

CONSTITUCION, VIDA Y ABORTO, SU FORMULACION PROGRESIVA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

Por JOSE ANTONIO GARCIA GONZALEZ.

SUMARIO

I. Introducción.—II. La doctrina científica y la interpretación del artículo 15: 1. Consideraciones generales. 2. La dialéctica del término «persona». 3. ¿A quién se protege con «todos»?—III. Derecho internacional y Constitución: 1. Valor del Derecho internacional en la Constitución. 2. Derecho internacional y «derecho al aborto». 3. Tratamiento en los textos generales de Derecho internacional. 4. El sistema de protección de los derechos de la infancia. 5. La Declaración de los Derechos del Niño. 6. Conclusiones.—IV. ¿Legalización o despenalización?: 1. Sentido de la despenalización. 2. Despenalización y Constitución.—V. Plazo e indicaciones *versus* Constitución: 1. Los distintos sistemas despenalizadores. 2. Conceptos previos. 3. El sistema del plazo. 4. El sistema de indicaciones. 5. El conflicto vida-vida o vida-salud. 6. Libertad de embarazo y derecho a la vida. 7. Derecho a la vida y malformaciones congénitas.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Las Constituyentes españolas estimaron la necesidad de encabezar el listado de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, dentro de la parte dogmática de la Constitución de 1978, con el más primario de todos los derechos: el derecho a la vida.

A tal efecto, dispone el artículo 15 que: «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.»

El consenso en la polémica redacción de este precepto encontró serios obstáculos por parte de las diferentes concepciones ideológicas presentes. Se suscitaron fuertes debates en torno a dos temas: la abolición de la pena de muerte y el aborto. No es éste lugar para tratar ni la interesante y compleja discusión sobre la pena de muerte ni la solución finalmente adoptada. Mi propósito en este trabajo es analizar el ámbito subjetivo de la titularidad del artículo 15.

Como consideración previa, me gustaría explicar las claves de referencia en que me he basado. Con el fin de huir de la polémica, he rechazado toda consideración personal basada en razones éticas, morales y cualesquiera otras de índole extrajurídica. Simplemente expongo la interpretación que creo más correcta de este difícil problema, dentro de la Constitución.

Desde estas bases pretendo abordar el tema de la extensión subjetiva del artículo 15, y en especial el problema de si nuestra Constitución asume alguna postura en torno al aborto, y en caso afirmativo, en qué sentido lo hace. La importancia del tema creo que es clara, ya que, como han puesto de manifiesto los profesores De Esteban y López Guerra, «las consecuencias jurídicas de una u otra decisión son evidentes: en la primera opción, el aborto es un delito sancionado por la ley penal. Si, por el contrario, al *nasciturus* no le asiste el derecho a la vida, la interrupción del embarazo no acarrea sanción penal» (1).

II. LA DOCTRINA CIENTIFICA Y LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 15

1. Las diversas ramas de la doctrina científica se han ocupado de la interpretación del artículo 15 de la Constitución. Es de destacar, lógicamente, la postura de los constitucionalistas y especialistas en Derecho público. La temática del aborto en relación con el artículo 15 ha sido tratada por lo general de manera somera, con vagas referencias a los sistemas de Derecho comparado, o bien con ciertas soluciones reduccionistas. No faltan, sin embargo, alusiones que esgrimen en uno u otro sentido diversos argumentos.

Así, el profesor italiano Silvio Basile fue uno de los primeros que se

(1) DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, vol. I, 1980, página 141.

ocupó del tema en un interesante artículo (2) incluido en la obra colectiva *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. El problema básico es, en su opinión, la determinación del significado de la expresión «todos». Llega a la conclusión de que con la fórmula *todos* «no se tutela la vida en general, sino la vida de la persona humana» (3). A idéntica conclusión llega el profesor español Jorge de Esteban partiendo de una interpretación sistemática. En efecto, el citado especialista afirma: «Por otro lado está claro que siempre que en la Constitución se emplea la palabra 'todos' se hace referencia a la persona» (4).

Pero con esto no se resuelve el problema: queda por determinar *qué es la persona*. En función de este interrogante, la doctrina ha acudido a diversos argumentos para estudiar si cabe o no dentro del artículo 15 el *nasciturus*.

2. Una primera postura es la del profesor De Esteban, quien afirma que el feto no es persona en sentido biológico ni jurídico. Frente a esta posición se ha objetado que desde un punto de vista biológico, la Medicina y la Embriología modernas consideran al feto como una nueva vida y que, al ser ésta calificada de humana, es una «persona» en sentido biológico. Desde un punto de vista jurídico, la cuestión es más compleja. Lo primero que hay que plantearse es el significado jurídico del término «persona», dado que no cabe recurrir ni al ordenamiento civil ni al penal porque sostienen conceptos distintos, y fundamentalmente, porque no es posible interpretar la Constitución a través de leyes inferiores y preconstitucionales.

A este respecto es interesante observar con Martínez Sospedra que «la cuestión gira en torno al significado del término 'todos' con el que se designa al titular del derecho. Desgraciadamente la Constitución emplea dicho término en sentidos diversos, unas veces para designar personas (artículo 27, ad. ex.) y otras para designar a los ciudadanos (art. 31, ad. ex.). Por otra parte resulta difícil interpretar el término en el sentido de que el 'todos' se refiere a las personas, no sólo porque ello significa desconocer la voluntad del constituyente, sino también porque cuando la Constitución quiere hacer dicha precisión lo hace expresamente (cfr. art. 24.1)» (5).

(2) SILVIO BASILE: «Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en la obra colectiva *La Constitución de 1978. Estudio sistemático*, dirigida por García de Enterría y Predieri, coedición Civitas y Giuffrè, 1980, págs. 253-307.

(3) BASILE: *op. cit.*, pág. 286.

(4) DE ESTEBAN: *op. cit.*, pág. 142.

(5) MARTÍNEZ SOSPEDRA: *Aproximación al Derecho constitucional español*, Valencia, 1980, págs. 40 y 41.

3. Por lo dicho, parece poco correcto enfrentar el tema desde la perspectiva de si el feto es o no persona. Lo verdaderamente decisivo en definitiva es si dentro de la fórmula «todos» cabe o no la protección del *nasciturus*.

Lo primero que hay que plantearse, antes de realizar tal labor, es la cuestión metodológica, ver cuáles son los medios de interpretación y si resultara una posibilidad, ver la jerarquía entre ellos, para así evitar posibles conflictos.

Parece pacífica en la doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo confirma, la opinión de que los medios de interpretación de la Constitución son los que enuncia el artículo 3.1 del Código civil, a saber, la interpretación lógico-gramatical, histórica, sociológica, y finalista (6). De su clasificación y jerarquía se ha afirmado el predominio del elemento teleológico o finalista (7).

Igual postura se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien no duda en tratar cuestiones de hermenéutica jurídica (8), acogiendo el método histórico al acudir a los antecedentes históricos, trabajos preparatorios y debate parlamentario (9), y en el predominio que otorga a la interpretación finalista (10).

En este sentido, el citado Tribunal ha afirmado que «la interpretación de este precepto constitucional exige que tengamos en cuenta el debate parlamentario del que surgió esta redacción definitiva» (11).

En este sentido, el profesor Alzaga concluye en base a un razonamiento teológico 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 *nasciturus* (12). Por un camino similar llega al mismo resultado Sánchez

(6) Véase PABLO LUCAS VERDÚ: «Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 2 (monográfico), Madrid, 1979. Tras la reforma del título preliminar del Código civil y antes de la Constitución. MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN: «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», en *Revista de Estudios Políticos*, número 198, Madrid, 1974.

(7) Véase por todos, Díez PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1982.

(8) En este extremo es esencial la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (voto particular).

(9) Ad. ex. Sentencia Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982.

(10) Ad. ex. Sentencia Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981.

(11) STC de 20 de julio de 1981.

(12) OSCAR ALZAGA: *La Constitución española. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, 1978, pág. 185.

Agesta, para quien «la corrección por el sujeto 'todos' implica, al parecer, la intención de extender la protección de este derecho al embrión» (13). Sin embargo, por una vía también finalista o teleológica, De Esteban llega a la conclusión de que «cuando en el texto aparece la palabra 'todos' se hace con una clara intención: reafirmar que tal derecho corresponde no sólo a los ciudadanos españoles, sino también a los extranjeros» (14). Esto no parece exacto a la vista del proceso de redacción del artículo 15, ya que, como manifiesta Serrano Alberca, «la idea que encierra la diferencia entre el empleo del 'todos' o de 'toda persona' se concreta en que con el empleo de la expresión 'todos', se limitaría la posibilidad de una ley que permitiera el aborto, al otorgarse constitucionalmente protección al *nasciturus* sin necesidad de que haya adquirido por el nacimiento la condición de persona» (15). El citado autor basa su afirmación en el debate parlamentario celebrado con motivo de la discusión del texto y de sus enmiendas durante el proceso constituyente (16). Refiriéndose también al debate, señala el profesor Lucas Verdú: «El cambio es significativo porque la expresión 'todos' abarca a todas las formas vitales humanas, de manera que puede invocarse para proteger al embrión humano» (17). Opinión que coincide, asimismo, con la de Sánchez Goyanes (18).

III. DERECHO INTERNACIONAL Y CONSTITUCION

1. Quizás adquiere el tema toda su dimensión si se centra la atención en el criterio hermenéutico que acoge la Constitución para la correcta interpretación de las disposiciones relativas a derechos fundamentales. Y se ha de partir de la conclusión a que llega Rodríguez Zapata tras un profundo estudio del valor del Derecho internacional en relación con nuestra Constitución: «Hemos de considerar existente, en nuestra Constitución material, una norma fundamental que admite la adopción del Derecho internacional general en el Derecho español. Así, entre los principios generales del Dere-

(13) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Ed. Nacional, 1981, pág. 109.

(14) DE ESTEBAN: *op. cit.*, pág. 142.

(15) SERRANO ALBERCA, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla, Civitas, 1980, pág. 189.

(16) Sesiones de 18 de mayo y 6 de junio de 1978.

(17) PABLO LUCAS VERDÚ: *Constitución española. Edición comentada*, CEC, 1979, página 53.

(18) SÁNCHEZ GOYANES: *El sistema constitucional español*, 1980, pág. 157.

cho español existe, en base a la tradición nacional y constitucional españolas, el del respeto a las normas del Derecho internacional general» (19). Este reconocimiento del Derecho internacional como algo digno de respeto y con significación de criterio interpretativo, ha sido acogido en el artículo 10.2 de nuestra Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» Por tanto, «si se observa lo que dice su artículo 10.2, los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución» (20).

Su significado progresivo es claro, ya que como sostiene la doctrina «la disposición del apartado 2.º del artículo 10 puede tener tan solo la consecuencia de extender, nunca la de restringir, el área de libertad de los individuos (...). Por tanto, la norma del artículo 10, apartado 2.º, es sólo una especificación del principio en *favor libertatis* que expresa el apartado anterior (art. 10, apart. 1.º) (21).

Y, a mayor abundamiento, baste recordar la autorizada opinión de un miembro del Comité Director de Derechos Humanos en el Consejo de Europa, quien afirma respecto a las Declaraciones de Naciones Unidas y en especial a la Declaración Universal, que «a pesar de que por sí misma no constituye un código ni conjunto de reglas jurídicas, incide en el ordenamiento jurídico de España y tiene que tenerla en cuenta y, por consiguiente, conocerla bien el juez que vaya a aplicar una regla emparentada con un tema de los que se ocupa la Declaración» (22).

2. Una vez examinada la relevancia del valor interpretativo del Derecho internacional en la regulación constitucional de los derechos fundamentales, se ha de aplicar dicho criterio en la interpretación del artículo 15 (derecho a la vida).

Una afirmación previa es necesaria. En todos los textos internacionales que he manejado para la elaboración de este trabajo —y no son pocos—, no he encontrado ninguna disposición, artículo o precepto que permita inducir

(19) RODRÍGUEZ ZAPATA, en *La Constitución de 1978. Estudio sistemático, op. cit.*, páginas 588 y 589.

(20) STC de 23 de noviembre de 1981. En el mismo sentido, STC de 10 de abril de 1981 y 15 de octubre de 1982.

(21) BASILE: *op. cit.*, págs. 267 y 268.

(22) MARTÍNEZ RUIZ, en *Poder Judicial*, núm. 3, junio 1982, pág. 141.

un reconocimiento explícito o implícito de un *derecho al aborto*. Sencillamente, el derecho al aborto no existe en el Derecho internacional. Ahora bien, aunque éste es un dato a tener en cuenta, es evidente que no resuelve de manera definitiva quién es el sujeto titular del derecho a la vida en el artículo 15 de la Constitución.

3. La doctrina se ha ocupado en algún extremo del problema. Así, el profesor De Esteban afirma, acudiendo a la figura de algunos autores, que «los más importantes de esos tratados se refieren a 'la persona', y la doctrina ha entendido estas disposiciones como no prohibitivas de la despenalización del aborto» (23).

En mi opinión, tal afirmación no es correcta. El citado autor llega a ella en base a una interpretación del concepto de persona en las disposiciones internacionales fundada en la trasposición a las mismas de un determinado concepto jurídico de persona propio en el Derecho español, discutible —como ya se vió— y no unitario. Lo importante y decisivo es interpretar dichas normas internacionales de acuerdo con los criterios de interpretación objetiva.

Para proceder a esta interpretación, he seleccionado las normas más importantes y las he sistematizado en un cuadro, relacionando cada una con el término con que se designa al titular del derecho a la vida:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948).	Art. 1: «... todos los seres humanos...» Art. 5: «... nadie...»
Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).	Art. 2.1: «... el derecho de toda persona...»
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Conferencia Internacional Americana, Bogotá, marzo-mayo 1948).	Art. 1: «... todo ser humano...»
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).	Art. 6: «... la persona humana...»
Convención Americana Sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969).	Art. 4: «... este derecho estará protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción...»
Estatuto del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949).	Art. 3: «... cualquier persona...»

(23) DE ESTEBAN: *op. cit.*, pág. 142.

Este cuadro sirve para entrever la imposibilidad de interpretar el término «persona» en base a un previo concepto de lo que es persona en sentido jurídico. Se hace preciso utilizar un criterio mucho más amplio, en consonancia con las pretensiones de las disposiciones analizadas. El panorama se clarifica si acudimos al sistema normativo internacional de protección al niño, que podrá suministrarnos los datos precisos para determinar qué se entiende por *persona*.

4. El sistema internacional de protección de la infancia viene recogido y fundamentado teóricamente en los derechos de la familia. Como afirma el profesor Ballesteros González, «reconocer derechos al grupo social familiar equivale a proteger al menor, siendo de destacar cómo en aras de este objetivo parece haberse superado el clásico análisis individualista de los derechos humanos que tradicionalmente consideraba que la relación entre el hombre y los grupos sociales no podía ser percibida más que en términos antagónicos» (24). El fenómeno indicado también tiene reflejo en nuestro Derecho constitucional, ya que, como ha señalado el profesor Basile, «observamos también que la dignidad de la persona implica una lectura en clave no individualista de la herencia liberal: los derechos inviolables son contemplados no sólo como libre desarrollo de la personalidad, sino también y sobre todo como derechos de los demás, que hay que respetar (...). Aún más, la libertad y los derechos fundamentales en esta lectura en clave no individualista, no podrán ya ser concebidos como meros derechos públicos subjetivos, ejercitables frente a las autoridades públicas solamente según el viejo esquema de Jellinek; deberán ser concebidos como derechos frente a todos y en particular frente a quien, de una u otra manera, detente una posición de relativo poder en las relaciones sociales» (25).

El mecanismo de protección de los derechos del niño a través de los derechos del grupo social familiar viene acogido en numerosos textos legales del Derecho comparado. Así, en los artículos 29 y 31 de la Constitución italiana de 1947, y artículos 36, 67 y 68 de la Constitución portuguesa de 1976. Igualmente figura en los documentos internacionales. A modo de ejemplo, pueden citarse: el artículo 16, párrafo 3.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 8, número 1, y 12 del Convenio Europeo de Roma de 1950; artículos 10, 17 y 23, número 1, de los Pactos Internaciona-

(24) BALLESTEROS GONZÁLEZ: «La protección jurídico-internacional de los Derechos del Niño», en *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Universidad de Granada, Departamento de Derecho internacional, 4, 5 y 6 de julio de 1979, Granada, 1980, pág. 60.

(25) BASILE: *op. cit.*, pág. 264.

les de Derechos Civiles y Políticos; el principio número 1 y los artículos 8, 16, 17 y 19 de la Carta Social Europea, etc. Incluso dicha conexión de derechos cobra especial relieve cuando en su ejercicio se ignore el principio de servicio al niño que los fundamenta, ya que entonces decaen (26).

Nuestro texto constitucional lo acoge en su artículo 39, en especial su número 4: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

Los orígenes del artículo precitado hay que buscarlos en el *iter* que condujo a la formulación actual. El sistema establecido responde a anteriores textos constitucionales. Así, Lucas Verdú afirma que «el último párrafo relativo a la protección de la infancia también coincide con el artículo 43 de la Constitución de 1931» (27). Dicho artículo acogía en nuestro ordenamiento interno una disposición general de rancio abolengo en el Derecho internacional, dentro de los límites de modernidad con que se ha tratado la protección de los Derechos Fundamentales. Me refiero a la Declaración de Derechos de la Infancia de Ginebra. Conforme al precedente, nuestra Constitución recoge igual criterio en sus actualizaciones posteriores. Ello lleva al profesor Gálvez a la conclusión de que «el número 4 del artículo 39 de nuestra Constitución implica una remisión a la Declaración de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y a los artículos 24 y 10.3 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, respectivamente» (28).

5. La Declaración de Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 1.386 (XIV). En su elaboración sufrió diversas vicisitudes. La Comisión de Cuestiones Sociales del Consejo Económico y Social adoptó, en 1950, un proyecto que fue remitido al pleno del Consejo, junto con la recomendación de que se realizara una invitación a la Comisión de Derechos Humanos para que el proyecto fuera sometido a la Asamblea General en orden a su aprobación. Mediante la resolución 309 (XI) del Consejo Económico se solicitó a la Comisión de Derechos Humanos el examen del proyecto. Este examen se realizó en las sesiones 13 y 15 de 1957 y 1959, y las observaciones realizadas se transmitieron, en forma de proyecto de declaración revisada, al Consejo

(26) Cfr. art. 6.º de la Ley Fundamental de Bonn, y art. 36 de la Constitución portuguesa.

(27) LUCAS VERDÚ: *op. cit.*, pág. 107.

(28) En *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla, *op. cit.*, página 481.

Económico y Social. El Consejo envió, por resolución 728c (XXVIII) de 30 de julio de 1959, el proyecto y toda la documentación con él relacionada a la Asamblea General, y ésta se pronunció finalmente —como ya hemos dicho— en su resolución 1.386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959. Posteriormente, la Declaración fue revisada en la Conferencia Internacional de Teherán, manteniéndose la redacción original a pesar de las polémicas que se suscitaron en torno al *ámbito subjetivo* a que extendía su protección.

En lo que a nuestro tema atañe, importa ahora examinar la cuestión relativa al sujeto titular de los derechos que la Declaración proclama. Esto plantea, por ejemplo, el problema de determinar cuándo el niño deja de ser tal y se convierte en adulto, o mejor, en joven. Pero centrandó más aún la cuestión, nos interesa sobre todo ver cuándo existe un niño según la Declaración: a partir de qué momento se es niño. El preámbulo de la Declaración afirma la necesidad de protección, «incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». El punto 4 vuelve a insistir en la idea de que el niño debe recibir atención prenatal y posnatal (29). Esta es la clave para una correcta interpretación de la Declaración: se exige protección —«incluso la debida protección legal»— antes del nacimiento. Es, por tanto, preciso reconocer que, como lo que se protege es siempre un sujeto de derechos, *el ámbito de titularidad de los derechos —y de la protección que los mismos exigen— comprende también al «nasciturus»*. Así lo afirma igualmente la doctrina, que propone el siguiente concepto de niño, extraído del contexto de la Declaración: «El ser humano desde que comienza a existir hasta la pubertad» (30).

Este concepto de niño es el que nos sirve para la interpretación y aplicación de las demás normas internacionales de Naciones Unidas sobre la materia, como los artículos 24 y 10 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, respectivamente, ratificados por España el 13 de abril de 1977 (véase *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1977), y que entraron en vigor el 17 de julio de 1977.

6. También con este concepto de niño, en el que se exige la protección prenatal del mismo, hemos de interpretar las disposiciones constitucionales en materia de Derechos Humanos. Como el artículo 39, número 4, no es más que una concreción del artículo 10, número 2, aplicable a los Derechos Fundamentales en relación a la infancia, podemos introducir las normas de

(29) Declaración de Derechos del Niño, preámbulo y punto número 4.

(30) HERVADA Y ZUMAQUERO: *Textos internacionales de Derechos Humanos*, 1978, página 251.

Derecho internacional general en nuestra Constitución mediante alguna de las siguientes vías:

— La Declaración de Derechos del Niño a través de la cláusula general del artículo 10.2, mediante una interpretación amplia —principio del *favor libertatis*— del mismo.

— La misma Declaración en virtud de la específica cláusula de interpretación del artículo 39, número 4.

— Los Pactos Internacionales de Derechos, teniendo presente que el ámbito ya estudiado de su titularidad abarca la protección del feto, y que forman parte del ordenamiento interno, no pudiendo, por tanto, ser derogados, modificados o suspendidos más que en la forma prevista por ellos mismos o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional (cfr. artículo 96 de la Constitución).

Es, en mi opinión, por esas tres vías que nuestro Derecho constitucional asume la Declaración de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales sobre la materia.

Aplicando todo lo visto hasta ahora al caso concreto del artículo 15 de nuestra Constitución, no cabe concluir otra cosa distinta que la imposibilidad constitucional de una permisividad de las prácticas abortivas. Y esa es la línea que nos sitúa junto a la labor de organismos internacionales de carácter nada reaccionario, como es el caso del Consejo de Europa, que en su recomendación 874, del año 1979, en relación con la *Charte européenne des droits de l'enfant*, apartado VI, letra a), reconoce «le droit de chaque enfant a la vie dès le moment de sa conception», lo que coincide con la opinión del profesor De Miguel, quien en relación al Convenio Europeo de Derechos del Hombre señala que «dicho Convenio debió suponerse alineado con esos sistemas jurídicos sobre los que se elevaba, en cuanto mínimo irreductible, en cuanto expresión del orden público europeo y que, en consecuencia, el derecho a la vida se entendía como extensivo al *nasciturus*» (31). No cabe, por tanto, otra conclusión que la de entender la obligación constitucional de protección de la vida humana en el sentido de que queda protegido el concebido pero todavía no nacido y, por ende, el vicio de inconstitucionalidad de las prácticas abortivas.

(31) DE MIGUEL ZARAGOZA: «Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de julio de 1980, pág. 8.

IV. ¿LEGALIZACION O DESPENALIZACION?

1. El problema se presenta en determinar si la actual tendencia de despenalización equivale en algún sentido, de manera plena o no, a la legalización.

Resulta claro, tras el análisis anterior, que no es posible una legalización del aborto en nuestro país, ya que la Constitución protege como derecho fundamental el derecho a la vida del *nasciturus*, es decir, su *ius nascendi*.

Un cierto sector doctrinal estima que la despenalización es distinta de la legalización. Esta postura no es en mi opinión correcta, ya que no existe en el Derecho penal la forma o técnica de legalización. Precisamente, la función de la despenalización en el ámbito del Derecho penal es la de legalizar, admitir conductas que la ley anterior prohibía. Esto se deriva del carácter de *minimum* del Derecho penal, que únicamente protege los más fundamentales valores del orden social frente a los ataques que aparecen como más intolerables (32). El Derecho penal sólo prohíbe, por tanto, conductas mínimas, y no existe un impedimento legal para la realización de todo aquello no prohibido (penalizado, incriminado) por la ley penal. En el Derecho penal tiene plena vigencia la expresión de que «todo lo no expresamente prohibido está permitido». Así se deduce del primer principio del ordenamiento jurídico penal: el principio de legalidad (33). Hacer sutiles distinciones como que «despenalización sólo significa la renuncia a perseguir un determinado comportamiento, aunque el ordenamiento jurídico pueda incluso seguir considerándolo negativo, mientras que la legalización va mucho más allá: implica otorgar la aprobación jurídica de un comportamiento e incluso recomendar su realización» es una postura peligrosa en Derecho penal y proclive a manipulaciones políticas que resultan inaceptables cuando, a la luz de lo antes expuesto, están en juego los valores más fundamentales del orden social.

2. Por tanto, la conclusión no puede ser otra que la de que despenalización y legalización de prácticas abortivas son la misma técnica, por lo que la prohibición constitucional alcanza a ambas.

Pero existe en nuestro Derecho constitucional otra serie de preceptos

(32) Véase, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Civitas, 1978, pág. 19.

(33) Artículos 1, 2 y 3 del Código penal; artículos 1.1, 9.3 y 25.1 de la Constitución, y artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

que dificultan y prohíben la admisión del aborto. Así, el artículo 14 de la Constitución, que asume el básico principio de la igualdad. Esta igualdad va referida a «todos», por lo que todos los sujetos son iguales en sus derechos. Por tanto, el derecho a la vida se predica de sus titulares («todos»), y no es posible establecer una discriminación tan fuerte y radical como la de permitir la supresión del primer y más fundamental derecho a los *nasciturus*. La ley de despenalización del aborto sería una ley discriminatoria, que frenaría la progresividad de la formulación del artículo 14.

Se ha de observar además que nuestra Constitución no acepta un modelo de igualdad estática, sino que impone a los poderes públicos el deber de «promover las condiciones y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación...» (34). Es así que nuestra Constitución acoge el modelo constitucional italiano del principio de igualdad *efectiva*. Por ello, una ley de aborto conculcaría el deber constitucional a que están sujetos los poderes públicos, que no es más que una concreción de la formulación básica y fundamental del artículo 1.1 de la Constitución, cuando configura el modelo de Estado como un «Estado social y democrático».

La cláusula del Estado social y democrático de Derecho conlleva un «plus» respecto al derecho a la vida, ya que su constitucionalización implica una tutela negativa (respeto), pero también una tutela positiva (deber de protección y promoción) (35). En este sentido existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, referido a otros derechos fundamentales, en el que se recoge la afirmación de «la libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales, que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña, seguramente, la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle» (STC de 16 de marzo de 1981) (36).

Lo cual adquiere toda su relevancia si se tiene presente que «los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axio-

(34) Cfr. art. 9.2 de la Constitución.

(35) Así lo ha entendido precisamente el Tribunal Supremo. Véase STS de 15 de octubre de 1985.

(36) En el Derecho comparado de nuestro entorno cultural la formulación es la misma. Véase Sentencias de 25 de febrero de 1975 y de 16 de octubre de 1977 del Tribunal de Garantías Constitucionales de la RFA, y la de 18 de febrero de 1975 de la Corte Constitucional de la República de Italia.

lógico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (véanse arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 53 de la Constitución)» (37).

V. PLAZO E INDICACIONES «VERSUS» CONSTITUCION

1. Un problema ulterior se plantea a niveles más concretos. Hemos visto cómo hay una exigencia constitucional que impide la legalización del aborto. Ahora bien, esta exigencia ¿tiene una extensión universal, o bien existen determinados supuestos concretos o determinadas condiciones bajo las cuales sería aceptable la despenalización del aborto, bien entendido que para todos los casos restantes el aborto continuaría siendo un delito castigado por la ley penal? Es el tema de los posibles sistemas para llevar a cabo una despenalización del aborto.

En el Derecho comparado, los sistemas despenalizadores se reducen fundamentalmente a dos: el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones. En el primero se cifra un plazo antes del cual se permiten las prácticas abortivas. El plazo se fija respecto a la duración del embarazo, y después de su vencimiento no se puede abortar. En el sistema de las indicaciones, la condición esencial no es un plazo, sino la existencia de circunstancias («indicaciones») que la ley juzga como legitimadoras de las prácticas abortivas. Dentro de ellas opera un sistema también de plazo, ya que a cada circunstancia o indicación se le señala un plazo de vigencia, pasado el cual no se puede abortar aunque exista indicación.

2. Antes de analizar la constitucionalidad de estos dos sistemas, es necesario hacer unas breves consideraciones sobre el concepto y el sentido del derecho a la vida.

El concepto de vida en los textos constitucionales es lo suficientemente claro en su remisión a otras ciencias no jurídicas. El concepto constitucional de vida es naturalístico. Vida equivale a ser humano vivo. La presencia de vida se determina de conformidad con criterios científico-naturales, es decir, biológicos y fisiológicos (38).

En consecuencia con este concepto, la doctrina señala el sentido de dicho derecho constitucional como un deber del Estado con un doble contenido: el deber de respetar vidas humanas (*Actungspflicht*), y el deber de proteger esas

(37) STC de 16 de marzo de 1981.

(38) Véase, por todos, MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: *Grundgesetz. Kommentar*, Munich, 1970, págs. 80 y 92.

vidas humanas frente a ataques de otros particulares (*Schutzpflicht*) (39).

Desde estas consideraciones evidentes sobre el concepto y sentido del derecho a la vida, es preciso ahora analizar la constitucionalidad de los sistemas despenalizadores del delito de aborto.

3. Respecto al sistema del plazo hay que decir que su defensa es minoritaria en la doctrina favorable a la despenalización. Recogiendo la opinión del profesor Arroyo Zapatero, puede decirse en síntesis que para dicha postura «la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico constitucional. Se trata de un bien jurídico de la comunidad, y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer» (40). Lo cual, aparte de chocar frontalmente con lo que nuestra Constitución afirma, resulta incompatible con otra de las conclusiones a que llega el mismo autor, cuando en el mismo trabajo afirma que «solamente el sistema denominado del plazo respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Dentro de los tres primeros meses, la mujer resuelve libremente, y en su intimidad, el conflicto en que se encuentra» (41).

Este sistema origina la *total* desprotección del feto, por lo que a la vista de las consecuencias de la interpretación del artículo 15 de nuestra Constitución no es posible aceptarlo.

4. Una problemática distinta representa el denominado sistema de indicaciones. Con este sistema, partiendo de la base de una protección al feto, se concluye en una despenalización del aborto cuando la vida del feto entra en conflicto con otros bienes de la mujer.

En la fundamentación de tal postura, se ha señalado que cualquier interpretación del artículo 15 de la Constitución «no supondría la necesidad de conceder el mismo valor y, por consiguiente, idéntico tratamiento penal a la vida del feto y a la del hombre ya nacido» (42). Lo cual parece un error ya que con tal razonamiento lo que se hace es aplicar la valoración de normas de carácter inferior (leyes penales con categoría de orgánicas) a la inter-

(39) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: *op. cit.*, pág. 81.

(40) ARROYO ZAPATERO: «Prohibición del aborto y Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3 (monográfico), 1980, páginas 209, 210 y 213.

(41) ARROYO ZAPATERO: *op. cit.*, pág. 221.

(42) RODRÍGUEZ MOURULLO: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, 1982, pág. 75.

pretación de la valoración que la propia Constitución hace del derecho a la vida. Y si realizamos esta interpretación en busca del valor que la Constitución otorga a la vida del feto, no se puede dejar de concluir que este valor es igual al de la vida del ya nacido, por imperativo del principio de igualdad, recogido en los artículos 9.2, 14 y 1.1 de nuestra Constitución. Ello no quiere decir que la valoración penal tenga que ser igual, ya que en la protección de la vida del nacido entran en consideración, y, por tanto, han de ser protegidos, otros valores que no se dan en las circunstancias del *nasciturus*.

Las indicaciones propuestas son fundamentalmente tres: el peligro para la vida o salud de la madre, el embarazo causado por violación, o embarazo no deseado, y la existencia de graves taras en el feto. En los tres casos nos encontramos ante un conflicto de valores definidos constitucionalmente en derechos que, perteneciendo a la madre, chocan con el derecho a la vida del *nasciturus* (43).

5. El primer supuesto es el de la indicación terapéutica, o conflicto entre la vida o salud de la madre con la vida del feto. Analizando esta indicación vemos cómo en realidad es posible un doble conflicto: el derecho a la vida de la madre con el derecho a la vida del feto, y el derecho a la salud de la madre con el derecho a la vida del feto. Respecto al primero (conflicto vida-vida), la problemática viene ya resuelta por la configuración que hacen nuestras leyes penales del Estado de necesidad (art. 8.º, núm. 7, del Código penal), por lo que no es necesario el análisis.

No cabe, sin embargo, la aplicación del Estado de necesidad al segundo conflicto. De estimarse éste en el conflicto entre la vida del feto y la salud de la madre, se caería en inconstitucionalidad. En efecto, la valoración constitucional del derecho a la vida (incluida la del feto) es superior a la del derecho a la salud. Así se deduce de la sistemática impuesta por la Constitución: artículo 15 (derecho a la vida) frente al artículo 43.1 (derecho a la salud). La valoración la hace la misma Constitución en su artículo 53, que prevé una mayor protección para el artículo 15 a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, posibilidad que no cabe respecto del artículo 43, número 1.

Por tanto, esta indicación no es aceptable en su totalidad, ya que está viciada de inconstitucionalidad en uno de sus supuestos. El otro viene reco-

(43) Respecto a una posible indicación más —indicación social— choca directamente con la Constitución, por lo que para no alargar más este breve trabajo no me ocupo de ello. Se puede ver el rechazo de la misma en la Sentencia de 15 de octubre de 1983 del Tribunal Supremo.

gido en nuestras leyes penales y cuando es causa de justificación en materia penal, no excluye el ilícito civil que podría dar lugar al resarcimiento oportuno (44).

6. La segunda indicación es la que habría de estimarse en caso de conflicto entre la vida del feto y el honor o la libertad de la mujer. La formulación de un derecho al honor por encima de la vida ajena corresponde a una formulación iusprivatista ya superada por nuestra Constitución. Por tanto, la indicación se reduce al conflicto entre la vida del feto y la libertad de embarazo de la mujer. La valoración de los bienes en conflicto viene dada también por la Constitución. Así, es significativo el lugar o encuadre sistemático del derecho a la vida, en relación al listado de derechos fundamentales. De ese encuadre sistemático cabe deducir una formulación de carácter primario del derecho a la vida frente a los demás derechos. Se tienen derechos fundamentales porque se está vivo, porque el resto de los derechos se *fundamentan* en el derecho a la vida. Por tanto, prima el derecho a la vida sobre todos los demás. Igual conclusión se alcanza si se tiene presente que *ciertos* aspectos de la libertad personal y el honor pueden ser suspendidos, lo cual nunca puede ocurrir con el derecho a la vida (45). Por tanto, una ley que aceptara dicha indicación ética, estaría viciada con una inconstitucionalidad radical, y quebrantaría los deberes del Estado recogidos en el artículo 39, números 1, 2 y 3, de la Constitución.

7. La tercera y última indicación es la llamada eugenésica, o aquella en que el conflicto se da entre la vida del feto y *su* propia salud física o mental. Bastaría recordar lo ya expuesto respecto al menor valor constitucional del derecho a la salud (art. 43, núm. 1), pero a mayor abundamiento se puede observar que una ley que aceptara tal indicación supondría una brutal discriminación que nuestra Constitución prohíbe en sus artículos 9, 2, 14

(44) Así lo dispone el artículo 20 del Código penal. Véase DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1979; BRIGUGLIO: *El Estado de necesidad en el Derecho civil*, Madrid, 1971.

(45) Esto es así porque la formulación del derecho a la vida conlleva la posibilidad de otros derechos fundamentales. De ahí que por el hecho de estar vivo, y por ende tener un derecho a la vida, se tengan otra serie de derechos básicos y fundamentales. Ello supone una relación de causa (derecho a la vida) a efecto (otros derechos fundamentales). Luego la valoración en un conflicto entre estos últimos y su causa (derecho a la vida) ha de ser favorable a la segunda. Así lo entiende la Constitución, que para algunos aspectos de otros derechos fundamentalísimos contempla bajo determinadas circunstancias la posibilidad de su suspensión parcial, lo cual no es posible, bajo esas mismas circunstancias, en el derecho a la vida (cfr. art. 55 de la Constitución).

y 1.1. Pero también conculcaría los deberes del Estado y los derechos de los minusválidos y deficientes mentales que nuestra Constitución recoge en sus artículos 41, 43 y 49. Y como han señalado los profesores Torres del Moral y Villarrubia, se podría articular un recurso de amparo, no en virtud de los artículos 41, 43 y 49, sino de la garantía procesal que deviene del incumplimiento del principio de igualdad del artículo 14, en virtud de lo dispuesto por el sistema de garantías del artículo 53 de la Constitución (46). Además, una indicación de este tipo violaría también el artículo 10.2, al igual que el artículo 39.4 de la Constitución, ya que choca frontalmente con la Declaración de Derechos del Retrasado Mental (47) y con la Declaración de Derechos del Minusválido (48), en especial con el apartado número 1 de la primera y los apartados 2, 3 y, fundamentalmente, 4 de la segunda.

La razón de estas afirmaciones está en el esencial artículo 14 de la Constitución, y se ha de tener en cuenta que «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (49). Pero «la determinación de lo que deba entenderse, en el contexto del presente caso, por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada especialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuelle el principio del Estado social y democrático de derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2, que prescribe a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I...» (50). Si se parte de estas bases en el análisis de la llamada indicación eugenésica sólo puede concluirse en la inconstitucionalidad de la supresión del derecho a la vida en tales circunstancias.

(46) TORRES DEL MORAL Y VILLARRUBIA: «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2 (monográfico), 1979, pág. 87.

(47) Resolución 2.856 (XXVI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1971.

(48) Resolución 3.447 (XXX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975.

(49) STC de 13 de febrero de 1981 (voto particular sobre el motivo primero de la Sentencia).

(50) STC de 2 de julio de 1981.

VI. CONCLUSIONES

Para finalizar, bastarán unas reflexiones sobre lo que supone el derecho a la vida en su reconocimiento por la Constitución de 1978, y los problemas jurídicos que presenta una ley de aborto.

La valoración del derecho a la vida ha de hacerse de conformidad con la que le otorga la Constitución (51), y ésta no puede ser otra que el valor absoluto, sólo limitado por la vida ajena, no «distinguiendo» ni «clasificando» vidas. La protección de la vida es siempre igual, cualquiera que sea el sujeto portador de la misma. Pero en la protección penal, la valoración (pena) no será igual necesariamente, ya que en la protección de la vida del nacido se englobarán también otra serie de bienes de los que el *nasciturus* no goza (52).

Por ello, una ley de aborto supondría una alteración del carácter progresivo de nuestra Constitución. Y esto porque se violarían tres aspectos importantísimos y básicos en nuestro texto constitucional:

— Supondría una discriminación que violaría el principio de igualdad (art. 14), rompiendo el deber constitucional que tiene el Estado de que esa igualdad sea efectiva (art. 9.2) y defraudando uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1).

— Significaría una inversión del carácter de «Estado social» (art. 1.1), que dotaría de plena invalidez el deber de protección del más débil y la obligación de hacer efectivos sus derechos frente al más fuerte. Se tornaría un simple Estado liberal de derecho, y, quizá, ni siquiera eso (53).

(51) STC de 5 de mayo de 1982.

(52) A veces se ha aducido como argumento para la despenalización del aborto, el que éste sea impune para quienes lo realicen en el extranjero. En realidad el argumento no es más que un sofisma que invierte los términos del problema, y cuyas consecuencias son funestas. En similar caso, y ante idéntico argumento en un recurso, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que «aún suponiendo que pueda haber otros empresarios que, habiendo actuado como don S. Y. Z., no hayan sido condenados como él, tal desigualdad *de facto* no entrañaría sin más una violación del principio de igualdad ante la Ley recogido en el artículo 14 de la Constitución, sino que guardaría relación con la siempre problemática efectividad social de la Ley penal. Sabido es que no todos los delincuentes autores del mismo tipo delictivo son juzgados y condenados, pero eso no da derecho a quien lo sea justamente a invocar en su favor el artículo 14 de la Constitución, que, con arreglo a tan errónea interpretación, sólo sería respetado cuando todos aquellos delincuentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad... (Sentencia de 30 de marzo de 1981).

(53) Así se deduce de la interpretación existente en la jurisprudencia constitucional, que afirmó que «la cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el

— Conllevaría un fraude radical al sistema de derechos y libertades que nuestra Constitución configura en el artículo 10.1, y que esquemáticamente se puede cifrar en que «el respeto a la ley y a los derechos de los demás brotan del ordenamiento jurídico, que no podría mantenerse, ni progresar, sin ellos. Son, pues, immanentes al orden establecido. Organizan y funcionalizan la convivencia y, por ende, implican deberes de acatamiento a la legalidad y de solidaridad» (54). Y esto se vuelve más grave si se tienen presentes los efectos propios de la constitucionalización de estos derechos (55), los contornos de sus límites (56), su carácter de irrenunciables (57), su aplicación retroactiva (58) y su naturaleza y alcance universal (59).

mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género» (Sentencia de 16 de marzo de 1981. También Sentencias de 5 de mayo de 1982, 28 de enero de 1984, 24 de mayo de 1982, 2 de julio de 1982, 20 de octubre de 1982).

Sobre similares casos de desigualdad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional formando un cuerpo jurisprudencial. Véase Ad. ex. las Sentencias de 2 de febrero de 1981, 30 de marzo de 1981, 10 de noviembre de 1981 y 5 de mayo de 1982, entre otras muchas.

(54) LUCAS VERDÚ: *op. cit.*, págs. 40 y 41.

(55) STC de 26 de julio de 1982.

(56) STC de 29 de noviembre de 1982.

(57) STC de 8 de abril de 1981.

(58) STC de 3 de junio de 1982, de 24 de julio de 1981 y de 28 de julio de 1981.

(59) STC de 15 de julio de 1981.