC, de 2 de febrero (LOTIC). Dicho artículo, como sabemos, constituía el capítulo II del Título VI y regulaba el recurso previo de inconstitucionalidad y fue derogado en 1985. En cualquier caso, aunque hoy ya no vigente, no nos cabe la menor duda de que tal interpretación es incorrecta. Este artículo decía, en lo que ahora nos interesa: «b) Si, por el contrario [el TC], declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente».

Es claro, a la luz de este precepto, que el deber que se impone al TC es el de concretar la inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados y los artículos constitucionales que resultan así vulnerados. Esta es la misión que competía al TC en los recursos previos de inconstitucionalidad. Ir más allá supone transgredir «los límites de sus competencias» y rozar una «esfera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial» (voto particular del Magistrado señor Tomás y Valiente). Es cierto que el mismo artículo establece que «la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente» pero no lo es menos que, como dice el propio precepto *expressis verbis* y acabamos de leer; tales modificaciones deberán ser realizadas siempre y en todo caso por el *órgano competente*, que, en este caso, como resulta obvio, es el legislador. En ningún lugar del precepto puede encontrarse base que autorice la tesis del TC y, en todo caso, la interpretación sistemática del precepto en cuestión viene a impedir tal interpretación, porque si el TC pudiese indicar «las modificaciones que a

su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente», carecería de sentido lo establecido en el apartado 5.º del mismo artículo 79, que señala que «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieran interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa». Es evidente que si el pronunciamiento habido en el recurso previo no prejuzga los que pudieran producirse contra la ley ya corregida o modificada es porque tales modificaciones no han sido dictadas de modo vinculante por el TC.

En todo caso, la función que el TC pretende asumir no sólo no encuentra fundamento en el artículo 79.4 b) de la LOTC, sino que además, como señala en su voto particular el Magistrado señor Arozamena Sierra, no «concuere con los principios que rigen la relación entre la jurisdicción constitucional y la legislación». Nuestro TC, de origen y naturaleza indudablemente kelsenianos (45), aunque no sin ciertas e importantes peculiaridades (46) tiene un poder negativo respecto de las leyes y nunca el poder positivo de establecer modificaciones en los preceptos para que éstos sean constitucionales. Las leyes las hace el legislador y el TC, si considera que atentan a la Constitución y sólo entonces, las declara inconstitucionales, fundamentándolo debidamente pero limitándose a ello, a declararlas inconstitucionales. Es claro que, al menos en esta ocasión, nuestro TC no lo ha hecho así, lo que supone un muy lamentable error: uno más —y no el más grave— de los que se cometen en esta sentencia (47).

Aunque, sin duda, podrían criticarse otros muchos aspectos de este fundamento jurídico, nosotros nos vamos a limitar a hacer dos últimos comentarios críticos. En primer lugar, no podemos dejar de mostrar nuestro estupor ante el hecho de que el TC afirme que no quedarían incumplidas las exigencias constitucionales

(45) Ver J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, especialmente págs. 21-22; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 197 y sigs.

(46) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, abril-septiembre, tomo XXXII, págs. 307-308.

(47) Véase la acertada crítica de F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida...», *op. cit.*, págs. 865-866.

«si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables» en caso de incumplimiento de los requisitos médicos señalados por el propio TC, puesto que nadie le ha pedido un pronunciamiento al respecto y viene así a juzgar la constitucionalidad de una hipotética norma despenalizadora que nadie había propuesto. Pero norma despenalizadora que dejó *ipso facto* de ser hipotética tras esta afirmación —a nuestro modo de ver, extemporánea— del TC, que en realidad venía a ampliar el ámbito despenalizador, pues, basándose en ella, se iba a añadir un apartado 2.º al artículo 417 bis del siguiente tenor: «2. En los casos previstos en el número anterior no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

En segundo lugar, hemos de manifestar nuestro desacuerdo parcial con el TC en lo que manifiesta en el brevísimo fundamento jurídico 11.º. En él, respecto de la posibilidad de inconstitucionalidad del sistema de las indicaciones previsto en la ley por quedar excluido el padre de la decisión de abortar, manifiesta el Alto Tribunal que «la solución del legislador es inconstitucional dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla». Estamos conformes con que la decisión afecta *primordialmente* a la embarazada pero ello no quiere decir que le afecte en *exclusividad*, como en realidad viene a interpretar el Tribunal. Desde luego, en nuestra opinión, es difícilmente compatible la exclusión del padre de la decisión «abortiva» con los artículos 32 y 39.3, en el caso del aborto «eugenésico» donde el padre debe tener una especie de derecho de veto sobre la decisión de la madre. El hecho de que la ley despenalizadora no requiera el concurso del padre en orden a dar la correspondiente autorización o desautorización nos parece un motivo claro más de inconstitucionalidad de tal indicación. No así en el caso de las otras dos indicaciones: en el de la terapéutica porque es claro que se toma tal decisión atendiendo a razones que afectan de un modo casi exclusivo a la madre y aunque el padre puede tener alguna intervención pensamos que no puede llegar hasta el extremo de tener un veto; y en el supuesto del aborto criminológico o repudiado porque sería paradójico y absolutamente inadmisiblemente constitucionalmente reconocer algún de-

recho al respecto a un violador. Todo ello con independencia de que consideremos que las tres indicaciones —incluidas estas dos— también son totalmente contrarias a la Constitución pero por otros motivos suficientemente explicitados.

## 2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En primer lugar, cabe señalar que la objeción de conciencia a la participación en prácticas de aborto —de ahora en adelante, la llamaremos «objeción al aborto»— consiste en la actitud de aquel que se niega a cumplir un deber jurídico que le obliga a participar, directa o indirectamente, en la realización de un aborto por entender que va contra una norma moral, religiosa o deontológica de conciencia. Lo primero que debemos preguntarnos es si tal actitud goza en nuestro país de amparo y respaldo legal o constitucional y ello porque es claro, a pesar de algún intento por parte de nuestro TC (48) de mantener lo contrario, que ningún ordenamiento jurídico puede reconocerla, *con carácter general*, pues ello supondría la negación del propio Derecho y, consiguientemente, del propio Estado, como el propio TC en un momento posterior se verá obligado a reconocer y rectificar (49). Pues bien, en la sentencia STC 53/85, de 11 de abril, que estamos comentando, el TC se va a manifestar nítidamente por la cobertura constitucional de que goza este tipo de objeción a la que califica claramente de derecho. Veámoslo:

«por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

Aunque este pronunciamiento puede parecer en principio diáfamanamente claro, no deja de plantearnos importantes dudas y ciertas objeciones en las que no podemos extendernos (50).

(48) Ver STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 7.º

(49) Véase la STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3.º

(50) Es un tema que nos interesa enormemente y sobre él tenemos

En ese punto, coincidimos plenamente con el TC con que el derecho a la objeción de conciencia al aborto es directamente aplicable y formalmente es un derecho fundamental.

Pero, ¿quién es —o puede ser— el sujeto de la objeción? Es evidente que, de modo principal, lo es el médico, singularmente los especialistas en Ginecología y Obstetricia, viéndose afectados médicos generalistas y de otras especialidades sólo de modo puntual. También se ve afectado el personal paramédico (auxiliares sanitarios). Aunque en España, sorprendentemente en el ámbito comparado, no existe una ley reguladora de esta objeción de conciencia, podemos remitirnos a los Códigos de ética y deontología médica y deontológico de la enfermería, respectivamente. El primero establece, en su artículo 27 que «es conforme a la deontología que el médico, por razón de sus convicciones éticas o científicas, se abstenga de intervenir en la práctica del aborto o en cuestiones de reproducción humana o de trasplante de órganos. Informará sin demora de las razones de su abstención ofreciendo en su caso el tratamiento oportuno al problema por el que se le ha consultado. 2. El médico no debe estar condicionado por acciones u omisiones ajenas a su propia libertad de declararse objetor de conciencia. Los Colegios de Médicos le prestarán, en todo caso, el

---

un trabajo en preparación. La bibliografía sobre la objeción de conciencia a la participación en prácticas abortivas es relativamente extensa, aunque no lo es si la comparamos con la que existe sobre objeción al servicio militar. A título indicativo podemos señalar: Dolores VOLTAS BARO, «Objeción de conciencia», *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, abril-junio 1990, Grupo de Investigación de Bioética, 40-44; Ricardo de LORENZO, «La objeción de conciencia y el aborto», *ibidem*, págs. 45-47; Antonio ARZA ARTEAGA, «Aspectos éticos de la sentencia del Tribunal Constitucional», en el colectivo *Ley del aborto. Un informe universitario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1985, págs. 133-205; P. MARTINI «La obiezione di coscienza», en el colectivo *L'aborto aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Milano, Giuffré Ed., 1979, págs. 29-36; Luis MARTÍNEZ CALCERRADA, «El aborto, la objeción de conciencia y los médicos», *ABC* 3 de febrero 1992; Rafael NAVARRO VALLS, «Objeción de conciencia al aborto y a tratamientos médicos» en el colectivo *La objeción de conciencia en el Derecho español e italiano*, Jornadas celebradas en Murcia en abril de 1989, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1990, págs. 55-76; en concreto 59-66; sobre concepto de objeción y diferencias de otras figuras jurídicas, J. BRAGE CAMAZANO, «Objeción de conciencia: un análisis...», inédito pero de próxima publicación en los Cuadernos de Estrategia del CESEDEN, cit., págs. 12-19; F. JAVIER ELIZARI, «La objeción de conciencia ante el aborto», en la obra colectiva *El aborto a examen*, ob cit., págs. 141-146 y bibliografía allí citada; COBO DEL ROSAL *et alii*, *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo blanc, Valencia, 1990, págs. 588-589.

asesoramiento y la ayuda necesaria». En cuanto al Código deontológico de la enfermería, preceptúa en su artículo 14 que «la enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia, que deberá ser debidamente explicitado en cada caso concreto. El Consejo General y los colegios velarán para que ninguna/o enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de este derecho» (51).

Aunque no es lo más usual, también pueden ejercer este derecho los directores de hospital o los miembros de consejos de administración de centros hospitalarios acreditados y, en general, todos aquellos (asistentes sociales, miembros de consultorios familiares, profesores y alumnos de cursos de formación especializada, ...) que consideren que una determinada actividad suya le supondría favorecer la comisión de un aborto y actuar así en contra de sus imperativos de conciencia. En este otro tipo de objeciones, es fácil y comprensible que haya personas que, partiendo de una igual condena al aborto, discrepen sobre si pueden o no en conciencia actuar así, según consideren que es una clara ayuda a la realización de un aborto o que se trata, por el contrario, de una colaboración demasiado indirecta.

En cuanto a si puede declararse objetor un centro sanitario como tal o no, lo cierto es que en el Derecho comparado no hay ninguna ley que lo reconozca así expresamente, pero, en la práctica, esto es materialmente posible porque, prescindiendo ya de la natural no injerencia estatal en los centros confesionales y privados, y de otras medidas más o menos criticables, se suele exigir para

---

(51) El Código de ética y deontología médica, presentado el 10 de abril de 1991, establece además en su art. 25.1 que no es conforme con la deontología médica «admitir la existencia de un período en que la vida humana carece de valor. En consecuencia, el médico está obligado a respetarla desde su comienzo. No obstante, no se sancionará al médico que dentro de la legalidad actúe de forma contraria a este principio» y en el 25.2 preceptúa que «al ser humano embriofetal enfermo se le debe tratar de acuerdo con las mismas directrices éticas, incluido el consentimiento informado de los progenitores, que inspiran el diagnóstico, la prevención, la terapéutica y la investigación aplicadas a los demás pacientes». En cuanto al Código deontológico de la enfermería, presentado en febrero de 1991, cabe subrayar, entre otras, la siguiente consideración hecha en su prólogo: «Se equivoca quien piensa que la ciencia no tiene nada que ver con los valores [...] Ante la complejidad de los problemas que se presentan en la actualidad a las enfermeras/os debemos ser conscientes de que por muchos códigos deontológicos que tengamos, el riesgo de conciencia aumenta considerablemente».

que un centro pueda practicar abortos despenalizados, una petición expresa de sus responsables, bastando así no pedir autorización. No es este el caso en España, pues los centros que cumplen los requisitos legales —establecidos en el art. 1.º del Real Decreto 2.409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción del embarazo— quedan «acreditados automáticamente para la práctica del aborto» (art. 2.1 del mismo Decreto); siempre y cuando, obviamente, se trate de centros públicos, pues en el caso de los privados lo deberán solicitar previamente (art. 2.2), siendo la autorización competencia de la autoridad sanitaria responsable en cada Comunidad Autónoma.

Por lo que respecta a la Iglesia Católica, confesión a todas luces mayoritaria en nuestro país, debe tenerse presente que, al margen de una reiterada doctrina que así lo confirma, el canon 1.398 del Código de Derecho Canónico establece que «quien procura un aborto, si éste se produce, incurre en excomunión *latae sententiae*» (52). El canon 1.041-4.º, por su parte, establece que

(52) Es de señalar, no obstante, que, de acuerdo con la *equitas canonica* y la tradicional flexibilidad que informa este peculiar ordenamiento jurídico son muchas las circunstancias o casos en que fácticamente quedará excluida esta pena: así, jamás se impondrá a quien ignore que tal conducta está canónicamente castigada con la excomunión; ni a los que no tengan conciencia de que es un pecado mortal ni a los menores de edad...

Puede verse, al respecto, A. ARZA ARTEAGA, «Aspectos éticos...», *op. cit.*, págs. 199-203 y 207-213; Comisión Episcopal para la doctrina de la fe, nota 4, octubre 1974; Congregación para la doctrina de la fe. Declaración sobre el aborto de 18-XI-74, y especialmente el documento preparado por el Comité Episcopal para la Defensa de la Vida de la Conferencia Episcopal Española (marzo 1991) titulado: *El aborto: 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1991, especialmente págs. 68-71 o cuestiones 79-89. En general, se trata de un documento completo en el que al margen de otras consideraciones que lo hacen interesante, se refleja nitidamente y de un modo sencillo la doctrina de la Iglesia Católica. No deja de ser significativa la situación en Irlanda, donde la negativa del Gobierno y de la población a aceptar el aborto parece constituirse en un insalvable obstáculo para la plena integración europea, al no estar dispuesto el pueblo, con razón, a claudicar en un punto como es la defensa a ultranza de la vida y un no, claro y abierto, a la cultura de la muerte. Hace bien poco tiempo, la Conferencia Episcopal Irlandesa hacía circular 2.000.000 de copias entre una población de poco más de 3 millones, de un documento en el que se recomendaba un «no» en un hipotético referéndum sobre el Tratado de Maastrich si ello suponía renunciar a la defensa de la vida y no hay ningún género de duda de que en un país abrumadoramente católico como Irlanda, tal consejo tendría muy importantes repercusiones. (Ver *La Vanguardia*, 15-VI-92, pág. 3). Es alen-

quien haya «procurado el aborto habiéndose verificado éste, así como todos aquellos que hubieran cooperado positivamente» incurrir en irregularidad (pena canónica que consiste en el impedimento perpetuo para recibir órdenes sagradas). Ello obliga a todos los católicos en comunión con su Iglesia a ejercitar su derecho a la objeción de conciencia y, en todo caso, a no procurar un aborto ni a cooperar positivamente en su realización.

### 3. ¿SON CONSTITUCIONALES LA INDICACIÓN SOCIAL Y EL SISTEMA DE PLAZOS?

Como ya hemos manifestado y reiterado suficientemente, a nuestro juicio la despenalización de las prácticas abortivas constituye, sin atisbo de duda, un gravísimo atentado al espíritu y a la letra misma del texto constitucional y, desde luego, al pilar más básico de la convivencia humana, hecha una salvedad respecto a los supuestos de grave peligro para la vida de la madre, aunque incluso en este último caso, si ya no desde una perspectiva constitucional, sí al menos desde una óptica técnico-jurídica, nos parece incorrecta tal medida porque jamás, en la larga experiencia judicial española, se ha impuesto a la madre una pena en tales casos por lo que vendría a llenar un vacío que no existía en la práctica. Naturalmente, desde este punto de vista de puridad jurídico-constitucional, consideramos irremediabilmente inconstitucional también tanto la indicación «social» como el sistema de plazos puesto que se trata de dos supuestos más de despenalización.

Pero, aunque en un razonamiento puramente lógico-jurídico, toda despenalización quedaría constitucionalmente ilegítimada, lo cierto es que el TC no lo ha entendido así, acudiendo para ello a muy discutibles —y ya criticados— criterios y normas hermenéuticas. Pues bien, la pregunta que debemos formularnos no es tanto si la indicación social y el sistema de plazos son inconstitucionales, cuanto si lo son de acuerdo no sólo con la Constitución, sino también —he aquí el matiz— con la jurisprudencia sentada por el TC. Pues bien, pensamos que, incluso aceptando tal jurisprudencia, son inconstitucionales. Veamos por qué.

---

tador ver como en nuestra vieja Europa, aún, hay pueblos enteros que no están dispuestos a renunciar a sus más altos valores —los más altos valores humanos— por nada ni por nadie.

A) *Sistema de plazos* (53).

En la STC 53/85, de 11 de abril, el Tribunal estableció (FJ 5.º) que la vida es un devenir, que comienza con la gestación, que ésta da lugar a un *tertium* existencialmente distinto de la madre, cuya vida no puede desproteger la Constitución no sólo por ser condición para la vida independiente del claustro materno, sino también un momento del desarrollo de la vida misma. Dice asimismo el TC (FJ 7.º) que la protección a la vida del *nasciturus* implica para el Estado dos obligaciones: abstenerse de obstaculizar o impedir el proceso natural de la gestación y articular un sistema legal —que incluya normas penales, dado el carácter fundamental de la vida— de protección de la vida prenatal. «Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones» (FJ 7.º). Pero la afirmación más relevante a la hora de descartar la constitucionalidad del sistema de plazos conforme a la doctrina del TC es la contenida en el FJ 9.º, donde se afirma:

«Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse 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 aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha pre-

---

(53) En el Anteproyecto del Código Penal de 1992 no se incluye la indicación social finalmente, aunque en los borradores parece ser que sí se introdujo si bien limitada a los tres primeros meses y bajo condición de que un médico certifique que peligraba la salud física o mental de la madre. El Tribunal Supremo, por otra parte, ha llegado a apreciar en alguna ocasión estado de necesidad en la embarazada que aborta por razones socio-económicas, lo cual parece favorecer a quienes defienden la introducción de esta indicación que resulta, como luego veremos, absolutamente inconstitucional.

Respecto del Informe del Consejo General del Poder Judicial, hay que señalar que el borrador, elaborado por el vocal del Consejo y Catedrático de Derecho Penal, Vives Antón, propone ampliar la despenalización: a) añadiendo la indicación socio-económica; b) estableciendo que la decisión final de la mujer, previas consultas y ofertas de asistencia, no será penalizable, y c) despenalizando el aborto en supuestos en que el embarazo sea consecuencia de una inseminación artificial no consentida.

*valencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional».*

Así, pues, conforme a esta jurisprudencia del TC, el legislador podrá, en casos sumamente excepcionales, atendiendo a las «características singulares» que en ellos concurren, no proteger penalmente la vida del *nasciturus*, pero no podrá sin más abstenerse de proteger la vida del *nasciturus* durante un período de tiempo determinado, pues ello supondría que la vida del *nasciturus* dejaría de ser, bien es cierto que durante un determinado *spatium* o período de tiempo, un bien jurídico constitucionalmente protegido, lo que no casa con las afirmaciones del TC de que la vida es un proceso vital que *se inicia con la gestación en el que surge un tertium existencialmente distinto de la madre que encarna un valor superior del ordenamiento jurídico que impide al Estado inhibirse de la protección de esa vida*. Y si el TC considera legítimo constitucionalmente el sistema de las indicaciones hoy vigente es en atención a las muy peculiares y extremas situaciones que en estos supuestos se dan. En el sistema de plazos no se atiende a unas situaciones excepcionales, sino simplemente a que se considera lícito destruir el feto durante un arbitrario período de tiempo por considerar que entonces el feto carece de valor vital. La doctrina jurisprudencial del TC impide la aceptación del sistema de plazos. Uno, sin embargo, después de ver cómo ha visto al TC prescindir de toda lógica jurídica para llegar a un fallo difícilmente casable con los valores constitucionales, no puede menos que expresar su temor —su horror— ante la posibilidad de que el TC declare constitucional el sistema de plazos, pues para hacerlo no sólo tendría, una vez más, que prescindir de toda coherencia con la Constitución y vulnerarla, sino que además, se vería obligado a emplear unos razonamientos y una argumentación incompatible y contraria a la jurisprudencia sentada con anterioridad, esto es, en el sabio lenguaje popular, *donde dije digo, digo Diego*.

Pero, expresado este temor, desgraciadamente no del todo insensuado, esperamos que no sea esto lo que ocurra y que, si el TC tiene que llegar a pronunciarse al respecto, cumpla su función con dignidad y en el más absoluto respecto a la Constitución y a sus pronunciamientos anteriores. Estamos seguros de que así será. En caso contrario, sería de lamentar y mucho me temo que la

justicia constitucional en España entraría irremediablemente en crisis, con todo lo que de negativo ello tiene. Y ello por la sencilla razón de que tal fallo sólo podría ser resultado de una politización importante del TC. Pero, atendiendo al prestigio de que goza la Alta Institución y a su rica y en general brillante experiencia —con todos los fallos que se quieran—, no debe caber el menor género de dudas de que no llegaremos a tal situación. Permítaseme una pequeña especulación: el tiempo, estoy seguro, confirmará lo que acabo de decir.

### B) *Indicación social.*

El artículo 1.1 de nuestra *Norma normarum* declara que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho». El concepto de «Estado social» —formulado por Heller en la República de Weimar—, propio, sin duda, del constitucionalismo moderno, no es fácil de definir y la doctrina no es desde luego unánime al respecto. Lo que sí podemos decir es que el Estado social que nace después de la Primera Guerra Mundial supone una ruptura definitiva (54) con lo que podemos llamar el Estado Liberal, caracterizado por una intervención mínima del Estado, por el libre juego de relaciones individuales y, desde luego, con él.

Y también nos parece que no ofrece dudas el hecho de que el Estado social es aquel Estado que no se abstiene de intervenir ante situaciones de absoluta carencia de medios sino que, por el contrario, considera que nos encontramos no ante meros problemas individuales, sino ante auténticos problemas para el Estado mismo, que debe ponerles fin, logrando así garantizar un mínimo nivel de vida a sus ciudadanos, que variará con la época y el lugar. Pues bien, pensamos que un Estado social no puede admitir como *no exigible* una conducta abortiva por parte de la madre,

(54) Una ruptura parcial se produjo ya con el «régimen administrativo de servicio público», que condujo a una asunción por el Estado —o al menos un control— de una serie de servicios que se empiezan a considerar públicos (Correos, telégrafos, construcción de ferrocarril, gas, electricidad...). Seguimos a TORRES DEL MORAL, *Principios de...*, ob. cit., págs. 283-288; en concreto 284-285. Una breve crítica al moderno (1945...) Estado «de bienestar social» o «asistencial» o «de la *Daseinvorsorge*» —término acuñado por FORSTHOFF— puede verse en ANTONIO C. PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, ob. cit., págs. 96-99.

fundada en razones como la del temor a no poder mantener económicamente al nuevo hijo o hacerlo con enormes sacrificios; o la injusta presión social contra las madres solteras, etc. En un Estado social, deberán arbitrarse los mecanismos necesarios de solidaridad social para poner fin a estas situaciones y a las dificultades que están en la raíz del problema; como dice Benigno Blanco (55), «el aborto no es solución de ningún problema; ni elimina las dificultades económicas, ni la insolidaridad social con los minusválidos, ni la injusticia que cometen quienes rechazan a la soltera embarazada, ni ninguno de los otros reales problemas que pueden existir en el entorno de la mujer que se plantea abortar».

Lo que es preciso —y exigible en un Estado social— son unas medidas de política social que permitan una subsistencia digna a la madre y al hijo. En todo caso, no podrá ponerse fin al problema mediante la destrucción del feto. La madre, en último extremo, podrá entregar al niño en adopción —hay miles de padres esperando años y años para adoptar un niño— o a un centro de acogida, pues, por muy duro que ello sea, es de suponer que siempre lo será menos que matarlo sin posibilidad alguna de defensa en el vientre materno. Dice Lorenzo Copello en su tesis doctoral (56): «entregarlos a instituciones benéficas y de asistencia pública, con las graves secuelas y traumas psíquicos y emocionales que ello comporta para *estos seres*, de los cuales *nadie duda que acabarán convirtiéndose mayoritariamente en delincuentes e inadaptados*, gracias al cuestionable “calor” que ofrecen estos centros, por lo que opinamos con Grande, que recluirlos en letales hospicios, llenos de normas y de caridad, de obligaciones y de oraciones, quizás no parezca una obra tan misericordiosa». Al principio de este trabajo, decía que nosotros admitíamos partir de un juicio previo, de un primer principio —si se quiere, de un postulado—: habíamos optado por la vida. Nos ratificamos en ello y pensamos que no cabe hablar de auténtica democracia si no se admite este presupuesto inicial. Pues bien, aclarado este punto, debemos manifestar que carece de fundamento afirmar, como se hace con frecuencia, que los centros de acogida crean en «estos

(55) Benigno BLANCO RODRÍGUEZ, «Una óptica progresista», *El País*, 26-7-91, donde el autor —abogado— trata precisamente de la indicación social de aborto.

(56) Patricia LOURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona-Málaga, 1990, págs. 337-345; en concreto, 343.

seres» «graves secuelas y traumas psíquicos y emocionales» conduciéndoles en la mayor parte de los casos a convertirse «en delinquentes e inadaptados», cuando no en cadáveres (*«letales hospicios»*). La realidad es muy otra pero, en todo caso, aun admitiendo estas demagógicas posturas (57), que ya es mucho admitir, lo cierto es que nos parecería siempre mejor que un niño viva en esas condiciones —es decir, *de la caridad, lleno de obligaciones y de oraciones y abocado a la delincuencia y a la incomprensión e inadaptación social*—, pues por lo menos se le habrá dejado vivir; el aborto no le permitiría haber nacido; permítasele vivir y será luego él, en la práctica, quien decida si su vida vale o no la pena. Nadie en el mundo —ni aun su madre— está legitimado para tomar por él esa decisión.

Así, pues, a nuestro juicio, la indicación social no es constitucionalmente admisible, entre otras razones, porque es incompatible la despenalización de este supuesto con un auténtico Estado social.

---

(57) Sin ánimo polémico, nos gustaría subrayar una afirmación que hace la citada autora a renglón seguido de las anteriores —y siempre con el más absoluto respeto y empleada a título de muestra de una muy extendida opinión—; «sin contar los *no infrecuentes* casos, como el recién descubierto en Italia, en que unas monjas sádicas maltrataban a los niños confiados a su custodia, tan cruel y duramente que 13 de ellos murieron por su causa». Si la citada autora piensa que la solución es el aborto, seguramente también pensará que la solución para evitar los malos tratos, las violaciones y los asesinatos que se producen a diario en nuestras tercermundistas cárceles —me refiero a las civiles, no así en las militares, por razones que no vienen al caso— es la de matar a todos sus presos. Pensamos que sobran comentarios. *Vid. LAURENZO COPELLO, El aborto no punible*, ob. cit., pág. 434.