

## ESTUDIO JURIDICO-CANONICO DE LA RECIENTE LEGISLACION ABORTISTA EN ESPAÑA

### I.—EL ABORTO, PROBLEMA CONSTITUCIONAL

Es innegable y generalmente admitido que nuestra Constitución vigente es la Constitución del consenso, en el que las partes intervinientes trataron de fijar unas reglas de juego político en las que todos los grupos y partidos políticos se sintieran cómodos, es decir, que cualquiera de ellos pudiera en su día gobernar el país sin necesidad de modificar la Constitución. Por ello trataron de eliminar al máximo las divergencias existentes entre ellos buscando en cada caso una solución aceptable para todos.

Sin embargo, este criterio tuvo algunas excepciones. Una de ellas, a mi modo de ver, es el caso del aborto. Sobre este punto los grupos políticos, como es sabido, tenían opciones contrarias sobre el particular.

En un borrador que publicó la prensa<sup>1</sup> aparecía un artículo en el que se decía que 'Todos tienen derecho a la vida...'. Sin embargo, en el Proyecto de Constitución publicado en el B. O. del Congreso y que fue objeto de discusión el 6 de julio de 1978<sup>2</sup> aparecía por primera vez la palabra 'personas' en lugar de 'todos'.

El Sr. Mendizábal Uriarte, del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, habló en defensa de la enmienda que había presentado su Grupo en el sentido de que se volviera a la redacción primitiva. En su opinión en este cambio de palabras se adivinaba 'como una posibilidad más próxima e inmediata de legalizar o despenalizar el aborto'<sup>3</sup>. Para cerrar cualquier puerta a esa posibilidad estima que este 'turbio presagio' debe atajarse por todos los medios lícitos, desalentarlo, para que la marea del crimen no ahogue tantas esperanzas españolas'<sup>4</sup>.

Como se puede observar, el Sr. Mendizábal manifiesta con toda claridad su voluntad; sustituir la palabra 'persona' recogida en el art. 14 del proyecto, por 'todos tienen derecho a la vida...'<sup>5</sup>. Estima que con este cambio de palabras es suficiente 'para la defensa de aquellas convicciones, para montar sobre ella la defensa del «nasciturus», del concebido no nacido'<sup>6</sup>. Es consciente de que en el proyecto que se está discutiendo a veces se emplean ambos términos como sinónimos como ocurre en otras Constituciones y en otras legislaciones de otros países<sup>7</sup>. Por eso él quiere que las Cortes den a la palabra 'todos' un sentido omnicompreensivo del ser humano que abarque desde su concepción hasta su muerte natural. Mientras que en la palabra 'persona' puede verse una posible ambigüedad y reduccionismo, pues esta palabra podría aplicarse en el sentido convencional que le da el derecho en

1 *Cuadernos para el diálogo* (22.XI.1977). *El País* (25 noviembre 1977).

2 Número 105, p. 3952.

3 *Ibid.*, 3953.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*, 3954.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

general y el español en particular. Frente a quienes piensan que esto no es más que un juego de palabras y que en el fondo significa lo mismo les responde certeramente diciendo que detrás de ese juego de palabras 'hay un juego de ideas', es decir, detrás de cada palabra hay una voluntad de fijar con nitidez el concepto exacto de una determinada cosa'<sup>8</sup>.

La matización del Sr. Mendizábal era meridiana. Su intencionalidad clara. Y de hecho así lo entendieron sus adversarios políticos y por eso mismo se negaban a sustituir una palabra por otra. No les era indiferente. Por tanto, está claro que quienes defendían el mantenimiento de la palabra 'personas' se reservaban el derecho y la posibilidad de introducir el aborto en la legislación española: era una puerta abierta de cara al futuro legislativo. En cambio quienes propugnaban la sustitución de persona por *todos* lo hacían con el ánimo de cerrar absolutamente la puerta al aborto. Era una forma de quemar las naves en este asunto: toda ley permisiva del aborto sería anticonstitucional.

Las posturas estaban claras. No había ambigüedad alguna, en contra de lo que se dirá posteriormente en la discusión del proyecto de la ley de despenalización del aborto, como veremos más adelante.

Es sabido que el concepto de persona y de personalidad es una creación convencional del derecho. Este concepto no coincide con el de hombre o ser humano. Así los esclavos eran hombres, pero no personas, en cambio un ayuntamiento, una parroquia o un Estado, etc., son también personas, o sea, sujetos de derechos y deberes. Todos recuerdan la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, de 26 de marzo de 1857 en la que aplicó estas ideas sosteniendo que los negros no eran personas —no eran sujetos de derechos— precisamente por ser esclavos<sup>9</sup>.

En nuestra propia legislación no se logra la personalidad en el sentido jurídico y a efectos civiles más que por el nacimiento, además de tener figura humana y vivir durante 24 horas fuera del seno materno (art. 29 del Cc).

Si aplicáramos este concepto de persona 'toda la trayectoria anterior del hombre... quedaría en pleno desamparo, quedaría a merced de la arbitrariedad, simplemente aún no sería persona y la Constitución en su art. 14 dice que sólo las personas tienen derecho a la vida'<sup>10</sup>. Hasta el infanticidio en esas horas quedaría impune. Algo similar ocurre en el Código Penal. '¿Cuándo se determina la personalidad a efectos penales? Dada la multiplicidad de teorías (inicio de los dolores del parto, expulsión del niño, respiración autónoma), cualquiera de las teorías, supone dejar detrás indefensa una trayectoria de esa misma vida'<sup>11</sup>.

Para evitar tantas indeterminaciones el Diputado aliancista propugna una postura más definida, más clara, pues la vida debe ser protegida desde el principio hasta el fin<sup>12</sup>.

Es más —y este punto me parece muy sugerente— el Sr. Mendizábal quiere la sustitución de palabras para que en el futuro no haya dudas. Remacha todavía más su argumento con estas palabras: 'para que en lo sucesivo pueda servir esta explicación de guía en la interpretación auténtica del concepto'<sup>13</sup>. Por eso al decir

8 Ibid., 3955.

9 C. Casini, *Il diritto alla vita. La vicenda costituzionale* (Napoli 1982) 29. ABC (30.XI.1984) 47.

10 *Boletín Oficial del Congreso*, cit., 3955.

11 Ibid., 3956.

12 Ibid., 3956.

13 Ibid., 3956-57.

'todos' estamos aludiendo a una universalidad y que hemos prescindido de la exclusión...'. En ese 'todos' han de comprender forzosamente los nacidos y los *nascituri*...'. De ese modo 'queda claro dónde está cada cual' <sup>14</sup>.

Esta forma de argumentar se vio reforzada por la intervención del Sr. Meilán Gil, portavoz de UCD, el cual manifestó que, en el tema de la defensa de la vida, no debe haber ambigüedades ni equívocos. Por eso a la hora de elegir 'cuál de las dos expresiones sirve de una manera más aceptable, más exacta y más adecuada a la finalidad que persigue este artículo, que no es otra que la universalidad del derecho a la vida', UCD se inclina 'por la expresión «todos» que permite una interpretación más tranquilizadora' <sup>15</sup>. Es verdad que UCD, por medio de su portavoz, manifestó que no tendría inconveniente en mantener la expresión 'persona', pero 'siempre que se entendiera por ella no sólo un producto del derecho, sino un «prius» para el derecho', si por persona se entendiera 'un todo que abarca la naturaleza del hombre' <sup>16</sup>. Si el sentido del término se refiere a que 'sólo el ser humano es persona física y todo ser humano es persona desde el punto de vista del derecho, no tendríamos inconveniente en reconocer el texto. Pero como puede haber obviamente concepciones distintas... Para evitar cualquier confusión o equívoco en un asunto que exige máxima claridad, nosotros preferimos, aun con toda su tosquedad, aun con toda su indeterminación, la expresión «todos» que permite una interpretación más tranquilizadora' <sup>17</sup>.

El Sr. Fraga se manifestó en forma semejante al decir que 'nosotros planteamos aquí una cuestión heurística, porque el día que la fuente principal y mayor del ordenamiento español, la Constitución, sea interpretada, constará en acta todo lo que hemos dicho y lo que hemos votado aquí; y las cosas están ahí' <sup>18</sup>. No se trata, pues de una enmienda técnica, sino de fondo, de contenido tendente a impedir que bajo la palabra persona pueda abrirse el portillo constitucional para la legalización del aborto.

Contra la enmienda presentada por el Grupo Aliancista se manifestó en primer lugar el Sr. Zapatero Gómez, representante del Grupo Socialista del Congreso. Este diputado socialista se percató inmediatamente de la importancia y gravedad de la enmienda presentada por AP, por lo que propugna el mantenimiento de la expresión 'persona', pues de esa forma 'no se toma partido en el tema del aborto' <sup>19</sup>, si bien considera que tanto empleando el término persona como *todos*, siempre 'nos referimos a todos los seres humanos, a todos los hombres, entendiendo en esta expresión a los hombres y mujeres'. Pero los hombres y las mujeres, los hombres en general, el nivel del mundo del derecho entran en el derecho a título de personas; 'para el derecho no hay hombres, sino personas' <sup>20</sup>.

No obstante su interpretación, se niega a la sustitución de los términos, porque 'la redacción actual ... no toma partido en el tema del aborto' <sup>21</sup>. Tiene miedo a que prospere esta enmienda aliancista porque le parece que toma partido contra el aborto, porque es 'antiabortista' <sup>22</sup>. No merece un comentario serio decir que 'todos' puede

14 Ibid., 3957.

15 Ibid., 3962.

16 Ibid.

17 Ibid.

18 Ibid., 3965.

19 Ibid., 3958.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Ibid.

referirse —como insinúa el Sr. Zapatero— a 'todos los animales' o a 'todos los vivientes'<sup>23</sup>. El sentido de las palabras del Sr. Mendizábal es claro; al decir 'todos' están pensando en todos los concebidos de mujer, nacidos o no. Buscar otras posibles interpretaciones es tergiversar su pensamiento. Aludir a que en otros artículos de la Constitución, como harán algunos diputados, al hablar de que 'todos tienen derecho a esto o lo otro' (cf. arts. 24, 2; 27, 1; 31, 1; 35, 1; 45; 47) en éstos sí que se refiere a las personas que sean españolas, adultas, varones o mujeres, obreros, estudiantes, profesionales, etc. Porque así se deduce del contexto y de la mente del legislador. Pero en este art. 15 su mente era otra. Se olvida que 'las palabras son herramientas de los hombres', y que su sentido 'se desprende de la voluntad de quienes las pronuncian o escriben'<sup>24</sup>. Tampoco debemos olvidar que las palabras a veces tiene dos o más significados.

En el mismo sentido que el Sr. Zapatero se manifestó el Sr. Tierno Galván, para quien el término 'persona' era menos comprometido<sup>25</sup>, por lo que se opuso también a la sustitución de un término por otro, pues así 'queda abierto al porvenir a toda clase de interpretaciones'<sup>26</sup>. El Sr. Tierno olvida que lo que pretendía el Sr. Mendizábal era precisamente cerrar la puerta a esas interpretaciones excluyendo la posibilidad de que se constitucionalizara el aborto. Con razón afirma el Sr. Tierno que no se puede decir que dé lo mismo un término que otro, 'sí no es trivializando un poco las cosas'<sup>27</sup>.

También para el Sr. Solé Tura da lo mismo un término que otro, pero, a pesar de ello, se opone a que se hable de *todos* en lugar de persona. Se le puede admitir que la enmienda de los aliancistas no venía a cuento porque aquí lo que se trataba de 'reconocer el derecho fundamento de todos [los derechos] que viene detrás y que aquí se habla de la persona y de su derecho a la vida'<sup>28</sup>. Pero su opinión no es más que la opinión suya y de su grupo. El Grupo Aliancista, por su parte, estima que es aquí donde debe plantear esta cuestión del aborto y tenía pleno derecho a hacerlo, bien que pesara o se anticipara a los deseos e intereses de los demás Grupos Parlamentarios.

Incomprensiblemente el Sr. Cuerda Montoya, representante del Grupo Parlamentario del Partido Nacionalista Vasco rechaza también la enmienda aliancista. Este cambio de términos no es, a su juicio, 'un problema de carácter técnico'<sup>29</sup>. Es decir, no da lo mismo utilizar un vocablo que otro. El problema —afirma el Diputado nacionalista— es que Alianza Popular ha planteado una cuestión nueva 'que no se había planteado en el debate de la Comisión: ha planteado el problema del aborto de tal forma que quienes voten a favor del vocablo «persona», son abortistas, y los que voten el términos «todos», son antiabortistas'<sup>30</sup>.

Vota, pues, en contra de la enmienda aliancista porque, dice, 'no somos ciegos a un problema que está ahí y que está en unas cifras escandalosas, con unas cifras trágicas y ante ellas pensamos que la solución no es prohibir el aborto'<sup>31</sup>.

Es innegable que al PNV no escapó también la intencionalidad de la enmienda

23 Ibid., 3958.

24 Ibid., 3962.

25 Ibid., 3959.

26 Ibid.

27 Ibid., 3960.

28 Ibid., 3964.

29 Ibid., 3964.

30 Ibid.

31 Ibid., 3964-65.

aliancista y por eso la rechazó de plano, como dando a entender que su Grupo sí dejaba una puerta abierta al aborto.

Tras la votación en que fue aceptada la enmienda por 158 votos a favor y 147 en contra, y 3 abstenciones, el Sr. Peces-Barba, tras insistir en que su Grupo rechazaba el cambio de términos, pues 'están en contra del juego de palabras'<sup>32</sup>, pronunció unas terribles palabras, incomprensibles en boca de un jurista, aun cuando la historia, con demasiada frecuencia, le da la razón: '...todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permite una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la «persona» impide una ley de aborto'<sup>33</sup>.

Con la mayor objetividad he tratado de sintetizar este debate constitucional. En mi juicio es evidente que la *voluntas legislatoris*, la voluntad constituyente, eficaz por ser mayoritaria en este punto, era la de inconstitucionalizar el aborto, o sea, proteger la vida del ser humano en cualquier momento de su trayectoria vital, desde la concepción a la muerte. Todos los que votaron eran conscientes —repito una vez más— de la intencionalidad de la enmienda. Por tanto el Tribunal Constitucional vendría vinculado por los 158 votos y no por los 147 votos en contra. En el Senado se aceptó esta redacción (B. O., 24 agosto 1978, n. 43, pp. 1802-1814) aunque cada Grupo le daba un sentido distinto. La mayoría le dio el suyo: cerrar el paso a la despenalización del aborto.

## II.—LA DOCTRINA

A la hora de interpretar el verdadero sentido del art. 15, la doctrina se manifiesta de distinta manera.

### A) *Partidarios de la inconstitucionalidad*

El Prof. Martínez Sospedra escribe que *todos* no significa lo mismo que *personas*, no sólo porque ello significa desconocer la voluntad del constituyente, sino también porque cuando la Constitución quiere hacer dicha precisión la hace expresamente (cf. art. 24, 1). Por otra parte, estima que el bien protegido es más bien la integridad humana que la vida, por lo que 'la consecuencia ineludible es la de la proscripción constitucional de las prácticas abortivas'<sup>34</sup>.

Sánchez Agesta sostiene asimismo que 'la corrección de «personas» por el sujeto «todos» implica, al parecer, la intención de extender la protección de este derecho al embrión'<sup>35</sup>.

Por su parte Gálvez Montes sostiene que este cambio terminológico es prohibitivo del aborto, 'al otorgarse constitucionalmente al «nasciturus» sin necesidad de que haya adquirido por el nacimiento la condición de persona'<sup>36</sup>.

Martínez Morán, afirma que la Constitución española es antiabortista, independientemente de los vocablos que se empleen. Por otra parte considera ilógico que

32 Ibid., 3966.

33 Ibid.

34 M. Martínez Sospedra, *Aproximación al Derecho Constitucional español. La Constitución española de 1978* (Valencia 1980) 40-41.

35 *Sistema político de la Constitución española de 1978* (Madrid 1980) 107.

36 AA.VV., *Comentarios a la Constitución* (Madrid 1980) 189.

se traspole el concepto de persona del Código Civil a la Constitución. Para Martínez Morán la *mens legislatoris* es clara, pues 'aprobó un texto con la intención absolutamente clara de proteger la vida desde el momento de la concepción... Dar otro sentido al cambio de los vocablos sería un fraude a los ciudadanos, pues la intención de la mayoría democráticamente aceptada es clara. Estemos o no de acuerdo, nos guste o no, ésto es lo que dice la Constitución'<sup>37</sup>.

Claro es también Rodríguez Devesa<sup>38</sup>. En su opinión 'no hay otra salida que entender que la Constitución habla de la vida de los seres humanos en el sentido biológico de la palabra y ésta comienza sin lugar a dudas con la fecundación del óvulo y concluye con la muerte'. Y añade tajantemente que la introducción de la legislación abortista no es un problema político sino jurídico, 'pues mientras la Constitución... mantenga su redacción actual la prohibición de matar incluye la de destruir la vida del feto, cualquiera que sea la etapa de su gestación'. No obstante, estas palabras apunta la conveniencia de que se amplíen las eximentes del 'estado de necesidad', o sea, cuando entre en conflicto la vida del feto con la vida o salud física o mental de la madre.

Cerezo Mir afirma que al sustituir el término 'persona' por *todos*, está clara la mente del legislador 'de extender la protección a la vida humana intrauterina, es decir, de los seres humanos no nacidos'. Sin embargo, estima que sólo sería inconstitucional el aborto según el sistema de plazos, en cambio 'no sería contraria la solución de las indicaciones'<sup>39</sup>.

Oscar Alzaga, si bien considera que los términos 'todos' y 'persona' no resuelven el problema de la constitucionalidad, sostiene que 'de este precepto constitucional se deduce una norma objetiva, que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate a los nacituri'<sup>40</sup>.

F. Díaz Moreno sostiene que 'teniendo en cuenta el proceso de elaboración del Texto Constitucional, ha sido la *mens legislatoris* el que con la introducción del adjetivo sustantivo *todos*, como sujeto de derecho a la vida, se pretendía atribuir tanto a los nacidos como a los no nacidos la titularidad de este derecho fundamental'<sup>41</sup>.

Por su parte De Diego Lora estima que 'cuando la Constitución habla de *todos* pretende tutelar a todos aquellos —seres humanos— a los que su relación —de orden territorial o personal— con el Estado español, merecen o necesitan el amparo del orden constitucional'<sup>42</sup>. En su opinión la expresión *todos* no se refiere sólo a los ciudadanos españoles, sino que se han de 'entender garantizados a favor de todos aquellos que tengan aptitud para gozarlos'. Al no fijar ningún límite hay que incluir a 'todo sujeto con aptitud para recibir la atribución de algunos derechos constitucionales' (ibid.). Por tanto, cuando se dice que todos tienen derecho a la vida, 'se está refiriendo a *todos* los que tienen una vida que proteger, es decir, una vida humana'<sup>43</sup>.

37 'El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y el Derecho comparado', *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 2 (1979) 166.

38 *Derecho Penal Español* (Madrid 1983) 197. Esta misma interpretación defiende en 'El proyecto de «Reforma» del art. 417 bis del Código Penal', en AA.VV., *En defensa de la vida* (Madrid 1983) 205-6.

39 'Interrupción voluntaria del embarazo', en AA.VV., *La despenalización del aborto* (Barcelona 1983) 127.

40 *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático* (Madrid 1980) 185.

41 'El proyecto de la ley del aborto desde la perspectiva constitucional', en AA.VV., *En defensa de la vida*, cit., 162.

42 'La despenalización del aborto', *Persona y Derecho* X (1983) 413-14.

43 *Ibid.*

B) *Contrarios a la inconstitucionalidad*

A pesar de la meridiana claridad del debate parlamentario no faltan juristas que sostienen la interpretación que más se adecua a sus convicciones, aun cuando tengan que violentar el texto, el contexto y la mente del legislador. En este sentido, De Esteban y López Guerra<sup>44</sup>, por una parte, afirman que el derecho a la vida es un derecho inviolable, por lo que 'nadie puede disponer de un derecho fundamental ajeno y menos del derecho a la vida, aun cuando sea por motivos humanitarios o incluso a petición del mismo sujeto' y al mismo tiempo propugnan que 'una eventual despenalización del aborto cabría perfectamente en el marco constitucional'. Basan su afirmación en que el 'nasciturus no es ni desde el punto de vista biológico, ni desde luego jurídico, una persona'<sup>45</sup>. No admiten lo que afirman los científicos sobre el origen de la vida y hacen, a mi modo de ver, una abusiva transposición de los artículos 29 y 30 del Código Civil al Constitucional y penal, olvidando que en esos y otros artículos el Código Civil reconoce al *nasciturus* como sujeto de derechos, siempre que le sean favorables, si bien es verdad que no entrará en la plena posesión de los mismos hasta veinticuatro horas después de su nacimiento. Estiman ellos que la interpretación del término 'todos' tiene que estar en consonancia con lo anteriormente dicho, pues si se entiende al pie de la letra —dicen— habría que derogar la misma ley de caza y pesca<sup>46</sup>. Afirmación ésta que más que una docta opinión nos parece una broma de mal gusto. Como escribe Rodríguez Devesa: 'es indiscutible que la Constitución se refiere a todos los seres humanos. No a vegetales o a los animales que llamamos irracionales. Tampoco ofrece asomo de duda el que ser humano se toma en su acepción biológica, no en la jurídica de la persona'<sup>47</sup>. Esta es la única interpretación legítima de los debates parlamentarios, salvo que se ignoren los términos de los mismos.

En esta misma línea hay que situar a Basile, según el cual lo protegido por la Constitución 'no es la vida en general, sino la vida de la persona humana', o sea, de los nacidos<sup>48</sup>. Afirma también que no se puede precisar el principio de la vida humana<sup>49</sup>. Defiende como preferente el derecho de la mujer a autodeterminarse. Da más valor a la salud y honor de la mujer así como a sus dificultades económicas sobre el bien que representa la vida del feto. Niega el carácter de persona al *nasciturus*.

Por su parte Arroyo Zapatero opina que la expresión 'todos', por carecer 'de predicado acompañante que permita discernir a quienes se refiere, es insuficiente para establecer su contenido'. Además, el hecho de que esta cuestión fuera objeto de amplios debates entre los parlamentarios 'debe considerarse abierta, o sea, relegada a posterior decisión del legislador ordinario'<sup>50</sup>.

44 J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español* (Barcelona 1980) 142-43.

45 Ibid.

46 Ibid.

47 J. M. Rodríguez Devesa, 'El proyecto de «Reforma» del art. 417 bis del Código Penal', en AA.VV., *En defensa de la vida* (Madrid 1984) 205-6.

48 'Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas', en VV.AA., *La Constitución Española de 1978* (Madrid 1980) 296.

49 Ibid.

50 'Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo', en AA.VV., *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal. Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal* (Avila-Alcalá de Henares 1981) 81. Idem, 'Prohibición del aborto y Constitución', en AA.VV., *La despenalización del aborto* (Bellaterra, Barcelona 1983) 55-82.

La verdad es que uno no sale de su asombro. Hemos demostrado con datos de primera mano que lo que se discutía era precisamente si se tutelaba o no al *nasciturus*. Este fue el centro del debate. Así lo entendieron todos. Por otra parte, en mi opinión, la interpretación, en el supuesto en que el texto legal fuera oscuro, sería la aplicación de aquel principio que dice que donde la ley no distingue tampoco nosotros tenemos que distinguir. Por tanto *todos* deben ser *todos los seres humanos*. Es por otra parte la interpretación más favorable para los mismos.

No menos peregrina es la opinión de Arroyo, según la cual, toda cuestión debatida en las Cortes, debe considerarse abierta, no zanjada, por lo que el legislador ordinario puede legislar a su antojo. Si esa opinión se impusiera, dado que casi todos los artículos fueron objetivo de posturas encontradas entre los Diputados y Senadores, habría que concluir que el legislador ordinario los puede reformar a su capricho. ¡Bonita manera de burlar la Constitución!

Arroyo tampoco reconoce al feto como titular de derecho, si bien lo considera como bien jurídico. Pero en caso de conflicto con los bienes de la madre da la preferencia a estos últimos, 'pues se trata de bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo del derecho fundamental, mientras que la vida humana en formación es un bien jurídico derivado de su principio fundamental'<sup>51</sup>. Por tanto el feto no tiene derecho a vivir por su propia dignidad, ya que no es el titular directo de este derecho, sino que es un bien jurídico de la comunidad y no de carácter individual. La vida prenatal sólo merece ser protegida en atención a los derechos que la Constitución garantiza a la madre<sup>52</sup>. No es extraño, pues, que Arroyo se incline por el sistema de plazos, ya que en su opinión es el que mejor respeta los derechos fundamentales de la madre<sup>53</sup>.

Rodríguez Mourullillo también se sitúa en esta corriente abortista. No sólo defiende que el término *todos* del art. 15 de la Constitución no impide la despenalización del aborto, sino que, llevado de su afán pro-abortista, llega a decir que aun cuando se aceptase que el derecho a la vida se extendiese al *nasciturus*, 'no por ello quedaría descartada toda posible despenalización del aborto. Con tal entendimiento vendría únicamente a reconocerse que la vida del concebido y no nacido es un *bien* que la Constitución obliga a proteger jurídicamente, pero del art. 15 de la Constitución no se derivaría necesariamente la necesidad de un tratamiento penal idéntico para la vida independiente y dependiente'. Rechaza Mourullo el sistema de plazos, pero acepta como constitucional el sistema de las indicaciones<sup>54</sup>. En su opinión el aborto consentido es, en principio y por lo general punible, cualquiera que sea el momento de su realización, salvo que concurra alguno de los supuestos excepcionales taxativamente señalados por el ordenamiento jurídico'<sup>55</sup>. Estas excepciones serían más amplias que las previstas en referencia con la vida humana independiente, en consonancia con el menor valor otorgado (al no nacido) desde el punto de vista constitucional. De esta forma, en la práctica, el aborto queda casi totalmente libre y además sin ningún plazo, por cuanto siempre que se dieran esas amplias indicaciones, la mujer podría abortar en cualquier momento de la gestación.

51 Ibid., 84.

52 Ibid., 83.

53 Ibid., 85.

54 'Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte', *Revista de Derecho Público. Comentario a la legislación Penal* 1 (1982) 68.

55 Ibid., 71.

En síntesis, según este autor, no se puede dar la misma protección penal al *nasciturus* que a la vida del nacido<sup>56</sup>.

Huerta Tocildo reconoce acertadamente que la sustitución de la expresión *personas* por la de *todos*, 'no obedece a criterios estilísticos, sino a consideraciones de fondo que pueden dificultar la liberación del aborto, al menos a corto y medio plazo por presunta inconstitucionalidad'<sup>57</sup>. La única salida que ve por el momento para introducir el aborto y evitar el problema de su inconstitucionalidad es recurrir al sistema de indicaciones. A la doctora Huerta Tocildo no se le escapa el verdadero sentido de la enmienda. Pero en ella, como en todos los que se mueven por idénticos prejuicios, prevalece su voluntad por introducir el aborto como sea. Para facilitar su introducción en España estudia el caso alemán, cuya redacción de este supuesto en el art. 2, 2 es muy parecido al español. En este sentido aconseja que en España se implante el aborto según el sistema de indicaciones, eso sí, las más amplias posibles, aunque en el fondo a ella le gustaría el sistema de plazos<sup>58</sup>.

También Gimbernat parte del mismo prejuicio: el feto no es persona. Por tanto el término *todos* del art. 15 tiene que referirse necesariamente a personas, por mucho que la mayoría constituyente dijera hasta la saciedad que cuando decía todos incluía a los *nascituri*, como consta en las actas del Congreso y hemos analizado más arriba.

Los argumentos de Gimbernat<sup>59</sup> son tres: primeramente 'que el art. 15 se halla en la sección I que se refiere a los derechos y libertades de las personas y el feto no lo es. En segundo lugar que siempre que en la Constitución aparece la palabra *todos* hay que entenderlo de *todas* las personas. A mi modo de ver su primer argumento puede volverse en contra suya y en segundo lugar que debe probar que aún cuando *todos* se refieren normalmente a las personas, mayores o menores de edad, no se quiere decir que no haya excepciones. Y el art. 15, por voluntad del constituyente es una de esas excepciones.

La tercera razón puede ser más consistente, pues es verdad que los diversos Estados han interpretado las Declaraciones y Pactos referentes a los derechos humanos en el sentido de no incluir al *nasciturus*.

En contra de este argumento puede decirse que en ninguno en esos Estados se debatió expresamente este problema durante la época constituyente. Por lo que al decir en ellas que todos tienen derecho a la vida tal vez pueda interpretarse en el sentido restrictivo. Pero en España fue distinto, por cuanto aquí el constituyente expresamente quiso dar a todos una acepción más amplia y justa.

Mir Puig sigue la misma línea de pensamiento, si bien se fija más en el derecho que tiene la mujer a su propia libertad. Supuesto que el art. 15 sólo se aplica a las personas propiamente dichas 'en el caso de conflicto de valores prevalece la libertad de la mujer sobre la vida del feto que es una vida en formación. Si se prohibiera el aborto, supondría una compulsión a la maternidad... El Estado negaría a la mujer la libertad para configurar sus condiciones de vida... el desarrollo de su personalidad, quedarían afectados los derechos de la mujer a la vida, la salud, la intimidad, el libre desarrollo de su personalidad'<sup>60</sup>. Llega a esta drástica postura por esta

56 Ibid., 73-74.

57 Ibid., 98. Idem, 'Prohibición del aborto y Constitución', *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 3 (1980) 202-25.

58 'Criterios para la reforma del delito de aborto', en AA.VV., *La despenalización del aborto*, cit., 24 y 28. Cf. la nota número 82 del mismo artículo. Ibid., 30, nota 80.

59 'Constitución y Aborto', en AA.VV., *La despenalización...*, cit., 83-85.

60 'Aborto, estado de necesidad y Constitución'. Comentario a la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982', en AA.VV., *La despenalización...*, cit., 103.

razón: 'Ello se debe a que la Constitución no protege expresamente la vida del feto, y sí en cambio los derechos de la mujer como persona. Tanto si se entiende que la vida del feto no se halla protegida en sí misma por la Constitución, sino sólo a través de la mujer —cosa perfectamente lícita a la vista del silencio de la Constitución—, como si se admite que la Constitución lo protege indirectamente, como valor social básico que la idea de dignidad humana exige proteger, es evidente que es (más) prioritaria protección constitucional de los derechos fundamentales de la mujer como persona' <sup>61</sup>.

Quiero terminar este recorrido por autores que se definen como abortistas haciéndome eco de una argumentación muy utilizada entre los penalistas para demostrar que el Código penal español nunca ha tratado por igual el homicidio que el aborto. Penas mayores recaen en el caso de muerte violenta de seres nacidos que en el caso de las *nascituri*. Es innegable que los Códigos castigan más un delito que otro. Pero extraer las consecuencias que sacan ciertos penalistas me parece sin base rigurosa. Me atrevo a apuntar la razón por la que tradicionalmente se ha castigado menos el aborto que el homicidio. Se castiga menos la muerte del *nasciturus* no porque esa vida sea menos digna y valiosa, sino porque normalmente el aborto se produce en situaciones anómalas, de gran emotividad, desesperación, soledad, miedo, etc. Es decir, por lo general, hay siempre una situación de permanente atenuación de la responsabilidad, cosa que normalmente no ocurre con los demás delitos. Por eso precisamente, hay ciertos homicidios cometidos por impulsos, etc., que son castigados con menor dureza, no porque un hombre sea más digno que otro, sino por las especiales circunstancias en que ambos delitos se cometen. Si la importancia de un bien jurídico o de un valor social se midiera sólo por la gravedad de las penas llegaríamos a conclusiones realmente peregrinas. En ocasiones se daría más valor al robo de unas pocas gallinas, del bolso de la señora que va tranquila por la calle, o el allanamiento de morada, que el bien jurídico que representa la vida humana. Es más, tras la despenalización actual del aborto, en los tres supuestos, cualquier bien cuya agresión fuera castigada por el Código habría que concederle mayor importancia que a la vida del feto, al menos durante esos plazos. Por ello considero que esa forma de argumentar se basa en un sofisma. Sabemos que los legisladores usan y abusan de las penas. ¿Tiene más importancia la evasión de unos miles de duros que la vida del *nasciturus*? ¿Qué orden jurídico es ese que llega a esos extremos de desprecio de la vida humana?

### III.—EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA DEL ART. 417 bis DEL CODIGO PENAL

El gobierno socialista, de acuerdo con su programa electoral, el 23 de marzo de 1983 presentó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley Orgánica por el que pretendía introducir un nuevo artículo (417 bis) en el Código Penal <sup>62</sup>. El texto es el siguiente:

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:

<sup>61</sup> Ibid., 109.

<sup>62</sup> BO de las Cortes, n. 10, I bis, 62.

1ª. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª. 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 de un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada'.

Seguidamente se abrió un plazo para presentar enmiendas a la totalidad y a cada uno de sus apartados. Las enmiendas a la totalidad fueron discutidas el 25 de mayo del mismo año. En la votación final fueron rechazadas las enmiendas presentadas por el Grupo Popular y por Unión de Centro Democrático (UCD), así como la presentada por el Grupo Mixto y defendida por el Sr. Carrillo. Todas ellas fueron rechazadas. Las dos primeras obtuvieron a favor 109 votos y 184 en contra y dos abstenciones. Carrillo, en cambio, obtuvo 289 votos en contra y sólo cinco a favor<sup>63</sup>.

El siete de septiembre del mismo año se debatió el Proyecto de Ley por la Comisión de Justicia e interior del Congreso de Diputados<sup>64</sup>. Finalmente los días cuatro, cinco y seis, tras un amplio debate del articulado, quedó aprobado el Proyecto por 186 votos a favor, 109 en contra y cuatro abstenciones<sup>65</sup>. No se aceptó ninguna de las enmiendas de la minoría.

El texto aprobado por el Congreso se remitió al Senado el 17 de octubre de 1983 que, tras la presentación y discusión de las diversas enmiendas, fue aprobado sin modificaciones el 30 de noviembre<sup>66</sup>.

#### IV.—LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez aprobado el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal por el Senado en la sesión plenaria celebrada el 30 de noviembre de 1983, el Grupo Popular del Congreso, por medio del abogado don José Ruiz Gallardón, presentó el dos de diciembre del mismo año, el recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC). Actuaron como ponentes para ese acto doña Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

El TC, tras un largo período de dieciocho meses, el 11 de abril de 1985 pronunciaba, en nombre del Rey, la sentencia sobre dicho recurso<sup>67</sup>.

Seguidamente vamos a exponer las ideas centrales de la misma. A nuestro modo de ver la Sentencia se divide en dos partes: La primera en la que se recogen

63 Diario de Sesiones del Congreso de 25 mayo 1983, n. 40, 1842 y 1879.

64 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 7 septiembre 1983, n. 61, 2114-2173.

65 Ibid., n. 61, 4 octubre 1983, 2885-2898; n. 62, 5 octubre 1983, 2926-2948; n. 63, 6 octubre 1983, 2966-1970.

66 Boletín Oficial de las Cortes, 17 octubre 1983, n. 50, y de 6 diciembre del mismo año, n. 50.

67 BOE (18 mayo 1985) n. 119 Suplemento, 10-25.

una serie de consideraciones generales. Y la segunda en la que los jueces aplican estos principios a los tres supuestos de despenalización del aborto.

### A) Principios Generales

1. Primeramente destacan la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida, así como del valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana. El primero se configura 'como la proyección de un valor del ordenamiento jurídico constitucional y constituye el derecho fundamental esencial y troncal'<sup>68</sup>. El segundo se nos presenta 'como germen y núcleo de unos derechos que le son inherentes, a tenor del art. 10 de la Constitución. Su relevancia y significación consiste en ser *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos'<sup>69</sup>.

2. Por otra parte se señala que los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos de los individuos... 'sino también deberes positivos por parte del Estado'<sup>70</sup>. Además, los derechos fundamentales 'son los componentes estructurales básicos' de todo el orden jurídico español, por ser la 'expresión jurídica de un sistema de valores que deben informar el 'conjunto de la organización jurídica y política', son el 'fundamento del orden jurídico y de la paz social'. Ello impone al Estado una obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales' y una obligación positiva para hacer posible la aplicación de los mismos. En fin, los derechos fundamentales 'son los impulsos y líneas directivas a las que debe someterse el legislador'<sup>71</sup>.

3. Dado que en el art. 15 se habla de que 'todos tienen derecho a la vida', el TC estima necesario dar una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance preciso del mandato constitucional. El TC afirma que la vida humana —a la que considera como un concepto indeterminado— puede definirse así: '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 con la muerte'<sup>72</sup>. Reconoce también que la vida en gestación 'ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en su seno', así como que en ese proceso hay unos cambios cualitativos (somáticos y psíquicos), entre los que 'tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre'<sup>73</sup>. La razón de esta trascendencia radica en que al poder vivir el feto autónomamente 'es capaz de adquirir plena individualidad'<sup>74</sup>.

4. '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 humana; 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

68 Fundamento Jurídico, 3 (FJ).

69 Ibid.

70 FJ, 4.

71 Ibid.

72 FJ, 5.

73 FJ, 5c.

74 Ibid.

la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional' <sup>75</sup>.

5. Ahora bien, dado que la ambigüedad del término 'todos' en la expresión 'todos tienen derecho a la vida' no fue despejada en los debates parlamentarios <sup>76</sup>, ni por una interpretación sistemática de la Constitución, ni por el recurso a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, hay que concluir que no existe fundamento suficiente en apoyo de la tesis de los recurrentes. Por tanto no se puede 'afirmar que el *nasciturus* sea titular del derecho fundamental a la vida' <sup>77</sup>. Las razones de los recurrentes son irrelevantes 'por lo que se refiere a la cuestión concreta de la titularidad del derecho a la vida' de los *nascituri* <sup>78</sup>. Esta misma idea se repite varias veces. En síntesis el *nasciturus* no es persona, en opinión del TC.

6. No obstante lo dicho el TC estima que, debe afirmarse que la vida del *nasciturus* 'es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental' <sup>79</sup>. Esta misma idea se había dicho en el número cinco.

Por tratarse de un bien jurídico protegido constitucionalmente, supone para el Estado 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 debe incluir normas penales. Ahora bien, esta protección no tiene carácter absoluto, pues como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionales, en determinados supuestos, puede y aun debe estar sujeta a limitaciones' <sup>80</sup>.

7. Además del valor de la vida, nuestra Constitución eleva también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que se afirma de todas las personas (ya hemos visto que el *nasciturus* no es persona). Es más, esta 'dignidad se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, a la libertad de ideas y creencias, al honor y a la propia imagen. Esta dignidad, por otra parte, presenta un carácter específico en el caso de la mujer y de la madre' <sup>81</sup>. Esta especificidad no tiene parangón con ninguna otra <sup>82</sup>.

8. El TC, con miras a una eventual despenalización del aborto, señala que el legislador 'puede tomar en consideración situaciones características... Tal es el caso en que la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con los derechos relativos a valores constitucionales, como la vida y la dignidad de la mujer' <sup>83</sup>. Téngase presente que la dignidad de la persona implica los derechos anteriormente indicados.

En caso de conflicto no pueden prevalecer incondicionalmente derechos de la madre frente a los derechos del *nasciturus*, ni viceversa, ninguno de los dos tiene primacía en principio sobre el otro. ¿Qué hacer en ese caso? El TC responde diciendo que 'el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y

75 FJ, 5 in fine.

76 FJ, 5.

77 Ibid.

78 FJ, 6.

79 FJ, 7.

80 Ibid.

81 FJ, 8.

82 FJ, 9.

83 Ibid.

derechos... tratando de armonizarlos si es posible o en su caso precisando las condiciones y requisitos que podrá admitirse la prevalencia de uno de ellos' <sup>84</sup>.

No debe olvidarse —dicen— la razonable exigibilidad de una conducta, la proporcionalidad de la pena y la posible renuncia a una sanción penal que pudiera resultar insoportable e inadecuada. Estos criterios son especialmente válidos en ciertas situaciones singulares o excepcionales <sup>85</sup>.

9. Al no ser titular de derechos el TC estima que al *nasciturus* no se le puede reconocer la dignidad propia de las personas. Las consecuencias son gravísimas, ya que no se le pueden reconocer los derechos contemplados en los artículos 1, 10, 14, 39, 49, 53. Tampoco se le puede aplicar la Declaración universal de Derechos Humanos, ni los acuerdos y tratados internacionales sobre estas materias ratificadas por España. Ni siquiera la Declaración de los derechos del niño de 1958, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 en su resolución 1.386, en la que se establece que 'Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal *tanto antes como después del nacimiento*' <sup>86</sup>.

B) *Aplicación de estos principios a los tres supuestos contemplados en la Ley Orgánica*

1. Una vez sentado que el feto es un bien jurídico protegido por la Constitución, pero que no es titular del derecho a su propia vida, al no reconocérsele personalidad jurídica, su protección resultará muy mermada frente a los derechos de la madre que, por ser persona, es titular de su derecho a la vida y además goza de la dignidad propia de las personas, así como de todos los demás derechos inherentes a dicha dignidad. En caso, pues, de colisión, el perdedor será siempre el hombre en formación, el *nasciturus*, el niño no nacido.

a) Cuando la colisión se plantea entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*, el TC sostiene que debe darse la preferencia a la primera, porque su derecho, al ser persona, está más protegido que la vida del no nacido. En cambio la vida del feto es ciertamente un gran valor, un bien jurídico, un valor central, pero en ningún caso puede considerársele como titular del derecho a la vida. Este valor cede ante la dignidad de la madre. De lo contrario 'se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido' <sup>87</sup>.

En este supuesto no hay plazos. Por tanto el derecho a la protección de la vida de la madre prevalece en cualquier momento de la gestación, incluso en el caso de viabilidad o aún en el mismo momento de nacer.

b) Lo mismo cabe decir respecto del caso de grave peligro para la salud de la embarazada, ya que en este supuesto incide seriamente sobre su derecho a la vida y a su integridad física. El TC considera que debe prevalecer la salud de la madre porque no se le puede 'pedir un sacrificio importante y duradero de su salud bajo conminación de una pena'. En este caso, pues, tiene más valor el bienestar de la madre que la vida de su hijo.

Tampoco en este supuesto se señalan plazos. Por tanto el aborto sería constitucional en cualquier momento de la gestación.

84 Ibid.

85 Ibid.

86 FJ, 6.

87 FJ, 11.

c) Es asimismo constitucional el aborto realizado dentro de las doce primeras semanas 'siempre que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación'. Al ser el embarazo fruto de un acto violento que 'lesionó en grado máximo la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad y vulneró gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal', el TC estima que no se puede obligar a la mujer a 'soportar las consecuencias de tal naturaleza...'. La mujer está libre de cualquier obligación o compromiso <sup>88</sup>.

Obsérvese que la despenalización sólo se aplica si la mujer destruye a su hijo dentro de las doce semanas del embarazo, y en el caso que lo hubiera denunciado. Pasado este plazo, a pesar de que el fruto de la violación sigue lesionando sus derechos constitucionales, la mujer ya no puede eliminar impunemente a su hijo.

d) También se considera constitucional el aborto realizado a causa de 'la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto' <sup>89</sup>. En este caso la causa legitimadora de la muerte del *nasciturus* —siempre que el aborto se realice dentro de las 22 primeras semanas y con el dictamen de un médico especialista— está 'en 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' <sup>90</sup>.

La razón de decisión está no en los previsibles males que en el futuro tuviera que soportar el *nasciturus*, o sea, en una vida previsiblemente ingrata y molesta para el futuro niño. Esto al TC no le preocupa, ni siquiera lo insinúa. Para el TC lo verdaderamente importante y decisivo es '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 contribuyen 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' <sup>91</sup>. En este caso también prevalece la eliminación de la inseguridad y angustia de los padres sobre la vida de su hijo probablemente anormal.

2. En síntesis, la constitucionalidad de tales supuestos se fundamenta en 'la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones' <sup>92</sup>. Pero como a su vez el feto está también constitucionalmente protegido es preciso que el Estado tome ciertas medidas para evitar que 'la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas' <sup>93</sup>. El TC reconoce gustosamente que el Estado ha demostrado interés en dicha protección del feto a la que está obligado, si bien estima que esas garantías contempladas en el Proyecto de ley son insuficientes <sup>94</sup>. Por ello el TC ordena al Estado que establezca las garantías necesarias:

a) Intervención 'de un médico de la especialidad correspondiente que dictamine sobre las circunstancias que concurren' en el caso del aborto terapéutico y eugenésico <sup>95</sup>. Esta comprobación tiene que producirse necesariamente con anterioridad

88 FJ, 11b.

89 Ibid.

90 Ibid.

91 Ibid.

92 FJ, 12.

93 Ibid.

94 Ibid.

95 Ibid.

a la realización del aborto. El Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación<sup>96</sup>.

b) Asimismo el Estado velará para que la intervención abortista se realice 'con las debidas condiciones médicas'<sup>97</sup>. En este sentido el legislador debería prever que los abortos se practiquen en 'centros sanitarios, públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar otra solución dentro del marco constitucional'<sup>98</sup>.

c) En el caso de aborto a consecuencia del delito de violación no precisa comprobación alguna. En este caso basta la mera denuncia de la interesada, sin que se verifique si responde o no a la verdad, ya que la comprobación judicial de este supuesto podría exigir un largo período de tiempo superior a las doce semanas<sup>99</sup>.

d) Es más, si el Estado decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de que ésta incumpliera los anteriores requisitos, tampoco sería inconstitucional. Lo importante —dice la Sentencia— es 'salvaguardar el derecho de la vida y a la salud de la mujer'<sup>100</sup>.

### C) Observaciones críticas a la Sentencia del TC

1. De la lectura de la Sentencia se deduce que el *nasciturus* es un sujeto vital humano, distinto de la madre, que comienza con la gestación (sic) y termina con la muerte, o sea, constituye un momento del desarrollo de la vida misma y que encarna un valor fundamental —la vida humana—. Precisamente por esto es por lo que es un bien jurídico constitucionalmente protegido. En suma, la vida del feto es vida humana.

Si es verdad lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la *humanitas* o la *humanidad* (si se me permite este término) es una propiedad que los mismos jueces atribuyen al *nasciturus*. Y se la atribuyen desde la gestación (sic) hasta la muerte. No hay, pues, un solo momento del desarrollo vital, en que el concebido, nacido o no, deje de gozar de la dignidad propia de la naturaleza humana. Tan humano es al momento de la concepción como en el de la viabilidad o del nacimiento. Esas circunstancias son un suceso meramente accidental o accesorio respecto de la *humanidad* de dicho sujeto vital. En cualquier caso nos hallamos ante un ser humano que atraviesa por diversas vicisitudes. Es más, el único momento, o el instante decisivo en que el *nasciturus* se convierte en humano es el mismo momento de su concepción. Jamás, por ninguna causa, pierde su *humanidad*.

Estimo que la plena individualidad humana se tiene por sí mismo, por razones propias e intrínsecas al *nasciturus*, no por su mayor o menor dependencia de la madre, del médico, de la enfermera o de la sociedad en general. La dignidad del ser humano, en cualquier etapa de su vida humana, es siempre originaria y primaria, nunca derivada o recibida de otros. No es algo que la madre o la sociedad le conceden más o menos generosamente. Se es un ser humano, no por benévola concesión de los otros, sino por participar del patrimonio genético de la raza humana, por proceder mediante generación de un hombre y una mujer. Ni siquiera importa al hecho de que un ser humano pueda o no de hecho autodeterminarse de forma consciente y responsable. De lo contrario tendríamos que negar dicha digni-

96 Ibid.

97 Ibid.

98 Ibid.

99 Ibid.

100 Ibid.

dad humana a los párvulos, o enfermos mentales en general. No hay, pues, ningún acontecimiento biológico, después de la concepción, que señale el momento en que se pasa de ser pre-humano a ser humano.

2. En consecuencia la Sentencia tenía que haber sido coherente consigo misma y haber sacado las oportunas consecuencias. Sin embargo los jueces niegan *al nasciturus* —sujeto vital humano— la dignidad propia de las personas y como consecuencia inmediata le niegan la titularidad del derecho a la vida y le incapacitan para ser sujeto de derechos fundamentales. Por otra parte la sentencia del TC asigna al *nasciturus* —sujeto vital humano— un lugar destacado al considerarle un bien jurídico. Pero le rebaja a la categoría de otros bienes jurídicos, como pueden ser la propiedad privada o pública, el medio ambiente, los mares, el honor, el patrimonio artístico o la cultura, etc. Cosas importantes, bienes apetecibles y jurídicos que merecen también la protección de la Constitución en sus diferentes artículos. Tampoco éstos y otros bienes pueden destruirse caprichosamente, pero en caso de conflicto con otros bienes de la misma o superior naturaleza no habría inconveniente en destruirlos o desconocerlos. Eso sí, tomando todas las garantías necesarias para evitar abusos, incluso recurriendo a sanciones penales.

Ciertamente cuando estos bienes entran en conflicto con los derechos de las personas no hay duda que constitucionalmente prevalecen estos últimos, pero resulta muy duro aceptar estos principios cuando se refieren a la vida humana.

3. Una vez admitido el *prejuicio* de que el *nasciturus* no es persona y de que por tanto no goza de la dignidad correspondiente las conclusiones a que llega el TC son lógicas. La defensa del *nasciturus* se desmorona.

En primer lugar el aborto por plazos sería inconstitucional. O en otras palabras, la Constitución española no permite el aborto libre como propugnaban ciertos grupos. La razón está en el que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución. En este punto coinciden con la solución alemana<sup>101</sup> y con la famosa sentencia de Bilbao<sup>102</sup>. El sistema de plazos (generalmente doce semanas) es el más extendido en los países socialistas<sup>103</sup>.

En segundo lugar, aunque los jueces no lo digan expresamente, se deduce de sus principios que el legislador podría haber ampliado los plazos, cuando se dan las indicaciones señaladas en la ley. Así en vez de 12 semanas podrían haber señalado otro plazo más largo. El legislador podría haber introducido otras indicaciones como la famosa *indicación social* o socio-económica. En otras palabras, el legislador, según esa sentencia, podría haber contemplado el supuesto de aquellas circunstancias en que el embarazo plantea graves problemas económicos, sociales, psicológicos, como en el caso de mujer con familia numerosa, vivienda reducida, pobreza, etc.

El TC, como hemos repetido varias veces, se ha dejado llevar de un *prejuicio* muy extendido: aplicar el concepto de persona sólo a los nacidos.

El art. 29 del CC establece que 'El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido (es decir, por persona) para todos los efectos que le sean favorables...'. Y en el art. 30 se añade que: 'Para los efectos civiles, sólo se reputará por nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno'.

Como se ha señalado frecuentemente estos artículos se refieren sólo a los efectos

101 S. Huerta, 'Criterios para la reforma de delito de aborto...', cit., 24-30.

102 S. Mir Puig, 'Aborto, estado de necesidad y Constitución...', cit., 101-2.

103 S. Huerta, 'Criterios para la reforma...', cit., p. 19, nota 43.

civiles en oposición a los efectos penales. Por efectos civiles hay que entender básicamente los derechos y deberes patrimoniales y sociales. Pero en ningún caso se refiere a los derechos fundamentales y mucho menos al derecho a nacer, que es ciertamente el mayor de los 'efectos favorables'. Si hasta las veinticuatro horas de vida independiente de la madre no fuera persona, ni siquiera a efectos del derecho a su propia vida, habría una radical contradicción entre este artículo y el Código Penal.

El CC, por otra parte, respira un clima de respeto y reconocimiento del *nasciturus*. En este sentido los derechos patrimoniales afectados por el posible nacimiento se consideran en situación de dependencia. Cuando la viuda estima que ha quedado embarazada los artículos 959-967 contemplan toda una serie de disposiciones que revelan un exquisito tacto y un acusado interés por proteger al concebido y a la madre: suspensión de la participación de la herencia, herencia en administración, alimentos a la viuda, etc. A su vez el art. 627 ordena que las donaciones 'hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento'. En todo el derecho sucesorio en general hay un marcado interés por proteger al concebido y todavía no nacido<sup>104</sup>.

Y en cuanto al Código de Derecho Penal es obvio que sitúa el delito de aborto entre los delitos contra las personas (Título VIII, capítulo III). Es evidente pues, que la legislación española considera al no nacido como verdadera persona a estos efectos. Al hacer esta afirmación somos conscientes de que son muchos los autores que piensan lo contrario.

Lo realmente grave es que la Sentencia da su respaldo a la Ley de despenalización del aborto por la que se autoriza la muerte de un ser humano inocente por simple decisión de su madre y con el visto bueno de un médico especialista.

4. Me parece un grave error la interpretación que hace el TC del art. 15 de la Constitución: se trata de una interpretación infundadamente restrictiva. Como creo haber demostrado anteriormente la *mens legislatoris* era meridiana respecto de la protección del *nasciturus*. De tal forma que todos los diputados abortistas se emplearon a fondo para rechazar la enmienda presentada por el señor Uriarte. El rechazo de la enmienda no sólo se manifestó por parte de los defensores del aborto libre y gratuito, sino, incluso por los partidarios de un aborto más moderado y excepcional, como era el caso —incomprensible por lo demás— del Partido Nacionalista Vasco. Que el TC concluya su disertación diciendo que '...los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse suficientes para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida', me parece que hace una lectura irreal, es decir, no responde al verdadero sentido del debate parlamentario. Para que se reconociera al feto que es un mero bien jurídico no hacía falta 'semejantes alforjas', es decir, toda su argumentación judicial. Con haber dicho que las 'personas tienen derecho a la vida', estaba implícitamente afirmada la tesis ahora constitucionalizada. No hacía falta sustituirlo por el término 'todos' y darle a ese término el sentido expreso que le quisieron dar los diputados que votaron mayoritariamente a favor de la enmienda. El TC prefiere la voluntad de la minoría constituyente.

5. Otro punto decisivo en la argumentación empleada por el TC es la sorprendente ponderación de los valores y bienes que entran en colisión. A la hora de

<sup>104</sup> De Diego Lara, 'La despenalización del aborto...', cit., 419. V. M. Garrido Falla, 'El derecho civil, protector del ser humano', en AA.VV., *En defensa de la vida...*, cit., 81-97.

valorar y comparar entre sí esos bienes jurídicos se podría haber pensado que el TC haría uso de un principio clásico tanto en moral como en el campo del derecho, según el cual cuando entran en conflicto dos bienes hay que dar la preferencia al bien mayor. Es decir, que el mal que se vaya a causar no sea mayor que el que se trate de evitar (Código penal, 8, 8, 1). Pues bien, el TC en la ponderación de bienes en litigio se muestra incongruente al equiparar el valor fundamental de la vida humana con el 'valor fundamental de la dignidad de la persona'<sup>105</sup>. Dignidad a la que le son inherentes una larga serie de derechos y libertades. Todas las cuales considera el TC superiores a la vida humana.

Pero eso no es lo más grave, pues por el simple hecho accidental de que el niño todavía no haya nacido, el TC considera más valiosa la salud física o psíquica de la madre que la *humanidad* o *humanitas* del *nasciturus*. Es más, por encima de la vida del feto —cuya vida nos había dicho que era un valor central— el TC sitúa 'la angustia de los padres causada por la inseguridad acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva'.

En una palabra, todas las consideraciones iniciales en torno a la trascendencia del derecho a la vida casi han sido ignoradas por el propio alto Tribunal, al usar dos medidas, dos pesos, según los casos.

No quisiera pecar de catastrofista al decir que la Sentencia introduce en nuestro ordenamiento un elemento que puede distorsionar no pocos valores de nuestra sociedad. Dar la prevalencia a la angustia y a la misma salud o libertad de los padres sobre la vida de sus hijos no nacidos, por el simple hecho que a éstos les espera previsiblemente un porvenir triste, desafortunado y lleno de calamidades, no deja de ser una motivación poco seria. Una especie de bomba de relojería que más pronto o más tarde estallará sobre nuestra sociedad, como ya ha ocurrido en otros países. Me estoy refiriendo a la ampliación de las indicaciones o motivos que legitimen la despenalización o legalización del aborto, así como su aplicación a otras situaciones en las que la vida de ciertas personas resultara gravemente molesta para los derechos constitucionales de los demás. Piénsese en el caso de la eutanasia, no sólo de ancianos en fase terminal, sino de otros enfermos, somáticos o psíquicos, que padezcan graves carencias más o menos irreversibles. Si los padres pueden legítimamente destruir a sus hijos todavía no nacidos, ¿qué habría de malo en que se eliminara a los nacidos, física o psíquicamente tan deficientes cuyo cuidado y atenciones, exigieran de los familiares o de otras personas sacrificios excepcionales, inadecuados e impropios de seres libres, que deben desarrollar libremente su personalidad y que tienen derecho a la intimidad, etc.? Sabemos que la *ratio legis non est lex*, pero también sabemos que el fin que persiguen las leyes suele servir como criterio de interpretación extensiva o restrictiva, o al menos, estricta o lata, según los casos<sup>106</sup>.

Con esa valoración y ponderación de los bienes sería inconstitucional la inclusión en una ley de la indicación socio-económica, consistente en despenalizar el aborto 'cuando consideradas todas las circunstancias de la vida, no sea exigible a la embarazada la continuación de la gestación'.

<sup>105</sup> FJ, 8.

<sup>106</sup> En cumplimiento del TC el Gobierno remitió al Congreso de los Diputados un nuevo Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 del Código Penal. Sometido a votación la totalidad del Proyecto fue aprobado por 195 votos a favor, 80 en contra y las abstenciones (Diario de Sesiones del Congreso del 30 de mayo de 1985, n. 213, p. 9735). Posteriormente en el Senado, previo dictamen por la Comisión permanente, se debatió en el pleno el 25 de junio. Al final del cual se sometió a votación siendo aprobado el texto del dictamen con la modificación introducida. La votación dio el siguiente resultado: 132 votos

## V.—LA LEY DEL ABORTO

El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª. Que se presuma 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 dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

Hasta aquí el texto de la Ley Orgánica de 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Seguidamente vamos a hacer una *breve exégesis* de dicha ley.

De acuerdo con el nuevo artículo 417 bis para que la práctica del aborto resulte impune deben cumplirse los siguientes requisitos:

A) *Requisitos generales previos*

1. *Sujeto pasivo.* Cualquier mujer embarazada, española o extranjera, mayor o menor de edad, casada, soltera, viuda o separada.

2. *Sujeto activo*

a) Cualquier médico. No se requiere que sea especialista, sino que basta el estudio de la medicina general.

b) Cualquier persona dirigida por el médico. No se exige calificación alguna. Sólo que actúe bajo la dirección de un médico. La dirección puede hacerse de

a favor, 35 en contra y 6 abstenciones. El 27 del mismo mes se debatieron en el Congreso las enmiendas del Senado. Efectuada la votación dio el siguiente resultado: votos a favor 186, en contra 50 y 7 abstenciones. El cinco de julio se publicada en el BOE.

cualquier forma legítima: por vía telefónica, televisiva, personalmente, o a través de terceras personas, etc. La palabra 'dirigir' admite éstas y otras interpretaciones, siempre que se salve lo importante: que la dirección corresponda a un médico.

3. *Lugar en que se debe realizar el aborto.* En un centro o establecimiento sanitario acreditado, público o privado. Por tanto serían ilegales los abortos llevados a cabo en otros lugares (casas privadas, clínicas no acreditadas, etc.).

El TC ha indicado que los abortos deben realizarse en centros autorizados. La ley habla de 'acreditado'. La diferencia quizás puede consistir en qué centro acreditado se refiera a cualquier centro sanitario, público o privado, que tenga las instalaciones oportunas, aun cuando no haya sido expresamente autorizado.

Parece que con esta norma se quiere evitar los abortos clandestinos y los posibles abusos por parte de los otros establecimientos no acreditados.

4. *Consentimiento de la embarazada.* Se trata de un consentimiento *expreso*. No sería suficiente en principio un consentimiento tácito o presunto. Con ello se pretende tutelar la plena libertad de la mujer gestante.

Con todo, este principio tiene una importante excepción: en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse tanto del dictamen médico como del mismo consentimiento de la mujer. Estimo que esta excepción sólo puede utilizarse en el primer supuesto despenalizado, o sea, 'cuando el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida de la madre'.

Respecto del consentimiento de las mujeres menores de edad o incapacitadas no está clara la voluntad de la ley. Por una parte, aplicando los principios generales, había que pedir el consentimiento previo de sus legítimos representantes, como parece insinuar el TC<sup>107</sup>. Pero, por la otra, el legislador ordinario no alude a estos preceptos. Téngase presente que el legislador quiere favorecer los abortos, como se deduce de la redacción de esta ley, los debates parlamentarios y por otras manifestaciones.

En ningún caso se exige el consentimiento del progenitor, sea matrimonial o extramatrimonial. La razón ya la apuntaba el TC al decir que el embarazo es algo que afecta 'primordialmente a la mujer'<sup>108</sup>.

## B) Supuestos de despenalización

1. *Aborto terapéutico.* En este supuesto se contemplan dos hipótesis:

a) Cuando se da un *grave peligro para la vida* de la madre.

Por *grave peligro* hay que entender toda situación en la que se prevea prudentemente que la mujer puede morir de no suprimir la causa que crea dicho peligro. En este caso el peligro proviene de la gestación. El aborto, pues, debe considerarse *necesario* para eliminar dicho 'grave peligro'. El juicio técnico sobre la peligrosidad letal del embarazo lo tiene que dar el médico.

b) Cuando se da un *grave peligro para la salud*, física o psíquica, de la madre.

La existencia del 'peligro grave' debe constar mediante un dictamen emitido por un médico especialista, distinto de quien practique o dirija la intervención abortiva. Lógicamente el dictamen tiene que darse con anterioridad al aborto. Tiene que constar también que el aborto es *necesario* para evitar dicho peligro tanto para la salud

107 FJ, 14.

108 FJ, 13.

física como psíquica. La comprobación del supuesto es una exigencia de las garantías indicadas por el TC y que las consideraba esenciales para declarar constitucional dicha ley. Entendía el TC que de esa forma protegía al *nasciturus*<sup>109</sup>.

El problema más importante a dilucidar es el alcance del término *salud*, tanto física como psíquica. Lo más probable es que el médico haga suya la noción de la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual salud 'es el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades'. Tampoco nos debe extrañar el que los jueces hagan uso de este concepto en los casos que se presenten ante sus tribunales.

Respecto del *lugar* (centro) en que el médico debe comprobar la existencia de dichos supuestos nada dice la ley, a pesar de que el mismo TC señalaba que el legislador ordinario debería prever que se llevara a cabo en centros sanitarios, públicos o privados, autorizados al efecto<sup>110</sup>.

Como hemos dicho antes, el legislador exime a la abortante tanto del consentimiento expreso, como del dictamen médico si bien en los casos de urgencia por riesgo vital. La urgencia la dictamina el médico interviniente.

2. *Aborto en caso de violación*. Por violación se entiende a tenor del art. 429 del Código Penal el yacer 'con una mujer en cualquier de los casos siguientes: Cuando usare fuerza o intimidación. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores'.

El aborto queda impune si se cumplen estos requisitos:

1º. Que se practique dentro de las *doce primeras semanas* de gestación.

2º. *Denuncia* de la violación.

Creemos interesante hacer las siguientes observaciones:

a) No se señala ningún plazo para presentar la denuncia, pero parece obvio que se presente antes de la realización del aborto.

b) La denuncia debe presentarse ante el juez. No lo dice la ley, pero parece deducirse de la sentencia del TC que habla de que la 'comprobación judicial' del delito de violación presenta graves dificultades. Por otra parte, precisamente porque la ley guarda silencio, ¿qué inconveniente habría en que se presentara ante la Comisaría de la policía o ante un puesto de la Guardia Civil? Tanto más cuanto que el juez no debe comprobar la veracidad de la denuncia.

c) La denuncia no necesita ser comprobada: basta la simple denuncia para tener derecho al aborto. Aunque el denunciante mintiera nada cambia respecto de la despenalización del aborto eventualmente practicado. Tampoco se dice que la denuncia tenga que ser presentada por la gestante violada, sino que 'el mencionado hecho hubiese sido denunciado'. Cualquiera lo podría hacer.

3. *Aborto eugenésico*

a) Supuesto: presunción de que el feto ha de nacer con taras físicas o psíquicas.

La presunción no es más que una conjetura probable de una cosa incierta. Basta la mera presunción, no se requiere la certeza o seguridad de que esas taras existan. El Proyecto de Ley habla de 'que sea probable', ahora se dice que 'se presuma'. La

109 FJ, 12.

110 Ibid.

diferencia es bien poca. La gravedad de las taras debe medirse en razón de su importancia y profundidad, así como de su permanencia.

b) Comprobación:

— El dictamen sobre la gravedad de las taras debe dictarse con anterioridad a la práctica del aborto.

— Debe realizarse por dos especialistas. No dice que sean médicos, aunque parece lo normal.

— Los especialistas deben pertenecer a centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto.

— Distingue del médico que interviene o de quien bajo su dirección se realiza el aborto.

c) Tiempo: Debe practicarse dentro de la *veintidós semanas* de gestación.

Nota: *Situación privilegiada de la mujer*

A la mujer que consiente en el aborto, el número 2 del art. 417 bis del Código Penal le exime de toda responsabilidad penal, siempre que el aborto se realice por un médico o alguien bajo su dirección, aún cuando se efectúe en un centro no acreditado ni se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos en el número uno del mismo artículo.

En este caso los que efectúan el aborto (médico, enfermera, etc.) incurrirían en responsabilidad penal, pero no la mujer.

## VI.—POSTURA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA

En estos últimos años la CEE ha publicado siete documentos en los que de una forma más o menos amplia ha hablado del aborto. El primero de ellos (I) fue una *Nota* de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la fe de 4 de febrero de 1974<sup>111</sup>. Unos años más tarde, el 6 de junio de 1979, en el *Documento* (II) consagrado al 'Matrimonio y Familia', dedicó los números 98 al 104 al problema del aborto<sup>112</sup>. En respuesta a la iniciativa gubernamental de enviar a las Cortes un *Proyecto de reforma del artículo 417 bis del Código Penal* en el que se contemplaba la *despenalización* del aborto en tres supuestos concretos, la Comisión Permanente de la CEE hizo público otro *Documento* (III) titulado 'La vida y el aborto'<sup>113</sup>. Con este mismo motivo, el 25 de junio de dicho año apareció una *Declaración* (IV) de la Asamblea Plenaria de la CEE bajo el título de 'La despenalización del aborto'<sup>114</sup>. Aprobada esta Ley, el Grupo Popular presentó recurso de inconstitucionalidad ante el TC, quien el 11 de abril dictó sentencia fallando su inconstitucionalidad porque en la Ley no se recogían las garantías necesarias en orden a la protección del *nasciturus*. El Comité ejecutivo de la CEE difundió un *comunicado* (V) apenas conocido el fallo del TC<sup>115</sup>. El 10 de mayo de ese mismo año la Comisión Permanente dio

111 *Ecclesia*, 1712 (19.X.74) 12-14 (I)  
 112 *Ecclesia*, 1945 (4 y 8.VIII.1979) 31-32 (II)  
 113 *Ecclesia*, 2113 (12.II.1983) 16-19 (III)  
 114 *Ecclesia*, 2135 (23.VI.1983) 29-31 (IV)  
 115 *Ecclesia*, 2217 (20.IV.1985) 23 (V)

a conocer una *Declaración* (VI) sobre 'Despenalización del aborto y conciencia moral' <sup>116</sup>. Finalmente la XLII Asamblea Plenaria de la CEE volvió sobre la Sentencia del TC con un amplio *Documento* (VII) titulado 'Actitudes morales y cristianas ante la despenalización del aborto' <sup>117</sup>.

La postura de la CEE puede sintetizarse en estos diez puntos, que son el eje en torno al cual giran todas las enseñanzas:

1. Su derecho a intervenir en el asunto del aborto lo basan en la libertad que les concede la Constitución y en las exigencias de su ministerio pastoral. Con estas enseñanzas pretenden iluminar a la comunidad católica y apoyar a todos los que se sienten comprometidos en la defensa del hombre <sup>118</sup>.

2. La vida humana es inviolable. Vivir es el primero de los derechos. Nunca se puede legitimar la muerte de un ser inocente. El hombre no es dueño absoluto de su vida. Sólo Dios es autor y señor de la vida <sup>119</sup>.

3. La vida humana empieza con la fecundación o concepción. En este punto están de acuerdo el magisterio de la Iglesia y la ciencia moderna. Desde el primer momento de su concepción hasta la muerte participa todo ser humano de la dignidad propia de la especie humana. Ni aumenta ni disminuye a lo largo de la vida. El que ha de nacer es verdadero sujeto de derechos humanos <sup>120</sup>.

4. Por consiguiente, la vida humana debe ser respetada por sí misma, en todas las etapas de su curso vital, independientemente de su utilidad o de las dificultades que pueda plantear a los demás. El derecho a la vida es, por tanto, inherente a todo ser humano. Cuanto más indefensa se halla la vida humana necesita si cabe de mayor protección <sup>121</sup>.

5. La autoridad pública tiene la ineludible obligación de tutelar el derecho a la vida de todos y en todo momento, ya que ese derecho es un derecho fundamental también aplicable a los no nacidos. Resultaría paradójico que el Estado de derecho contribuya a destruir los valores centrales y básicas de la sociedad <sup>122</sup>.

6. El aborto se califica de homicidio, sacrificio impune, eliminación del hijo, comportamiento inhumano, principio de descomposición moral, crimen abominable, gravísima violación del orden moral, acción gravemente inmoral, decisión moralmente injusta y perniciosa, pecado contra Dios, atentado contra la justicia, el amor y la vida <sup>123</sup>.

7. Recogen y critican las razones con que los abortistas pretenden justificar el aborto. Entre ellas destacan el peligro para la vida y salud de la madre, la clandestinidad, previsible malformación del feto, cifras desorbitadas, derechos de la

116 *Ecclesia*, 2211 (10.V.1985) 21 (VI)

117 *Ecclesia*, 2229 (13.VII.1985) 41-43 (VII)

Los números romanos se refieren a los Documentos de la CEE según su orden cronológico, tal como los hemos detallado más arriba.

118 I, 21; III, 2, 3 y 4; IV, 18; VI, 1; VII, 1.

119 I, 10; II, 98, 99, 104; III, 5-8; IV, 2; VI, 1; VII, 2, 4, 18.

120 I, 12; II, 99; III, 6; IV, 2; V, 1; VI, 3; VII, 3, 4.

121 I, 12, 15; II, 10, 100; III, 5, 11; IV, 2; V, 1; VI, 2; VII, 3, 4.

122 I, 13; II, 102; III, 9, 13, 18; IV, 3, 5; VII, 2, 5, 8.

123 II, 101; III, 5, 10, 18; IV, 2; V, 1; VII, 2, 3, 4, 5; VI, 1, 2.

mujer a su propio cuerpo, derecho al honor, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, pluralismo ético y político, libertad de conciencia, maternidad libre, a nadie se obliga a abortar, la dramática situación de las madres solteras y de no pocas casadas, a causa de su pobreza y otros males <sup>124</sup>.

8. Aconsejan luchar contra las causas del aborto utilizando todos los recursos. Así, por ejemplo, ayudar a las madres solteras, así como al matrimonio y a la familia; educar a la juventud, aportar recursos, crear instituciones, facilitar la adopción, promover los valores religiosos y morales, atender a las familias con hijos disminuidos, etc. <sup>125</sup>.

9. Invitan a la resistencia y lucha pacífica, pero inquebrantable en contra del aborto, así como a que hagan uso de la objeción de conciencia y a que nieguen la cooperación a cualesquiera prácticas abortivas. Estiman que los posibles conflictos entre los intereses de la madre y la vida del hijo deben resolverse a través de medidas jurídicas y sociales que respeten y protejan a ambos <sup>126</sup>.

10. Recuerdan la vigencia de la pena de excomunión a quienes ejecuten o colaboren física o moralmente de tal forma que sin su colaboración no hubiera llegado a producirse el aborto <sup>127</sup>.

## VII.—PENAS CANONICAS Y ABORTO

Es sabido que la Iglesia Católica desde sus orígenes hasta nuestros días ha condenado ininterrumpidamente las prácticas abortivas. Son muchos los concilios en los que se han impuesto sanciones a los abortistas. El actual Código de Derecho Canónico prevé una serie de sanciones que seguidamente analizaremos.

### A) *El concepto de aborto*

Nos parece importante dar un concepto de aborto, ya que de su definición dependerá el que las sanciones se apliquen o no en determinados supuestos.

La mayoría de los canonistas entienden por aborto 'la expulsión del claustro materno del feto que está *vivo* y no puede seguir viviendo fuera de él' <sup>128</sup>. Feto se toma en estas definiciones en un sentido muy amplio y comprende tanto al óvulo fecundado, como al embrión y al feto, desde la concepción hasta el alumbramiento.

En esta definición se destaca:

a) Que la expulsión sea violenta, no espontánea.

b) Que el feto esté *vivo* al momento de su eyección. No sería aborto, pues, la expulsión de un feto muerto o intencionadamente destruido para posteriormente ser extraído. Así no se consideraría aborto la embriotomía y el feticidio, cualquiera que sea el modo de exterminio.

124 I, 7, 8, 13, 14; III, 9, 18; IV, 4; VI, 3; VII, 5, 6.

125 I, 19; II, 103; III, 13, 14, 16, 17; IV, 11, 12, 13; VII, 8, 11, 14.

126 III, 18; VI, 6; VII, 9, 10.

127 VII, 7.

128 L. Miguélez, *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria* (Madrid 1974) 869. T. García Barberena, *Comentarios al Código de Derecho Canónico* IV (Madrid 1963) 510-11.

c) Que el feto no sea viable fuera del claustro materno. Si fuera viable nos hallaríamos ante una aceleración del parto.

Quienes dan esta definición de aborto sólo aplicarán las penas canónicas en caso de que ese acto reúna todos los requisitos recogidos en la definición. Al feticidio o embriotomía lo califican sin más de homicidio. Al no ser estrictamente aborto tampoco recaerían sobre los autores de esos delitos las penas canónicas previstas para el aborto, ya que en derecho penal no cabe la analogía extensiva. Aquí debe aplicarse con rigor —dicen— el principio *nulla poena sine lege*.

Por otra parte, como escribe G. Perico, estos delitos no se sancionan canónicamente 'porque este hecho de por sí ya inspira horror y repulsión y hace que el delito sea menos frecuente que la simple expulsión' <sup>129</sup>.

Otros canonistas <sup>130</sup> definen el aborto diciendo que es la interrupción violenta de la vida embrionaria o fetal, bien destruyéndola en el seno materno, bien expulsándola todavía viva y dejándola morir fuera del mismo.

A mi modo de ver debe aceptarse esta definición. Al dar la definición más común, los autores querían señalar que la malicia del aborto estaba no en la expulsión de cualquier feto, sino de un feto vivo y no viable. El hecho de que se le mate en el seno materno y posteriormente se le extraiga a trozos o se le expulse fuera del seno materno conservando su vida no modifica los hechos ni cambia la intencionalidad. Tanto en la primera figura como en la segunda hay voluntad occisiva y malicia abortiva. Por tanto estimo que no es legítimo apelar en este supuesto a la inaplicabilidad de la analogía penal.

Por otra parte la definición que hemos dado coincide sustancialmente con la que da la medicina la cual considera aborto la 'interrupción del embarazo antes del sexto mes' <sup>131</sup>. Asimismo los penalistas también nos ofrecen un concepto similar. Rodríguez Davesa, por ejemplo, lo define con estas palabras: 'Aborto es la muerte del feto mediante su destrucción mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada' <sup>132</sup>.

Un problema más grave, desde el punto de vista de su definición, nos lo plantean los embriones fecundados *in vitro* y todavía no implantados en el útero. En esta hipótesis falta un elemento esencial: la relación del embrión con el útero femenino. Mientras no se implante, el útero en que se encuentran dichos embriones es un útero mecánico o artificial. En caso de destrucción, ¿puede calificarse de abortiva en sentido estricto? Ciertamente lo sería si se les matara o expulsara una vez implantado en el claustro materno. A los no implantados desechados había que decir que con ellos se ha cometido un homicidio. Pero no un aborto propiamente hablando.

Estimo que ante estas innovaciones biogenéticas hay que ir pensando bien en dar una noción de aborto omnicompreensiva de toda lesión letal extra o intrauterina contra el óvulo fecundado o en tipificar delitos nuevos.

Dada la interpretación estricta y la inaplicabilidad de la analogía en derecho penal creo que en el caso de los embriones desechados, los agentes no incurrirían en excomunión *latae sententiae*, si bien habría que considerar su acción como homi-

<sup>129</sup> *Defendamos la vida* (Alcoy 1961) p. 130, nota 45.

<sup>130</sup> Wernz-Vidal, *Ius canonicum*. VII, *Ius poenale Ecclesiasticum* (Romae 1937) 517. M. Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici*, IV, *De delictis et poenis* (Taurini-Romae 1955) 489 ss.

<sup>131</sup> Perico, o. c., 119.

<sup>132</sup> *Derecho Penal Español. Parte especial* (Madrid 1983) 81.

cida. Además la autoridad competente podría aplicarles penas *ferendae sententiae*, según los casos.

Creo de interés recordar la clásica división entre aborto directo y aborto indirecto. Por aborto directo se entiende el aborto 'provocado por una acción puesta conscientemente (no sólo por imprudencia) la cual, de por sí, por su misma naturaleza y tendencia, se dirige al aborto como a su único y propio fin'<sup>133</sup>. En cambio, aborto indirecto es el que no se quiere ni se intenta el aborto, sólo se permite por inevitable concomitancia del mismo con una acción que, por su naturaleza, tiende a un efecto lícitamente bueno.

#### B) *Requisitos para incurrir en la pena de excomunión*

a) Ha de tratarse de un aborto directamente provocado, o sea, *studiose et ex industria*. La acción abortiva debe dirigirse a propósito a interrumpir la gestación. Por tanto el único fin perseguido por el agente ha de ser el aborto.

En consecuencia, en caso de aborto indirectamente querido no puede aplicarse la excomunión. Tanto la voluntad del agente como la acción puesta no son directamente occisivas. La voluntad permite, pero no consiente. La acción tiene un doble efecto, uno bueno (querido) y otro malo (permitido). Para que sea lícita una acción con doble efecto deben tenerse en cuenta los criterios morales pertinentes.

b) Debe tratarse de un aborto efectivamente consumado o conseguido. A estos efectos, no se tiene en cuenta la etapa de su vida en que se encuentra el feto. Lo mismo da que el aborto se produzca poco después de la concepción que poco antes del alumbramiento. La teoría de la animación sucesiva ha sido desechada tanto por la ciencia como por la doctrina canónica.

c) Incurren en la excomunión todos los que física o moralmente procuran el aborto. En general, afecta a todos aquellos cuya intervención fue eficaz y necesaria para su realización.

Físicamente intervienen el médico que practica el aborto, la comadrona o enfermera que coopera con él, etc. Intervienen moralmente el marido, los parientes, consejeros, instigadores. Es decir, todos aquellos que, como dice el can. 1329, no se hubiera cometido el delito 'sin su ayuda'. Esta pena afecta también a la madre que consiente el aborto, aún cuando el can. 1398 no lo dice expresamente como se hacía en el can. 2350 del Codex de 1917.

En la comisión de este delito debe tenerse en cuenta las causas eximentes (can. 1323) y las atenuantes (can. 1324). En los supuestos enumerados en estos cánones 'el reo no queda obligado por las penas *latae sententiae*', una de las cuales es la excomunión.

#### C) *Otras sanciones canónicas*

Además de la excomunión el Código de Derecho canónico prevé otras dos sanciones que se aplican a los clérigos y a los miembros de los institutos de vida consagrada: la irregularidad para recibir y ejercer órdenes sagradas y la expulsión del instituto de vida consagrada.

<sup>133</sup> G. Perico, *Defendamos la vida...*, cit., 119. J. Palazzini, *Dictionarium Morale et Canonikum* (Romae 1962), voz 'abortus', 14.

a) A tenor del can. 1041, 1º, son irregulares para recibir órdenes sagradas los que '...hayan procurado el aborto, habiéndose verificado éste, así como todos aquellos que hubieran cooperado positivamente'. Lo mismo se repite en el can. 1044, 1, 3º respecto del ejercicio de las órdenes recibidas.

Sobre la dispensa de estas irregularidades véanse los cáns. 1047 y 1048.

b) A tenor del can. 695 el miembro de algún instituto de vida consagrada que cometa el delito de aborto debe ser expulsado. Dada la gravedad de la pena, así como la causa de la misma que es la comisión de un delito de aborto, entre otras, corresponde al Superior mayor probar los hechos y su imputabilidad. Al acusado se le dará la posibilidad de defenderse. Todas las actas del procedimiento tendrán que remitirse al Superior General.

ANTONIO MOLINA MELIA  
Facultad de Derecho  
de la Universidad de Valencia