

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO

# **LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO EN ESPAÑA.**

## **COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE 11 DE ABRIL DE 1985.**

Memoria para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**CLAUDIO IGNACIO RIVERA RUIZ-TAGLE**

Profesora Guía: Verónica Undurraga Valdés

**Santiago, Chile 2004**



<b>1. Introducción. . .</b>	<b>1</b>
<b>2. La Sentencia del Tribunal Constitucional Español. .</b>	<b>3</b>
<b>2.1 Los votos disidentes . .</b>	<b>6</b>
<b>3. El Derecho Fundamental a la Vida. . .</b>	<b>9</b>
<b>3.1 La significación del derecho a la vida en el ordenamiento constitucional. .</b>	<b>10</b>
<b>3.2 La función de los derechos fundamentales. .</b>	<b>11</b>
<b>4.- La protección constitucional del nasciturus .</b>	<b>15</b>
<b>4.1 La concreción del mandato de protección . .</b>	<b>19</b>
<b>5.-La Ponderación de Bienes. .</b>	<b>25</b>
<b>5.1.-La relativización de la vida. . .</b>	<b>27</b>
<b>5.2.-La Solución de las Indicaciones . .</b>	<b>29</b>
<b>6.- La decisión del Tribunal Constitucional Español .</b>	<b>35</b>
<b>Bibliografía. . .</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO . .</b>	<b>43</b>



# 1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto analizar los aspectos constitucionales más relevantes en la solución del conflicto presente en el aborto, a la luz de la experiencia española. Para estos efectos se ha tomado como referencia central, la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 11 de Abril de 1985 que se pronunció sobre un proyecto de ley que despenalizaba parcialmente el aborto.

El punto de partida necesario para el estudio adecuado de esta materia, es el reconocimiento del aborto como una situación de conflicto, en que se encuentra, de un lado, el interés en la protección del nasciturus y del otro, los derechos fundamentales de la mujer que se ven afectados con un embarazo no deseado. Más allá del peso relativo que pueda asignarse a los distintos bienes en conflicto, la solución que se adopte sólo podrá aspirar a ser operativa en la realidad, cuando considere las peculiares características que reviste este conflicto y realice una ponderación adecuada de los bienes en colisión.

Por otra parte, la elaboración de una solución satisfactoria, debe estar atenta no sólo a las condiciones que imponen la realidad social y material en que desenvuelve el conflicto, sino también a las disposiciones constitucionales pertinentes. Esto dice relación no sólo con el necesario respeto a los principios y límites que impone la Constitución, sino también con la determinación precisa de la relación que existe entre la Constitución y las políticas legislativas.

En la sentencia que se analiza, el Tribunal Constitucional Español se pronuncia sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que introducía una reforma al Código

Penal, declarando no punible el aborto en las situaciones correspondientes a las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. En este fallo, el Tribunal centra el problema en el alcance de la protección constitucional del nasciturus, la que a su juicio se desprende de la norma que consagra el derecho a la vida, pese a que no reconoce la titularidad por parte del nasciturus de este derecho fundamental. Para llegar a esta conclusión, concibe el catálogo de derechos fundamentales como la expresión jurídica de un sistema de valores del cual emanan deberes positivos para el Estado, que no se limitan a los titulares de derechos fundamentales. Veremos si esta visión de los derechos fundamentales se ajusta al texto de la Constitución española y bajo qué presupuestos es admisible como criterio de solución al conflicto del aborto.

El Tribunal hace una particular caracterización del derecho fundamental a la vida, concibiéndolo como un valor central del ordenamiento constitucional. Esta caracterización, así como el examen del verdadero alcance y significación del derecho al vida en el ordenamiento constitucional español, serán necesarios para la resolución del conflicto.

En lo relativo a los derechos fundamentales de la mujer involucrados en el conflicto, éstos sólo son analizados secundariamente en la sentencia, como límites al deber de protección de la vida del nasciturus. Un análisis cuidadoso en esta materia nos permitirá determinar el por qué una perspectiva más ajustada a los criterios constitucionales, obliga a una mayor consideración de los derechos de la mujer y a la necesidad de respetar el contenido esencial de estos derechos en el marco de las posibles soluciones.

La metodología que se utilizará en este trabajo consistirá en la exposición de los puntos más relevantes de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, para que a partir de éstos y de las críticas que puedan formularseles, se pueda ir configurando una solución que respete el marco que da la Constitución española. En forma previa, se hará una breve síntesis del fallo que más adelante se pasará a analizar.

## 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional Español.

El 11 de Abril de 1985, el Tribunal Constitucional Español (TCE) se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica que introducía el Art.417 bis en el Código Penal, por el que se declaraba no punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; cuando el embarazo haya sido consecuencia de una violación y se practique dentro de las doce primeras semanas; o cuando sea probable que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas y se practique dentro de las primeras 22 semanas<sup>1</sup>.

En el marco la decisión que debe adoptar, el TCE reconoce que se trata de “un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales”<sup>2</sup>.

De acuerdo a lo sostenido por el TCE, el problema nuclear en torno al cual gira la

---

<sup>1</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Esta sentencia se adjunta como anexo en la parte final de este trabajo.

<sup>2</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fundamento Jurídico 1.

cuestión debatida en el recurso, es el alcance de la protección constitucional del nasciturus<sup>3</sup>. A este respecto, señala en cuanto la significación y contenido de los derechos fundamentales, que éstos incluyen no sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste, ya que componen un orden jurídico objetivo, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores. De lo anterior se desprende, que de los derechos fundamentales se deriva no sólo una obligación negativa del Estado de no lesionarlos, “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”<sup>4</sup>.

Por otra parte caracteriza la vida humana como un devenir, como un proceso que se inicia con la gestación y termina con la muerte. Se reconoce asimismo, que es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital, dentro de los cuales tiene particular relevancia el nacimiento. Y previo al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre (viabilidad)<sup>5</sup>.

De esta manera, si bien el TCE no llega a afirmar que el nasciturus es titular del derecho fundamental subjetivo a la vida, sostiene que la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido. Ello, porque el derecho a la vida reconocido por el Art. 15 de la Constitución, “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana–”<sup>6</sup> y como tal, el deber de protección que impone al Estado, alcanza también al no nacido. Este deber de protección “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”<sup>7</sup>.

El proyecto sometido al juicio de constitucionalidad del TCE, parte de una normativa que utiliza la técnica penal como forma de protección de la vida del nasciturus (Arts. 411 a 417 del Código Penal), normativa que no revisa con carácter general, limitándose a declarar no punible el aborto en determinados supuestos. Por lo tanto, el TCE centra su examen en la determinación de si es permitido al legislador excluir la vida del nasciturus de la protección penal en determinados supuestos.

En este sentido, el TCE estima que es permitido por la Constitución, al legislador,

<sup>3</sup> Ibidem F. J. 3.

<sup>4</sup> Ibidem F. J. 4.

<sup>5</sup> Ibidem F. J.5.

<sup>6</sup> Ibidem F. J. 3.

<sup>7</sup> Ibidem F. J.7.



declarar no punible el aborto en determinados supuestos que corresponden a las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Esto, porque se trata de supuestos en que la vida del nasciturus, entra en colisión con los derechos a la vida y a la dignidad de la mujer, que constituyen también valores constitucionales de relevante significación, por lo tanto le corresponde al legislador tomar en cuenta esta situación de conflicto.

No obstante la existencia del deber de protección de la vida del nasciturus por parte del Estado, el TCE declara que el legislador debe tener siempre presente la razonable exigibilidad de la conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, pudiendo incluso 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<sup>8</sup>.

A continuación, el TCE revisa la constitucionalidad de cada una de las indicaciones en particular, señalando lo siguiente:

Respecto de la indicación terapéutica<sup>9</sup>, señala que la sanción penal respecto del aborto en este supuesto implicaría una mayor valoración de la vida del no nacido que la del nacido (en el caso de peligro de la vida de la embarazada), penalizando a la mujer por defender su derecho a la vida; por lo que resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

Asimismo, señala el TCE, que en caso de peligrar la salud de la madre, exigirle un “sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal, no resulta apropiado considerando el deber del legislador de considerar la razonable exigibilidad de las conductas que se imponen y de renunciar a la pena cuando constituyan cargas insoportables”<sup>10</sup>.

b) En cuanto a la indicación ética<sup>11</sup>, el TCE la declara igualmente constitucional, por

<sup>8</sup> Ibidem F. J.9. El hecho que el Estado deba renunciar en determinados supuestos la sanción penal como medio de protección de un bien jurídico, no significa que renuncie al deber de protección general de ese bien jurídico. Este deber se hará efectivo en otros ámbitos, por ejemplo, la despenalización del aborto en determinados supuestos puede ir acompañada de la negación de la cobertura de la seguridad social para la práctica de abortos. Sin embargo, en el caso de las indicaciones, dado que éstas vienen a solucionar situaciones de conflicto en las que la afectación de los intereses de la mujer embarazada es particularmente intensa, este tipo de medidas pueden resultar inconducentes. Por ello, en estas situaciones puede llegar a ser más conveniente renunciar a la protección de la vida del nasciturus bajo esas circunstancias excepcionales, pero manteniendo la protección en aquellas otras circunstancias en que sí debe prevalecer la protección de la vida del nasciturus por sobre los derechos de la mujer. En todo caso, la solución que se adopte dependerá del resultado de la ponderación de bienes que se haga, esto es, de la determinación de la medida en que deben prevalecer unos valores por sobre los otros.

<sup>9</sup> Por indicación terapéutica debe entenderse, aquella en virtud de la cual se declara no punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer, cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

<sup>10</sup> STC 53/1985. Fundamento Jurídico 11 letra a).

<sup>11</sup> Por indicación ética o criminológica debe entenderse, aquella en virtud de la cual se declara no punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer, cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación.

considerar que la obligación de soportar el embarazo en este supuesto es inexigible a la mujer, por cuanto se estaría “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”<sup>12</sup>.

c) Respecto de la indicación eugenésica<sup>13</sup> se estima también constitucional, por cuanto la sanción penal implicaría la imposición de una conducta que excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia. En este supuesto, se considera la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que aseguren una calidad de vida adecuada al afectado por las taras<sup>14</sup>.

A continuación, el TCE, pese a haber reconocido la constitucionalidad de las indicaciones, señala que esto no es suficiente para declarar la constitucionalidad de la Ley Orgánica, puesto que es necesario que el proyecto garantice suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto, de tal forma que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer. Estas garantías no se cumplen en el proyecto, a juicio del TCE, por las siguientes razones:

Se estima que en el aborto terapéutico, el requisito de que sea practicado por un médico, sin que se prevea dictamen de un médico de la especialidad que se pronuncie sobre la concurrencia de las circunstancias de este supuesto, resulta insuficiente para la protección del nasciturus.

En el caso del aborto terapéutico y eugenésico, la comprobación del supuesto de hecho, debería producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto, y el Estado debe asegurarse de dicha comprobación.

La comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, debería llevarse a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o bien debiera adoptarse cualquier otra solución que se estime oportuna dentro del marco constitucional.

Por lo tanto, al no contemplar las exigencias precedentemente señaladas, se estima que el proyecto de Ley Orgánica, incumple en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, y por lo tanto se declara disconforme con la Constitución.

## 2.1 Los votos disidentes

<sup>12</sup> STC 53/1985. Fundamento Jurídico 11 letra b).

<sup>13</sup> Por indicación eugenésica debe entenderse, aquella en virtud de la cual se declara no punible el aborto practicado con el consentimiento de la mujer, cuando sea probable que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas.

<sup>14</sup> STC 53/1985. Fundamento Jurídico 11 letra c).

Los votos particulares de 6 magistrados del TCE, se pronunciaron a favor de la constitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica. Las críticas que estos magistrados formularon al voto de mayoría se refieren fundamentalmente a los siguientes aspectos:

En primer lugar, se sostiene que la Sentencia concluye con un pronunciamiento que excede las competencias que le otorgan la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Esto, porque en virtud de lo dispuesto en el Art. 79.4 b) de la LOTC, si el TCE declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, debe concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos, pero en ningún caso se lo faculta para señalar al legislador modificaciones o adiciones al texto impugnado<sup>15</sup>.

Sobre este punto, el magistrado Francisco Tomás Valiente afirma que la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos, pero no puede decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Actuando así, el TCE, se convertiría en un legislador positivo (esto implicaría convertir al TCE en una tercera cámara, lo que resulta inadmisibles)<sup>16</sup>. Por lo demás, aceptar la tesis de que es permitido al TCE señalar las exigencias que deben cumplir las leyes para ser constitucionales, implicaría transformar el juicio de constitucionalidad en un juicio de calidad o de perfectibilidad<sup>17</sup>.

El magistrado Díez-Picazo va más allá, sosteniendo que, a su juicio, ni siquiera es permitido al TCE declarar la inconstitucionalidad de una ley por las omisiones en que pueda considerarse que ha incidido el legislador<sup>18</sup>.

Una segunda crítica se refiere a la línea argumentativa seguida por el voto de mayoría, que abstrae de las disposiciones constitucionales los valores que éstos encarnan, para luego deducir de ellos obligaciones para el legislador<sup>19</sup>. Para el magistrado Díez-Picazo, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva intermedia que el intérprete establezca, pero no cabe hacer “una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas”<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> En este sentido se pronuncian los magistrados Jerónimo Arozamena Sierra, *Voto Particular, párrafo 1*; Francisco Tomás Valiente *Voto Particular, párrafo 6 letra e*); Angel Latorre Segura y Manuel Díez de Velasco Vallejo *Voto Particular, párrafo 3*; Francisco Rubio Llorente *Voto Particular, párrafo 2º y 10º*.

<sup>16</sup> Francisco Tomás Valiente, *Voto particular de la sentencia, párrafo 6*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Luis Díez-Picazo, *Voto particular de la sentencia, letra c*).

<sup>19</sup> Francisco Rubio Llorente *Voto Particular de la sentencia, párrafo 5º*.

<sup>20</sup> Luis Díez-Picazo, *Voto particular de la sentencia, letra d*).

En tercer lugar, en cuanto a las exigencias que el voto de mayoría estima incumplidas para declarar inconstitucional el proyecto, se critica por una parte, que no es posible explicar constitucionalmente el por qué una conducta punible deje de serlo por el número de médicos intervinientes o por el lugar en que se realice, porque una cosa es el Código Penal y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables<sup>21</sup>. Por otra parte, en relación a la exigencia de que la comprobación de los supuestos de hecho sea realizada por un médico, se señala que esta función corresponde “ al Juez penal, dado que las conductas reguladas en el Art. 417 del Código Penal continúan siendo delictivas. La intervención preventiva y a esos efectos de un Médico es trasladar a éste deberes y responsabilidades ajenas”<sup>22</sup>.

d) Por último, debe mencionarse aquella crítica que mira a la escasa atención que se presta en el voto de mayoría a los derechos fundamentales de la mujer implicados en el aborto, que apenas son invocados como justificación de la punición del aborto<sup>23</sup>.

### COMENTARIOS A LA SENTENCIA

<sup>21</sup> Luis Díez-Picazo, *Voto particular de la sentencia, letra g*).

<sup>22</sup> Francisco Tomás Valiente, *Voto particular de la sentencia, párrafo 5 letra d*).

<sup>23</sup> Francisco Rubio Llorente *Voto Particular de la sentencia, párrafo 4º*; Francisco Tomás Valiente, *Voto particular de la sentencia, párrafo 4*.

## 3. El Derecho Fundamental a la Vida.

Sobre este punto, el TCE se avoca en primer lugar, a precisar la significación del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional y la función de los derechos fundamentales, en general, dentro del ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo primero, hemos señalado que el TCE entiende que el derecho a la vida “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y que “constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”<sup>24</sup>.

En cuanto a lo segundo, se sostiene, basándose en la concepción de España como un Estado social de Derecho, “que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste”<sup>25</sup>. Mantiene, además, que los derechos fundamentales componen un orden jurídico objetivo, en tanto son la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. De esto se desprende que el Estado tiene no sólo la obligación negativa de no lesionar estos derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de los mismos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

<sup>24</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fundamento Jurídico 3.

<sup>25</sup> Ibidem F. J. 4.

### 3.1 La significación del derecho a la vida en el ordenamiento constitucional.

En su sentencia, el Tribunal ha pretendido denotar la relevancia del derecho a la vida dentro del ordenamiento jurídico, concibiéndolo como la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional y el presupuesto de los demás derechos, que no tendrían existencia posible sin él.

Sin embargo, esta afirmación, que encontramos también en alguna doctrina, incurre en un error evidente, por cuanto confunde el derecho (a la vida) con el objeto del mismo (la vida en cuanto situación del titular: “estar vivo”).

Nadie duda que todo derecho, presupone la existencia de un sujeto (titular del derecho) vivo, pero nada impide que se encuentren reconocidos y garantizados derechos de toda índole sin que exista un derecho a la vida protegido por el ordenamiento constitucional. En el hecho, el derecho a la vida sólo empieza a ser reconocido por los ordenamientos constitucionales con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, es decir, ya bien avanzado el siglo XX, a diferencia de otros derechos fundamentales que fueron reconocidos por las primeras constituciones del siglo XVIII.

Para entender esto con mayor claridad, podemos situarnos en el escenario de un Estado en cuyo ordenamiento constitucional no esté reconocido el derecho a la vida, y nos encontraremos con que ni aun en ese supuesto el Estado podría atentar indiscriminadamente en contra de la vida de los ciudadanos. Ello, porque la esfera de protección que otorgan otros derechos fundamentales, bastaría para evitar una acción de ese tipo. Así, por ejemplo, no podría matarse a una persona por manifestarse en contra del gobierno, puesto que con ello se estaría vulnerando la libertad de expresión y el pluralismo político. De la misma manera, no podría matarse a las personas de un grupo racial determinado, porque con ello se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y a la dignidad de las personas.

De esta manera, podríamos imaginar innumerables situaciones en las que un Estado podría querer atentar en contra de la vida de algunos de sus ciudadanos, y nos encontraríamos con que prácticamente en todas ellas, tal acción le estaría vedada por la esfera de protección que otorgan los demás derechos fundamentales.

Con esto, no pretendo negar la importancia del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, puesto que si se ha consagrado expresamente, es justamente por la relevancia que tiene el respeto a la vida humana en un Estado de Derecho y por la necesidad de evitar dejar cualquier espacio que permitiera una acción del Estado que pueda atentar contra ella. Lo que aquí se critica, es el razonamiento incorrecto que se sigue al caracterizar el derecho a la vida como presupuesto de los demás derechos y la conclusión (también errónea) a que se quiere llegar con ello, esto es, que el derecho a la vida tiene una relevancia y significación superior en el ordenamiento constitucional.

Por otra parte, la afirmación del TCE en el sentido de que el derecho a la vida es la proyección de un “valor superior” del ordenamiento jurídico constitucional, tampoco tiene sustento en el texto expreso de la Constitución, que en su artículo primero propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico español, “**la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político**”<sup>26</sup>. El TCE, se funda en la colocación que tiene el derecho a la vida en el texto constitucional, ya que el Art. 15 se sitúa a la cabeza del capítulo donde se concretan los derechos fundamentales, sin embargo, este argumento resulta insuficiente.

Cabe señalar, que el TCE no llega a establecer expresamente una jerarquía a partir de la cual se pueda sostener que el derecho a la vida debe prevalecer sobre otros derechos fundamentales, de hecho reconoce que este derecho puede ser limitado y debe ser ponderado con otros valores constitucionales. Sin embargo, no es indiferente la caracterización que de él hace y la superioridad de la cual lo inviste, porque, como veremos más adelante, esto puede tener incidencia en la intensidad del mandato de protección dirigido al Estado y en la ponderación de bienes, en caso de colisión de derechos.

## 3.2 La función de los derechos fundamentales.

Sobre este punto es necesario distinguir dos aspectos que se encuentran presentes en las consideraciones del TCE.

En primer lugar, el TCE afirma que los derechos fundamentales incluyen no sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también el deber positivo del Estado de contribuir a la efectividad de tales derechos.

A este respecto, existen en la doctrina dos grandes corrientes. Algunos identifican los derechos fundamentales con derechos subjetivos de los ciudadanos, que tendrían por objeto limitar la acción del Estado y sus organismos, garantizando una esfera autónoma al individuo. De estos derechos subjetivos se deduce para el Estado la obligación negativa de abstenerse de afectar tales derechos fuera de los casos y formas previstos por la Constitución. Esta corriente de corte liberal, surgida durante la ilustración, influyó de manera determinante en el nacimiento y el contenido de las primeras constituciones, y su justificación guarda directa relación con el concepto de Estado que existía en esa

<sup>26</sup> En este mismo sentido se pronuncia el magistrado Francisco Tomás Valiente en su voto particular de la Sentencia, al señalar, que no es posible encontrar un “fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana «es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento jurídico 3) o «un valor fundamental» (fundamento jurídico 5) o «un valor central» (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el prius lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su Art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad”.

época. En el pensamiento ilustrado liberal, el Estado era un sistema de organización social ideado por los ciudadanos con el objeto de garantizar el ejercicio pacífico y pleno de los derechos naturales de los individuos, asignando a la administración un rol meramente conservador del orden público interno y de la seguridad externa. Aquí, el énfasis estaba puesto en el individuo y se miraba con desconfianza la intervención del Estado más allá de su misión de garante de la paz y el orden.

Sin embargo, la evolución del constitucionalismo y de las Teorías de Estado, fueron dejando atrás estas ideas liberales, para dar paso a una nueva concepción del Estado: el Estado Social. A éste, se le exige un rol activo en la sociedad que asegure condiciones cívicas igualitarias, igualdad de oportunidades, y el máximo bienestar económico y cultural de sus integrantes. En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional asignan a los derechos fundamentales no sólo el carácter de derechos subjetivos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino además, el carácter de normas objetivas, de las cuales se deduce para el Estado un deber positivo consistente en el aseguramiento de la vigencia efectiva de tales derechos.

García-Pelayo caracteriza al Estado social, entre otros aspectos, por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; por una acción estatal orientada a la creación de las condiciones necesarias para la satisfacción de necesidades vitales que no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad, se añaden otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa.; y por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales<sup>27</sup>.

Por lo tanto, atendido lo dispuesto en el Art. 1.1 de la Constitución que establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, podemos concluir que la interpretación del TCE, en cuanto reconoce en el catálogo de derechos fundamentales aspectos subjetivo y objetivos, es compatible con el texto constitucional y con los principios del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, el TCE va más allá en su interpretación, al señalar que “además, los derechos fundamentales 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...”<sup>28</sup>. Esta caracterización de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, podría entenderse comprendida en los supuestos precedentemente señalados si se le diera un alcance restringido, sin embargo, el TCE le da un alcance amplio.

Desde una perspectiva restringida, se puede considerar que los derechos fundamentales vienen no sólo a garantizar un ámbito de autonomía al individuo frente a la

---

<sup>27</sup> García-Pelayo, Manuel, 1991. “Transformaciones del Estado Contemporáneo El Estado Social y Democrático en la Constitución Española”, [http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/estado\\_social.html](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/estado_social.html) [archivo .pdf] [consulta 17 diciembre 2002].

<sup>28</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fundamento Jurídico 4.



acción del Estado, sino que también al consagrarse como derechos esenciales constituyen una decisión valorativa del constituyente relativa a los elementos esenciales sobre los cuales se estructura y organiza la sociedad<sup>29</sup>. De esta manera, los derechos fundamentales adquieren una doble dimensión: constituyen derechos subjetivos y, a la vez, normas objetivas que indican los elementos básicos sobre los que se organiza la comunidad<sup>30</sup>. Estas normas objetivas, son directrices que deben guiar la acción del Estado, y le imponen el deber de crear las condiciones necesarias para el aseguramiento de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, esta visión de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores, no sería más que una forma de explicar el origen de los deberes positivos del Estado en relación a los derechos fundamentales, esto es, que considerados como decisiones valorativas, fijan el contenido básico de tales deberes (deber esencial). En consecuencia, podríamos concluir que el Estado, erigido como Estado social y democrático de Derecho, tiene por una parte un deber genérico que consiste en asegurar condiciones cívicas igualitarias, igualdad de oportunidades, y el máximo bienestar económico y cultural de sus integrantes; y por otra, un deber esencial. Este deber esencial, cuyo fundamento se encuentra en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprende básicamente dos obligaciones: la obligación de abstenerse de afectar tales derechos fuera de los casos y formas previstos por la Constitución (obligación que se desprende del aspecto subjetivo de los derechos fundamentales); y la obligación de asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (obligación que se desprende del aspecto objetivo de estos derechos, considerados como decisiones valorativas del constituyente que fijan las directrices a las que debe ceñirse el Estado).

Pero como hemos señalado, el TCE le da un alcance más amplio a esta teoría del orden objetivo de valores, porque separa el contenido de los “valores” constitucionales, del contenido de los derechos de los cuales se desprenden, haciendo más amplio el contenido de los primeros. La consecuencia de aquello, es que deriva para el Estado un mandato de protección relativo a valores abstractos que dejan de tener un fundamento jurídico en el texto constitucional. Esto le permite obviar el problema de la titularidad del derecho a la vida por parte del nasciturus, puesto que se limita a sostener que el precepto del Art. 15 de la Constitución, establece como valor supremo del ordenamiento jurídico la vida humana. Así, utilizando un criterio biológico, define la vida humana como un proceso que se inicia con la gestación y, en consecuencia, concluye que dicho precepto comprende también la vida del nasciturus. Luego, el Art.15 de la Constitución otorga un mandato de protección al Estado no sólo respecto de los titulares del derecho subjetivo a la vida sino también respecto del nasciturus.

Como vemos, la interpretación del TCE no sólo reconoce el aspecto objetivo de los derechos fundamentales, sino que establece verdaderos principios con contenido propio, que funcionan en forma paralela a éstos. Esta solución es criticada por algunos de los

---

<sup>29</sup> Patricia Laurenzo Copelo. *El Aborto no punible*, p. 107

<sup>30</sup> *Ibidem*.

magistrados en su voto particular, así como por parte de la doctrina.

El magistrado Díez-Picazo se manifiesta en contra de afirmar la inconstitucionalidad de una ley fundada en su contradicción con “reglas constructivas derivadas de la constitución”, más aun cuando en ellas aparecen “larvados o manifiestos juicios de valor”<sup>31</sup>.

Asimismo, el magistrado Rubio Llorente critica la interpretación que hace el voto de mayoría, pues a su juicio, es inadmisibile que a partir de una tarea interpretativa el tribunal pueda abstraer de los preceptos de la constitución, los valores que ellos encarnan, y luego deducir a partir de estas abstracciones, obligaciones para el legislador que no tienen apoyo en el texto de la Constitución<sup>32</sup>.

También ha sido criticado el hecho que el Tribunal Constitucional haya dado a estos “valores constitucionales” el mismo tratamiento de un derecho fundamental, resolviendo el conflicto de intereses presente en el aborto, tal como si el nasciturus fuera titular del derecho a la vida, pese a haberle negado tal capacidad<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Voto particular del magistrado Díez-Picazo, letra d).

<sup>32</sup> Voto particular del magistrado Rubio Llorente, párrafo 7.

<sup>33</sup> En este sentido Vives Antón, en Díez-Ripollés *“La Reforma del Delito de Aborto”*, p. 15.

## 4.- La protección constitucional del nasciturus

El Art. 15 de la Constitución dispone: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Al interior de la doctrina se ha generado una intensa discusión acerca del alcance de la expresión “todos” contenida en el Art. 15; mientras algunos sostienen que se refiere a todo ser humano desde el momento de la concepción, otros afirman que sólo alcanza a las personas, es decir, a los nacidos. El TCE, en los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7, rechaza los argumentos que aducen los recurrentes para incluir al nasciturus dentro de la expresión “todos”, sin embargo, no da una respuesta satisfactoria en lo que respecta a esta discusión.

El Tribunal centra su discurso en el argumento de que la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el Art. 15 de la Carta Fundamental, de acuerdo a lo ya expuesto. Esto le permite obviar el problema de la titularidad del derecho a la vida del nasciturus.

En la doctrina, aquellos autores que son partidarios de la despenalización del aborto, en general se inclinan a señalar que la expresión “todos” se refiere sólo a las personas, por lo tanto, quedan excluidos del ámbito de protección del Art.15, los no nacidos. En este sentido Gimbernat Ordeig, sostiene que el término “todos” es sinónimo de “todas las

personas”, por lo que no se extiende al feto la protección constitucional. Para ello se funda en tres argumentos :

En primer lugar (argumento teleológico), señala que debe atenderse al lugar que ocupa el Art.15 en la Constitución; figura en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I. Y como el Título I empieza hablando (Art. 10.1) de que lo que en él se regula son la “dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”, es obvio que el Art. 15, al estar dentro del Título I, sólo se refiere a la persona <sup>34</sup> ;

En segundo lugar, siempre que en la Constitución aparece la palabra “todos”, debe entenderse en el sentido de “todas las personas”. Así ocurre, por ejemplo, en el Art. 24.2 (derecho al debido proceso); 27.1 (derecho a la educación); 28.1 (derecho a sindicarse libremente). En todas éstas disposiciones la constitución utiliza la expresión “todos”, y por su contenido es claro que sólo puede referirse a las personas; si ello es así, lo mismo debe regir para el Art. 15 <sup>35</sup> ;

En tercer lugar, de acuerdo al Art. 10.2 de la Constitución, las disposiciones relativas a derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España. El Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece “Todo individuo tiene derecho a la vida”. Y el Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de 1966, suscrito y ratificado por España, declara : “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”. A la vista de estas disposiciones Gimbernat señala que el derecho a la vida contenido en el Art. 15, debe interpretarse en el sentido de que sólo protege a las personas <sup>36</sup> .

Por otra parte, hay autores que sostienen que la expresión “todos”, comprende a todos los seres humanos, incluso al nasciturus. Se fundan para ello en un argumento histórico: En el debate parlamentario sobre la redacción final del Art. 15 de la Constitución, el partido socialista propuso modificar la redacción del Anteproyecto que señalaba “Todos tienen derecho a la vida”, por la de “Todas las personas tienen derecho a la vida”, con el objeto de permitir una futura reforma de despenalización del aborto. Sin embargo, en la discusión se impuso la decisión de mantener la redacción original, con la clara intención de extender la protección a la vida humana intrauterina <sup>37</sup> . Este argumento fue analizado por el TCE en su sentencia, concluyendo que “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el Art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental” <sup>38</sup> .

<sup>34</sup> Enrique Gimbernat, “*Constitución y Aborto*”, p. 84.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Op. Cit. págs. 84 y 85.

<sup>37</sup> José Cerezo Mir, “*Interrupción Voluntaria del Embarazo*”, p. 127.

<sup>38</sup> STC 53/1985. Fundamento Jurídico 5.

Portero García, partidario de extender la protección al nasciturus, considera que el Art. 10.1<sup>39</sup>, que sirve de pórtico a los derechos y deberes fundamentales, tiene por función establecer una pauta de interpretación aplicable a todo el Título: el criterio de interpretación extensiva y favorable de los derechos fundamentales. Ello permitiría incluir al nasciturus en el derecho a la vida que proclama el Art. 15<sup>40</sup>. Sin embargo, el argumento de Portero García no toma en cuenta que toda interpretación, sólo puede hacerse extensiva y favorable entre los destinatarios de la norma previamente determinados. Pero no se puede a través de una interpretación extensiva, ampliar la titularidad de los derechos fundamentales, porque eso significaría limitar los derechos de quienes claramente son titulares, en cuanto sus propios derechos estarán expuestos a colisionar con los de los nuevos titulares y eventualmente ser afectados por ellos<sup>41</sup>. Y esto último claramente no estuvo en la voluntad del constituyente al disponer una interpretación extensiva y favorable<sup>42</sup>.

En el marco de esta discusión y en forma previa a su dilucidación, conviene moderar el alcance de las consecuencias de la solución que pueda adoptarse en uno u otro sentido. En primer lugar, debe tenerse presente que no necesariamente del reconocimiento del nasciturus como titular de derecho a la vida se deriva que deba prohibirse en forma absoluta el aborto, puesto que no se trata de un derecho absoluto, por lo que deberá considerarse la situación de conflicto con otros derechos fundamentales. Por otra parte, aunque se llegue a la conclusión de que el nasciturus carece de la capacidad para ser titular del derecho a la vida, ello no significa que la protección de la vida del nasciturus sea irrelevante para la Constitución ni que deban despenalizarse todos los casos de aborto.

Sobre la discusión misma, comparto la opinión Patricia Lorenzo en el sentido de que el texto constitucional no da una solución que sea concluyente en un sentido u otro, pues aunque los argumentos a favor de la exclusión del nasciturus parecen más convincentes a la vista del texto expreso de la norma y su interpretación sistemática, el debate parlamentario del establecimiento de la disposición, deja claramente establecido

<sup>39</sup> El Art. 10.1 de la Constitución española señala : “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>40</sup> Portero García, en Patricia Lorenzo, “*El Aborto No Punible*”, p. 46.

<sup>41</sup> Este argumento lo utiliza también Ronald Dworkin, al analizar si los estados norteamericanos están o no facultados para declarar persona al feto, a través de una ley. Sobre este punto señala que dado que la Constitución no declara persona constitucional al feto, no es permitido que un estado norteamericano así lo declare, porque eso supondría recortar derechos constitucionales añadiendo nuevas personas a la población constitucional, a la lista de aquellos cuyos derechos constitucionales compiten entre sí. Esto supondría, según Dworkin, la derogación de derechos constitucionales por el legislador, de un modo indirecto. Sobre el particular, vid. Ronald Dworkin, “*El Dominio de la Vida*”, págs. 150-154.

<sup>42</sup> Al establecer de un principio de interpretación de este tipo, el constituyente quiso favorecer a los titulares de los derechos fundamentales, por lo tanto no puede servir de base para la ampliación del universo de titulares, porque como vimos, esto lo que hace es perjudicar a los que indiscutidamente son titulares de los derechos fundamentales.

que la visión que se impuso tuvo por objeto permitir la protección del feto en la norma <sup>43</sup> .

Ante ello, es necesario buscar una solución fuera del texto del Art. 15, pero dentro del marco que da la Constitución y sus posibilidades de interpretación. Es por esto, que me parece inadmisibles recurrir, como lo hace el TCE, a la teoría del orden objetivo de valores. Si no está resuelto el problema de la titularidad del derecho a la vida del nasciturus, tampoco puede afirmarse que exista un valor constitucional – la vida humana – que comprende la vida del no nacido y que otorga un mandato de protección al Estado equivalente al que nace del derecho fundamental a la vida, puesto que una interpretación de esa naturaleza implica una disociación entre el contenido de los valores constitucionales y el contenido de los derechos fundamentales, lo que resulta inaceptable.

La teoría de los valores constitucionales nace de una interpretación de la Constitución, en virtud de la cual se considera que el constituyente al consagrar los derechos fundamentales garantiza al ciudadano un ámbito específico de libertad, cuya selección supone una decisión valorativa; de todos los bienes individuales que pueden ser afectados, sólo los esenciales son cubiertos por la garantía constitucional <sup>44</sup> . Por lo tanto, los derechos fundamentales expresan una decisión constitucional sobre los elementos esenciales sobre los cuales se estructura y organiza la sociedad <sup>45</sup> .

Tratándose de una decisión valorativa, su contenido no puede en ningún caso, sobrepasar el contenido del derecho fundamental del cual se desprende, porque eso significaría ir más allá de la intención que tuvo en mente quien tomó dicha decisión, y en consecuencia, el concepto de valor constitucional quedaría desprovisto de fundamento. Por lo demás, dado que el contenido objetivo de los derechos fundamentales se subsume en el concepto de valores constitucionales, ampliar el contenido de estos últimos en relación a los primeros, significa en definitiva, la ampliación del universo de titulares de derechos fundamentales (al menos en cuanto normas objetivas), lo que como hemos señalado, implica limitar los derechos fundamentales de los titulares primitivos, en la medida que estarán expuestos a colisionar con los derechos de los nuevos titulares y eventualmente ser afectados por ellos.

Descartada la solución que entrega el TCE, y atendido que el texto del Art. 15 no da una solución concluyente, será necesario buscar una solución que sea representativa de la sociedad española y que se encuentre en armonía con los preceptos constitucionales. El que la solución sea representativa de la sociedad española requiere, en primer lugar, que nazca de órganos con representatividad democrática, como lo es por excelencia el parlamento, y no de valoraciones metajurídicas que puedan hacer los magistrados que integran el Tribunal Constitucional. La única tarea de este último será velar porque dicha solución respete el marco que le da la Constitución, pero no le corresponde resolver el

---

<sup>43</sup> Patricia Laurenzo Copelo, *“El Aborto no Punible”*, p. 44. En el mismo sentido Arroyo Zapatero, *“Prohibición del Aborto y Constitución”*, p.58.

<sup>44</sup> Op. cit. p. 107.

<sup>45</sup> Ibidem.

conflicto de acuerdo a sus convicciones, para luego justificarla con una interpretación de la Carta Fundamental, por más que dicha interpretación pueda llegar a ser coherente.

La interpretación del Art. 15 que asume el TCE, se coloca en una posición intermedia entre los partidarios de la penalización y los partidarios de la despenalización del aborto, sentando una tesis que permite acoger las indicaciones (aunque las rechace en la sentencia que se analiza) y que a la vez, hace muy difícil una posible despenalización total. Sin embargo, hemos visto que su interpretación se aparta de los principios que establece la Constitución.

A mi juicio, mientras el texto de la Constitución no señale en forma expresa el derecho a la vida del nasciturus, no se le puede atribuir tal titularidad. Ello no significa que el nasciturus por su naturaleza no pueda ser titular de derechos fundamentales, sino solamente que no se puede desprender la titularidad de una norma tan vaga, sobre todo si se considera que los no nacidos, en general no son titulares de derechos en el ámbito jurídico.

Por lo demás, si se le atribuye derecho a la vida al nasciturus, por qué no atribuirle otro tipo de derechos fundamentales, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley, al honor, etc. ; asumiendo que en tal caso sería prácticamente imposible pensar en que la solución de las indicaciones pudiera ser admisible constitucionalmente como el resultado de una ponderación de bienes, que favoreciera a la mujer (quizás con excepción del aborto terapéutico).

Ahora, del hecho que la vida del nasciturus no pueda considerarse como un valor constitucional equivalente a aquel que se desprende del derecho fundamental a la vida, no se deduce que sea irrelevante para la Constitución. Si en ella se reconoce a las personas un estatus público cuyo contenido esencial es infranqueable aun para la ley, la desprotección del proceso que constituye el presupuesto inmediato para la posterior adquisición de ese estatus, es sin duda contrario al espíritu de la Constitución.

Por ende, es posible afirmar que existe un deber de protección del nasciturus, que nace, no como objetivación del derecho a la vida, del cual no es titular, sino del reconocimiento de los derechos inviolables de las personas y el lógico deber de proteger los presupuestos esenciales de su existencia. Este deber de protección, desde luego, tiene a su vez como límite el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

## 4.1 La concreción del mandato de protección

Una vez que afirmamos la existencia de un deber de protección de la vida no nacida, se hace necesario resolver cómo se concreta este deber en la realidad. Especialmente problemático resulta determinar la conveniencia de utilizar el derecho penal para la protección de la vida en gestación. No cabe duda que la importancia que se deduce del ordenamiento constitucional del bien jurídico a proteger, legitima en principio, la intervención del derecho penal en esta materia, pero de ello no se deduce una obligación

para el Estado de sancionar penalmente el aborto <sup>46</sup> .

Si el deber del Estado consiste en dispensar una protección efectiva a la vida del nasciturus, éste debe considerar todos los medios de protección a su alcance, y de entre ellos seleccionar aquel que sea más eficaz para conseguir su objetivo y lo menos lesivo posible de otros bienes jurídicos. Por lo tanto, en general cuando exista un método alternativo a la amenaza penal que sea igualmente eficaz, deberá optarse por éste ya que la utilización de la pena supone una afectación importante del derecho a la libertad.

Sólo en la medida que la sanción penal del aborto sea el único medio eficaz para proteger la vida del nasciturus, podría hablarse de una obligación del legislador de utilizar la amenaza penal <sup>47</sup> .

Pero además, como señala Patricia Laurenzo, no basta que la pena sea el medio idóneo (apto para disminuir el peligro de lesión del bien jurídico) y necesario (medio más idóneo y menos perjudicial para la sociedad) para la protección del bien jurídico, sino que es necesario un juicio previo de proporcionalidad, en virtud del cual no deberá recurrirse al derecho penal, “cuando las ventajas que se obtengan con la criminalización de una conducta –teniendo en cuenta fundamentalmente la importancia del fin perseguido- no guarden relación con los graves perjuicios que la pena implica tanto para el autor potencial como para la sociedad en su conjunto” <sup>48</sup> .

En consecuencia, no sólo no puede deducirse del deber de protección de la vida del nasciturus un deber de penalizar el aborto, sino que además se plantean una serie de exigencias que deben ser satisfechas para poder recurrir al derecho penal como medio de protección de dicho bien constitucional <sup>49</sup> . Sin embargo, en la sentencia que se analiza, no se discute la idoneidad del derecho penal como medio de protección de la vida del nasciturus, sino que se toma como punto de partida una normativa que sanciona penalmente el aborto, y lo que se discute es la constitucionalidad de una norma que despenaliza el aborto consentido en determinados supuestos que corresponden a las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Por lo tanto, se parte de la base de la legitimidad de las normas penales que sancionan el aborto, para luego examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del nasciturus de la

<sup>46</sup> Isabel Zoder, “*Reforma y Regulación Legal del Aborto a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*”, p. 249 .

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Patricia Laurenzo Copelo, “*El Aborto no punible*”, págs. 112 y 113.

<sup>49</sup> En este sentido, si se analizan los datos empíricos de los países donde se han establecido normas que sancionan penalmente el aborto consentido, difícilmente podrá sostenerse que se satisfacen estas exigencias. En general, en estos países ha quedado de manifiesto la ineficacia de las normas penales para evitar el alto número de abortos clandestinos, practicados en condiciones higiénicas sumamente deficientes con el peligro que ello supone para la salud y la vida de las mujeres. Las investigaciones realizadas arrojan como resultado que, en general, las tasas de aborto en los países que restringen el procedimiento por ley no son más bajas que las tasas que predominan en los países que permiten el aborto. Sobre este punto ver Stanley K. Henshaw, Susheela Singh y Taylor Haas, “*La incidencia del Aborto Inducido a Nivel Mundial*”. En *Perspectivas Internacionales en Planificación Familiar*, número especial de 1999, págs. 16-24.



protección penal.

Ciertamente no forma parte de las atribuciones del TCE, la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que penalizan el aborto, por no ser éstas objeto del recurso que conoce<sup>50</sup>. Sin embargo, sí corresponde al Estado a través de sus distintas instituciones (órganos legislativos, judiciales y de la administración) cumplir adecuadamente el mandato de protección que le impone la Constitución. En este sentido, la penalización del aborto no es suficiente si no se demuestra que a través de ella se dispensa una protección efectiva a la vida del nasciturus. Más aun, en caso de no demostrarse su efectividad deberá renunciarse a ella, teniendo en cuenta que la amenaza penal significa una grave afectación de los derechos fundamentales de la mujer embarazada<sup>51</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, el TCE da a la vida del nasciturus (subsumida en el concepto de vida humana) el rango de valor constitucional, del cual deriva un mandato de protección equivalente al que emana del derecho a la vida reconocido a los nacidos. Un razonamiento de este tipo podría surgir de la intención de proteger la vida del nasciturus frente a los intereses de la mujer embarazada, cuando se parte de la base que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados por otros derechos o valores de jerarquía igual o superior, pero en la realidad esto no es así.

En primer lugar, los derechos son limitados por la realidad material y social en que deben concretarse. Así, por ejemplo, la libertad ambulatoria (Art. 17) está limitada por la capacidad física que tiene el sujeto para desplazarse por sí mismo y por la capacidad económica que tenga para costearse viajes a lugares más distantes (limitación por la realidad material). El derecho a la libre expresión (Art. 20) está limitado por la autocensura del sujeto que desea evitar la reprobación de su círculo social más cercano ante ciertas ideas (limitación por la realidad social). Por lo tanto el deber positivo del Estado de asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, no es un deber abstracto situado en un escenario ideal de derechos plenos, sino que es un deber concreto que se circunscribe a las expectativas sociales acerca de esos derechos.

<sup>50</sup> El recurso previo de inconstitucionalidad en contra de Leyes Orgánicas está regulado en el Capítulo II del Título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en el Art. 79.1 b) señala que el recurso tendrá por objeto la impugnación de: El texto definitivo del proyecto de Ley orgánica tras su tramitación en ambas Cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.

<sup>51</sup> Sobre este punto, Antonio Bascuñán Rodríguez, plantea la interrogante acerca de la plausibilidad que pudiera tener un alegato en contra de un sistema de protección de la vida del nasciturus a través de normas penales desde una posición de minoría; "Suponiendo que esa minoría pueda producir evidencia incontrarrestable acerca de la inidoneidad de la punición del aborto consentido, y que la mayoría democrática decida no asignar relevancia a esa evidencia, insistiendo en la prohibición penal como cuestión de principio, ¿podría efectuarse un planteamiento constitucional?". Tal como lo señala, la doctrina de los deberes constitucionales de protección de derechos (o bienes) fundamentales tendría que aspirar a ser operativa como impulso de iniciativas legislativas, y no sólo como bloqueo de iniciativas legislativas en caso de desprotección. De otra manera, sin el concurso de la voluntad legislativa (lo que ocurrirá cada vez que se plantee desde una posición de minoría), se podría hacer imposible cumplir con el mandato de protección constitucional. Sobre el particular, vid. Antonio Bascuñán Rodríguez, "*Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado*", p.52.

Tratándose de la vida en gestación, hemos concluido que se trata de un bien jurídico que la Constitución ordena proteger. Pero para que esta protección sea efectiva, deben tenerse en cuenta las limitaciones materiales y sociales que son inherentes al objeto de la protección. Las normas penales que prohíben el aborto consentido han sido un caso paradigmático de legislación que no ha tomado en cuenta este tipo de limitaciones y el resultado ha sido un alto grado de inobservancia de la norma, evidenciado, por la elevadísima tasa de abortos clandestinos.

Un sistema de protección de la vida del nasciturus, sea que se utilice o no la herramienta del derecho penal, debe tener en consideración, a lo menos, las siguientes limitaciones:

La existencia real del embarazo no puede ser demostrada hasta que ha pasado un determinado tiempo, puesto que la prueba del embarazo no da resultados fehacientes hasta transcurridos, aproximadamente, unos 40 días desde la última menstruación habida<sup>52</sup>. A esto se suma la imposibilidad del Estado de saber que la mujer está embarazada, durante los primeros meses del embarazo, pues no hay señales visibles del mismo en esa etapa.

La mujer que decide practicarse un aborto se encuentra en un estado de fuerte tensión psicológica y emocional. La determinación que adopta, responde a un conflicto que para ella es tan íntimo, que difícilmente puede ser cambiada su decisión mediante amenaza penal, sobre todo si se considera lo difícil que resulta la persecución del delito de aborto y por lo tanto lo débil que se vuelve dicha amenaza. Lo estéril de la amenaza penal queda de manifiesto por la gran cantidad de abortos clandestinos practicados en condiciones sumamente penosas, lo que evidencia además, la fuerza de la decisión de la mujer, que actúa exponiéndose a serios riesgos para su salud y su vida con tal de abortar.

Amplios sectores de la población consideran que corresponde a la mujer la decisión de abortar, en especial cuando concurren ciertas circunstancias que hacen presumir que el embarazo o la eventual maternidad resultarán especialmente gravosas para la mujer. Por este motivo, en general el círculo social que rodea a la mujer, no sólo no la denuncia cuando ésta ha cometido un aborto, sino que la escuda. De esta manera, dado que ni la mujer ni el tercero que practica el aborto denuncian ( porque se estarían auto inculpando en el delito) ni tampoco lo hace el círculo de personas que puede llegar a tener conocimiento del aborto, es que se vuelve muy difícil para el Estado perseguir este delito.

En segundo lugar, los derechos son limitados por normas jurídicas de distinta naturaleza. En el caso de los derechos o valores constitucionales, estos pueden estar limitados aun por normas de inferior jerarquía. En materia penal, por ejemplo, normalmente se aplican penas privativas de libertad aun en delitos en que el bien jurídico protegido no corresponde a un derecho fundamental (en el sentido que no hay identidad).

En el caso del aborto, el que la vida del nasciturus no tenga el carácter de derecho subjetivo fundamental o valor constitucional, no significa que no pueda llegar a limitar un derecho fundamental. En esta línea, Díez-Ripollés sostiene, que producido un conflicto

---

<sup>52</sup> Susana Huerta Tocildo, "Criterios para la reforma del delito de aborto", p.12.

entre una vida aún no convertida en derecho fundamental y otros derechos fundamentales ajenos ya existentes (en este caso los derechos fundamentales de la mujer embarazada), es menester realizar una ponderación de intereses, en que deberá tenerse en cuenta “no sólo el valor de los respectivos bienes en juego, ni estimar ese valor exclusivamente en función de si está ligado a un derecho fundamental; además hay que pensar en la optimización de los valores en juego, y aunque en ocasiones primará el derecho fundamental y su aseguramiento supondrá la absoluta destrucción de la vida aún no convertida en derecho fundamental, en otros casos al verse afectado en un aspecto o en una medida no importante el derecho fundamental, la ponderación de intereses llevará a no destruir la vida del nasciturus sin que ello implique más que una limitación no esencial del contenido de ese derecho fundamental”<sup>53</sup> .

En la medida que las expectativas sociales, expresadas a través del poder legislativo, reconozcan el respeto a la vida del nasciturus como límite a los derechos fundamentales de la mujer, el Estado no incumple su deber de protección respecto de estos últimos, por el hecho de adoptar medidas de protección a favor del feto que afecten los derechos de la mujer. Pero en todo caso, el Estado deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales de la mujer, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 53.1 de la Constitución<sup>54</sup> .

Por último, debemos tener presente que el mandato de protección del nasciturus se desprende de la Constitución, por lo tanto corresponde al legislador concretar las expectativas sociales de protección de la vida en gestación y al hacerlo, deberá cumplir con el principio de protección mínima. El requisito que juega el papel más importante dentro del principio de protección mínima es el de la efectividad<sup>55</sup> . En consecuencia, el legislador tiene que elegir una medida que sea lo suficientemente eficaz para la protección de este bien jurídico<sup>56</sup> .

---

<sup>53</sup> José Luis Díez-Ripollés “*La Reforma del Delito de Aborto*”, págs. 19 y 20.

<sup>54</sup> El Art. 53.1 de la Constitución española dispone : “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

<sup>55</sup> Isabel Zoder, “*Reforma y Regulación Legal del Aborto a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*”, p. 248.

<sup>56</sup> Ibidem.



## 5.-La Ponderación de Bienes.

Como hemos visto, el TCE parte de la base que la vida humana es un valor superior del ordenamiento jurídico, que se traduce en una protección que la Constitución dispensa al nasciturus y 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”<sup>57</sup>. En todo caso reconoce que esta protección no reviste carácter absoluto, puesto que como todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, “en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeto a limitaciones”<sup>58</sup>.

Por otra parte, el TCE señala que la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, en materia de aborto (consentido) entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como el derecho a la vida y a la dignidad de la mujer, que a su vez se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de personalidad (Art. 10), el derecho a la integridad física y moral (Art. 15), la libertad de ideas y creencias (Art. 16), el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Art. 18.1)<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> STC 53/1985. Fundamento Jurídico 7.

<sup>58</sup> Ibid.

Acerca de la forma en que deben ponderarse agrega que “se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”<sup>60</sup>.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta en la ponderación, es el relativo al alcance de los bienes constitucionales afectados y la determinación de la posible jerarquía que pueda existir entre ellos. El TCE caracteriza el valor constitucional de la vida humana, como un valor central del ordenamiento constitucional y de la línea argumental que sigue se desprende que da a la vida del nasciturus una prevalencia sobre los derechos de la mujer, al menos en principio.

De hecho, al analizar la facultad del legislador de excluir al nasciturus de la protección penal en los supuestos que dan lugar a las indicaciones, recurre a la categoría de la inexigibilidad, y da cuenta de situaciones de conflicto que significan una afectación particularmente intensa de los derechos fundamentales de la mujer. Por lo tanto, el TCE asume la constitucionalidad de sanción penal del aborto en general, y sienta criterios que permiten su despenalización solamente en aquellos supuestos excepcionales donde la intensidad de afectación de los derechos de la mujer se vuelve particularmente intensa. Si se invierte la forma de plantear este razonamiento, debemos entender que a juicio del TCE, en un aborto no indicado, la obligación de la mujer de soportar el embarazo no afecta de manera significativa sus derechos fundamentales, sino que sólo constituye una limitación no esencial de esos derechos en pro de la vida del nasciturus.

Ya hemos visto la improcedencia de la caracterización de la vida humana como la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional<sup>61</sup> y por las mismas razones debe descartarse que constituya un “valor central del ordenamiento constitucional”. Por lo tanto, la aceptación de la prevalencia de la vida del nasciturus en supuestos de aborto no indicado merece serias dudas. En primer lugar, porque si bien arranca de la Constitución un deber de protección de la vida del nasciturus, este deber reconoce como límite el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, y no resulta tan claro que la penalización del aborto, fuera de los casos de las indicaciones, no afecte dicho contenido. Porque, si en cuanto a la indicación ética, el TCE funda la constitucionalidad de la despenalización en la lesión en grado máximo de su dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad y la grave vulneración entre otros de su derecho a la intimidad personal, bien podría sostenerse que estos derechos son gravemente afectados (y por lo tanto afectado su contenido esencial) imponiendo a la mujer un embarazo y una maternidad no deseadas aunque no provengan de un delito de

---

<sup>59</sup> Ibidem F. J. 8 y 9.

<sup>60</sup> Ibidem F. J. 9.

<sup>61</sup> Vid. Supra 3.1

violación.

En relación al rango constitucional atribuible a los bienes a proteger, a mi juicio, no es determinante para establecer a priori cual de ellos debe prevalecer en una situación de conflicto, pero sí resulta relevante para la determinación de la protección mínima de cada uno de ellos que el legislador debe respetar al regularlos. Hemos señalado, que la protección del nasciturus no tiene el rango de un derecho fundamental, sin embargo, el deber de protegerlo emana de la constitución. Este ámbito de protección de nasciturus debe ser fijado por el legislador (que nunca puede llegar a la completa desprotección), quien debe respetar siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer.

## 5.1.-La relativización de la vida.

Aquel sector de la doctrina que defiende la prohibición absoluta del aborto, en general ve en el nasciturus a un titular más del derecho constitucional a la vida. Bajo ese presupuesto, fundan el deber de prohibición absoluta del aborto en el supuesto carácter absoluto de la vida, arguyendo que la vida no admite graduaciones, ya que se tiene o no se tiene, pero no se puede afectar sólo en parte, ya que cualquier afectación de la vida supondría afectar su contenido esencial.

Nosotros, ya hemos señalado los fundamentos de por qué no puede afirmarse la titularidad del derecho a la vida por parte del nasciturus<sup>62</sup>, y además la propia sentencia del TCE descarta tal afirmación<sup>63</sup>. Sin embargo, resta determinar cómo puede ser relativizado el valor constitucional de la vida del nasciturus sin afectar su contenido esencial, en especial si se aceptara la tesis del TCE que considera este valor constitucional equivalente a aquel que nace del derecho a la vida de los nacidos.

Para resolver esta cuestión debemos tener presente las características del conflicto presente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los conflictos entre derechos fundamentales en las relaciones de los miembros de la sociedad, en general se refieren al aspecto objetivo de los mismos, es decir, son conflictos entre bienes o valores constitucionales<sup>64</sup>, al menos en principio. Los derechos fundamentales, considerados como derechos subjetivos cumplen la función de limitar la acción del Estado, por lo que de tener sólo este carácter, no se producirían situaciones de conflictos de derechos, salvo en aquellos casos en que en uno de los extremos se encontrara un interés público<sup>65</sup>.

En definitiva, lo que debe resolverse es un conflicto de normas objetivas. Por lo tanto,

---

<sup>62</sup> Vid. Supra 4.

<sup>63</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fundamentos Jurídicos 5, 6 y 7.

<sup>64</sup> Patricia Laurenzo Copelo, *El Aborto no punible*, p. 109.

<sup>65</sup> Ibidem.

para determinar si una regulación que limita un bien constitucional, afecta su contenido esencial, debe examinarse la afectación, no en referencia a un sujeto en particular, sino considerando la vigencia de la norma constitucional que lo consagra<sup>66</sup>. En consecuencia, se entiende que se afecta el contenido esencial de un bien constitucional, cuando la regulación legal que lo limita por su naturaleza, hace poner en duda la vigencia de la norma en el seno de la comunidad, es decir, cuando la desprotección del bien constitucional que se deriva de tal regulación es de tal magnitud que hace peligrar su necesario respeto social<sup>67</sup>.

De esta manera, en caso de presentarse una colisión de bienes fundamentales, en que uno de los bienes que debe ponderarse es el valor constitucional que nace del derecho a la vida, es posible que éste deba ceder ante otros valores constitucionales, sin que ello signifique afectar su contenido esencial, pese a que en la práctica habrán individuos serán privados de ese bien constitucional.

Sin embargo, como veremos, no todos los casos de conflicto se agotan en el aspecto objetivo de los derechos fundamentales. Como hemos señalado, los conflictos entre “derechos fundamentales” son solamente en principio, conflictos entre normas objetivas, es decir, relativos al mandato de protección que emana de ellos para el Estado. Así ocurre en aquellas situaciones de conflicto en que se encuentran dos derechos que chocan entre sí y resultan excluyentes el uno del otro, por lo cual el Estado, con el objeto de mantener la paz jurídica y social, debe dar prevalencia a uno de ellos en esa situación específica, renunciando a su deber de protección respecto del derecho que será afectado, pero sólo en el ámbito específico de que se trata.

En esta situación, no es el Estado quien afecta el derecho que debe ceder en la situación de conflicto, sino que lo afecta el titular del derecho que prevalece; el Estado únicamente omite su deber de protección respecto del derecho afectado. Sin embargo, en aquellas situaciones en que el Estado para solucionar el conflicto, impone una conducta al titular del derecho afectado, estará afectando sus libertades constitucionales, en cuyo caso deberá abstenerse de afectar el contenido esencial de esas libertades.

Como vemos, el conflicto que en principio era relativo al aspecto objetivo de los derechos, se vuelve hacia lo subjetivo. De ahí la relevancia de que en un lado del conflicto estemos en presencia de un valor que no nace de un derecho fundamental subjetivo, porque la afectación de ese valor será siempre afectación en cuanto valor constitucional, nunca afectará la esfera subjetiva de un titular de libertades fundamentales.

En consecuencia, en el caso del aborto, la afectación del contenido esencial del valor constitucional vida en gestación se determinará siempre en relación a la vigencia de la norma constitucional que ordena su protección, nunca en referencia a un sujeto en particular. En cambio, el contenido esencial de las libertades de la mujer deben ser respetadas no sólo en su aspecto objetivo, sino también en su aspecto subjetivo. Obligar a una mujer a soportar un embarazo, implica la imposición de una conducta que afecta

---

<sup>66</sup> Op. cit. p.110.

<sup>67</sup> Ibidem.



gravemente su autonomía, por lo tanto, la determinación del contenido esencial de sus derechos que no podrá ser afectado por las regulaciones legales que los limiten deberá hacerse en referencia a cada mujer en particular (es decir, mirando al aspecto subjetivo de sus derechos).

## 5.2.-La Solución de las Indicaciones

Analizados aquellos aspectos que deben tenerse presente en la ponderación, corresponde examinar ahora, el sistema de indicaciones como solución al conflicto de bienes presente en el aborto.

Para juzgar la constitucionalidad del sistema de indicaciones, es necesario precisar previamente cuál ha sido el margen que ha dejado el constituyente al legislador para resolver el conflicto. Para ello habrá que determinar, en primer lugar, cual es la protección mínima que debe dispensar el legislador a cada uno de los valores y derechos constitucionales involucrados en el aborto.

(A) Tratándose del valor constitucional de la vida del nasciturus, el mandato de protección que impone la Constitución al Estado impide un sistema de aborto libre, porque en esa situación la mujer podría disponer a su voluntad de la vida en gestación, con lo cual perderían vigencia las normas que ordenan su protección y el necesario respeto social de la vida en gestación.

Por otro lado, si bien es fácil descartar la solución del aborto libre (puesto que la desprotección es absoluta), se vuelve sumamente difícil determinar el umbral mínimo de protección de la vida del nasciturus, sobre todo porque no se ha logrado demostrar en forma fehaciente ningún sistema de regulación legal del aborto que efectivamente haya logrado disminuir la tasa de abortos. En general, en los países en que se ha logrado alguna disminución de los índices de aborto ha sido mediante la promoción del uso de métodos anticonceptivos, campañas de educación sexual y otro tipo de medidas destinadas a disminuir el número de embarazos no deseados. Ahora, si bien estas medidas pueden ser elogiadas, son ajenas al problema que nos ocupa, porque el mandato de protección que se deriva de la constitución es relativa al ser humano en gestación y no a la realidad del aborto en sí misma. No se trata solamente de disminuir el número de abortos, sino de otorgar algún grado de protección al ser que ya ha sido concebido y cuya vida se encuentra en una situación de conflicto con los intereses de la mujer, que estando embarazada, no desea soportar las cargas del embarazo o la maternidad.

Asimismo, la realidad material y social en que se desenvuelve el conflicto <sup>68</sup> constituye una seria dificultad que deberá sortear la regulación legal que pretenda otorgar una protección efectiva a la vida del nasciturus. Particularmente, se debe tener presente la especial relación que existe entre el feto y la madre, que hacen que para esta última el

---

<sup>68</sup> Vid. Supra 4.1.

conflicto tenga un carácter muy íntimo. Con esto, ponemos de relieve que ésta es una consideración necesaria no sólo desde el punto de vista de la protección de los intereses personalísimos de la mujer, sino también desde la perspectiva de la protección efectiva del nasciturus, puesto que se trata de una condición que no es posible separar de la situación de conflicto y que naturalmente le afecta.

A la luz de estas consideraciones, podemos sostener que la protección mínima del nasciturus debe cumplir a lo menos dos objetivos:

Mantener un respeto social hacia la vida del nasciturus, en el sentido que los miembros de la sociedad reconozcan el valor de la vida del nasciturus, aun cuando en determinadas circunstancias este valor deba ceder ante otros derechos o valores que también son merecedores de la protección del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de este objetivo obedece a una necesidad jurídica que emana de la Constitución y no a una necesidad moral. No se trata de imponer determinadas creencias a través del derecho, sino de cumplir con el mandato de protección de la vida en gestación que emana de la Constitución, que impone un deber al Estado y por cierto, a los miembros de la comunidad.

Para cumplir este objetivo el ordenamiento jurídico infraconstitucional debe expresar la antijuridicidad del aborto fuera de los casos en que esté permitido debido a la prevalencia de otros valores o derechos constitucionales.

Debe ser capaz de influir, en alguna medida, en la decisión de las mujeres que se encuentran ante la posibilidad cierta de practicarse un aborto. La regulación del aborto no puede perder de vista la situación en que se encuentra la mujer y en atención a ésta, debe contemplar mecanismos que sean capaces de motivarla para que continúe con el embarazo. La afectación de intereses personalísimos de la mujer que se produce con un embarazo no deseado, hace que muchas veces el derecho no sea capaz de lograr esta motivación, por eso el énfasis debe estar puesto fundamentalmente en aquellas situaciones en que la afectación de estos intereses es menos intensa y, por lo mismo, existe una posibilidad de influir en la decisión de la mujer.

Para poder juzgar la idoneidad del sistema de indicaciones en relación a la protección de la vida del nasciturus, es necesario establecer en primer lugar la idoneidad de la penalización del aborto como medio de protección de la misma. En este sentido, las elevadas tasas de abortos clandestinos, en los países donde se encuentra penalizado el aborto consentido, y la propia experiencia española en este ámbito, dejan en evidencia la ineficacia del derecho penal en esta materia. Sin embargo, dejando a un lado estos reparos y partiendo (como lo hace el TCE) de la base que la normativa penal sirve efectivamente como medio de protección de la vida del nasciturus, creo que la introducción de un sistema de indicaciones más que abrir una brecha de desprotección del nasciturus, implica un avance hacia la racionalidad de la normativa penal y en ese sentido lo beneficia.

Si se establece una normativa penal que prohíbe absolutamente el aborto, es altamente probable que la norma sea desobedecida, porque desconoce la situación de conflicto y se aleja de las valoraciones sociales sobre el mismo. En cambio, en la medida que el legislador incorpora los intereses de la mujer y presenta una normativa que

aparece como el resultado de una ponderación de los bienes en conflicto, aumenta la posibilidad de que los miembros de la sociedad se identifiquen con las valoraciones que hace el derecho y en consecuencia acaten sus normas. En la primera hipótesis, los individuos ven la norma prohibitiva como injusta, por lo tanto consideran legítimo su desacatamiento y con ello se desdibuja el respeto social que ordena la Constitución respecto de la vida en gestación. En la segunda hipótesis, en cambio, puede que se mantenga cierto margen de desobediencia de la norma, pero esa desobediencia ya no encontrará el mismo respaldo social cuando los miembros de la sociedad estimen que el derecho considera y protege suficientemente los intereses de la mujer y por lo tanto, que la conducta contravencional excede los criterios en base a los cuales puede considerarse legítimo un aborto.

De esta manera, vemos que un sistema de prohibición más restringido puede reafirmar la valoración de la vida del nasciturus, en la medida que permite demarcar un ámbito donde la sociedad reconoce que ésta debe prevalecer indiscutidamente frente a los intereses de la mujer.

En cuanto a la posibilidad que tiene un sistema de prohibición penal indicado, para influir en la decisión de la mujer que se encuentra frente a un embarazo no deseado, hay que reiterar que las características del conflicto hacen que sea muy difícil que la amenaza penal pueda influir en ella. Pese a esto, me parece que la mujer tendrá una mayor tendencia a respetar una regulación que tiene en cuenta sus derechos, aunque sólo se les reconozca una prevalencia en determinados supuestos.

(B) En cuanto a los derechos de la mujer involucrados en el conflicto del aborto, habrá que distinguir cuáles son estos derechos, para poder determinar la protección mínima que ordena la Constitución respecto de ellos.

Un primer derecho que se ve afectado por un embarazo no deseado es el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la mujer (Art. 15). Evidentemente, un embarazo trae consigo alteraciones físicas y psíquicas para la mujer y conlleva ciertos riesgos, propios del parto. Pero en la mayoría de los casos esta afectación no será de magnitud, por una parte, porque el embarazo no puede considerarse una enfermedad propiamente tal y por otra, porque el avance de la ciencia ha hecho que sean excepcionales los casos en que un embarazo pueda poner en riesgo serio la vida o la salud de la mujer.

Por lo anterior, podemos concluir que en la generalidad de los casos, la imposición del embarazo no afecta el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la mujer de manera significativa. En consecuencia, no puede considerarse que en estos casos se lesione el contenido esencial de este derecho, sino que más bien constituye una afectación transitoria establecida a favor de la vida del nasciturus.

La protección mínima del derecho a la vida y a la integridad física y moral, solamente obliga a establecer la permisión del aborto en aquellos casos excepcionales, en que el embarazo constituya un peligro serio para la vida o la salud de la embarazada. En este sentido, la indicación terapéutica cumple suficientemente con este deber de protección.

Más allá de lo anterior, en la mayoría de los casos, los derechos de la mujer que resultan más afectados con la imposición de un embarazo y una maternidad no deseados

son el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10) y el derecho a la intimidad (Art. 18.1). Estos derechos se encuentran estrechamente vinculados entre sí, pues mientras el primero reconoce a la mujer la libertad de autodeterminarse en cuanto al sentido de su existencia y su posición en el cosmos, el segundo garantiza un ámbito personalísimo en que la mujer puede concretar esta libertad de acuerdo a criterios exclusivamente individuales.

En general, la imposición de un embarazo no deseado implica la afectación de estos derechos, sea que se esté o no en alguna de las situaciones que recogen las indicaciones. Por ende, lo que corresponde determinar es si el sistema de las indicaciones que ha diseñado el legislador español, otorga la protección mínima que ordena la Constitución respecto de estos derechos, o si por el contrario la protección es insuficiente.

En mi opinión, no es posible delimitar el contenido esencial de un derecho en abstracto, por lo cual será una cuestión que habrá que determinar en cada caso particular. En el caso del conflicto presente en el aborto, los criterios que deberían emplearse para su determinación son la racionalidad del sistema de ponderación y la acogida que tenga la solución que se adopte en la sociedad española. La protección mínima de los derechos de la mujer, debe reconocer a ésta la facultad de decidir la interrupción de su embarazo por lo menos en aquellos supuestos en que la afectación es más intensa. Respecto de cuáles son las situaciones que deben autorizar el aborto consentido, es un problema que debe resolver el legislador, que tendrá como límite superior la protección mínima de la vida del nasciturus, a la cual ya nos hemos referido.

Me parece que, tal como los sostiene el TCE en su sentencia, las indicaciones contempladas en la ley orgánica que es objeto del recurso, tienen fundamento constitucional suficiente, puesto que están referidas a situaciones en que la afectación de los derechos de la mujer es particularmente intensa. No creo, en cambio, que deba recurrirse al criterio de la inexigibilidad para resolver estas situaciones, puesto que la solución que se adopta, responde a una ponderación de los bienes en conflicto de la cual resulta una prevalencia de los derechos de la mujer en tales supuestos.

Ahora, en lo relativo a la amplitud del sistema de indicaciones o la posibilidad de adoptar otras soluciones, es una cuestión que queda abierta. No se podría descartar, por ejemplo, la introducción de una indicación social, relativa a la difícil situación económica o social que colocan a la mujer en una situación que hace más gravoso para ella tener que continuar con el embarazo. De la misma manera, un sistema de plazo que cumpliera los requisitos de protección mínima del nasciturus, sería admisible desde el punto de vista constitucional.

En definitiva, la solución que se adopte dependerá en gran medida de cuáles sean las expectativas de la sociedad en estas materias, y de la capacidad del legislador de expresarlas adecuadamente. Respecto del sistema que establece la ley orgánica, creo que aunque podría estimarse que se encuentra dentro de los márgenes que establece la Constitución, se ubica en el umbral mínimo de la protección de los derechos de la mujer, ya que se encuentra referido a casos excepcionales de afectación intensísima de sus derechos. En ese sentido, resultaría inadmisibles un sistema, en que los derechos de la

---

mujer estuvieran más restringidos.



## 6.- La decisión del Tribunal Constitucional Español

Una vez que el TCE da por establecida la constitucionalidad de los supuestos que despenalizan el aborto, recogidos por la indicaciones contenidas en el Art. 417 bis, examina si “la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos”<sup>69</sup>.

El TCE estima que estas garantías no se cumplen en el Proyecto por las siguientes razones:

En cuanto a la indicación terapéutica, sostiene que no basta que se exija la intervención de un Médico para practicar el aborto, sino que la protección del nasciturus, exige además que “la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto”<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fundamento Jurídico 12.

<sup>70</sup> Ibidem.

En cuanto a la indicación terapéutica y eugenésica, sostiene que la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, debería “producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación”<sup>71</sup>.

Por último, señala que con el objeto de proteger la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre, se debería exigir que la intervención abortiva se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo, en consecuencia, el riesgo para la mujer<sup>72</sup>.

Por lo tanto, la ley debería prever “que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional”<sup>73</sup>.

Finalmente, el TCE decide declarar “que el proyecto de Ley por el que se introduce el Art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del Art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado”<sup>74</sup>.

Frente a la decisión del TCE, la primera cuestión que corresponde dilucidar, es si la competencia que le otorgan la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), lo facultan para declarar la inconstitucionalidad de una ley por las omisiones en que haya incidido y más aun, para señalar al legislador cuáles son las exigencias necesarias para considerar constitucional el proyecto.

En cuanto a la facultad del TCE para declarar la inconstitucionalidad de una ley por las omisiones en que ha incidido<sup>75</sup>, me parece que se encuentra dentro de su competencia, atendido lo dispuesto en el Art. 79.4 b) de la LOTIC. Esta norma dispone: “Si, por el contrario, 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”. Si el TCE estima que el proyecto de ley incurre en omisiones que vulneran un precepto constitucional, corresponde declarar la inconstitucionalidad del mismo, señalando cuál o cuáles han sido tales preceptos y de qué manera se infringen.

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. Fallo.

<sup>75</sup> El magistrado Luis Díez-Picazo sostiene en su voto particular que esta facultad no está dentro de la competencia del TCE; sobre este punto vid. Supra 2.1.



En la sentencia que nos ocupa, el TCE señala que del Art. 15 de la Constitución se desprenden una serie de exigencias que deben cumplirse en una despenalización parcial del aborto. El principio es lógico, puesto que si el TCE deriva del Art.15 de la Constitución un mandato de protección de la vida del nasciturus, que se ha cumplido hasta ese momento con la penalización de las conductas que atentan contra ésta, la despenalización debe estar circunscrita al ámbito en que se ha decidido dar prevalencia a los derechos de la mujer, producto de la ponderación de bienes realizada. Si no se cumple con estas exigencias, se vulnera la o las disposiciones constitucionales que establecen el mandato de protección para el Estado.

Sin embargo, no basta que se trate de una facultad que esté dentro de su competencia, sino que se requiere además que se trate de exigencias que efectivamente puedan derivarse de una norma constitucional y que sean atingentes al proyecto de ley de que se trate. En este punto es donde efectivamente pueden formularse críticas a la decisión del TCE, porque en el proyecto de ley en cuestión, lo que se hace es despenalizar ciertas conductas en las que falta la antijuridicidad o la culpabilidad<sup>76</sup>, por lo tanto, aunque pueda estar de acuerdo con las medidas que propone el tribunal, no puedo estarlo con que la ausencia de ellas deba traducirse en el mantenimiento de las penas respecto de aquellas conductas en que el mismo tribunal ha reconocido que falta la antijuridicidad o la culpabilidad<sup>77</sup>.

Por lo demás el TCE, no señala de qué manera las exigencias que determina han sido derivadas del Art. 15<sup>78</sup>. Tratándose de aquellas exigencias relativas a la comprobación de los supuestos de hecho en las indicaciones, podría estimarse que es necesaria para asegurarse de que la vida del nasciturus se sacrifique sólo en los casos previstos por las indicaciones, sin embargo, no se ve por qué la verificación de éstas no pueda estar a cargo del juez penal, dado que las conductas reguladas en el Art. 417 del Código Penal continúan siendo delictivas<sup>79</sup>.

En cuanto a la exigencia de que los abortos se practiquen en centros sanitarios autorizados, es una cuestión necesaria, pero relativa a la reglamentación administrativa de este tipo de intervenciones y no a su regulación penal. Por lo demás ésta es una exigencia que cede en beneficio de la vida y la salud de la mujer, por lo que no se

<sup>76</sup> En doctrina se discute si las indicaciones corresponden a causas de justificación o a causas de exclusión de la culpabilidad. Sobre esta discusión vid. Patricia Laurenzo Copelo, *El Aborto no Punible*, págs. 140 y sgtes.

<sup>77</sup> Por lo demás queda claro que aun para el propio tribunal la impunidad de la mujer no debe estar sujeta al cumplimiento de estas exigencias cuando señala en el fundamento 12 que "las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior...".

<sup>78</sup> En su voto particular el magistrado Francisco Tomás y Valiente señala al respecto: "Constituye un salto lógico (o ilógico), porque entre la invocación al Art. 15 y la conclusión de que hacen falta dos garantías más ( por qué éstas y sólo éstas?) no existe un juicio de inferencia lógica".

<sup>79</sup> Francisco Tomás Valiente, *Voto particular de la sentencia, párrafo 5, letra d)*.

entiende cómo la falta de ésta pueda derivar en el mantenimiento de la punición de la mujer.

El otro punto discutible del fallo del TCE es el relativo a la facultad de éste para señalar al legislador cuáles son las modificaciones que deben hacerse a la ley para que puedan ser declaradas constitucionales. La crítica a la sentencia sobre este punto es la que más se reitera en los votos disidentes, en los que se sostiene que está vedado al TCE establecer modificaciones o adiciones al texto impugnado, el que se debe limitar a concretar la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos<sup>80</sup>.

Por su parte, el TCE sostiene que no es misión de éste “sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el Art. 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”<sup>81</sup>.

Sin duda se trata éste de un punto discutible, puesto que la competencia del tribunal para sugerir modificaciones o adiciones al texto impugnado, como lo señalan los votos disidentes, no aparece en el texto del Art. 79.4 b) de la LOTC. Sin embargo, si hemos sostenido que el tribunal puede declarar inconstitucional una ley por las omisiones en que ha incidido, nos vemos forzados a reconocer que en estos casos el TCE deberá señalar las adiciones que hacen falta a la ley para ser constitucional. Siempre una omisión se determina en relación a un deber, si no hay un deber no puede haber omisión (al menos no una omisión jurídicamente relevante), por lo tanto, al señalar la omisión en que se ha incurrido tendrá que hacerse en relación a un deber incumplido. Luego, siempre que se declare la inconstitucionalidad de una ley por las omisiones en que ha incidido deberá indicarse “lo que hizo falta a la ley” para haber sido declarada conforme a la constitución.

No obstante lo anterior, la facultad del tribunal para sugerir modificaciones se encuentra, a mi juicio, limitada en dos sentidos. En primer lugar, estas sugerencias deben ser de carácter general, deben limitarse a señalar al legislador su obligación de cumplir los mandatos constitucionales en un sentido determinado, pero no pueden entrar a señalar en forma específica cómo han de concretarse estos mandatos, pues esta función compete al legislador.

En segundo lugar, esta facultad del tribunal está limitada en cuanto a que no puede estimarse que sus sugerencias sean vinculantes para el legislador. La concreción de los mandatos constitucionales en la ley es una tarea que compete en forma exclusiva al legislador. Las sugerencias del TCE sólo pueden tener por objeto indicar el sentido en que la ley incumple los mandatos constitucionales, más no convertir a dicho tribunal en un legislador.

En conclusión, me parece que la decisión final del TCE es errónea, pero más que porque haya traspasado los límites de su potestad jurisdiccional, porque hay en ella una deficiente aplicación de criterios jurídicos. Las exigencias que menciona no se vinculan al

<sup>80</sup> Vid. Supra 2.1 a)

<sup>81</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de Abril. F. J. 12.

---

objeto de la reforma legal, cual es la despenalización del aborto en situaciones en que se encuentra justificado por la prevalencia de los derechos de la mujer (la que el propio TCE ha declarado conforme a la Constitución).



## Bibliografía.

- Arroyo Zapatero, Luis: "Prohibición del Aborto y Constitución", en "La Despenalización del Aborto", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Límites a la prohibición y autorización del aborto consentido en el derecho constitucional comparado", Apuntes para la Cátedra de Derecho Penal II, Universidad de Chile, Santiago, 2001.
- Cerezo Mir, José: "Interrupción Voluntaria del Embarazo", en "La Despenalización del Aborto", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.
- Díez-Ripollés, José Luis: "La Reforma del Delito de Aborto", Comentarios a la Legislación Penal, t. IX, Edersa, Madrid, 1989.
- Dworkin, Ronald: "El Dominio de la Vida", Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- García-Pelayo, Manuel, 1991. "Transformaciones del Estado Contemporáneo El Estado Social y Democrático en la Constitución Española", [archivo .pdf] [http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/estado\\_social.html](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/estado_social.html) [consulta 17 diciembre 2002].
- Gimbernat Ordeig, Enrique: "Por un Aborto Libre", en "La Despenalización del Aborto", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.
- Huerta Tocildo, Susana: "Criterios Para la Reforma del Delito de Aborto" en "La Despenalización del Aborto", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.
- Landrove Díaz, Gerardo: "Política Criminal de Aborto", BOSCH, Casa Editorial,

Barcelona, 1976.

Laurenzo Copello, Patricia: "El Aborto No Punible", BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1990.

Nino, Carlos Santiago: "Ética y Derechos Humanos", Astrea, Buenos Aires, 1989.

Rodríguez Mourullo: "Derecho a la Vida", en "La Despenalización del Aborto", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983.

Stanley K. Henshaw, Susheela Singh y Taylor Haas, "La incidencia del Aborto Inducido a Nivel Mundial". En Perspectivas Internacionales en Planificación Familiar, número especial de 1999.

Zoder, Isabel : "Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid), Vol. 49 (1996).

---

# ANEXO

## **Sentencia TC 53/985, de 18 de mayo**

RPI 800/1983

BOE 119, de 18 de mayo

[Nota: Se reproducen únicamente los Fundamentos Jurídicos y Votos Particulares]

En el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, interpuesto por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal.

### **II. Fundamentos jurídicos**

1. El objeto del recurso que debe ser decidido por la presente sentencia es determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introduce el art. 417 bis en el Código Penal, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos. Se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. El Tribunal no puede menos de tener en cuenta, como una de las ideas subyacentes a su razonamiento, la peculiaridad de la relación entre la madre y el nasciturus a la que antes hemos hecho mención; pero ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra

cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.

2.El proyecto de reforma del Código Penal al que hacemos referencia en el fundamento anterior dice así:

«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 concurren alguna de las circunstancias siguientes:

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

Los recurrentes consideran este proyecto inconstitucional por estimar que vulnera los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución. El Abogado del Estado, por su parte, considera que el Proyecto no es inconstitucional. Los razonamientos de ambas partes han quedado resumidos en los antecedentes primero, segundo y tercero de esta Sentencia, por lo que sería redundante hacerlo aquí.

3. El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiera el desarrollo de nuestra argumentación. Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior 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 art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y 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 art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 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 prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

4. Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito,



significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales 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 art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente 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. El art. 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, 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. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

Que la vida humana 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.

Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial

trascendencia 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 las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un 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 art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. 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 y 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 otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. 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 art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del nasciturus en el término «todos» del art. 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis.

Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el art. 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al nasciturus.

En cuanto a la interpretación del art. 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos -al igual que lo hace la versión auténtica española- y en el art. 2 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, si lo ha hecho en relación con el art. 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, 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 art. 2 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 art. 2 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 (Ftos. jcos. 17 a 23).

7. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental.

Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus 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.

8. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los

demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

9. Las consideraciones anteriores nos permiten entrar a examinar el Proyecto objeto del presente recurso para enjuiciar la presunta inconstitucionalidad de los supuestos de declaración de no punibilidad del aborto en él contenidos, aducida por los recurrentes.

El legislador parte de una normativa preconstitucional que utiliza la técnica penal como forma de protección de la vida del nasciturus (arts. 411 a 417 del Código Penal), normativa que no revisa con carácter general, limitándose a declarar no punible el aborto en determinados supuestos, que responden a las denominadas indicaciones terapéutica, ética y eugenésica (Fto. jco. 2). 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.

En primer lugar, las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el art. 8 del Código Penal tienen una aplicación general respecto de los delitos sancionados en este Código, que no ha sido puesta en duda en el presente recurso, y de la que es posible deducir que -en principio y con los límites que les son inherentes- también pueden regir, en su caso, respecto del delito de aborto (arts. 411 y ss. del Código Penal). Pero, ciñéndonos estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes, hemos de considerar si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y

---

requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también 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.

10. Los recurrentes alegan que no puede conocerse el alcance de los supuestos previstos por el legislador, dada la imprecisión de alguno de los términos que éste utiliza, lo que, a su juicio, vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

El Tribunal no puede compartir esta alegación de los recurrentes, pues aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

En efecto, el término «necesario» -que se utiliza en el núm. 1 del art. 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto- sólo puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del nasciturus y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma.

En especial, y en relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término «grave» expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Por otra parte, el término «salud» se refiere a la salud física o psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios.

Finalmente, en cuanto al número 3 del mencionado artículo, el término «probable» expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho. Por otra parte, el término «grave» expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.

11. Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:

El núm. 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 9.

En cuanto a la indicación prevista en el núm. 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 manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

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

El núm. 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 eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

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 art. 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 art. 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.

12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto, con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un Médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno.

Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el Proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados -la protección de la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto-, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves 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.

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 art. 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.

13. Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los núms. 1 y 3 del art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de ésta vulnera el art. 39.3 de la Constitución.

El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

14. Finalmente, los recurrentes alegan que el proyecto no contiene previsión alguna



sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia, al procedimiento a través del cual pueda prestar el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela y a la inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social.

Al Tribunal no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones, como también la de todas aquellas derivadas del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico -lo que constituye un requisito del consentimiento válido-, sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar.

Pero tales cuestiones, aunque su regulación pueda revestir singular interés, son ajenas al enjuiciamiento de la constitucionalidad del proyecto, que debe circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79 de la LOTC.

No obstante, cabe señalar, 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 art. 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.

Y en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.

## **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia.

### Voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra.

1. Disiento de la fundamentación y del fallo que han formulado mis colegas. A mi juicio debió declararse la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada por el grupo recurrente y, en consecuencia, debió el proceso legislativo seguir su curso. Contra lo por mi propuesto, y que alcanzó el voto conforme de seis Magistrados, incluido el que suscribe este voto particular, la Sentencia de que discrepo ha concluido a mi entender, con un pronunciamiento que traspasa los límites jurídico funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional.

Nuestro cometido, cuando se declara en el recurso previo la inconstitucionalidad del texto impugnado, o de una parte de ese texto, es concretar ésta y el precepto o preceptos

constitucionales infringidos [art. 79.4 b) de la LOTC]. Lo que está vedado al Tribunal es establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado o establecer o adicionar otros preceptos. Esto es lo que hace la Sentencia cuando dice al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución. Se equivoca la Sentencia, opino con todos los respetos, cuando recoge (fundamento 12, in fine), que corresponde al Tribunal «indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente». Ni dice esto el art. 79.4 b de la LOTC ni se concuerda con los principios que rigen la relación entre jurisdicción constitucional y legislación.

2. El constituyente no resolvió -no tomó postura en el art. 15- el problema jurídico-penal del aborto. Es un tema abierto a la disponibilidad del legislador democrático -se ha hecho con el quórum reforzado de las leyes orgánicas-, sin que la fórmula por la que se ha decidido (la de indicaciones, referida a tres supuestos) se encuentre en oposición con el art. 15 (y los otros a los que se acogen los recurrentes para sostener la inconstitucionalidad: arts. 1.1, 39.2, 39.4, 43, 53.1 y 59.3). Para el juicio de confrontación constitucional debe partirse de que es al legislador (que goza de una presunción de constitucionalidad) al que incumbe la conformación jurídica de las relaciones sociales. Inferir del art. 15, como hace la Sentencia, que el precepto es inconstitucional por omisión de determinadas precisiones en el texto no resulta convincente. Se está, en realidad, a mi entender, conformando la modalidad excluyente de la responsabilidad penal, según un juicio que no es de constitucionalidad.

El art. 15 comienza con expresión de función adjetival (todos) no seguida de un sustantivo. De la fórmula gramatical utilizada (y la supresión en el texto de la palabra «persona») no puede inferirse, a mi juicio, que la Constitución dejara decidida una determinada toma de posición impeditiva de una actuación legislativa penal. El análisis del texto del art. 15, de su proceso de creación y de sus conexiones sistemáticas, conducen a la idea de que el tema del aborto (y su tratamiento penal) quedó abierto al legislador. Junto a estos caminos interpretativos es obligado, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, acudir a los textos internacionales que dice este precepto, y que tienen el valor de factor interpretativo, según el art. 10.2 de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades. No vamos a hacer largas consideraciones para algo que, a mi juicio, aparece claro: El art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Convenio europeo son argumentos irrefutables para sostener que el art. 15 de nuestra Constitución, interpretado desde textos internacionales, no es impeditivo de un sistema de tratamiento del aborto que excluya su punición, y, desde luego, no lo es del configurado en el art. 417 bis del Código Penal (según el proyecto impugnado), como revela, además, la existencia de sistemas variados de tratamiento del aborto en los países signatarios de los indicados textos internacionales.

3. El legislador organiza su sistema penal según los principios del Estado de derecho, el principio de culpabilidad y el principio de humanidad. Cuando configura como punible una determinada conducta (en el caso, el aborto consentido), puede excepcionar conductas, o configurar causas (genéricas o específicas) de justificación, o de inculpabilidad por inexigibilidad de la conducta. Actúa el legislador según el principio de

---

merecimiento de la pena no atrayendo al campo represivo punitivo conductas que no son merecedoras de sanción penal. Ciertamente que el nasciturus es un bien que merece protección penal. La lesión de ese bien se protege penalmente, pero no toda realización del tipo penal fundamenta la antijuridicidad de la conducta. Junto a las causas de antijuridicidad existen otras causas de inexigibilidad. El que el legislador configure, con mayor o menor rigor técnico, los supuestos excluidos de punición no es atentatorio a principio constitucional alguno. La apreciación de si una conducta es o no generalmente exigible y, en consecuencia, si su realización ha de ser o no castigada con una pena depende de una serie de factores que aprecia el legislador. Los poderes del legislador hechos efectivos en el art. 417 bis para excluir las responsabilidades penales en el caso del aborto consentido, no puede decirse que han traspasado límites constitucionales y, desde luego, no han incidido en violación del art. 15 de la Constitución.

4. La insuficiencia del proyecto (la acusación de que es ambiguo o fragmentario) se alegó por los recurrentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). La Sentencia lo trata partiendo del art. 15. Sobre la inconsistencia de inferir partiendo del art. 15 que el proyecto de ley incurre en omisión que provoca su inconstitucionalidad ya he expuesto antes cuál es mi opinión. El texto del que discrepo no analiza, propiamente, lo que es el verdadero motivo del recurso basado en el art. 9.3. Creo que debió estudiarse este motivo (como otros sobre los que pasa por alto la Sentencia: arts. 1.1, 39.2 y 39.4) para concluir desestimándolos.

Opino que hubiera sido procedente declarar que el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal es conforme con la Constitución.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo

Quiero exponer con la mayor brevedad posible, las razones por las que disiento de esta Sentencia, que guardan, en buena medida, relación con mi modo de entender la función de la Constitución y la inconstitucionalidad de las leyes.

a) En la Sentencia de 8 de abril de 1981 (recurso de inconstitucionalidad número 192/1980, «Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril de 1981) decíamos que en «un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que ha de hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos». Yo sigo profesando la misma idea: Considerar que una ley no es inconstitucional es la conclusión de un juicio jurídico, que no supone -entiéndase bien- hacerse partidario de la ley o solidarizarse con ella.

b) En la recordada Sentencia de 8 de abril de 1981 dijimos también algo que yo continúo profesando. Era esto: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente dadas de una vez por todas.»

c) Recuerdo ahora también alguna otra opinión del Tribunal: Cuando dijimos que el objeto de un juicio de inconstitucionalidad son los textos legales estrictamente considerados y no el bloque normativo del que forman parte. Es claro, en mi opinión, que el juicio de inconstitucionalidad afecta a los textos legales y no a bloques del ordenamiento o a eventuales resultados de los mismos.

También mantengo como firme que no hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido.

d) Según mi modesto criterio, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva intermedia que el intérprete establezca. Me parece, en cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas.

La cosa es todavía más arriesgada cuando en lo que llamo «deducciones constructivas» hay larvados o manifiestos juicios de valor, porque se puede tener la impresión de que se segrega una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del poder legislativo, en quien encarna la representación de la soberanía popular.

e) Tampoco creo que sea función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla. No creo que el art. 79.4 de la Ley Orgánica del Tribunal autorice esa tesis.

f) En lo que concierne en concreto a la Ley aquí discutida, coincido con la Sentencia en la legitimidad constitucional del llamado sistema de indicaciones y de las indicaciones contenidas en el proyecto de ley, aunque no comparto todas las razones en que tal conclusión se funda. Creo, simplemente, que el legislador es dueño de exceptuar supuestos concretos de la punibilidad general en atención a su justificación a la concurrencia en ellos de circunstancias que inciden sobre el reproche de culpabilidad o a lo que se ha llamado el juicio sobre el merecimiento de la pena.

g) Si se llega a esta conclusión, me parece que ni se puede, ni se debe ir más allá. Cuando se señalan condiciones de seguridad del aborto, se está pasando insensiblemente del terreno del Código Penal a una hipotética ley de legalización o liberalización que aquí no se ha producido. Me resulta muy difícil entender, constitucionalmente, que una conducta sea punible o deje de serlo por el número de médicos intervinientes o por el lugar en que se realice, porque una cosa es el Código Penal y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables.

### Voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente

1. Mi opinión defendida a lo largo de la deliberación es que el Proyecto de Ley Orgánica impugnado es en todo conforme con la Constitución. De ahí mi discrepancia con el fallo y con el fundamento jurídico 12 en el que principalmente se basa su declaración de disconformidad con la Constitución. No obstante, dado el carácter

---

explicativo del propio fallo y las salvedades que en él se contienen, debo indicar, antes de razonar mi discrepancia, los puntos del fallo y de los fundamentos con los que estoy de acuerdo.

2. Mi acuerdo es total con la declaración de constitucionalidad de los supuestos en que el proyecto del art. 417 bis del Código Penal declara no punible el aborto; declaración contenida en el fallo y razonada en los fundamentos 9, 10 y 11. Muestro mi sustancial conformidad con los términos y razonamientos en ellos expuestos, e incluso ex silentio con lo que allí no se dice, pues no hay en ellos ni en ningún otro pasaje de la Sentencia afirmación alguna que permita suponer que esos y sólo esos tres supuestos o indicaciones son los únicos que el legislador podría declarar no punibles. En este aspecto el Tribunal se ha limitado a enjuiciar el texto impugnado y nada más.

3. Manifiesto también mi acuerdo sin reservas con la idea de que el nasciturus no es titular de un derecho fundamental a la vida, tesis por mi ya defendida en mi voto particular concurrente en la Sentencia 75/1984 de la Sala Segunda, y que se plasma ahora en la presente Sentencia como resultado de razonamientos no idénticos al mío, pero coincidentes en su conclusión. Véanse al respecto el inciso final del fundamento jurídico 5, todo el 6 y el primer párrafo del 7 con cuya afirmación de que el nasciturus, aun no siendo titular del derecho a la vida, constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido, también estoy de acuerdo. Cualquier jurista conoce la compatibilidad y la enorme diferencia entre ambos conceptos, pues sólo es titular de derechos quien es persona y el nasciturus no es persona.

Así pues, según la Sentencia, no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho fundamental del nasciturus a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación (fundamento jurídico 9). En esto mi conformidad con la Sentencia es completa.

4. Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores. Tal vez por ello no comparto (y aquí comienzan mis discrepancias) las abundantes consideraciones axiológicas incluidas en los fundamentos 3, 4 y 5. Al margen de las imprecisiones o titubeos terminológicos que contienen y que sería prolijo e inútil referir aquí, no encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana «es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento jurídico 3) o «un valor fundamental» (fundamento jurídico 5) o «un valor central» (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el prius lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

5. Comprendo, aun sin compartirla, la oposición a la no punición del aborto en

defensa de un supuesto derecho fundamental del nasciturus a la vida. Es esa una línea clásica de razonamiento desde la que se podría llegar, con innegable coherencia interna, a un fallo de inconstitucionalidad en determinadas regulaciones de despenalización o de legalización del aborto. Abandonado, sin embargo, en la Sentencia ese posible punto de partida, se entra en su fundamento 12 en un planteamiento insólito en países con Constituciones y Códigos Penales como los nuestros. Conviene tener presente que el proyecto del art. 417 bis no contiene ni una legalización ni tampoco una despenalización del aborto (fundamento jurídico 12), sino la simple declaración de no punibilidad de determinadas conductas, manteniendo intacto el tipo delictivo del 411 del Código, a mi juicio de muy dudosa constitucionalidad. Que en ese contexto la ponderación del legislador penal sea tachada de inconstitucional por falta de dos llamadas garantías provoca mi radical discrepancia por las siguientes razones:

a) Constituye un salto lógico (o ilógico), porque entre la invocación al art. 15 y la conclusión de que hacen falta dos garantías más ( por qué éstas y sólo éstas?) no existe un juicio de inferencia lógica.

b) Una de las garantías exigidas, la del dictamen de «un Médico de la especialidad correspondiente» para comprobar la existencia del supuesto de hecho del aborto terapéutico, es imprecisa en su formulación ( qué especialidad?) y de imposible cumplimiento en casos de urgencia.

c) No se comprende por qué la exigencia de que «la realización del aborto» haya de tener lugar en establecimiento sanitario se refiera sólo al aborto terapéutico y al eugenésico, pero no al llamado aborto ético.

d) Lo que se denomina en la Sentencia comprobación de los supuestos de hecho es algo que corresponde al Juez penal, dado que las conductas reguladas en el art. 417 del Código Penal continúan siendo delictivas. La intervención preventiva y a esos efectos de un Médico es trasladar a éste deberes y responsabilidades ajenas.

Nada impide, por lo demás, añadir a estas exigencias otras innovaciones a iniciativa del legislador, como podría ser la asistencia a las mujeres que interrumpan el embarazo en Centros y a cargo de la Seguridad Social. El mismo texto da cabida a estos y otros perfeccionamientos deseables. Lo cual pone de manifiesto que estamos ante un juicio de perfectibilidad sobre cuya pertinencia conviene detener nuestra atención.

6. En efecto; más allá de la discrepancia intrínseca respecto a la formulación de las garantías exigidas, mi oposición más rotunda se dirige al hecho mismo de la exigencia. Veamos por qué:

a) El juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o de perfectibilidad. El Tribunal Constitucional puede y debe decir en qué se opone a la Constitución un determinado texto normativo, y, en consecuencia, por qué es inconstitucional. Lo que no puede es formular juicios de calidad.

b) La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo.

c) Cada Institución debe actuar como lo que es, no «como si» fuera lo que no es. Pocas lógicas hay tan funestas como la lógica del «como si» (als ob). El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar «como si» fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar «la tercera Cámara», ha caído por esta vez en la tentación.

d) Por esta sola vez, puesto que al resolver los anteriores recursos previos (léase por todas la Sentencia 76/1983 sobre el proyecto de la LOAPA) nunca entendió este Tribunal que sus competencias llegaran tan lejos, aunque ya entonces, por supuesto, estaba vigente el art. 79.4 b) de la LOTC, ahora citado como apoyo para señalar al legislador, lo que debe hacer a fin de que su Ley sea conforme con la Constitución.

e) El art. 79 de la LOTC, el mismo que creó fuera de la Constitución, el recurso previo de inconstitucionalidad, en su párrafo 4 b) (modelo de pésima redacción), impone dos deberes dirigidos a dos sujetos distintos. Al Tribunal le exige que, en su caso, concrete la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. Al otro sujeto -«el órgano competente»- le exige que para seguir la tramitación del proyecto suprima o modifique los preceptos, se entienda, declarados inconstitucionales. No puede interpretarse nunca, a mi juicio, que sea el Tribunal quien le indique al legislador qué modificaciones deben ser éstas. De otro modo, es decir, si el Tribunal indicase las modificaciones a introducir, carecería de sentido el párrafo 5 del mismo art. 79 de la LOTC, puesto que si, según éste, «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal» en los recursos que pudieran interponerse contra la Ley ya corregida o modificada, es evidentemente porque tales modificaciones no han sido dictadas de modo vinculante por el Tribunal Constitucional.

f) La técnica usada en este fundamento no tiene nada que ver con la de las denominadas sentencias interpretativas, en las que, de entre las posibles interpretaciones de un texto legal impugnado, el Tribunal declara conforme con la Constitución una de ellas, precisamente en defensa de la presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del legislador democrático.

g) Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora ad casum, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial. Por eso, y contra eso, expreso mi profunda y preocupada discrepancia.

Con estos argumentos y coincidiendo en lo sustancial con los de otros cinco Magistrados sostuve, como ellos, con mi voto, la ponencia presentada y defendida por el Ponente inicial del presente caso, que concluía con un fallo declaratorio de la constitucionalidad del proyecto de Ley impugnado.

#### Voto particular de los Magistrados don Angel Latorre Segura y don Manuel Díez de Velasco Vallejo

1. Haciendo uso de las facultades que nos otorga el art. 164 de la Constitución Española (C.E.) y el art. 90.2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), reflejamos por medio del presente voto particular nuestra opinión discrepante, tanto en lo que se refiere a la decisión o fallo como a su correspondiente fundamentación. Las opiniones aquí sostenidas fueron defendidas en el curso de las deliberaciones apoyando

la Ponencia presentada por el Ponente inicialmente nombrado, don Jerónimo Arozamena Sierra, y coincidiendo en lo esencial la posición sostenida por los Magistrados firmantes con las de otros cuatro colegas de este Tribunal en dichas deliberaciones.

2. Nuestra primera y fundamental discrepancia recae sobre las atribuciones que al dictar esta Sentencia ha asumido el Tribunal Constitucional (TC). En efecto, el TC no se limita a pronunciarse en el fallo sobre la constitucionalidad de los diversos extremos del proyecto de Ley impugnado, sino que, por remisión en el mismo fallo al fundamento jurídico 12 de la Sentencia, indica al legislador lo que debe de hacer. En el caso del llamado aborto «terapéutico», el legislador debe exigir el dictamen de un especialista. Tanto en este supuesto como en el del llamado aborto «eugenésico», el legislador debe prever una intervención del Estado mediante la obligación de que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante cualquier solución que el mismo legislador estime oportuna.

Estas previsiones suponen, a nuestro juicio, que el TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad. Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución sino también la LOTC asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una «tercera Cámara» sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo.

3. Por lo que acabamos de exponer no podemos compartir la opinión expresada en la Sentencia de que el art. 79.4 b) de la LOTC autoriza a este TC a indicar las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto de Ley por el órgano competente que, sin duda, son las Cortes Generales. Tal interpretación debe ser rechazada, ya que conduce a la inaceptable conclusión de que este Tribunal Constitucional puede actuar como legislador positivo, en contra de la naturaleza propia de su función. La interpretación adecuada de este precepto es que las Cortes Generales pueden, libre y soberanamente, a la vista de lo resuelto en una Sentencia que sustancia un recurso previo, o bien suprimir los preceptos del proyecto de Ley declarados inconstitucionales o bien modificarlos con la finalidad de ajustarlos a la Constitución. Tal es así que el número 5 del mismo art. 79 de la LOTC dispone, con carácter general, 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».

4. Refiriéndonos a determinados aspectos concretos de la Sentencia hemos de mostrar nuestra conformidad con algunas de sus afirmaciones. Entre ellas que el feto no es titular del derecho fundamental a la vida, lo que no excluye que exista un deber del Estado de proteger la vida humana en las diversa fases de su evolución, incluida la intrauterina. No creemos, en cambio, que esta protección tenga que revestir forma penal en todos los casos porque no impone tal tipo de protección ningún precepto constitucional. Estimamos, en todo caso, y de acuerdo con la Sentencia, que no es inconstitucional la despenalización de los supuesto previstos en el proyecto de Ley impugnado.



5. Nuestro disentimiento en este aspecto recae sobre la argumentación en que se basa la declaración de inconstitucionalidad en los supuestos del aborto «terapéutico» y «eugenésico», ya que ningún reproche de inconstitucionalidad se formula al supuesto del aborto «ético». En efecto, tras declarar que los tres supuestos de despenalización son en sí conformes a la Constitución se afirma que en los citados supuestos «terapéutico» y «eugenésico» faltan garantías suficientes para la verificación de los supuestos de hecho, así como para la debida protección de la vida y de la salud de la embarazada, y que la previsión legal de esas garantías es una exigencia constitucional derivada del art. 15 de la Constitución.

Entendemos que del «derecho a la vida y a la integridad física y moral» reconocido en el citado artículo constitucional, sea cual sea el alcance que se dé a estos derechos, no cabe inferir que debe imponerse por el Estado una sanción penal para los casos en que este TC no considere suficientes las garantías previstas. Las normas despenalizadoras no contienen habitualmente, ni se ve por qué razón sea constitucionalmente exigible, que contengan garantías de la verificación de los supuestos de hecho. En caso de que éstos se invoquen fraudulentamente, o en su verificación el encargado de hacerlo (en este caso el Médico) incurra en negligencia punible, actuarán los Tribunales de Justicia, que son los órganos competentes para ellos. Y en cuanto a las medidas necesarias para la mejor protección de la vida y salud de la embarazada tampoco vemos cómo esa protección requiere constitucionalmente, en virtud del art. 15, más garantías que las que el mismo Código Penal establece para otros casos, incluso algunos tan delicados y que tanto afectan a la intimidad de la persona como los previstos en el art. 428 del citado Código.

6. Prescindiendo por razones de brevedad de detallar otros puntos de discrepancia o de asentimiento con la Sentencia, debemos, sin embargo, poner de manifiesto la escasa precisión utilizada en ella respecto a la conocida como «cláusula de conciencia», cuya derivación directa del art. 16.1 de la C.E. compartimos, y que puede ser utilizada como es lógico por el Médico del que se solicite la práctica abortiva para negarse a realizarla. Dicha cláusula, basada en razones ideológicas o religiosas, es un derecho constitucional solamente del Médico y demás personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo.

7. Resumiendo lo expuesto concluimos reiterando nuestra disconformidad con la Sentencia, fundamentalmente por dos razones: Porque invade competencias del Poder Legislativo y porque opinamos que el TC debió declarar la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada por los recurrentes respecto al proyecto de Ley impugnado.

#### Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente

He votado en contra de la presente Sentencia y sostuve con mi voto, junto con otros cinco Magistrados, la ponencia que fue objeto de deliberación en primer término. En ella se declaraba conforme con la Constitución el Proyecto de Ley objeto del recurso, y ésta es, en mi opinión, la conclusión necesaria del razonamiento jurídico en el caso sometido a nuestra consideración.

Las razones de mi disentimiento pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e

invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales. Es cierto que esta errónea concepción de la jurisdicción constitucional parece muy extendida en nuestra sociedad; que precisamente con motivo de este recurso se han expresado en la prensa multitud de opiniones que implícita o explícitamente partían del supuesto de que el fundamento de nuestra Sentencia había de ser el juicio sobre la licitud o ilicitud ética del aborto, o la conveniencia de su despenalización, y que (y ello es aún más penoso) destacadas figuras políticas, e incluso miembros del Gobierno, han efectuado declaraciones que manifiestamente arrancaban del mismo convencimiento. Es evidente, sin embargo, que por difundida que esté, tal idea es errónea e incompatible con nuestra Constitución y con los principios que le sirven de base. El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. En la fundamentación de la presente Sentencia falta ese razonamiento riguroso y es esa falta de rigor la que conduce a la, a mi juicio, errada decisión.

Aunque no resulta fácil ni grato hacer la crítica pública de un razonamiento suscrito por colegas que merecen todo mi respeto, es indispensable, para que esta disidencia no quede reducida a un juicio apodíctico, señalar en concreto algunos al menos de los errores conceptuales y de las quiebras lógicas perceptibles en el texto de la Sentencia. Para ello analizaré separadamente cada una de las dos partes bien diferenciadas que cabe distinguir en ésta.

La primera de ellas, la más extensa puesto que abarca los once primeros Fundamentos, sirve de apoyo exclusivamente a aquel inciso del fallo en el que se dice que la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley no resulta de los supuestos de no punibilidad del aborto que en él se contemplan o, lo que es lo mismo, fundamenta el juicio de que no es en principio contraria a la Constitución una Ley que declare no punible el aborto practicado, con el consentimiento de la madre, por serias razones terapéuticas, éticas o eugenésicas. No discrepo, como queda dicho, de esta conclusión; sí discrepo, y muy enérgicamente, del razonamiento que a ella conduce, cuya línea central sitúa ya al Tribunal fuera del ámbito que le es propio y puede conducir por tanto, en otros casos, a decisiones absolutamente inadecuadas.

No opera este razonamiento, en efecto, con las categorías propias del Derecho (en primer lugar, y naturalmente, con el concepto mismo del derecho subjetivo), sino con las de la ética. Pese a las consideraciones difícilmente inteligibles (y, en la medida en que lo son, para mí resueltamente inaceptables) que en el fundamento 4 se hacen sobre «el ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo», los Magistrados que han formado en esta ocasión la mayoría no

---

razonan a partir del reconocimiento de un derecho fundamental del nasciturus a la vida, que expresamente niegan en los fundamentos 5, 6 y 7, sino apoyados sobre la idea de que, siendo la vida humana «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento 3), el Estado está obligado a «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 (sic), incluya también como última garantía las normas penales» (fundamento 7). Los derechos fundamentales que efectivamente están implicados en este difícil tema de la sanción penal del aborto consentido (al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, a la integridad física y moral -art. 15-, a la libertad de ideas y creencias -art. 16-, a la intimidad personal y familiar -art. 18-) apenas son invocados de manera retórica en el fundamento 8 o como justificación de la no punición del aborto en los dos siguientes.

Paso por alto en este momento, en aras de la brevedad, el análisis de los defectos lógicos y conceptuales que creo apreciar en las consideraciones hechas sobre el «concepto indeterminado» de la vida y otros extremos, así como sobre el error de no haber entrado a fondo en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral. Lo que ahora me importa, por el motivo ya antes indicado, es subrayar que este modo de razonar no es el propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las Leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que «un valor jurídico») invalidar cualquier Ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al Juez.

Pese a lo dicho, lo cierto es que todas las consideraciones que anteceden sobre los once primeros fundamentos de la Sentencia podrían excusarse, pues todos esos fundamentos, en cuanto que no conducen al fallo (es claro que los fallos del Tribunal Constitucional han de declarar si las Leyes son o no contrarias a la Constitución, no el porqué de lo uno o de lo otro, cuestión ésta sobre la que volveremos después) son una simple, aunque desmesurada, suma de obiter dicta que para nada obligan hacia el futuro. La fundamentación real de la decisión real, es decir, de la declaración de inconstitucionalidad, se concentra en un único fundamento, el 12, en el que es examinado el art. 417 bis, para determinar si «en la redacción dada por el Proyecto, garantiza

suficientemente el resultado de la ponderación de bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de tal forma que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas, ni se desprotejan los derechos a la vida y la integridad física de la mujer». Dicho en otros términos, lo que el Tribunal hace aquí es examinar si los supuestos de no punición aparecen descritos en términos tales que sólo puedan escapar al castigo aquellos que efectivamente se encuentren en ellos; entiende que no es así y, por tanto, declara la inconstitucionalidad.

Dejando de lado el hecho de que, en primer lugar, se pasa así del control de constitucionalidad al control de la perfección técnica de la Ley y de que, en segundo término, se opera con ello una irónica inversión del principio de legalidad penal, que de ser garantía de la libertad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo, que no es poco dejar, limitaré mi atención al análisis de la idea del Estado de Derecho, a mi entender gravemente errónea, que subyace a este modo de razonar.

Del valor «vida» (vida humana, hay que suponer) se ha deducido la obligación del legislador de sancionar penalmente todo atentado contra seres vivos aunque no sean personas; como esta obligación no es, sin embargo, absoluta, el Tribunal acepta la posibilidad de que el legislador, en supuestos determinados por la colisión entre derechos fundamentales y el bien protegido, exima de sanción a los responsables del aborto. Este razonamiento, que no comparto, no conduce a declarar la licitud constitucional del Proyecto, pues dando un nuevo paso, el Tribunal proclama ahora, en este fundamento, sin justificación alguna, la necesidad de que el legislador establezca condiciones y requisitos previos que garanticen a priori la existencia del supuesto en el que el aborto no es punible. El examen de los hechos y la determinación de las consecuencias jurídicas que a los mismos corresponden quedan así sustraídos al Juez y confiados al Médico, y los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten la obtención de una autorización para abortar.

Como es evidente, la idea que subyace a los razonamientos de este género es, comúnmente, la de que, dada la perversidad natural de los hombres y su tendencia a hacer mal uso de la libertad que se les otorgue, es más prudente partir del principio de la prohibición general, de manera que sólo sean lícitas las conductas autorizadas, que de su opuesto, el principio general de libertad, según el cual es lícito todo lo no expresamente prohibido. Probablemente mis colegas de la mayoría no aceptarán conscientemente ese principio antiliberal, pero es lógicamente imposible, partiendo del principio de libertad, declarar inconstitucional una Ley porque no instituye, junto al control represivo de las conductas (en rigor, en lugar de este control) un control preventivo. Esas medidas a las que en la Sentencia se condiciona la constitucionalidad de la Ley (dictamen de un segundo Médico en el caso del aborto terapéutico; necesidad de que el aborto se practique en centros públicos o privados debidamente autorizados) son seguramente plausibles, como lo son muchas otras de las que ofrece el Derecho comparado (necesidad de dejar transcurrir un lapso mínimo de tiempo desde que se formaliza la decisión de abortar hasta el momento en el que el aborto se realiza, necesidad de que la embarazada reciba previamente información sobre las ayudas que puede recibir si opta por la continuación del embarazo, etc.). Si no se acepta la necesidad constitucional del

---

control preventivo, y ciertamente no puede aceptarse, no hay razón alguna, sin embargo, para subordinar a ellas el ejercicio de la libertad y, en consecuencia, tampoco para que este Tribunal las imponga al legislador, pues sólo a éste corresponde decidir, con entera libertad, sobre el contenido de las Leyes, dentro de los límites que la Constitución establece, como garantía de la libertad de los individuos. Al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad en la omisión en el proyecto de estos requisitos o condiciones (o cualesquiera otros equivalentes) que no son constitucionalmente necesarios, el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa y esta imposición, que no encuentra naturalmente base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitraria.

La Sentencia no es interpretativa, puesto que la Sentencia interpretativa ni es posible en el recurso previo, ni puede ser utilizada para invalidar la norma, sino al contrario, para preservar la validez; no respeta lo preceptuado en el art. 79.4 de la LOTC, que ordena al Tribunal indicar la infracción constitucional y deja a las Cortes el cuidado de efectuar las supresiones o modificaciones necesarias para evitarla y, por último, pese a las proclamaciones retóricas en contrario, ignora absolutamente los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas, cuya dignidad, tantas veces citada y aún definida en la Sentencia, al parecer ha de seguir siendo protegida por el tradicional procedimiento de considerar delictivo todo aborto, sean cuales fueren sus circunstancias.

Texto obtenido del sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid<sup>82</sup>

<sup>82</sup> [http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/1985\\_53.html](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/1985_53.html)