

# VALORACIONES ETICO-SOCIALES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL PROBLEMA DEL ABORTO CONSENTIDO

TOMAS S. VIVES ANTON

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.-II. EL ABORTO COMETIDO EN EL EXTRANJERO.-III. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: a) El recurso. b) La sentencia. c) Los votos particulares.-IV. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO: ANÁLISIS CRÍTICO.-V. A MODO DE EPÍLOGO.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La interrupción voluntaria del embarazo constituye una especie de piedra de toque de las diversas concepciones del Derecho, de modo que, según sea el sistema moral que se sustente, según se configuren las relaciones entre Derecho y Moral, según se apele o no a un «Derecho supralegal», y, naturalmente, en su caso, según la clase de «Derecho supralegal» a que se apele y la función que se le confiera, el sentido de los textos constitucionales pertinentes para la solución del problema podrá tomar un sesgo u otro. Negar que haya una serie de presupuestos metapositivos que condicionan –dentro de ciertos límites– la toma de posición del intérprete es negar la evidencia. Y, más aún: eludir la responsabilidad de las propias convicciones, presentándolas como el resultado objetivo de un discurso puramente «técnico» (o, incluso, «científico»), es asumir una postura falaz, un tacitismo difícilmente justificable en una sociedad democrática, en que la libertad de expresión se halla suficientemente garantizada.

Mas las anteriores consideraciones han de ser corregidas y limitadas por otras, acerca de las cuales –creo– tampoco cabe mucha discusión, a saber: que ni la Moral ni el Derecho supralegal son, de manera inmediata, derecho positivo, y que el sentido de las normas positivas no se halla predeterminado por las concepciones morales o por las diferentes opiniones acerca de lo que

debería constituir el contenido del ordenamiento jurídico, sino que ha de precisarse *a posteriori*, partiendo del texto de la Ley y utilizando, como primera referencia contextual, la concepción de la legitimidad a la que la propia Ley remite, no la profesada por el intérprete –aunque, naturalmente, también ésta pueda jugar, en último término, un papel a la hora de la exégesis, en la medida en que contribuya al esclarecimiento del sentido objetivo del texto–.

En las páginas que siguen trataré de mostrar que, en el problema de la regulación penal del aborto, pese a que las diversas posturas adoptadas se han formulado en términos de *ius positum* y, más concretamente, como diversas posibilidades interpretativas de los textos constitucionales, la configuración resultante se halla muy alejada de las exigencias de la Constitución. Si mi opinión es correcta, ciertos presupuestos ideológicos incompatibles con el tenor de la Ley constitucional han operado como un límite extrínseco a la eficacia normativa de ésta, produciendo una palpable e indebida «mutación» de su significado.

2. En torno a la interrupción voluntaria del embarazo se ha producido una larga serie de tomas de posición ideológica, que podríamos sintetizar en las cinco opciones siguientes:

a) La postura conservadora extrema, que no admite su licitud más que en supuestos de conflicto con la vida de la madre o en casos de peligro muy grave para su salud, entendida básicamente en sentido físico; b) la postura conservadora moderada, que postula un sistema de indicaciones limitado a la terapéutica, la eugenésica y la ética; c) la postura intermedia, que propone un sistema de indicaciones más amplio, dando cabida a la indicación social o de necesidad; d) la postura liberal, que se identifica con el sistema del plazo; y e) la postura radical, que reclama el derecho de la madre a interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquier momento del transcurso de éste.

Las razones metapositivas que se aducen en favor de uno u otro sistema son de sobra conocidas. Y también lo es el hecho de que la diferencia entre los sistemas de indicaciones y los de plazo puede ser mucha o muy poca, dependiendo del número y amplitud de las indicaciones que se acojan y, sobre todo, de quién sea el llamado a decidir finalmente sobre la concurrencia de los presupuestos de la indicación: si es la mujer, o un médico de su elección, el sistema de indicaciones se transforma, prácticamente, en un sistema de plazo; si se establecen controles ulteriores, médicos o judiciales, la diferencia subsiste. Ni que decir tiene que en todos los sistemas que prohíben o restringen la interrupción voluntaria del embarazo se produce una discordancia entre las normas jurídicas y las prácticas sociales, discordancia que, obviamente, es mayor cuanto más estrecho sea el marco de lo permitido.

En los países con constituciones semejantes a la nuestra rigen actualmente o sistemas de plazo o sistemas muy amplios de indicaciones.

El hecho de que, en España, el Partido Socialista, con una mayoría abrumadora en el Parlamento, haya propuesto una despenalización del aborto semejante a la postulada en Alemania por la derecha conservadora (el grupo parlamentario CDU/CSU) resulta profundamente significativo. Y también lo es la reacción que esa propuesta ha provocado. Valdría la pena analizar esa reacción en todas sus manifestaciones; pero los límites de este estudio obligan a ceñirse exclusivamente a las que han adoptado cauces jurídicos.

## II. EL ABORTO COMETIDO EN EL EXTRANJERO

1. Como es sabido, en los trabajos preparatorios del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 se optó por un sistema de indicaciones semejante al propugnado ahora por el Partido Socialista.

El mero anuncio de una propuesta liberalizadora en la materia produjo una reacción jurídicamente insólita.

El Ordenamiento jurídico español se atiene, por regla general, al principio de territorialidad de las Leyes penales.

Este principio, en su aspecto negativo, excluye la punición de los delitos cometidos en el extranjero, salvo las excepciones expresamente consignadas, que se fundamentan en el principio personal (arts. 339 a 341 de la LOPJ), en el principio real o de protección (art. 336 de la LOPJ) y en y el principio universal o de justicia mundial [v. g., arts. 288 y 452 bis, a), 1.º, del CP].

El conjunto de principios aludidos, tal y como se hallan formulados por las reglas que los acogen, delimita el ámbito de validez del Ordenamiento jurídico español. Fuera de tales límites no hay —no puede haber— infracción de la Ley española, que sólo rige dentro de ellos.

En consecuencia, el aborto realizado por española en el extranjero se había considerado tradicionalmente impune, porque el principio personal (único aplicable, dado que el aborto no es de las figuras amparadas por el principio real ni por el principio de justicia mundial) sólo permite castigar los delitos cometidos por españoles en el extranjero contra españoles o contra extranjeros, y el feto carece de personalidad jurídica y, por ende, de nacionalidad.

Sin embargo, de conformidad con el parecer del Fiscal General del Estado, la Audiencia Nacional dictó, el 1 de octubre de 1979, Sentencia condenatoria contra una mujer que había abortado en Francia, conforme a la legislación permisiva vigente en dicho país.

Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que la confirmó (Sentencia de 20 de diciembre de 1980).

El Tribunal Constitucional no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el caso. Pero, posteriormente, en 10 de noviembre de 1981, se produjo una nueva Sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional –esta vez respecto de un aborto realizado en Londres–. La Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de octubre de 1983) confirmó igualmente dicha resolución, contra la que se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Sala Segunda de éste, en Sentencia 75/1984 (ponente: Don Francisco Rubio), otorgó el amparo, anulando las resoluciones impugnadas y reconociendo el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero, derivado del artículo 25.1 de la Constitución, esto es, del principio de legalidad, piedra angular de todo el edificio del Derecho punitivo.

2. Merece la pena detenerse un momento a analizar la fundamentación jurídica de la Sentencia aludida, no sólo por su brillantez y consistencia, sino porque puede contribuir al esclarecimiento de la naturaleza de las razones que provocaron, en el seno de la jurisdicción penal, el cambio de doctrina a que se ha hecho mención y las condenas consiguientes.

La línea argumental de la Sentencia de casación, que completa la formulada en anterior resolución de 1980, a la que expresamente remite, puede resumirse en dos razonamientos: a) Marchar al extranjero para practicar allí la interrupción del embarazo, eludiendo la aplicación del Ordenamiento penal español, constituye un fraude de Ley, en el que el artículo 339 de la LOPJ se utiliza ilegítimamente como norma de cobertura; b) el artículo 339 de la LOPJ, que combina el principio de personalidad –respecto del sujeto activo– con el real o de protección –respecto del sujeto pasivo– no excluye, si se interpreta desde una adecuada perspectiva teleológica, la punibilidad del aborto realizado en el extranjero.

En cuanto al primer razonamiento, el Tribunal Constitucional comienza negando la aplicabilidad del fraude de Ley al ámbito del Derecho Penal, por entenderlo incompatible con las exigencias del principio de legalidad.

La idea de fraude de ley, según la define el artículo 6.4 del Código Civil, presupone la concurrencia de una norma prohibitiva y otra de cobertura, a tenor de cuyo texto habría que entender autorizado el acto de que se trate. Sólo una interpretación según el sentido total del Ordenamiento jurídico permite, mediante la restricción de la norma de cobertura y la correlativa ampliación de la norma prohibitiva, excluir el acto del ámbito de lo autorizado y, reputándolo fraudulento, incluirlo en el de lo prohibido; pero ese tipo de «interpretación» implica el recurso a una analogía *in malam partem*, que entra en conflicto directo con la función de garantía de la Ley penal y vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución.

A continuación, y en la misma línea de razonamiento, pone el Tribunal Constitucional de manifiesto la imposibilidad estructural de la inclusión de los supuestos examinados en la idea de fraude a la Ley. La existencia de un fraude a la Ley presupone, según se ha dicho, una norma prohibitiva que, en principio, veda la realización de determinados actos, que, no obstante, se llevan a cabo fraudulentamente, al amparo de una norma de cobertura.

En los supuestos analizados, los artículos 411.2.º, 413 y 414 no constituyen, en principio, normas prohibitivas respecto de los abortos realizados en el extranjero, dado que su validez se halla, *prima facie*, delimitada por el ámbito territorial de la soberanía. Si no fuera así, si las prohibiciones penales no se hallasen, de suyo, limitadas al territorio, «resultarían manifiestamente superfluas todas las reglas que la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 335 a 341, incluido, claro está, el 339), establece para ampliar la punibilidad a hechos cometidos más allá de nuestras fronteras» (F. J. QUINTO).

Así pues, no hay norma prohibitiva; pero tampoco norma de cobertura, pues mal puede representar ese papel un precepto como el contenido en el artículo 339 de la LOPJ, que no excluye ni limita la aplicación de las normas penales, sino que, antes bien, amplía su ámbito de aplicación.

En cuanto al segundo argumento, que concluye que el delito de aborto se halla dentro del campo de aplicación del artículo 339 porque el delito de aborto es de los cometidos por españoles contra españoles, hace notar el Tribunal Constitucional que tal razonamiento resulta, en rigor, incompatible con el cimentado en la idea del fraude a la Ley, al que se sobreañade.

En efecto, en aquél se trataba de excluir la aplicación del artículo 339 como supuesta norma de cobertura, para permitir la aplicación de la norma prohibitiva. Aquí, por el contrario, se trata de incluir el supuesto en el artículo 339, restituyéndole su naturaleza de norma de ampliación del ámbito de la punibilidad.

Para obtener esa conclusión, el Tribunal Supremo, en el considerando tercero de la Sentencia de 15 de octubre de 1983, tras reconocer que, ciertamente, el artículo 339 apela al «principio de personalidad» para el sujeto activo del delito, afirma que «no es menos cierto que respecto del sujeto paciente de la actividad delictiva aplica el de protección, en cuanto se trata de un bien jurídico protegido por la legislación española, en nuestro caso el embrión que goza de vida intrauterina, presupuesto indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española, es decir, que se trata de una vida española que, por su estado de dependencia, sigue la condición de la madre española...».

Una serie de proposiciones incongruentes no es un argumento y, por lo tanto, no puede, en puridad, refutarse. Lo único que cabe hacer es tratar de aclarar los términos del problema.

En primer lugar, conviene precisar que es imposible hacer una mixtura de los principios de personalidad y protección. Si la Ley penal alcanza una eficacia territorial sobre la base de la condición nacional del sujeto activo, la norma que la establezca se fundamenta en el principio personal, que puede regir ilimitadamente, o puede ceñirse a ciertos delitos, utilizando cualquier clase de criterios, entre ellos la condición de nacional o extranjero del sujeto pasivo, a la que alude la regulación vigente.

El principio de protección atiende, por el contrario, a la figura de delito, haciendo abstracción de la nacionalidad del sujeto activo, criterio que, si fuera utilizado, significaría un cambio de principio: del principio objetivo de protección se habría pasado al subjetivo de personalidad.

En segundo lugar, cuando el artículo 339 habla de españoles contra españoles utiliza ambos términos en el mismo sentido, por referencia a las personas con nacionalidad española. Los «españoles» contra los que ha de hallarse cometido el delito no son, pues, los bienes españoles, por importantes que puedan estimarse.

En tercer lugar, el feto, tenga o no personalidad –y este punto se debatirá más adelante– carece de nacionalidad española, como el propio Tribunal Supremo viene a reconocer al afirmar que la vida intrauterina es un «presupuesto» para la ulterior adquisición de dicha nacionalidad. Tal adquisición vendrá determinada, en su caso, por la nacionalidad de los padres en el momento del nacimiento, por el lugar de éste, por las normas internas de los países de que se trate y, en su caso, por la regla de conflicto aplicable.

Por último, si se estima que el titular del bien jurídico representado por la vida intrauterina es el Estado, debe precisarse que dicha titularidad no corresponde al Estado-persona, sino al Estado-comunidad, ente que, por carecer de personalidad civil, carece, asimismo, de nacionalidad, y no es, en consecuencia, «español» en el sentido del artículo 339 de la LOPJ.

A lo que conviene añadir que tal precepto parece recortado para los delitos contra individuos singulares, por lo que, si puede cubrir hipótesis en las que el Estado actúa como tal y aparece como titular de intereses particulares, es de imposible aplicación allí donde lo que se atribuye a la titularidad estatal son intereses generales.

El precepto contempla los delitos de españoles contra españoles concretos, no los delitos contra la nación española en su conjunto. Para tal especie de delitos, o bien por su gravedad o especiales características, rige el principio de protección (o el de justicia mundial) –y no es el caso del aborto–, o bien, por la íntima vinculación de los intereses comunitarios al ámbito de la soberanía, se hallan sometidos a la más estrecha territorialidad.

3. La exposición realizada pone de manifiesto, con toda nitidez, que la jurisdicción penal solventó los casos a que se ha aludido al margen de la Ley:

así lo afirma paladinamente el Tribunal Constitucional al otorgar el amparo. Los argumentos legales aducidos por el Tribunal Supremo no representan sino un ropaje vacilante y contradictorio, tras el que una ideología incontinentemente predetermina la conclusión. No importa si para eso se ha de romper con la tradición jurídica y con la lógica de instituciones elaboradas «a través de una obra de siglos», ni si han de sacrificarse los derechos de libertad constitucionalmente reconocidos. La «justicia material» (¿qué justicia?), a la que el Tribunal Supremo alude, pasa, imperturbable, por encima de tales insignificantes formalismos, convirtiendo, sin más, una opción ideológica en regla punitiva. Esa es la triste consecuencia que se extrae del análisis del caso, y que conviene retener como punto de partida de la comprensión de los aspectos del problema que van a ser examinados a renglón seguido.

### III. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

#### A) *El recurso*

Desgajado del proyecto de Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el proyecto de reforma del artículo 417 bis fue objeto de una tramitación independiente, siendo aprobado por el Senado en la sesión plenaria de 30 de noviembre de 1983.

El texto definitivo era del siguiente tenor literal:

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

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

2.<sup>a</sup> 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 la gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.<sup>a</sup> 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.»

Contra tal proyecto, que significaba una muy limitada despenalización del aborto consentido, se interpuso recurso previo de inconstitucionalidad, en base a los siguientes motivos:

1. Vulneración del artículo 15 de la Constitución. Según los recurrentes, una interpretación gramatical, histórica y sistemática del precepto obliga a entender que su sentido es el de declarar que todo individuo humano que posea vida –y, por tanto, también el *nasciturus*, tiene derecho a ella.

A la misma conclusión de entender que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 de la Constitución se llega, según los recurrentes, si se relaciona su texto con la realidad social del momento en que ha de ser aplicado, a la que se hace referencia en el artículo 3.1 del Código Civil. En tal sentido, aluden, de una parte, a los valores éticos subyacentes a las normas jurídicas, invocando manifestaciones de diversos organismos y, en particular, de varias confesiones religiosas y, de otra, a una tendencia internacional a reconsiderar el problema en los países que, en su día, adoptaron una legislación despenalizadora. El derecho a la vida del *nasciturus* implica una protección penal de la que el proyecto impugnado le priva.

2. Vulneración del artículo 1.º de la Constitución española, en cuanto proclama el Estado social y el Estado de Derecho.

El Estado social no se compagina, a juicio de los recurrentes, con actuaciones supresoras de la vida de los no nacidos, a quienes se niega la protección respecto del más primario y fundamental de todos los derechos.

Además, entienden los recurrentes que el proyecto contraría las exigencias del Estado de Derecho, al vulnerar el principio esencial de la separación de poderes, invadiendo el legislativo funciones y competencias de la justicia constitucional y del orden judicial penal ordinario.

Respecto al primer punto, afirman que el legislador ha interpretado el artículo 15 de forma distinta de la que se desprende del proceso de elaboración de dicho precepto, y que, por otra parte, ha realizado una nueva interpretación, asumiendo competencias que, según la LOTC y la STC de 5 de agosto de 1983, corresponden exclusivamente a la justicia constitucional.

Respecto al segundo, alegan que una buena técnica penal exige fijar con carácter general las eximentes, dejando a los Tribunales la apreciación de su procedencia e improcedencia respecto a tipos y casos concretos. De otro modo –y máxime cuando se transfiere al médico la responsabilidad de apreciar la concurrencia de una causa de exención– se sustrae a los Jueces y Tribunales –a quienes corresponde exclusivamente, según el artículo 117.3 de la Constitución– el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos.

3. Violación del artículo 10.2 de la Constitución, en relación con el 96.1, en cuanto prescribe que 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.



El motivo se halla estrechamente relacionado con el primero, y los recurrentes apelan al sentido del artículo 3 de la Declaración Universal, al artículo 2 del Pacto de Roma y al artículo 6, en sus apartados 1 y 5, del Pacto de Nueva York que, en su opinión, extienden la protección a la vida al *nasciturus*, citando en favor de su interpretación la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe de 25 de febrero de 1975, la Carta de San José de Costa Rica (no ratificada por España), la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y el acta final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975.

4. Violación del artículo 39 de la Constitución en sus apartados 2 y 4, en cuanto que el primero de ellos impone a los poderes públicos el deber de asegurar «la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación», y el segundo que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». A juicio de los recurrentes, al no requerirse en el proyecto el consentimiento del padre para la realización del aborto, se priva al no nacido de la protección paterna, creando una desigualdad inconstitucional entre hijos nacidos y no nacidos y, a la vez, una desigualdad entre los cónyuges. Por otra parte, los derechos del niño internacionalmente reconocidos quedan desprotegidos en la regulación propuesta.

5. Vulneración del artículo 53 de la Constitución, en tanto establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esta vinculación se traduce en obligaciones positivas de prestación y protección, a las que queda obligado también el legislador.

Los derechos fundamentales encarnan un «orden objetivo de valores», que rige, incluso, en las relaciones entre particulares, y que el legislador ha de hacer respetar, máxime tratándose de la vida, derecho cuyo contenido es, todo él, esencial, y que representa un valor absoluto, de imposible restitución si llega a ser suprimida.

6. En un análisis particularizado de las indicaciones, los recurrentes oponen a la primera, en tanto se refiere al aborto realizado para conjurar un peligro grave para la salud de la madre, las objeciones de que confiere prevalencia al bien de menor entidad; no exige que no haya otro medio para preservar la salud; es ambigua, en tanto la Organización Mundial de la Salud otorga a este término un significado demasiado amplio (al definirla no como ausencia de enfermedad, sino como el estado perfecto de bienestar físico, mental y social), y finalmente, si la despenalización se basa en la idea de no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, insisten en la idea de que esa «no exigibilidad» ha de comprobarse caso por caso, y no puede establecerse *ex lege*, mediante una cláusula genérica. En cuanto a la llamada indicación ética, afirman su inconstitucionalidad, tanto por violar el artícu-

lo 15, al situar el derecho al honor por encima del derecho a la vida, como el 39.2 de la Constitución (igualdad de los hijos con independencia de su filiación). El aborto eugenésico viola, en opinión de los recurrentes, el artículo 15 y también el 49 de la Constitución, que ordena a los poderes públicos llevar a cabo una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Se dice literalmente en el recurso, con ocasión de este motivo, «que no puede aceptarse la idea de que, una vez que el legislador ha ponderado y jerarquizado los bienes jurídicos en conflicto, debe pronunciarse en favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la madre, porque se trata de bienes que constituyen el contenido objetivo de derechos fundamentales, mientras que la vida del *nasciturus* es meramente un bien jurídico derivado de la dignidad humana, por lo que no es objeto de una protección directa. Estiman los recurrentes que la vida, existente desde el momento de la concepción, es algo más que un bien jurídico: es un valor absoluto que no puede ser objeto de limitación, pues ello supone la eliminación y negación, también absoluta, del valor mismo». A lo que añaden que, en su opinión, en la Constitución la vida es un derecho fundamental atribuible a todos y, por tanto, también al *nasciturus*.

7. Como último motivo de inconstitucionalidad se alega la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), al emplearse términos de contenido difuso para definir los supuestos de hecho («gravedad», «probabilidad»), al no arbitrarse procedimientos de garantía de su efectiva concurrencia, no prever la objeción de conciencia del médico, ni la posibilidad y grado de cobertura de la intervención por la Seguridad Social, ni tener en cuenta los riesgos que de la misma pueden derivarse para la salud de la madre.

## B) *La sentencia*

1. El Tribunal Constitucional comienza el razonamiento que ha de llevarle a la decisión con una declaración de la mayor importancia. Señala que la despenalización del aborto representa «un caso límite en el ámbito del Derecho», entre otros motivos, «por tratarse de un tema en cuya consideración inciden, con más profundidad que en ningún otro, ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales». Sin embargo, afirma que «ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico».

Nos hallamos, al parecer, en las antípodas de la concepción que subyace a la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe, que atribuye al Derecho (y, concretamente; al Derecho penal) la misión de fomentar en el pueblo una visión adecuada de lo justo y de lo injusto, propugna, apoyándose en algunas consideraciones de ENGISCH, la sanción jurídica de las normas morales y afirma que la ley moral representa un límite del derecho al libre desarrollo de la personalidad (tema en el que ha incidido abundantemente la literatura constitucional alemana).

Pese a ello, el razonamiento ulterior de la sentencia presenta un paralelismo llamativo con el desarrollado por el Tribunal Federal alemán. Baste apuntar aquí que, dada la disparidad de puntos de partida, ese paralelismo resulta sospechoso.

2. Para determinar el alcance de la protección constitucional al *nasciturus*, la sentencia comienza efectuando una serie de consideraciones acerca del derecho a la vida y del significado y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo.

El derecho a la vida —dice— «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana—», y se encuentra «indisolublemente relacionado» con «el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona». Ambos valores, y los derechos que los encarnan, «son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos».

De otra parte, los derechos fundamentales, «como expresión de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política», no son sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, ni meras garantías institucionales, sino que implican también deberes positivos para los poderes públicos. La sentencia alude, en tal sentido, a las prescripciones de los artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución y afirma, en términos generales, que la obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de tales derechos adquiere especial relevancia «allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa».

Esta última precisión responde a una doctrina sentada anteriormente por el Tribunal Constitucional que, como veremos, va a ser objeto de una sutil ampliación. En efecto, desde la Sentencia de 8 de abril de 1981, el TC había entendido por «contenido esencial» de un derecho fundamental todo lo que resultara necesario para hacerlo reconocible como perteneciente al tipo abstracto delimitado por su *nomen iuris* y, también, en una perspectiva convergente, todo lo necesario para que el derecho permita al titular la satisfacción de los intereses jurídicamente protegidos.

«De este modo –afirmaba entonces el Alto Tribunal– se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.»

Del contenido esencial de los derechos fundamentales, que la ley ha de respetar (art. 53.1 de la Constitución), derivan, pues, obligaciones positivas para el legislador: éste ha de protegerlos, siquiera sea dentro de los límites de lo imprescindible.

Ahora bien, ¿se extiende esa obligación a la protección de los valores subyacentes, en el caso de que esos valores rebasen el marco del derecho fundamental y se proyecten, por tanto, más allá de lo que constituye el contenido estricto de éste?

La respuesta del Tribunal Federal alemán a esta cuestión fue rotundamente afirmativa. Por ello pudo estimar innecesario decidir la cuestión de si el *nasciturus* era titular del derecho fundamental a la vida o constituía un «simple» bien jurídico objetivo. Para el Tribunal de Karlsruhe, los derechos fundamentales incorporan «un orden objetivo de valores, que tiene, por sí, suficiente validez como para servir de fundamento a la decisión constitucional».

En la sentencia alemana esta afirmación va precedida de un razonamiento que, en puridad, la hace innecesaria e incongruente.

Según ese razonamiento, puesto que la vida es un desarrollo continuo que no muestra cortes profundos, y dado que, en casos de duda, ha de preferirse la interpretación que otorgue un sentido más fuerte al derecho fundamental, la expresión «Todos tienen derecho a la vida...» (*Jeder hat das Recht auf Leben...*) del artículo 2.º, párrafo 2.º, inciso 1, de la Ley Fundamental garantiza tal derecho a todo viviente, a todo ser humano que posee vida, y, por consiguiente, también al *nasciturus*.

3. La sentencia del Tribunal español juega con los mismos elementos, pero los maneja de modo distinto. En términos generales, la sentencia española difiere de su modelo alemán no sólo en la concisión –que siempre debe agradecerse–, sino también en la calidad jurídica que, justo es decirlo, es considerablemente mayor.

La mayoría del Tribunal Constitucional, tras haber apelado, en la configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales, a un «tipo abstracto del derecho que preexiste al momento legislativo» no podía prescindir, al interpretar el artículo 15, de una tradición jurídica inmemorial, sobre la que se proyectan tanto la Constitución como los textos internacionales, según la cual el *nasciturus* no es, todavía, persona. Por ello, toma en consideración las argumentaciones de los recurrentes al respecto, limitándose a mostrar que no son concluyentes y, sin molestarse en formular un

razonamiento ulterior, que hubiera podido articularse fácilmente a partir de las consideraciones efectuadas por el Abogado del Estado, afirma que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida.

Surge así el problema de justificar la protección que –según se sostiene en la sentencia– depara el artículo 15 a la vida del feto.

El camino por el que se obtiene esa justificación vendría a ser el siguiente, si he leído bien lo que la sentencia dice y lo que no dice: a) El legislador constitucional ha proclamado, con singular relevancia, el derecho fundamental a la vida de la persona; b) eso significa que la vida del nacido encarna un valor constitucional; c) pero, puesto que la vida es un proceso en el que aunque puedan señalarse momentos especialmente significativos, como el del nacimiento y el de la posibilidad de vida independiente, se aprecia una continuidad esencial, el substrato de la valoración jurídica preexiste al momento de la adquisición de la titularidad del derecho; d) en consecuencia, representaría una contradicción valorativa e ignoraría la naturaleza del objeto de la regulación una interpretación que excluyese del ámbito del artículo 15 la vida intrauterina, «que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento de desarrollo de la vida misma»; e) el sentido del debate parlamentario corrobora, igualmente, esta conclusión.

Demostrado así que el *nasciturus* es un bien jurídico tutelado por el artículo 15 de la Constitución, entiende la sentencia que de ahí se siguen dos obligaciones para el Estado: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de la gestación y la de establecer una protección efectiva del mismo que incluya también, como última garantía, las normas penales.

4. La sentencia pasa a considerar el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, íntimamente relacionada con el derecho a libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16) y al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).

La especificidad de la condición femenina, y la concreción de los derechos aludidos en el ámbito de la maternidad pueden provocar una serie de conflictos con la protección otorgada a la vida del *nasciturus*. «Se trata –dice la sentencia– de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter

absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.»

En otras palabras: según la sentencia, al representar los derechos fundamentales un orden objetivo de valores –del que son expresión–, el juez constitucional ha de verificar si el legislador ha calibrado la situación que intenta regular de acuerdo con ese orden y, para ello, ha de realizar una ponderación de los valores en juego. La ley que no se ajuste al resultado de dicha ponderación devendrá, en consecuencia, inconstitucional.

Pero la determinación del individuo en contra del valor preponderante, condición necesaria y suficiente para estimar cometida una infracción, no obliga al legislador a recurrir, en todo caso, a la pena. En base al principio de proporcionalidad y a los límites de la razonable exigibilidad de la conducta conforme a derecho, el legislador puede (según la sentencia) «renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable», pues «existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado».

El doble juego de consideraciones efectuadas anteriormente arroja como resultado la legitimidad constitucional de los tres supuestos de despenalización a que el proyecto alude. No vale la pena reproducir un razonamiento obvio; pero merece destacarse que a la misma conclusión podría llegarse si se hubiera otorgado al feto un derecho a la vida semejante al del nacido, o si se hubiesen establecido las indicaciones de referencia respecto de personas nacidas colocadas en una situación análoga a aquella en que se halla el producto de la concepción: piénsese, al efecto, en el caso propuesto por J. JARVIS THOMSON, en que una persona ya adulta se encuentra, respecto de otra, en la misma posición que el feto respecto de su madre y en la problemática que suscita.

5. La sentencia rebate los «argumentos» del recurso acerca de la inconstitucionalidad del empleo de la técnica de excluir la punición mediante cláusulas específicas, en lugar de ceñirse al catálogo general de eximentes y del empleo de términos como «necesario», «probable», «grave» o «salud» que comportan un margen de apreciación.

Que situaciones especiales de conflicto requieran un tratamiento legislativo especial es algo que cae por su peso, y no se entiende bien que un jurista pueda verlo de otro modo. Y que los supuestos se hallan determinados con la precisión que permite la necesidad de utilizar un instrumento imperfecto cual el lenguaje común, también. Si la seguridad jurídica exigiera –máxime tratándose de la exclusión de la pena– una precisión mayor que la empleada

en este caso, el ordenamiento entero se desplomaría bajo el peso de la inconstitucionalidad.

Igualmente se rechaza, sin más argumentación que la de la especificidad de la relación de la embarazada con el *nasciturus*, la impugnación relativa a la necesidad del consentimiento paterno. En el mismo sentido se había pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la Decisión de 13 de mayo de 1980, que se cita en la sentencia para otros fines (fundamento jurídico número 27).

Respecto a los motivos de impugnación basados en la falta de regulación de la objeción de conciencia, de la prestación del consentimiento por parte de la mujer menor de edad o sometida a tutela y del régimen de Seguridad Social aplicable a las intervenciones permitidas, el Tribunal, tras afirmar la especial relevancia de dichas cuestiones, así como la de las derivadas del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información médica y social —que reputa condición del consentimiento válido— entiende que se trata de cuestiones ajenas a la constitucionalidad del proyecto, cuya determinación «debe circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la LOTC» señalando, no obstante, que el derecho a la objeción se deriva inmediatamente del artículo 16.1 de la Constitución.

6. Deliberadamente he dejado para el final la exposición de los motivos que condujeron al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad del proyecto, pues así se refuerza la impresión de incongruencia que la setencia produce.

Diríase, por lo hasta aquí expuesto, que la fundamentación ha terminado y que el resultado es la legitimidad constitucional del «proyecto» de Ley.

Sin embargo, el FJ número 12 va a introducir un nuevo factor, que determinará la declaración final de inconstitucionalidad. El razonamiento en virtud del cual se llega a esa conclusión podría resumirse así: a) El Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus*, mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva; b) Por tanto, ha de adoptar medidas encaminadas a evitar que la desprotección del *nasciturus* se produzca fuera de los supuestos permitidos; c) Pero, a juicio del Tribunal, no bastan las adoptadas: «El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional»; debería prever, en el aborto terapéutico, el dictamen de un especialista y no incurriría en inconstitucionalidad si estableciese, de todos modos, la impunidad de la mujer en caso de incumplimiento de tales requisitos.

C) *Los votos particulares*

1. Las opiniones expresadas en los votos particulares de los seis Magistrados discrepantes coinciden en el rechazo del resultado de la sentencia. Así, manifiestan que el legislador es libre para regular supuestos en los que quede excluida la pena, ora se basen en la existencia de causas de justificación o de inexigibilidad, genéricas o específicas, ora atiendan a otros motivos en que fundar la falta de merecimiento de pena, precisando que el hecho de que «el legislador configure con mayor o menor rigor técnico los supuestos excluidos de punición no es atentatorio a principio constitucional alguno» (ARZAMENA), porque «el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o perfectabilidad» (TOMÁS Y VALIENTE).

«Cuando se señalan condiciones de seguridad del aborto se está pasando del terreno del Código Penal a una hipotética ley de legalización o liberalización del aborto, que aquí no se ha producido..., porque una cosa es el Código Penal y otra la regulación administrativa de los abortos justificados o inculpables» (DÍEZ PICAZO).

El Tribunal Constitucional, traspasando los límites que le impone el artículo 79 de la Ley Orgánica, «asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento» (LATORRE-DÍEZ DE VELASCO), invadiendo facultades del legislativo y aproximándose a una especie de «tercera Cámara», indeseable y peligrosa.

Con la solución propuesta se produce, además, una doble paradoja: de una parte, se invierte el principio de legalidad penal, «que de ser garantía de la libertad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo», y de otra, al sustraer al Juez y encomendar primordialmente al Médico el examen de los hechos y la determinación de las consecuencias, «los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten obtener una autorización para abortar» (RUBIO LLORENTE).

2. En cuanto a los pasos anteriores, hay puntos sobre los que existe un acuerdo más o menos amplio. Así, todos los Magistrados discrepantes se muestran enteramente conformes respecto de que todas y cada una de las hipótesis de despenalización planteadas son constitucionalmente legítimas.

Algunos manifiestan, igualmente, su acuerdo con la idea de que el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida, y sí constituye, en cambio, un bien jurídico constitucional que ha de protegerse por el legislador (TOMÁS Y VALIENTE, LATORRE Y DÍEZ DE VELASCO). «No creemos, en cambio», se afirma en el voto particular de estos dos últimos



Magistrados, «que esa protección tenga que revestir forma penal en todos los casos, porque no impone tal forma de protección ningún precepto constitucional».

De modo más o menos claro, todos los votos particulares señalan la incongruencia entre el FJ número 12, que determina la declaración de inconstitucionalidad y el razonamiento que le precede. Así, se afirma que la «deducción» operada en dicho Fundamento jurídico «constituye un salto lógico (o ilógico), porque entre la invocación del artículo 15 y la conclusión de que hacen falta dos garantías más (¿por qué ésas y sólo ésas?) no existe un juicio de inferencia lógica» (TOMÁS Y VALIENTE), y que «los once primeros fundamentos de la sentencia podrían excusarse, pues todos esos fundamentos, en cuanto que no conducen al fallo..., son una simple, aunque desmesurada, suma de *obiter dicta* que para nada obligan hacia el futuro» (RUBIO LLORENTE).

Por último, explícita e implícitamente se contiene en todos los votos particulares una apelación a la juridicidad, que se entiende transgredida en el desarrollo de la sentencia. «Considerar que una ley no es inconstitucional», dice Díez Pícazo, «es la conclusión de un juicio jurídico, que no supone -entiéndase bien- hacerse partidario de la ley o solidarizarse con ella».

3. En algunos de los votos particulares se hacen una serie de consideraciones acerca del planteamiento general del problema llevado a cabo en la sentencia (Fundamentos jurídicos 1 a 11) que, por su importancia metodológica, merecen ser expuestas.

a) Para Díez Pícazo (que invoca la doctrina sentada en la sentencia de 8 de abril de 1981) «el objeto de un juicio de inconstitucionalidad son los textos legales estrictamente considerados y no el bloque normativo del que forman parte», ni sus eventuales resultados. Como consecuencia de este planteamiento, mantiene que no hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido.

De otra parte, afirma que «la inconstitucionalidad, como contradicción de la Ley, con un mandato de la Constitución, debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede afirmarse que subsiga a una regla constructiva intermedia que el intérprete establezca. Me parece, en cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución, para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la Ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas».

A tales consideraciones añade la de que la incontinencia en el proceso deductivo resulta todavía más arriesgada cuando se funda en juicios de valor larvados o manifiestos, «porque se puede tener la impresión de que se segrega

una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del poder legislativo, en quien encarna la soberanía popular».

b) La posición de TOMÁS Y VALIENTE —que comienza manifestando su falta de entusiasmo por la filosofía de los valores— se basa en denunciar la falta de fundamento constitucional para considerar que la vida humana es un «valor superior» del ordenamiento constitucional, o un valor fundamental o central del mismo.

El concepto de persona es, para este Magistrado, soporte y *prius ilogico* de todo derecho; «pero esta afirmación», dice, «no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas, por lo demás, al texto de la Constitución».

c) RUBIO LLORENTE, por su parte, tras denunciar «los defectos lógicos y conceptuales» que cree apreciar en las consideraciones hechas sobre el concepto indeterminado de vida», señala que el intérprete de la Constitución no puede abstraer de sus normas «el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos encarnan, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino, lisa y llanamente, suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente».

A su juicio, un modo tal de razonar no opera con las categorías propias del Derecho, sino con las de la ética.

4. Reprocha este último Magistrado a la sentencia «el error de no haber entrado a fondo en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral». Ello enlaza con algunas afirmaciones de TOMÁS Y VALIENTE, cuando objeta a la sentencia que «frente a tantas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad». «De ahí», sigue diciendo, «de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de la mujer embarazada».

Estas consideraciones abren, como veremos, una cuestión no debatida en el recurso, pero que —quizá— era precisamente el problema jurídico central.

#### IV. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO: ANÁLISIS CRÍTICO

1. A modo de introducción, quisiera hacer algunas breves consideraciones sobre el recurso. El punto de partida, el núcleo central de las alegaciones de los recurrentes se halla en la afirmación de que el concebido es, al igual

que el ya nacido, titular del derecho a la vida. Ya hemos visto que, dada la especial relación de dependencia del concebido con su madre, ni siquiera desde ese punto de partida podría extraerse la consecuencia de la inconstitucionalidad de las indicaciones despenalizadoras contenidas en el «proyecto».

En cambio, si se aceptase tal planteamiento –y la mecánica equiparación entre bien o derecho y penalidad que los recurrentes establecen– podrían extraerse otras, a las que no hacen alusión ni de pasada. Porque si el concebido fuera, en sentido jurídico, persona, las notables diferencias de penalidad entre homicidio e infanticidio, de una parte, y aborto, de otra, no resultarían fáciles de justificar desde el punto de vista del principio de igualdad. Pero como ni la conciencia jurídica más dura e insensible (la de aquellos que, según la conocida frase de NIETZSCHE, «cuando dicen somos justos, quieren decir: estamos vengados») aceptaría ese corolario inevitable del punto de partida adoptado, se elude sencillamente llegar a él.

Por otra parte, los recurrentes apelan a la idea de Estado social para justificar la punición, en todo caso, del aborto.

El Estado social representa, desde sus primeras formulaciones doctrinales hasta su proclamación constitucional, una llamada de atención sobre la incidencia de las desigualdades de clase en el disfrute de los derechos, una acotación crítica sobre el *statu quo* de las relaciones de propiedad, un compromiso asistencial y de prestación por parte de los poderes públicos, en especial frente a los más desfavorecidos, etc.

¿Qué tiene que ver el Estado social con la prohibición incondicionada del aborto? Algún espejismo conceptual debió desorientar a los redactores del recurso cuando apelaron a semejante motivo de impugnación. Quiero recordar, al efecto, unas palabras de ROXIN, que, como es sabido, en el seno de la discusión del problema en Alemania asumió una posición conservadora moderada: «Precisamente, lo intolerable del estado de cosas en el Derecho vigente consiste en que se obliga a la mujer a dar a luz al niño una vez que ha sido concebido, pero después es ella sola quien debe ver el modo de resolver la situación que la Ley le ha impuesto. Esto es inhumano e indigno de un Estado social; por lo cual habrá que decir: si el Estado impone a una mujer el deber de traer al mundo al feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de la paternidad. Y si el Estado no está en situación de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello.»

Pues, como se cuida de precisar con acierto este autor, al margen de un pequeño número de casos, enmarcados en determinadas élites sociales y

económicas, para las que ni la maternidad representa una auténtica carga, ni la conminación penal comporta ninguna clase de freno, la problemática real del aborto afecta a los pobres y a los explotados, a las madres de familias numerosas, a las mujeres solteras y a las casadas cuyo marido elude la responsabilidad, es decir, al núcleo de personas respecto a las que la proclamación del Estado social debería ser algo más que un giro retórico de la Constitución, y en relación con las cuales no puede concretarse en una prohibición indiscriminada que las condene a la ilegalidad, al riesgo, a una mayor desventura y, tal vez, a la cárcel.

2. Antes de pasar a examinar particularizadamente la sentencia quisiera hacer algunas observaciones metodológicas de carácter general, referidas al tantas veces aludido problema de los valores. Siempre he pensado que los derechos subjetivos –entre los que se encuentran, claro es, los derechos fundamentales– son una técnica de distribución de los bienes, y que los bienes no son sino objetivaciones de valores. De este modo, puesto que puede postularse un sistema de los derechos fundamentales, y puesto que dichos derechos comportan una referencia valorativa, no veo inconveniente alguno en admitir que pueda hablarse de ellos como de un orden objetivo de valores.

La cuestión estriba en la concepción de los valores que se sustente y en el alcance que se confiera a la idea de un orden de valores.

La concepción axiológica que subyace a la afirmación de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional alemana –de la que depende la española– no se halla enteramente esclarecida. Probablemente, en sus primeras versiones, como la de SMEND, se apoya en las ideas de los neokantianos de la escuela suboccidental y, en las más recientes, en la filosofía de los valores de SCHELER y HARTMANN.

Tampoco soy ningún entusiasta de la filosofía de los valores, si por filosofía de los valores se entiende cualquiera de esas formulaciones particulares.

En concreto, en un trabajo de hace algunos años, critiqué la concepción neokantiana de los valores, que los analiza en función del complejo de cultura del que proceden y al que se hallan referidos, permitiéndose luego, en algunas de sus variantes, postularlos como absolutos, esto es, otorgarles una validez incondicionada, independiente de su reconocimiento empírico, o sea, de su aceptación por la mayoría. Con más motivo habría de rechazar la llamada «filosofía material de los valores», que los sitúa en un mundo platónico, al que sólo los elegidos, mediante sus refinadas emociones y singular intuición, acceden para, desde él con sentencia inapelable, decidir lo que es bueno y justo para todos nosotros, pobres mortales cuya mirada terrestre no va más

allá de los tristes problemas de todos los días, sin osar siquiera enjuiciarlos *sub specie aeternitatis*.

Contraponía entonces a tales ideas la concepción de los valores que se desprende implícitamente de los propios textos de KANT, según la cual valor sería todo lo capaz de motivar una preferencia racional, es decir, una preferencia universalizable, ejercitada por un sujeto hipotético, imparcial, suficientemente informado y libre.

Claro es que un problema jurídico no puede zanjarse en el seno de una discusión filosófica. Si la he traído a colación es porque, de acuerdo con la genuina concepción kantiana, el texto de la Constitución, democráticamente elaborado y aprobado, al ser el resultado de unas preferencias políticas racionalmente ejercidas, vendría a acotar el contenido de lo jurídicamente valioso. Quien –como el que esto escribe– sustenta una concepción valorativa de ese tenor, se halla, de antemano, libre de la tentación de ir a buscar los valores jurídicos más allá del texto de la Constitución, sea «por encima» de sus preceptos o, simplemente, «detrás» de ellos.

No le sucede lo mismo a quien se apoya en las «filosofías de los valores» a que antes se ha aludido. Se parte de un sistema valorativo previo a la Constitución positiva, de un *parti pris*, a veces tan rotunda y decididamente que se deja de lado, por su insignificancia, el momento de la positividad. Y cuando se olvida ese pequeño detalle no sucede nada muy grave, sino que se deja de hablar de Derecho para hablar de otra cosa (moral, sociología, religión), y que se utilizan las sanciones jurídicas en apoyo de ideologías personales, tan respetables como se quiera, pero que no «son» la Constitución democrática y que carecen, a todas luces, de su legitimidad. La jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe ofrece, en este punto, ejemplos acabados.

3. La sentencia que analizamos no toma ese camino de manera directa, pues, como hemos expuesto, tras iniciarlo en los Fundamentos Jurídicos 3 y 4, adopta en el 5 un sesgo ligeramente diferente.

Recordemos que del carácter continuo del proceso de desarrollo de la vida y de la valoración constitucional de la vida del nacido se extraía la conclusión del valor constitucional de la vida del feto.

Esta conclusión –que algunos votos particulares comparten expresamente– parece inducirse a partir del pensamiento de la naturaleza de las cosas o, más particularizadamente, de la idea de que hay ciertas estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador y en base a las cuales puede, por tanto, el intérprete integrar sus preceptos.

Se trata de una construcción familiar al penalista que presenta matices diversos. Utilizaré formulaciones de WELZEL para esclarecer los que aquí nos importan. Para WELZEL, el legislador es libre de articular o no la penalidad sobre la acción; pero, si lo hace, entonces ha de respetar la estructura óptica

de la acción, a la que pertenece, como momento esencial, la finalidad. De modo que si el legislador construye los tipos sobre la base de la acción, entonces la finalidad (el dolo) ha de pertenecer al tipo de injusto y no a la culpabilidad: de lo contrario se incurriría en una contradicción lógico-objetiva.

De modo semejante, el legislador puede o no cimentar la pena en la culpabilidad; pero, si lo hace, ha de otorgar eficacia excusante al error invencible de prohibición, sin la cual quedaría contradicha su opción de principio.

Nótese que se trata de dos tipos distintos de contradicción: en el primer ejemplo, el legislador, que habría seleccionado como base de su valoración un determinado dato real, entraría en contradicción con la naturaleza del dato al no plegarse a su estructura óptica; en el segundo, el legislador habría optado por un cierto valor y no sería congruente con su punto de partida al no aplicarlo luego en un ámbito determinado.

*Mutatis mutandis*, las ideas rectoras de estos supuestos paradigmáticos podrían explicar el razonamiento de la sentencia. No creo que sus firmantes las hayan aplicado, ni siquiera podría afirmar que se hayan movido conscientemente en la dirección metodológica que las inspira; pero ese dato me parece irrelevante, si recurriendo a ellas puede entenderse y analizarse el razonamiento que han llevado a cabo.

El primer paso –deducción del valor constitucional de la vida del *nasciturus* a partir del derecho a la vida del nacido– puede explicarse por un razonamiento semejante al empleado por WELZEL para justificar la pertenencia del dolo al tipo de injusto, con sólo hablar de la estructura óptica de la vida donde habla él de la de la acción: si el legislador, al proclamar el derecho a la vida, reconoce la vida como valor, ese reconocimiento ha de respetar la estructura óptica de la vida y proyectarse también sobre el *nasciturus*.

El argumento podría exponerse también así: un dato con cierta significación biológica, pero inesencial desde ese punto de vista, cual es el del nacimiento, no puede cambiar la valoración del constituyente hasta el punto de determinar el paso de una significación constitucional especialmente cualificada a la irrelevancia constitucional.

Mas la sentencia da un segundo paso: al efecto de determinar las obligaciones del legislador en orden a la protección, equipara un bien jurídico, en el que se expresa el valor «vida humana», al derecho fundamental a la vida. Ese segundo paso puede, a su vez, explicarse en base a un razonamiento semejante al del segundo ejemplo propuesto, y podría formularse así: si el constituyente ha optado por el valor «vida humana», entonces se halla sujeto a las exigencias dimanantes de la estructura esencial de dicho valor. Ciertamente, como los votos particulares ponen de manifiesto, la sentencia no

anda muy afortunada al caracterizar la esencia de la vida como valor, pues le atribuye notas que no le convienen, cual la de ser un «valor superior» del ordenamiento jurídico. Mejorando esa caracterización, podría decirse que la vida, como el más elemental y primario de los valores, se halla necesitada de una protección más enérgica. Esa necesidad de protección existe también respecto de la vida intrauterina; de modo que, si el legislador no se la otorga, vulnera un valor constitucional y transgrede una obligación constitucional. Aun cuando el constituyente no haya establecido ese valor ni proclamado esa obligación de modo expreso, entender de otro modo el artículo 15 llevaría a consecuencias contradictorias en el sentido expuesto.

Claro que esas contradicciones sólo podrán caracterizarse como «lógico-objetivas» si se piensa, como WELZEL, que la misión del ordenamiento jurídico consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y si, por otra parte, se sostiene, como hace este autor, que las categorías del pensamiento y la del ser coinciden. En otro caso, aparecerán, a lo sumo, como una simple diferencia de perspectivas entre ontología y derecho, o como una no menos simple discrepancia entre valoración cultural y valoración jurídica.

Conviene advertir que, en el ejemplo de la culpabilidad y el error de prohibición, del que partíamos, la apariencia de contradicción es más fuerte, dado el contenido que una tradición jurídica ya sólidamente asentada –y en cuyo favor militan toda clase de argumentos racionales– atribuye al principio de culpabilidad. El legislador que, olvidando esa tradición y las razones que la sustentan, proclamase el principio de culpabilidad negando, a la vez, eficacia excusante al error invencible de prohibición procedería de modo desafortunado –ya que la regulación resultante sería profundamente injusta– y engañoso –dado que lo que los juristas vienen entendiendo por culpabilidad no concurre en quien actúa bajo un tal error–; pero no, desde luego, de un modo contradictorio, pues nada impide a la ley positiva formular un concepto de culpabilidad que prescinda de parte del contenido que –usual y razonablemente– se le atribuye.

4. La idea de la vinculación del legislador a determinadas estructuras lógico-objetivas no preocupa hoy demasiado a la doctrina penal.

Entre nosotros, incluso los seguidores más caracterizados de WELZEL la anuncian en términos tan débiles que apenas resulta reconocible. Y, en Alemania, las palabras de JAKOBOS en el prólogo a su tratado constituyen poco menos que un acta de defunción.

El legislador selecciona los datos de la realidad, no sobre la base de su relevancia óptica, sino atendiendo a los fines que persigue.

Las categorías del pensamiento jurídico no tienen por qué ser un simple reflejo –y, menos aún, un reflejo mecánico– de lo que WELZEL denomina las

categorías del ser y que no son sino las categorías del pensamiento ontológico. ¡Sólo un naturalismo falaz podría hacer suyo ese punto de partida!

Por otra parte, parece inevitable reconocer que el Derecho positivo no se halla obligado a proclamar determinados principios o valores en la medida en que parecería deseable desde ciertas perspectivas culturales. No hay una «esencia» prejurídica de los valores que determine inexorablemente los términos de su consagración jurídica. Las normas culturales y los valores en que se apoyan pueden ser ignorados, rechazados, aceptados parcialmente o modificados por el ordenamiento jurídico. Nada de esto implica contradicción, sino que, a poco que se piense, resulta ser una consecuencia inexorable de la soberanía y de la especificidad del Derecho.

Las cuestiones de si el dolo pertenece o no al tipo de injusto, de si la culpabilidad implica o no la eficacia excusante del error de prohibición, etc., no pueden decidirse *a priori* desde una perspectiva «óntico-lógica», sino que han de ser resueltas *a posteriori* mediante el análisis de la legislación positiva.

Y, si todo ello es así, ha de afirmarse tranquilamente que la posibilidad de vincular la titularidad de los derechos al nacimiento y limitar el reconocimiento constitucional del valor de la vida humana a la vida de las personas se hallaban enteramente abierta al constituyente. Esa posibilidad es, de otra parte, totalmente razonable, porque el Derecho es un orden de convivencia y el nacimiento representa su iniciación. Por eso, de acuerdo con el sentido de una tradición jurídica inmemorial, la Constitución española ha optado precisamente por ella.

Es un axioma elemental de la técnica penal —en la que se ha prestado al tema una atención mayor que en el resto de las disciplinas— que el bien (o valor) jurídicamente protegido ha de determinarse atendiendo, fundamentalmente, a la estructura del precepto concreto, y adecuarse a los límites del mismo. Si no se quiere dejar el contenido de las normas librado a la subjetividad del intérprete, esta regla ha de aplicarse a la exégesis de los preceptos de todo el ordenamiento, y también, como afirma RUBIO LLORENTE en su voto, a la exégesis de la Constitución. Ciertamente, la interpretación constitucional no se ajusta a los mismos cánones de rigor que la penal. Pero en modo alguno puede rebasar alegremente el marco fijado por el texto de la Ley constitucional hasta el punto de introducir, junto al sistema explícito, y determinado de personas y derechos fundamentales, un sistema implícito, indeterminado y, potencialmente al menos, sin límites ni contornos, de objetos de protección y valores que, liberados de toda angostura textual y reconducidos, así, a una condición prejurídica, se utilicen como una suerte de segunda constitución, limitando la libertad del legislador hasta transformar la soberanía popular en un frágil poder reglamentario. Y digo «frágil» porque el poder reglamentario ha de ajustarse a una ley escrita,



mientras que, si se perpetuase la doctrina sentada en esta sentencia, el legislativo habría de limitarse a desarrollar puntualmente las concepciones valorativas de los jueces constitucionales, cualesquiera que fuesen éstas.

Los reparos de DÍEZ PICAZO contra las deducciones demasiado extensas (que son un trasunto de lo que, según VIEWEGH, constituye la actitud metodológica del positivismo) podrán no revestir el carácter de principios ineluctables de la interpretación constitucional; pero, en cualquier caso, representan un buen consejo.

Quizá el positivismo a ultranza sea indefendible; pero si el centro de la preocupación del jurista es y ha de ser el derecho positivo, un poco de «positivismo», es decir, una actitud que trate de razonar y argumentar, en toda la medida de lo posible, en, desde, hacia y sobre el texto de la Constitución, no puede serle sino técnicamente saludable.

5. De lo anterior derivan, a mi juicio, dos conclusiones:

a) La primera es la de que el *nasciturus* no es, al menos por sí mismo y de modo directo, un bien jurídico constitucional. La Constitución proclama el derecho fundamental de las personas a la vida, con lo que reconoce como valor la vida de las personas. Y otro tanto sucede con la dignidad, a la que algunos pretenden vincular el reconocimiento del feto como bien constitucional. La Constitución dice lo que dice y protege lo que protege y nada más. El resto lo hace el legislador democrático. Hay que huir a toda prisa de la beatería panconstitucionalista, de la actitud que busca anudarlo todo a un precepto constitucional. La Constitución no puede contemplarlo todo, ni debe hacerlo, porque si lo hiciese, dada su rigidez, el ordenamiento jurídico quedaría bloqueado.

Resulta paradójico que el Tribunal Constitucional, que tanto se ha esforzado en otros ámbitos por depurar la distinción entre constitucionalidad y legalidad ordinaria, con detrimento, si acaso, de la primera, como ulteriormente podrá comprobarse, olvide en esta ocasión lo que ha representado todo un método de trabajo e inserte al *nasciturus* en unos preceptos que, fuese cual fuese la voluntad de los constituyentes, no están redactados de modo que puedan darle cabida.

Podrá afirmarse que es conveniente que se otorgue protección jurídica al *nasciturus*; pero, a menos que se demuestre que su desprotección priva de parte del contenido esencial al derecho a la vida de las personas, no puede decirse que sea inconstitucional desprotegerle. Tal vez podría llegar a sostenerse con fundamento que desproteger al feto en las últimas etapas de la gestación, a partir de la viabilidad, pudiera generar una actitud de menosprecio a la vida de las personas capaz de comprometer seriamente el contenido de este derecho. Si así fuese, sólo como reflejo de la obligación de proteger el

derecho a la vida de las personas, y dentro de esos precisos límites, tendría el legislador la obligación constitucional de proteger al *nasciturus*.

b) La segunda observación es totalmente obvia: un derecho fundamental es un derecho fundamental, y un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es. En consecuencia, no cabe aplicarle el régimen jurídico que le correspondería si lo fuera.

La obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, establecida en el artículo 53.1 de la Constitución, de la que, como hemos visto, pueden derivarse para el legislador obligaciones positivas, no se extiende más que a los derechos y libertades, no a los bienes jurídicos, por mucho que, hipotéticamente, cupiera derivarlos de aquéllos. En consecuencia, no cubre al *nasciturus*, ni obliga a nada, respecto a él, al legislador.

6. Me parece de todo punto indispensable, al estudiar el razonamiento que se lleva a cabo en la sentencia, efectuar algunas reflexiones sobre la idea de ponderación que, según se expuso, se utiliza en el FJ número 9 como vía de solución del conflicto entre los derechos de la madre y la vida del feto. Es una idea a la que el Tribunal Constitucional apela, a mi juicio, en más ocasiones de las deseables. Así, verbigracia, ha llegado a aducirla para justificar limitaciones al derecho de acceso a la justicia, derecho que, en mi opinión, en cuanto implica la petición de una solución jurídica para un conflicto, esto es, una «ponderación» judicial, no es, a su vez, susceptible de ponderación.

Mas no se trata de efectuar un análisis particularizado del tema, sino de delimitar la pertinencia del empleo de la ponderación judicial en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes.

El Tribunal Constitucional, según vimos, de acuerdo con su imagen de la jerarquía de valores e intereses constitucionales, «pondera» los conflictos que tratan de regular las normas legales y analiza, a su vez, la ponderación efectuada por el legislador: Si el resultado es concorde, la normativa analizada resultará constitucionalmente legítima. En otro caso, no.

Ciertamente, este método puede ser exactamente el requerido cuando la constitucionalidad de una Ley se mide desde preceptos o principios constitucionales que, por su propia naturaleza, remiten a la ponderación del juez. Tal es el caso del principio de igualdad o del de prohibición de exceso. Mas, como procedimiento generalizado, resulta inaceptable. Porque si, desde una perspectiva valorativa, puede decirse que toda regulación solventa un conflicto en base a una cierta ponderación de bienes o intereses, que constituye así su fundamento, ello no obsta a que deba afirmarse que, establecida la regulación, la vía de la ponderación queda, salvo excepciones cual las apuntadas, cerrada

al Juez, en la medida en que ha sido ya realizada por el legislador (en este caso, por el constituyente) y su resultado se ofrece al intérprete, no como un problema a resolver, sino como un dato del que partir.

La legítima defensa constituye un ejemplo claro de los límites de la ponderación judicial. En ella, una situación de derecho otorga una prevalencia, normativamente establecida, a los bienes del agredido sobre los del agresor, con independencia de su entidad respectiva. La decisión acerca de la legitimidad o ilegitimidad de su actuación no depende, pues, de la ponderación judicial de los intereses en conflicto, sino de la presencia o ausencia de los requisitos que determinan la existencia del derecho a defenderse. Dentro del marco fijado por esos requisitos, cualquier reacción defensiva es legítima, y esa legitimidad no queda enervada por ninguna ponderación adversa.

La jurisdicción constitucional, al recurrir a la ponderación judicial fuera de los límites que acaban de señalarse, se sitúa frente al legislador en la misma posición que un Tribunal penal ante el presunto reo que invoca haber actuado en estado de necesidad: efectúa la ponderación y decide en consecuencia. Pero, innecesario es advertirlo, existen notables diferencias entre una y otra situación. El legislador, a diferencia del que ha transgredido una norma penal, no tiene por qué justificar su conducta: actúa —con la legitimidad que le otorga la representación popular— un poder que la Constitución le confiere. Lo que ha de enjuiciarse en el marco del recurso de inconstitucionalidad no es, por tanto, si ha actuado bien o mal, constitucionalmente hablando, porque la Constitución no tiene respuesta para la pregunta acerca de si el legislador ha actuado bien o mal: lo único que, desde el punto de vista de la Constitución, cabe, por regla general, decidir, es si el legislador se ha movido dentro del marco de libertad constitucionalmente establecido o si, por el contrario, lo ha sobrepasado.

Ciertamente, un análisis del texto constitucional permite establecer algunas directrices, a partir de las cuales puede diseñarse, con muchas zonas de penumbra, una jerarquía constitucional de valores. A esa jerarquía habrá de atenerse el ordenamiento jurídico como un todo, si la Constitución ha de informarlo efectivamente; pero de ahí no cabe concluir que, en la regulación de cada conflicto particular, el legislador haya de aplicar mecánicamente esa jerarquía, otorgando prevalencia al valor más «alto» o al más «fuerte». Baste pensar en la larga serie de diversiones colectivas, autorizadas y reguladas, que implican riesgos nada remotos para la vida o la integridad física de las personas. ¿Está obligado el legislador a prohibirlas para otorgar a aquellos bienes su indiscutible prevalencia? ¿O, más bien, por cuanto no afectan al contenido esencial de los respectivos derechos fundamentales ni infringen ningún otro mandato constitucional, puede seguir autorizándolas, aun a

sabiendas del coste que representan? Creo que la respuesta no es dudosa y que ha de inclinarse claramente en favor del segundo término de la alternativa.

De lo dicho se infiere que la ponderación judicial de valores no constituye, en general, un mecanismo adecuado para fijar los límites respectivos de los distintos derechos constitucionales, pues si hubiese de procederse en este terreno en base a ella los derechos «más débiles» o «menos elevados» quedarían automáticamente desprovistos de contenido o, cuando menos, privados de ese contenido fijo y mínimo al que en el artículo 53.1 de la Constitución se denomina «esencial» y que se desvanecería en cada conflicto con otro derecho, interés o fin que encarnase un valor de más peso en la balanza del ponderador.

Así pues, parece que el mecanismo básico para fijar el contenido de la tabla constitucional de derechos no es la ponderación judicial, sino el análisis de los correspondientes preceptos por los métodos usuales de la interpretación jurídica, porque sólo ese análisis pone de manifiesto las decisiones valorativas del constituyente, que los Jueces constitucionales no pueden alterar y, menos aún, sustituir.

Y si ello es así, en el caso presente el recurso a la ponderación judicial carece de todo fundamento jurídico-constitucional y es sólo un expediente para analizar la cuestión desde ciertas coordenadas éticas, tan respetables como improcedentes. Pues, insisto, el problema no era el de determinar por qué preferencias valorativas sería deseable que hubiese optado el legislador, sino qué regulaciones le permitía la Constitución y cuáles, en cambio, le prohibía.

7. Pero demos por bueno que el feto constituya desde el momento de la concepción un bien jurídico constitucionalmente tutelado, y, luego, efectúemos la ponderación y obtengamos una conclusión cualquiera acerca de la medida en que ese interés constitucional ha de prevalecer sobre los derechos e intereses de la madre. Aceptamos también que a ese resultado ha de ajustarse la ponderación legislativa. ¿Significaría eso que tal es, exactamente, la medida en que el Estado ha de recurrir a la pena? La respuesta aparente, tanto de la sentencia española como de la alemana, en la que obviamente se ha inspirado, es que no: la necesidad de castigo puede y debe quedar excluida tanto por estrictas razones de inexigibilidad como por las más amplias dimanantes del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad (en sentido amplio), inseparable de la idea de Estado de Derecho. En ambas resoluciones se afirma que ha de acudirse a la pena sólo en última instancia, cuando todas las demás medidas protectoras posibles hayan fallado.

Mas, en la sentencia alemana, al analizar el argumento de que el sistema del plazo, con el asesoramiento y ayuda adecuados, podría, incluso, reducir el número de abortos y resultar, por ende, desde cualquier punto de vista, más

satisfactorio que el de indicaciones (y, por supuesto, que la prohibición indiscriminada), se afirma que ese cómputo global no puede hacer decaer la obligación de tutela individual de cada vida intrauterina, porque no se puede sacrificar una vida para salvar otras. La lógica de este razonamiento, si es que tiene alguna, no se halla inspirada en la constelación de ideas a las que remite el principio de prohibición de exceso y, en particular, no se funda en la concepción de la pena como última *ratio*, que sólo ha de establecerse allí donde el conflicto social no pueda solventarse de otro modo.

Es una lógica burda, que despierta la sospecha de que se apoya en la imagen, profundamente errónea, de que el legislador que no castiga provoca el aborto o, dicho con la terminología de la sentencia, mata; pues el Tribunal alemán olvida que enjuicia una regla general, no un acto concreto. La regla ni sacrifica ni salva vidas particulares, y sólo puede enjuiciarse, en relación con la tutela de la vida, por sus consecuencias globales.

El FJ número 12 de la sentencia española discurre, ciertamente, por caminos distintos, pero no deja de plantear una serie de interrogantes nada fáciles de responder. ¿Por qué, en el caso de la interrupción del embarazo, no bastan a proteger el bien jurídico de las posibles extralimitaciones de las normas de autorización las medidas generales de policía y el posible castigo, como en todos los demás delitos?

Más allá de la conminación penal ¿qué otra protección puede otorgar el legislador? ¿No es la pena el último recurso del ordenamiento jurídico? Y ¿en qué basar la exigencia constitucional de esa ulterior protección?

La sentencia va a adoptar en este punto un giro insospechado: la obligación del legislador, consistente en otorgar una protección efectiva a nivel normativo, al bien jurídico representado por la vida del *nasciturus* se transforma en la de «garantizar suficientemente el resultado de la ponderación». No se le demanda sólo protección jurídica: se le exige también eficacia, sin reparar en que el problema de la eficacia represiva apenas concierne al Derecho penal material. En ese punto, una simple orden gubernativa puede resultar más útil que la más minuciosa de las regulaciones legales.

Pero se llega más lejos: se reconoce que el legislador ha adoptado «determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto», para inmediatamente pasar a examinar, con el resultado que ya conocemos, si tales medidas son o no «suficientes». Que ningún aborto realizado al margen de los supuestos legalmente establecidos quede sin castigo: tal parece ser la idea rectora del razonamiento. Mas ese «principio de la legalidad invertido», como se le llama en un voto particular, y que también podría ser calificado de «principio de proporcionalidad invertido» (pues no veda el exceso, sino el defecto en el recurso a la pena), no se halla consagrado

en la Constitución. Y bien puede decirse que por fortuna, pues su aplicación generalizada implicaría el fin de la libertad.

8. Con independencia del problema de fondo, creo que existen motivos para afirmar que el Tribunal traspasa los límites de su jurisdicción al no ceñirse, en todo caso, a examinar si las medidas adoptadas para delimitar la concurrencia de los supuestos de impunidad son «razonables» y emprender el análisis de si son «suficientes».

En multitud de resoluciones ha afirmado el propio Tribunal que la valoración de si una determinada opción legislativa es más o menos adecuada a la finalidad constitucional perseguida, o de si es o no oportuna, o de si resulta la mejor entre las posibles, no le corresponde. Tal vez, con las modificaciones propuestas por el Tribunal Constitucional la regulación, efectivamente, mejore. Si ello es así, se habrá conseguido por medio de la sentencia una más adecuada legislación; pero conseguir una legislación más adecuada no es hacer justicia constitucional.

En cualquier caso, cabe preguntarse si, efectivamente, se ha conseguido una legislación más adecuada. Pero, para obtener una respuesta no hay que indagar sólo si con los requisitos sobreañadidos la regulación representará una más efectiva protección de la vida del *nasciturus* (única cuestión que parece haberse tenido en cuenta), sino que, previamente, habrá que averiguar la incidencia de dichos requisitos en el seno del ordenamiento constitucional y su repercusión en el sistema penal, del que han de formar parte.

Para calibrar, en el sentido expuesto, el alcance de la decisión finalmente adoptada, no estará de más recordar brevemente la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 22 de enero de 1973 en el caso *Doe et al. v. Bolton*. Se examinaba en él la legitimidad constitucional de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el Código Penal de Georgia. En este cuerpo legal, tal interrupción se hallaba autorizada sólo en tres supuestos prácticamente idénticos a los contenidos en el proyecto, y sometida a requisitos muy semejantes a los que el Tribunal Constitucional sugiere como adecuados en el fundamento jurídico número 12.

Los Tribunales de Georgia declararon la ilegitimidad constitucional de la limitación de la autorización de la interrupción voluntaria del embarazo a esos tres supuestos por estimarla contraria a la *privacy* de la mujer; pero la litigante recurrió ante el Tribunal Supremo Federal impugnando también los requisitos a que aludimos. El primero consistía en exigir que el aborto se practicara en un hospital acreditado por la *Joint Commission on Accreditation of Hospitals*. El Tribunal Supremo lo declara inconstitucional porque, no exigiéndose en Georgia tal requisito para la práctica de la cirugía no abortiva, implica un tratamiento desigual que no se funda en una diferencia razonable y, también, porque no excluye los tres primeros meses de la gestación, en los

que la intervención puede practicarse adecuadamente en centros no hospitalarios. El segundo, relativo a la aprobación de la intervención por una comisión *ad hoc* del centro hospitalario, siguió la misma suerte. El Tribunal Federal estimó que el derecho de la mujer a recibir asistencia médica, según el juicio de su médico de confianza y el derecho del médico a prestársela, se hallaban ilegítimamente constreñidos por una tal exigencia. El tercero hacía referencia a la confirmación del juicio del médico de confianza por otros dos médicos. El Tribunal entendió que tal aprobación de dos colegas no guarda ninguna conexión racional con las necesidades de la paciente y viola indebidamente el derecho del médico a ejercer su profesión. Al médico habilitado por el Estado se le reconoce la capacidad de emitir juicios clínicos aceptables. Y, si carece de ella, lo procedente será revocar la habilitación.

En un conocido artículo de prensa criticó GIMBERNAT duramente la decisión del tribunal, en relación con el problema que examinamos «porque introduce requisitos formales y burocráticos en un Derecho, como el penal, que debería estar presidido por criterios materiales; porque construye un estado de necesidad que es mucho más restrictivo cuando está en juego la vida de un feto que la de un ser ya nacido y, finalmente, porque permite la impunidad, de rechazo y en contra de lo previsto hasta ahora por el Derecho español, del médico que mata a la madre para que sobreviva el feto».

El artículo de GIMBERNAT podrá dar aproximada idea una de las incongruencias que la sentencia puede provocar en el seno del Derecho penal. Pues, si se examinase el tema en profundidad, habría un largo etcétera que no voy a abordar en este comentario.

Si he traído a colación la sentencia estadounidense no ha sido para incidir en una crítica particularizada de los requisitos propuestos por el Tribunal Constitucional, sino para dejar planteada una pregunta: ¿cómo es posible que, sobre la base de dos constituciones tan homogéneas en los puntos debatidos, la jurisdicción constitucional española haya recorrido, casi exactamente, el camino inverso al de la americana?

Se trata de una pregunta que no estoy en condiciones de responder.

9. Como se destaca en dos de los votos particulares, la sentencia omite el análisis del problema desde la perspectiva de la libertad de la mujer embarazada. Ciertamente, el recurso no se hallaba planteado desde ese punto de vista. Pero, los procesos de inconstitucionalidad son procesos objetivos, en los que la legitimación es una mera legitimación de impulso, y en los que, por lo tanto, ni los motivos aducidos por las partes ni sus concretas peticiones determinan el contenido del juicio.

El Tribunal Constitucional podía y, en mi opinión, debía haber analizado el problema desde el punto de vista de los derechos de la mujer. Porque si se examinan atentamente, no ya las disidencias ni las críticas a la sentencia, sino

su propia línea argumental, se llega a la conclusión de que el problema se ha planteado al revés y al revés se ha resuelto cuando –al menos formalmente– hubiera podido enderezarse.

Se afirma en la sentencia que a la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad se anuda un haz de derechos fundamentales de la mujer.

Frente a ese conjunto de derechos, cuyo contenido esencial ha de respetar la Ley para ser constitucionalmente legítima, se alza un mero interés o bien jurídico (la vida del *nasciturus*), con toda la relevancia constitucional que se quiera.

Así las cosas, el auténtico problema constitucional que plantea el proyecto es el de si, efectivamente, el legislador ha cumplido su obligación constitucional de respetar los derechos de la mujer.

Si la proclamación de la libertad como primer «valor superior» del ordenamiento jurídico no es una mera frase retórica; si hay que otorgar algún significado al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la intimidad, y, en definitiva, si hay que «tomarse en serio» los derechos de la mujer, no creo que se pueda negar que pertenece al contenido esencial, al «núcleo duro» de esos derechos la posibilidad, configurada con amplitud suficiente para que pueda ser razonablemente ejercida, de rechazar una maternidad no deseada por cualesquiera motivos. Y subrayo esta última expresión porque, por mucho que éticamente puedan repugnar los móviles de una decisión cuya trascendencia no debe minimizarse, una Constitución democrática ha de ser neutral ante ellos. El reconocimiento de la libertad implica la ausencia de cualquier clase de constricción frente a las diversas opciones morales. La decisión por unos u otros principios morales, aun por los que pudieran parecer más rastreros y egoístas (e, incluso, la decisión de prescindir de todo principio moral), no puede ser, por sí sola, objeto de un juicio jurídico.

Se ha dicho muchas veces que no hay una libertad para el bien. Reducir la libertad al ámbito de lo que parezca moralmente respetable es, sencillamente, negarla, sobre todo si, como en el caso presente, esa restricción tiene lugar respecto de una opción que afecta a lo más profundo de la persona y que compromete seriamente el propio destino. El derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad comporta, por consiguiente, que las razones por las que pueda interrumpir su embarazo sean sus propias razones, no las que el legislador estime oportuno imponerle.

Desde estos supuestos, creo que la única restricción constitucionalmente legítima a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo es la representada por un sistema de plazos razonablemente articulado.

Personalmente, opino que a través de un tal sistema, y mediante los servicios de asistencia y ayuda que exige la esencia misma del Estado social,



podría, incluso, reducirse el número de abortos y, desde luego, se evitaría el nada despreciable cortejo de lacras sociales que los acompañan.

Pero, en cualquier caso, esa es la consecuencia inevitable de la decisión valorativa del constituyente que, al no erigir al *nasciturus* en titular del derecho a la vida y al proclamar la serie de derechos de libertad a la que se ha hecho reiterada referencia en estas páginas, obliga a otorgar, como mínimo, la prevalencia expresada en un adecuado sistema de plazos a la libertad de la madre sobre la vida del feto, porque sin esa prevalencia tales derechos de libertad serían objeto de un vaciamiento que los haría irreconocibles e inanes.

El recurso a la ponderación judicial —mediante el que la sentencia elude e invierte este resultado— no puede menos que estimarse improcedente, a tenor de las consideraciones efectuadas, pues la Constitución, al configurar los distintos derechos, *ha ponderado ya y*, en consecuencia, el Juez Constitucional no debe sino limitarse a expresar la solución del conflicto que le viene impuesta, por mucho que, en su fuero interno, pueda parecerle defectuosa o, incluso, aberrante.

#### V. A MODO DE EPÍLOGO

El 3 de junio de 1983, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictó sentencia denegando el amparo a los recurrentes, enjuiciados por delito de aborto ante la Audiencia de Bilbao, y que, en definitiva, resultaron condenados por el Tribunal Supremo.

No voy a exponer un caso de sobra conocido, que ha sido ya objeto de agudos comentarios en el seno de la doctrina penal, ni siquiera a analizar de modo somero la sentencia.

El voto particular que le acompaña (del Magistrado TOMÁS Y VALIENTE) se funda en que el artículo 411 del Código Penal, sin el complemento de las indicaciones propuestas por el Parlamento, vulnera el contenido esencial de los derechos constitucionales de la mujer. Por ello, estima que lo correcto hubiera sido el otorgamiento del amparo y la elevación al Pleno de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tras lo dicho anteriormente no necesito aclarar que esa es, también, mi opinión al respecto. Pero quisiera añadir que la sentencia aborda el problema de la punición del delito imposible de aborto de un modo incompleto.

Y me lo parece, en primer término, porque pienso que el principio de ofensividad —o de protección, o del bien jurídico— es un corolario inexorable del principio de legalidad, del que, según el significado que le atribuye una larga tradición jurídica, no se deriva sólo la necesidad de un hecho externo, sino la de que ese hecho se erija en fundamento de la pena y no se tome en consideración meramente como síntoma de una disposición anímica censura-

ble. Así entiendo la exigencia contenida en el artículo 25.1 de la Constitución, respecto a que la sanción sea impuesta por acciones u omisiones: no referida meramente a la exterioridad del acto constitutivo de la infracción, sino también a la exterioridad (objetividad) del fundamento de la sanción.

Ese fundamento se halla, a mi entender, ausente, en las prácticas abortivas consentidas por mujer no embarazada: ningún «mal objetivo» se materializa en ellas, puesto que no llegan ni pueden llegar a ser más que simples –e inocuas– manifestaciones de una intención reprobable. Por tanto, creo que su castigo como delito imposible de aborto vulnera el principio de legalidad.

Pero, aunque así no fuese, la punición del delito imposible de aborto en tal supuesto carecería de justificación constitucional, pues representa una restricción arbitraria e inmotivada de los derechos de libertad de la mujer y, en particular, del derecho a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución y, obviamente, susceptible de amparo.

Que toda limitación de los derechos fundamentales ha de hallarse justificada en virtud de un bien o interés constitucionalmente legítimo es doctrina del propio Tribunal Constitucional, reiterada a menudo desde la sentencia de 8 de abril de 1981; y que, además, ha de ser adecuada y proporcionada a su finalidad de tutela sin que pueda rebasar los límites de lo estrictamente necesario para conseguirla (esto es, que el principio de prohibición de exceso es un principio constitucional) es algo que la simple lectura de la sentencia del propio Tribunal de 15 de octubre de 1982, deja fuera de toda duda. Parece, pues, difícil de sostener que, desde tales presupuestos, pueda entenderse legítima la restricción de la libertad por medio de la pena respecto de actos que ni lesionan ni ponen en peligro bien o interés alguno: la pena impuesta en tales casos implica un constreñimiento del ánimo sin finalidad de tutela que lo justifique.

Una Constitución democrática ha de resultar, forzosamente, incompatible con un «derecho penal del ánimo». Y a un derecho penal de esa índole –a un derecho penal totalitario– podría abocar la Constitución de 1978 si, conforme a ella, cupiera declarar la constitucionalidad de la reacción estatal en supuestos como el examinado. Pero no creo que sea esa la solución correcta, pues ignoro en virtud de qué clase de «ponderación» o de qué otro tipo de razonamiento jurídico pudiera excluirse la ilegitimidad constitucional de la penalidad aplicada y, seguramente a consecuencia de dicha ignorancia, pienso que no existe ninguno.

Quizá la situación constitucional que se ha producido en torno al tema del aborto represente un punto de llegada, y tras mostrar una discrepancia respetuosa, haya que seguir admirando la decisión con que, en los ordenamientos jurídicos de otros países de nuestro entorno, se defiende cada parcela de la libertad y resignarse, como los firmantes del voto particular a la

sentencia alemana, pensando que son «demasiado avanzados» para nosotros, de quienes, en determinados ámbitos, sólo se predica una libertad con sordina, una libertad amortiguada por las exigencias de una moral de la que el Derecho no acaba de diferenciarse.

Pero sería deseable que, algún día, lográsemos salir de nuestra «culpable minoría de edad» y aprendiéramos a ceñir nuestras convicciones morales al enjuiciamiento de nuestros propios actos y a sostenerlas a solas, sin el respaldo del poder.

## ADDENDA

Téngase presente que la redacción de este trabajo es anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Las referencias que se hacen en el apartado II del mismo a ella se ciñen, pues, al texto de 1870, conforme al que se abordó la problemática de la punición del aborto realizado en el extranjero: por ello no se ha considerado necesario modificar la redacción. En la actualidad, puesto que para la aplicación del principio personal se exige la punibilidad del hecho en el lugar de la ejecución [art. 23.2.a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio], la solución de las hipótesis examinadas habría de ser idéntica.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

A) La discusión a nivel ético y político en torno al problema del aborto se ha materializado en una bibliografía inabarcable. Para hacerse cargo de las distintas posiciones, y de los argumentos que las sustentan, son suficientes, a mi juicio, las obras que a continuación se relacionan: CALLAHAN, D.: *Abortion: Law Choice and Morality*, New York, 1970; GRISEZ, G. C.: *El aborto. Mitos, realidades y argumentos*, Salamanca, 1972; DALSACE, J., y DOURLLEN, A. M.: *L'avortement*, Bélgica, c. 1., 1970; FERRATER MORA, J., y COHN, P.: *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, Madrid, 1981; VARIOS: *Debate sobre el aborto*, Madrid, 1974.

El ejemplo de JARVIS THOMSON, a que se hace referencia en el texto, se analiza en sus contribuciones a esta última obra.

B) Los pronunciamientos de las diversas jurisdicciones constitucionales extranjeras en torno al problema de la interrupción voluntaria del embarazo se hallan recopilados (en versiones bilingües) en el volumen: *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milán, 1976. En la página 331 se relaciona la bibliografía italiana acerca de las diversas resoluciones. Para la alemana, vid. ESER, A.: *Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 1982, pp. 1291-1293, y los comentarios a la Ley Fundamental de Maunz-Dürig e I. von Münch.

Una exposición de las diversas decisiones del Tribunal Supremo americano concernientes al tema puede hallarse en CORWIN, E. S.: *The Constitution and what it means today*, Princeton, 1978, pp. 467 y ss., y un comentario más amplio en LOCKHART-KAMISAR-CHOPER: *Constitutional Law*, St. Paul, Mines., 1980, pp. 506 y ss.

C) La doctrina penal española ha estudiado con especial interés, en los últimos tiempos, el problema del aborto, habiéndose publicado al respecto importantes contribuciones de GIMBERNAT, LANDROVE, RODRÍGUEZ MOURULLO, HUERTA

TOCILDO, GARCÍA VITORIA, ARROYO ZAPATERO, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, CUERDA RIEZU, BERISTÁIN, CEREZO, etc. Igualmente se han traducido algunos artículos extranjeros. En el trabajo de CUERDA RIEZU, A.: «El delito de aborto ante la propuesta de anteproyecto del Código Penal», en *Documentación Jurídica 1983* (1), pp. 339 y ss., se contiene (pp. 383 a 386) una bibliografía actualizada, a la que remito.

Particular interés, desde el punto de vista de las cuestiones planteadas, reviste el volumen colectivo *La despenalización del aborto*, edición de Santiago Mir, Bellaterra (Barcelona), 1982.

D) Sobre el significado presente del Estado Social, *vid.*, verbigracia, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatslichkeit*, E. Fortshott (ed.), Darmstadt, 1968.

La cita de ROXIN contenida en el texto a propósito de este problema corresponde a su artículo «La propuesta minoritaria del proyecto alternativo», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 79.

E) Sobre la concepción de los derechos fundamentales como orden de valores en la doctrina alemana, *vid.* BLECKMANN, A.: *Allgemeine Grundrechtslehren*, Berlín, 1979, pp. 199 y ss. Pese a las dudas que expresa este autor, me parece que la vinculación de las formulaciones de SMEND a las ideas de los neokantianos de Baden puede afirmarse sin vacilación (*vid.*, SMEND, R.: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, pp. 262 y ss.) y que, asimismo, las actuales dependen de los desarrollos filosóficos realizados, a partir de las contribuciones de SCHELER y HARTMANN. Respecto a tales desarrollos, *vid.* HESSEN, J.: *Tratado de Filosofía. II. Teoría de los valores*, Buenos Aires, 1959. El trabajo a que hago referencia en el texto, cuyas ideas sigo básicamente manteniendo es: «Dos problemas del positivismo jurídico», en *Escritos Penales*, Valencia, 1979.

Para una exposición de las corrientes, problemas y límites de la jurisprudencia de valores en el campo del Derecho constitucional, puede verse ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 277 y ss.

Un análisis detenido —y un enjuiciamiento positivo— de las posiciones valorativas de la jurisprudencia constitucional alemana puede hallarse en ORTINO, S.: *L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe*, Milán, 1966.

Tal posición comporta corolarios doctrinales del calibre de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (Drittwirkung) o de la posibilidad de «normas constitucionales-inconstitucionales» que, aunque me parecen insatisfactorios, no puedo entrar a discutir en el marco de este trabajo.

Por cierto, que la solución del problema del castigo de la interrupción voluntaria del embarazo no ha dejado de plantearse, en ocasiones, en función de la eficacia o ineficacia frente a la madre de la obligación de respetar la vida del feto; pero, como se muestra en el texto, desde el momento en que se afirma que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida, los problemas a resolver son de otra índole.

F) La titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus* ha sido defendida en una monografía de TRAVERSO, C. E.: *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milán, 1977. No es éste, desde luego, el sentido, la tradición jurídica en que se inscribe la Constitución española (*vid.* al respecto MALDONADO, J.: *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, Madrid, 1946, especialmente pp. 209 y ss.).

G) la posición de WELZEL en orden al carácter de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas no es, en absoluto, clara. Así, en un primer momento, afirma que se trata sólo de una vinculación relativa, cuyo desconocimiento puede motivar que la regulación sea defectuosa, irreal o contradictoria, pero no inválida (cf., «Natturrect und Rechtspositivismus», en *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, ed. por W.

Maihofer, Darmstadt, 1972, p. 337); pero luego prescinde de esa última restricción, al menos expresamente, sosteniendo que las «verdades eternas de la esfera de la objetividad lógica vinculan al legislador... sólo relativamente, siempre bajo la condición de cuál de ellas escoge como principio, pero una vez establecido éste, le vinculan tan estrictamente como toda otra necesidad lógica objetiva» (*Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1957, p. 259). A partir de ahí, en sucesivas versiones, llega a afirmar que las valoraciones, «si han de tener sentido, sólo pueden ser valoraciones de una acción» (*Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1971) y que «la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal» (*Derecho Penal alemán*, parte general, 11.ª ed., Santiago de Chile, 1970, p. 59), con lo que todo relativismo parece esfumarse.

Sobre las primeras polémicas en torno al problema de las «sachlogische Strukturen», vid. STRATENWERTH, G.: «El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica», *RFDVM* núm. 19 (1964), pp. 4 y ss.

Respecto a la posición de los seguidores españoles de WELZEL, en este punto vid. CEREZO MIR, J., en nota 2 (pp. 14 y ss.) a *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de H. WELZEL, Barcelona, 1964.

Las observaciones de JAKOBS a que se alude en el texto se contienen en su obra *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983, pp. V y VI.

Algunos de los más importantes trabajos acerca del tema —que despertó, en su momento, una notable atención por parte de la doctrina alemana— pueden hallarse en la obra colectiva, editada por A. KAUFMANN: *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, que contiene importantes complementos bibliográficos al respecto.

H) La precedencia absoluta del texto de la Constitución sobre el llamado «derecho constitucional no escrito» (que la sentencia comentada invierte) se reconoce, incluso, por autores que otorgan un margen quizá excesivamente generoso al intérprete (vid. verbigracia, HESSE, K.: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, 1983, pp. 23 y 51 a 53; *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1984, pp. 28 y 29).

La caracterización del positivismo jurídico a que se alude en el texto se halla en VIEWEGH, T.: «*Que veut on dire par positivisme juridique?*», en *APhD*, X (1965), especialmente p. 185.

I) Acerca de los límites de la justicia constitucional, derivados de la libertad del legislador para elegir los medios que estime más adecuados en relación con fines constitucionalmente legítimos, vid. JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, 9 (1983), pp. 110 y ss.; CARRASCO PERERA, A.: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *REDC* 12 (1984), pp. 59 y ss. y 86 y ss.

El artículo de E. GIMBERNAT «Los tres errores del Tribunal Constitucional», que se cita en el texto, se publicó en *El País* el 14 de abril de 1985.

Sobre los problemas médicos que plantea la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, vid. la obra colectiva *L'ABORTO: Aspetti medico-legali della nova disciplina*, Milán, 1979.

