

PROHIBICIÓN DEL ABORTO Y CONSTITUCIÓN

Luis Arroyo Zapatero

Universidad Complutense

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de  
Madrid

Monográfico 3

<http://www.cienciaspenales.net>

LUIS ARROYO ZAPATERO

PROHIBICION DEL ABORTO  
Y CONSTITUCION

Publicado en la  
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
Monográfico 3

# Prohibición del aborto y Constitución \*

Luis Arroyo Zapatero

Universidad Complutense

La crítica al sistema de prohibición absoluta del aborto se ha realizado primordialmente en el ámbito y desde los presupuestos de la moderna política criminal<sup>1</sup>. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la discusión que se ha producido en cada país que ha abordado la despenalización, la superación del sistema de represión no puede resolverse tan sólo en base a las argumentaciones acerca de la ineficacia de la sanción penal, al fracaso del Derecho penal como medio para proteger la vida en formación o al fin del Derecho penal. Con la argumentación político-criminal solamente se puede llegar a la conclusión de que hay que despenalizar, y el problema es precisamente «cómo» hacerlo y, en particular, la alternativa entre los sistemas de plazo o de indicaciones.

En los procesos seguidos ante los Tribunales constitucionales, y en las sentencias de los mismos<sup>2</sup>, lo que ha decidido el sistema despenaliza-

\* Este trabajo constituye la comunicación presentada por el autor a las II Jornadas Italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, patrocinadas por la Société Internationale de Défense Sociale, celebradas en Avila y Alcalá de Henares del 5 al 8 de junio de 1980.

<sup>1</sup> Modelo de esta crítica es el Proyecto alternativo alemán: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, I, Tubinga, 1970, págs. 25 y sigs., y entre nosotros la monografía de Landrove, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976. Desde un plano iusfilosófico, Mori ha puesto de manifiesto también la insuficiencia de los planteamientos de política jurídica y el carácter inevitable del problema ontológico del feto en una legislación que quiera ser coherente con el principio de la santidad de la vida y con el que exige la exclusión de la discriminación entre los seres humanos (véase *Il diritto a la vita e il paradosso della posizione antiabortista: un'analisi filosofica*, en «Riv. Inter. Filos. Dir.», 1979, págs. 172 y sigs.).

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Roe versus Wade* y *Doe versus Bolton*, ambas de 22 de enero de 1973; Tribunal constitucional austríaco, de 11 de octubre de 1974 (G. 8/74); Consejo constitucional francés, de 15 de enero de 1975 («J. O.» 16-1-75, pág. 671); Tribunal constitucional alemán, de 25 de febrero de 1975 (BVerfG. 39/1), y Corte constitucional italiana, de 18 de febrero de 1975 (núm. 27/1975). Las citas a las sentencias se realizan en el texto indicando el apar-

dor ha sido la toma de posición frente a un tema que no es de política criminal, sino de carácter constitucional: el de si el concebido y no nacido es titular del derecho fundamental a la vida o, alternativamente, si es, por otras razones, un bien merecedor por sí mismo de protección jurídica o si es algo que merece solamente la protección que derive de la que disfruta la mujer.

De la solución que en cada Tribunal constitucional se ha dado a este problema se ha derivado —de modo más o menos consecuente— el carácter de la despenalización adoptada: plazos, indicaciones amplias o indicaciones restringidas. Y así, de la solución que se acuerde por la mayoría de nuestro Parlamento —y en su caso por el Tribunal constitucional— depende el que se pueda mantener la tesis del Proyecto gubernamental de Código penal —prohibición total, salvo supuestos de estado de necesidad justificante— o que se abra paso un sistema de indicaciones o de plazos<sup>3</sup>.

Para el análisis del problema se procede en el orden siguiente:

- I. Comprobación de si el problema del aborto ha sido resuelto por el texto constitucional.
- II. La tesis del «derecho a la vida».
- III. Examen crítico de la tesis de la prohibición absoluta.
- IV. La vida humana en formación como bien jurídico.
- V. El problema del aborto como conflicto entre bienes jurídicos.

## I. LA REGULACION LEGAL

### DE LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL ABIERTO

Si el tema del aborto hubiera sido resuelto expresamente por la Constitución en algún sentido concreto, la polémica constitucional estaría en este punto cerrada (sin perjuicio de que pudiera plantearse un problema de «inconstitucionalidad de un precepto constitucional» en el sentido de Bachof). Esto es precisamente lo que pretenden los partidarios de atribuir al *nasciturus* el derecho a la vida, sobre la base de que el

tado en que cada sentencia se estructura. Para facilitar su manejo se cita la página que corresponde a la edición italiana de las mismas, en versión original y traducción italiana, en el libro *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali USA, Austria e Repubblica Federale Tedesca*, Milán, 1976. Los textos originales pueden encontrarse en las colecciones oficiales respectivas y en la revista «Europäische Grundrechte-Zeitschrift» (EuGRZ).

<sup>3</sup> El carácter «necesario» de la relación entre sistema despenalizador y la correspondiente solución al tema constitucional es una necesidad «lógico-jurídica» y no necesariamente «lógico-política». El problema, y no sólo entre nosotros, no es tanto la carencia de una teoría de la legislación (Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, págs. 9 y sigs.), sino que el legislador acepte regirse por otra lógica distinta de la meramente «política».

término empleado por el artículo 15 es el de «todos» y no el de «personas».

Sin embargo, la tesis no es admisible, pues para que la fórmula de «todos» hubiese resuelto algo, habría sido necesario incluir un predicado al que referir ese «todos», y fue justamente lo que no hicieron los constituyentes<sup>4</sup>.

Por otra parte, el proceso de elaboración del precepto pone de manifiesto que, así como se quiso y se logró resolver el problema de la pena de muerte<sup>5</sup>, faltó una voluntad similar —de consenso— respecto al aborto. La fórmula de «todos», que es la del texto del Anteproyecto, es una alternativa neutral respecto de la expresa prohibición total representada por la enmienda número 776 del Anteproyecto, de Alés Pérez («... Se declara anticonstitucional cualquier disposición... que atente contra la vida... del *nasciturus*»), y de la enmienda número 467, de Morodo («El derecho de la persona a la vida», que se plasmaría en el dictamen de la ponencia como «La persona tiene derecho a la vida»), que fue considerada por sus detractores como fórmula que negaba la atribución del derecho a la vida a quien no era persona, al *nasciturus*.

El tema del aborto tampoco se puede considerar resuelto indirectamente a través de la cláusula del artículo 10.2, que vincula la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, pues tampoco abordan expresamente el problema<sup>6</sup>.

En cualquier caso, y habida cuenta de que siempre es posible encontrar lecturas distintas del proceso de elaboración del artículo 15 en relación a este punto, parece conveniente recurrir a un principio fundamental que ha de regir la interpretación del proceso de elaboración de los preceptos constitucionales en general y que ha sido expuesto, entre otros, por Kriele: una cuestión que ha sido discutida por los constituyentes debe considerarse abierta, relegada a la posterior decisión del

<sup>4</sup> Véase, sobre el mismo problema que plantea la expresión «Jeder» del artículo 2.II, de la Constitución alemana: Kulenkampff, *Zu einigen Grenzfragen der Begründung von Rechtsnormen*, en Lüderssen y Sack, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwiss. für das Strafrecht.*, II, Francfort, 1980, pág. 388.

<sup>5</sup> Véase Barbero Santos, *Comentario a la regulación de la pena de muerte en la Constitución* (en prensa).

<sup>6</sup> Si bien se puede estimar, por el contrario, como así lo ha hecho el Tribunal constitucional austríaco (Sentencia del 11-X-1974, apartado 11.3), en *L'aborto*, cit., página 149, que la Convención europea de Derechos Humanos ha excluido al no nacido expresamente, por *omisión concluyente*, de la esfera del derecho a la vida. Si la Convención hubiera querido proceder de otra manera habría incluido, junto a la pena de muerte, la legítima defensa y otras causas de no infracción del precepto, a la interrupción del embarazo indicada terapéuticamente. Al no hacerlo así hay que concluir que la Convención no extiende la declaración del derecho a la vida a los no nacidos. Véase también, en este sentido, L. Ortega, en García de Enterría y otros, *El sistema de protección de los Derechos Humanos*, Madrid, 1979, págs. 66 y sigs.

Parlamento y, en su caso, del Tribunal constitucional, cuando no se adoptó resolución expresa o no se alcanzó consenso sobre ella<sup>7</sup>. En virtud de este principio, se debe entender que el proceso de elaboración del artículo 15, en relación al aborto, no puede servir como argumento concluyente para la interpretación del precepto, pues ni se adoptó resolución expresa ni se obtuvo sobre ello consenso alguno<sup>8</sup>.

En conclusión: ni el empleo del término «todos», por la carencia de predicado que define a quiénes se refiere, ni el proceso de elaboración del precepto pueden servir a argumentar que la cuestión del aborto haya sido cerrada por la Constitución en uno u otro sentido. El mantenimiento de la prohibición total vigente o la legalización de algún sistema de interrupción voluntaria del embarazo es algo que el legislador ordinario puede —y debe— resolver ahora, si bien la decisión del legislador debe adecuarse, por supuesto, a los principios y orientaciones que derivan del ordenamiento constitucional.

## II. LA TESIS DEL «DERECHO A LA VIDA»

El argumento de los partidarios del sistema vigente de prohibición absoluta del aborto puede sintetizarse en una suerte de argumento-modelo, que se puede derivar de las tesis defendidas ante los tribunales constitucionales<sup>9</sup>, así como de las manifestaciones doctrinales<sup>10</sup>:

- a) El artículo 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».
- b) El término «todos» se refiere a todos los seres humanos vivos.
- c) Por ser humano vivo hay que entender el ser humano desde la concepción hasta el momento de la muerte, es decir, también los concebidos y no nacidos.

<sup>7</sup> En nota a la sentencia del T. C. de 25-II-1975, en «Juristen Zeitung», 1975, páginas 222 y sigs. En igual sentido Esser, en la misma revista y año, págs. 555 y siguientes.

<sup>8</sup> Quizá deba hacerse notar que este principio sirve sólo para estimar el valor del proceso de creación de un precepto a efectos de su interpretación, y no para valorar la legitimidad del mismo.

<sup>9</sup> Para las tesis que defienden la anticonstitucionalidad de la despenalización, véanse las diversas fundamentaciones del recurso de anticonstitucionalidad ante el T. C. alemán, en Arndt-Erhard-Funcke, *Der 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, Dokumentation* (cit. Arndt, *Dokumentation*), Heidelberg, 1979: *Begründung*, de Lerche, págs. 16 y sigs.; de Rudolph, págs. 67 y sigs.; de Odersky, páginas 111 y sigs. Igualmente la fundamentación del recurso ante el Tribunal constitucional austríaco, en los «resultados» de la propia sentencia (s. II, 2a y 3a).

<sup>10</sup> Véase también Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, art. 1, I, núm. marg. 24, y art. 2, II, núm. marg. 21 y sigs. Entre nosotros, recientemente, Martínez Morán, *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978*, en esta Revista, número monográfico 2, 1979, págs. 133 y sigs.; Casini-Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padua, 1978, págs. 260 y sigs. Una reconstrucción de las argumentaciones típicas puede verse en Mori, *Il diritto a la vita*, cit.

Esta interpretación se pretende justificar en lo siguiente:

a) En la interpretación a las normas relativas a los derechos fundamentales es exigida aquella que proporciona a la norma la mayor eficacia protectora<sup>11</sup>, y la protección de la existencia humana frente a intervenciones abusivas del Estado sería incompleta si no comprendiera también el período previo al nacimiento.

b') El momento más temprano al que puede reconducirse la definición de la vida humana es, conforme a los datos de la biología, el de la concepción; con más precisión, el momento en que se unen los cromosomas masculinos y femeninos (formación del cigoto). A partir de ese momento se dan todos los presupuestos necesarios para que tenga lugar el proceso del desarrollo continuado, que va a encontrar su término en el nacimiento. Con la fructificación quedan sentadas las bases del programa genético y «espiritual» de la personalidad individual<sup>12</sup>. Desde los conocimientos biológicos no está justificado establecer cesuras —en el sentido de cambios cualitativos— en ese proceso continuado de desarrollo.

c') En la norma que proclama el derecho fundamental a la vida se ha de incluir también, en consecuencia, la vida previa al nacimiento, tomando como punto de partida el que lo es biológicamente: el de la concepción. Y en la medida en que no viene justificado biológicamente, no es legítimo establecer distinciones en el proceso de gestación y levantar la prohibición del aborto —es decir, renunciar a la defensa de la vida— en período alguno del embarazo.

d) El no nacido es, desde la concepción, titular del derecho a la vida, el cual, como derecho fundamental, es de orden absoluto y, por su carácter primordial, no admite ataques ni por parte del Estado ni de los particulares, incluida entre ellos la propia mujer embarazada.

La protección que el derecho a la vida exige por parte del Estado, frente a él mismo y frente a los particulares, solamente puede ceder en los supuestos de conflicto con otra vida (legítima defensa y estado de necesidad justificante)<sup>13</sup>.

El Estado está obligado a defender frente a todos la vida del no nacido, pues los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1), y los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la

<sup>11</sup> Cfr. T. C. alemán, C, I, 1, c. En *L'aborto*, cit., pág. 206.

<sup>12</sup> Cfr. Herzog, *Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens*, en «Juristischer Rundschau», 1969, pág. 442; Hinrichsen, «Protokol der 73 Sitzung der Sonderausschusses für die Strafrechtsreform», 6 W. p., págs. 2142 y 2146; Hofmann, *Schwangerschaftsunterbrechung*, Francfort, 1974, pág. 16.

<sup>13</sup> En este sentido, la «Memoria explicativa del texto Proyecto de ley orgánica del Código penal», en «Cuadernos de Documentación», Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pág. 45; cfr. también Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, cit., artículo 2, II, núm. marg. 15.

Constitución (art. 9.1)<sup>14</sup>. El deber de protección del Estado se plasma en las exigencias siguientes: 1.ª) prohibición de que él mismo intervenga menoscabando o lesionando la vida de los no nacidos; 2.ª) prohibición de dictar leyes que permitan la muerte voluntaria de no nacidos (aborto), y 3.ª) exigencia de que castigue y persiga criminalmente toda conducta de este carácter, del mismo modo que lo hace con los homicidios.

e) En consecuencia, una ley que autorice a interrumpir voluntariamente el embarazo y, en su virtud, a matar a un ser humano es anti-constitucional por violar el mandato de prohibición del artículo 15.

### III. EXAMEN CRITICO DE LA TESIS DEL «DERECHO A LA VIDA»

1. El núcleo esencial de la tesis antiabortista se concreta en la idea siguiente: nacidos y no nacidos son valores iguales —«vida humana»—, y, por consiguiente, el Derecho los ha de tratar —proteger— en forma igual. La muerte voluntaria de un no nacido ha de ser considerada como delito, de igual forma que la muerte de un hombre (nacido) por otro (homicidio). El carácter delictivo de la conducta de matar a un no nacido sólo puede decaer —solamente está permitida o justificada— cuando, al igual que el homicidio, concurre una causa de justificación general (legítima defensa y estado de necesidad justificante).

García Valdés ha sabido captar el espíritu del Proyecto de Código cuando manifiesta que «el nuevo Código penal parte en esta materia de la identidad e indisolubilidad del bien jurídico vida, no considerando a ninguna como de rango inferior...»<sup>15</sup>.

La trascendencia de la posición acerca del valor de la vida del no nacido deriva de que, de entre todos los derechos fundamentales, el de la vida es el único que tiene pretensión de absoluto<sup>16</sup>, en el sentido de que, así como todos los demás son mensurables —se puede ser más o menos libre, la intimidad puede haber sido dañada en mayor o menor grado, el menoscabo de la salud puede ser mayor o menor, etc.—, el

<sup>14</sup> Sobre el sentido de estos preceptos, véase García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, en «A. D. C.», 1979, pág. 315.

<sup>15</sup> En notas sobre el Proyecto de Código penal, en «Cuadernos de Documentación», cit., pág. 16.

<sup>16</sup> Es opinión dominante que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, por encima del tiempo y de la realidad, y que la propia institución de la «reserva de ley» es expresión de este carácter «no absoluto» (cfr. Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1977, págs. 131 y sigs.), pero esta consideración no es válida para el derecho a la vida, por las razones que a continuación se exponen, y por lo mismo no son de recibo las argumentaciones «a favor del aborto» que estiman que se puede mantener una tesis despenalizadora, admitiendo la titularidad del derecho fundamental del *nasciturus*, en base a la opinión de que «tampoco el derecho a la vida es un derecho absoluto». Véase, en este sentido, Geddert, *Abtreibungsverbot und Grundgesetz*, en Lüderssen-Sack, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwiss.*, II, cit., págs. 345 y sigs. Acerca de la no graduabilidad del derecho a la vida, cfr. Barbero Santos, *ob. cit.*



de la vida no es graduable: no se vive más o menos, sino que se está vivo o se está muerto. Todos los demás derechos fundamentales son regulables, en el sentido del artículo 53.1 («Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...»), y en esa regulación el legislador está legitimado incluso para establecer restricciones de unos derechos en favor de otros, a los efectos de solucionar conflictos entre ellos, hasta el límite del respeto de su «contenido esencial» (por ejemplo, la regulación del derecho de manifestación en la vía pública). Por el contrario, en relación al derecho a la vida, el legislador no tiene el más mínimo margen de maniobra, pues los *límites máximos* del mismo coinciden con su «contenido esencial». Así, por ejemplo, el legislador no podría establecer restricciones al derecho a la vida de los recién nacidos —autorización de matar— en favor del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres o al de los enfermos en beneficio de la libertad de los familiares, etc. La única «limitación» del derecho a la vida por parte del Estado, además de la expresamente prevista en el artículo 15, se produce en los supuestos de conflicto entre dos vidas (autorización de privar a otro de la vida en caso de legítima defensa y de estado de necesidad justificante)<sup>17</sup>.

Pues bien: si se equiparase la vida del *nasciturus* a la del nacido, la conclusión que se habría de seguir es que ambos han de recibir necesariamente el mismo tratamiento protector por parte del Derecho y del Estado, y, en consecuencia, ha de quedar excluida cualquier restricción posible en la protección del *nasciturus*, de lo cual se deriva que ha de recibir igual protección penal incondicionada que la de los nacidos, y desde el primer momento en que se pueda presumir<sup>18</sup> que se ha originado la nueva vida. Cualquier destrucción dolosa (y, habría que añadir, culposa) de la vida del feto ha de ser definida como delictiva, salvo en el supuesto de que tal destrucción sea el único medio para evitar la muerte de la madre. No bastaría para tal justificación el que el mal que se trate de evitar sea un peligro «no inmediato» para la vida y, mucho menos, un daño para la salud<sup>19</sup>.

Despenalizar el aborto, sea en un período determinado, sea en supuestos concretos, supone desproteger la vida humana, y tal desprotección es arbitraria. El legislador violaría el principio de igualdad ante

---

<sup>17</sup> Sin perjuicio de la polémica acerca de si estos presupuestos constituyen «autorizaciones» de matar o «abstenciones» de intervención por parte del Derecho («Rechtsfreienraum»). Véase Artur Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, en «Fest. für Maurach», Karlsruhe, 1972, págs. 327 y siguientes, y Hirsch, *Strafrecht und Rechtsfreienraum*, en «Fest. für Bockelmann», Munich, 1979, págs. 89 y sigs.

<sup>18</sup> Y no en virtud de una aplicación analógica del principio «indubio pro reo» como cree Martínez Morán, *El derecho a la vida en la Constitución*, cit., pág. 163, sino por el de interpretación extensiva de los derechos fundamentales.

<sup>19</sup> Cfr. «Memoria explicativa», cit., pág. 45; Sax, *Der Verbrechenssystematischen Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218a StGB*, en «JZ», 1977, pág. 328.

la ley —«ningún ser humano puede ser tratado por la ley peor que otro»— (art. 14 Const.), pues trataría mejor (protección penal) al nacido que al *nasciturus*, siendo ambos valores iguales<sup>20</sup>. La solución de los plazos infringe el principio de igualdad porque deja fuera de la protección legal un determinado estadio del proceso de desarrollo unitario que da comienzo con la concepción. La de las indicaciones lo infringe porque, ante dos bienes desiguales (la vida humana frente a la salud o libertad de la mujer), la ley se decide a favor del menos valioso.

La solución definitiva al problema que nos ocupa depende en último término de la posibilidad de mantener la tesis de que, para el ordenamiento constitucional y jurídico en general, la vida del concebido y no nacido y la del nacido son bienes de igual valor.

Ahora bien: la tesis de la igualdad de valor entre ambos bienes es de todo punto insostenible, pues en la historia de las ideas filosóficas y religiosas, y tanto en el Derecho histórico como en el vigente, la constante que predomina es la valoración diferenciada de la vida humana en formación y de la vida de los nacidos.

Los más diversos estudios históricos sobre la prohibición del aborto ponen de manifiesto lo que se afirma. Entre nosotros, Quintano Ripollés ofrece en su *Tratado* una aguda síntesis de la evolución histórica de la prohibición, a la cual podemos remitirnos para fundamentar las conclusiones que siguen<sup>21</sup>.

El aborto no siempre se ha castigado como delito contra la vida del *nasciturus*. El castigo penal ha conocido la distinción entre diversos períodos en el desarrollo del embarazo, tanto a los efectos de no castigar como a los de diferenciar la penalidad, distinción que se ha realizado conforme a los diversos criterios que han servido para atribuir al feto la cualidad de humano, tanto pertenecientes a las ciencias naturales como a las concepciones religiosas acerca de la animación de los cuerpos.

Por otra parte, el fin de la protección de la vida en formación no ha sido el único criterio determinante del tratamiento penal del aborto. Por el contrario, históricamente han desempeñado un papel decisivo los intereses de política demográfica del Estado, así como la tutela de la salud de la mujer. La equiparación valorativa solamente se mantiene de forma continuada en la doctrina oficial del pensamiento cristiano, y exclusivamente a partir de un determinado momento de su evolución en el que se supera la problemática de origen aristotélico acerca de la

<sup>20</sup> Argumento empleado en el recurso ante el T. C. austríaco, véase sentencia 11-X-74, II, 5 a y b, en *L'aborto nelle sentenze...*, cit., págs. 154 y sigs.

<sup>21</sup> Véase *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. 1, 2.ª ed. puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1972, págs. 533 y sigs. Para una información más amplia, véase Ehinger, *Geschichte der Motive der Abtreibungsbestrafung*, 1, Teil, Munich, 1908; Nardi, *Procurato aborto nel mondo Greco-romano*, Milán, 1971; Dähn, *Zur Geschichte der Abtreibungsverbot*, en Baumann, *Das Abtreibungsverbot*, cit., págs. 329 y sigs.; Eser, *Zwischen Heiligkeit und Qualität des Lebens*, en «Tradition und Fortschritt im Recht», edit. por Gernhuber, Tubinga, 1977, págs. 377 y siguientes.

«animación» de la vida fetal, momento que se fija en el papado de Pío IX. En este sentido, se puede estimar con Quintano que la incriminación plena del aborto, sobre todo en sus formas consensuales, es obra de la ideología del cristianismo<sup>22</sup>.

Pero es con el mismo Derecho vigente con lo que se encuentra en más directa contradicción la tesis de la igualdad de valor de la vida previa y la posterior al nacimiento, pues el propio Código penal trata a la vida humana dependiente, a la de los no nacidos, como un bien distinto, de menor valor que la de la persona humana plena, la del nacido. La muerte del no nacido es configurada como delito de aborto y la de los nacidos como homicidio, y la diferencia entre ambos delitos se produce ya en el plano del injusto, en el diferente bien jurídico tutelado en ambos delitos.

A tal conclusión se llega comparando la figura del homicidio con la del aborto consentido<sup>23</sup> y analizando las causas de la diferente penalidad asignada por el legislador a ambos delitos<sup>24</sup>. En efecto, la muerte de la persona viva, de un ser humano nacido, está castigada en el artículo 407 con la pena de reclusión menor, mientras que la muerte del no nacido se castiga con prisión menor, tanto cuando el aborto es producido por la propia embarazada (art. 413) como cuando lo es por un tercero que actúa con su consentimiento (art. 411.2). Ahora bien: nada que afecte al plano de la culpabilidad justifica esta diferencia de punición.

La particular relación existente entre la vida en formación y la madre, que podría tener relevancia a los efectos de configurar una menor culpabilidad de la mujer que autoaborta o consiente, y con ello «merecer» una pena legal menor, no es una razón que explique la distinta penalidad, pues esa particular situación subjetiva de la mujer no tendría en absoluto por qué privilegiar al tercero que lleva a cabo el aborto.

Donde con mayor evidencia se pone de manifiesto que la diferencia esencial entre aborto y homicidio radica exclusivamente para el legislador en la distinta naturaleza del bien jurídico tutelado en uno y otro delito es en la comparación entre el infanticidio y el aborto *honoris causa*.

---

<sup>22</sup> Cfr. *ob. cit.*, pág. 544.

<sup>23</sup> Se prefiere excluir de comparación el aborto no consentido porque en este delito se tutela, además de la vida del feto, la libertad e integridad corporal de la mujer y por ello la pena ya no tiene que ver estrictamente con la lesión del bien jurídico «vida». No obstante, debe tenerse en cuenta también, pues ni siquiera cuando el aborto va acompañado de lesión de otros bienes jurídicos distintos de la vida del feto la reacción penal (prisión mayor) alcanza a la que merece la muerte de una persona.

<sup>24</sup> La diferencia de rango de ambos bienes es deducida de la distinta penalidad entre el homicidio y el aborto en general también por Rodríguez Devesa, *Parte general*, 1976, pág. 496, y Huerta Tocildo, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, en «CPCrim.» 8, 1979, pág. 74, nota 7. Véase, igualmente, Maurach-Schroeder, *Besonderer Teil*, I, Heidelberg, 1977, pág. 63. La comparación puede realizarse también entre las figuras del aborto y la del asesinato, pues el aborto se realiza por lo común de forma premeditada, mostrándose así una diferencia aún más radical en el tratamiento de ambos objetos de protección.

Se trata aquí de dos tipos que tienen la misma estructura subjetiva (acción dolosa de matar en defensa del honor), y lo único que los diferencia es el objeto de la acción (embrión o feto y niño) y, en consecuencia, el bien jurídico: en uno la vida humana en formación y en otro la vida humana plena posterior al nacimiento, es decir, la vida humana dependiente y la vida humana independiente.

Otras diferencias de tratamiento se observan en el plano legal. Así, por ejemplo, frente a la punición del homicidio y las lesiones imprudentes, el aborto imprudente es impune, tanto cuando es causado por la propia embarazada (caso de la «amazona») como cuando es provocado por otro sin violencia (abortos producidos por exposición a radiaciones).

La valoración diferenciada de la vida en formación y la de la del nacido no se encuentra solamente en la ley, sino también en los tribunales, en los órganos de persecución penal y en la doctrina penal.

Por lo que respecta a los tribunales y a la policía, son suficientemente ilustrativas las cifras relativas a los sumarios abiertos anualmente por delito de aborto, a las sentencias condenatorias pronunciadas y al número de personas que cumplen penas privativas de libertad por este delito<sup>25</sup>.

Por lo que respecta a la doctrina —que no es unánime—, basta citar aquí a Rodríguez Devesa, quien manifiesta expresamente que el conflicto entre la vida de la madre y la vida del feto no puede incluirse entre los conflictos entre bienes iguales<sup>26</sup>.

El Derecho comparado, en el ámbito cultural al que pertenecemos, asevera esta distinción valorativa, que se plasma en las leyes despenalizadoras en vigor (Francia, Alemania, Italia, Holanda, Austria, etc.) y, lo que importa destacar, en las sentencias de los Tribunales constitucionales. En este sentido, por supuesto, aquellos que han aprobado el sistema de plazos (Francia, Austria y Estados Unidos), pero, igualmente, aquellos que han adoptado decisiones más restrictivas. Así, el Tribunal constitucional italiano, en la sentencia (anterior a la ley de despenali-

<sup>25</sup> Frente a unas cifras estimativas que oscilan entre los 100.000 y los 500.000 abortos anuales en nuestro país, los Tribunales constataron en 1977 la comisión de sesenta y siete delitos de aborto, por los cuales fueron condenadas setenta personas. Ingresaron en prisión a lo largo del año como penados dieciséis personas y se encontraban en prisión por este delito el 31 de diciembre del mismo año catorce personas como penados y siete como procesados. Cfr. *Estadísticas judiciales de España 1977*, Madrid, 1979, págs. 68, 77, 231, 225 y 228. El 31 de diciembre de 1978 se encontraban en prisión veinticuatro personas: diez hombres y catorce mujeres, de los cuales cinco en prisión preventiva y diecinueve condenados. Cfr. *Informe general 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979.

<sup>26</sup> Cfr. *Parte general*, Madrid, 1979, pág. 551. En igual sentido, por ejemplo, Jiménez de Asúa, *Tratado*, IV, 3.ª ed., págs. 391 y sig.; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Sevilla, 1976, págs. 62 y sigs. La doctrina española actual es mayoritariamente partidaria de abordar la despenalización (véase Landrove, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, en «CPCrim.», 10, 1980, pág. 84), estrictamente las discrepancias tan sólo en la elección del sistema a adoptar. Es ilustrativo de este estado de ánimo el hecho de que el Anteproyecto de Código penal, elaborado por la Comisión General de Codificación, preveía un sistema de indica-

zación) por la que declaró anticonstitucional el artículo 546, en la medida en que no preveía la indicación terapéutica, considera que «no existe equivalencia entre el derecho a la vida e incluso entre el derecho a la salud, propio de quien, como la madre, ya es persona, y el de la salvaguardia del embrión, que todavía debe llegar a ser persona»<sup>27</sup>.

La sentencia del Tribunal constitucional alemán merece una consideración detenida, pues, a pesar de no contener una declaración expresa en el sentido expuesto, es ésa misma la valoración que la inspira, como prueban los resultados a los que llega al admitir el sistema de indicaciones. El Tribunal considera conductas justificadas las interrupciones del embarazo efectuadas cuando concurren circunstancias que impiden al legislador considerar exigible a la mujer la continuación del mismo.

El Tribunal dice partir del principio de que la vida pre y posnatal son bienes iguales. Ahora bien: sobre esta base, la muerte del feto sólo puede ser considerada justificada cuando entra en conflicto irresoluble con la vida de la madre<sup>28</sup>. Si la muerte del feto se ha provocado para salvar un bien de valor inferior a la vida (por ejemplo, la salud o, para mayor contraste, la estabilidad económica de la familia y demás intereses que cubre la llamada indicación social), en ningún caso puede considerarse que la conducta resulte justificada, sino, como máximo, exculpada. Sin embargo, el Tribunal ha admitido como causas de justificación indicaciones que en principio sólo podrían tener eficacia exculpante o atenuante (la médica, en lo que se refiere sólo a la defensa de la salud, la eugenésica, la criminológica y la social).

Este proceder solamente se explica de una manera: el Tribunal constitucional «no cree» en su propio punto de partida. Declara que la vida del embrión es de igual valor que la vida de la persona, pero actúa como quien acepta que son valores distintos, que la vida del embrión es un bien de menor rango que puede ser comparado con otros bienes como los que se plasman en las diversas indicaciones<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Véase en *L'aborto*, cit., pág. 329.

<sup>28</sup> Y esto sólo en las posiciones de quienes, consecuente o inconsecuentemente, consideran el conflicto entre bienes iguales como causa de justificación. Sobre todo esto me remito a Gimbernat, *El estado de necesidad: Un problema de antijuricidad*, en «Estudios de Derecho penal», Madrid, 1976, págs. 107 y sigs.

<sup>29</sup> La fórmula adoptada por el legislador alemán ha sumido a la doctrina en la perplejidad. La Ley de 1976 ha configurado el sistema de indicaciones «tratando las causas de exculpación como causas de justificación» (cfr. Wessels, *A. T.*, 8.ª ed., páginas 23 y sigs.). Esto sólo ha podido ser explicado por la doctrina como una «ficción» (Arzt, *Delikte gegen die Person*, Bielefeld, 1977, págs. 122 y sigs.), o bien, como «expresión global de todos los intereses en juego» (Schönke-Schröder-Eser, *SGB Komm.*, 20.ª ed., § 218a, núm. marg. 6; igualmente, Rudolphi, «S. K.», § 218a, núm. marg. 1). Solamente alguno de los autores que se han pronunciado sobre el tema, consecuente con el punto de partida del T. C., critica con acritud la fórmula empleada (cfr. Gössel, en «JR», 1976, págs. 1 y sigs., en relación al texto del Proyecto).

En la búsqueda de una explicación que haga compatible la solución legislativa con los principios básicos que rigen las causas de justificación y exculpación, es decir, la distinción dogmático-jurídica entre lo justo y lo injusto, estima Sax (*Der*

3. El Tribunal constitucional alemán ha pretendido fundamentar la protección de la vida en formación en la idea del derecho fundamental a la vida como «decisión objetiva de valor». Después de argumentar sobre la base de atribuir al *nasciturus* el derecho a la vida y la dignidad humana, reconoce las dificultades de tal planteamiento (¿puede ser el *nasciturus* «titular» de derechos fundamentales?) y, sorprendentemente, manifiesta que la cuestión no necesita ser decidida, porque, en cualquier caso, hay otra fundamentación: «según la jurisprudencia mantenida por el Tribunal constitucional —se lee en la sentencia—, las normas de los derechos fundamentales no solamente contienen derechos de defensa contra el Estado, sino que también encarnan un *orden objetivo de valores* que rige para todas las ramas del Derecho como decisión constitucional fundamental y da orientaciones e impulsos a la legislación, a la Administración y a la jurisprudencia». Por ello, concluye el Tribunal, «la cuestión de si el Estado está obligado por la Constitución a proteger la vida en formación y, en su caso, en qué medida ha de llevar a cabo esa protección, es algo que puede ser derivado del contenido objetivo-jurídico de las normas de los derechos fundamentales»<sup>30</sup>.

Con esta categoría lo que pretendió la mayoría del Tribunal fue el justificar que el Estado, además de estar obligado a abstenerse de actuar contra la vida en formación, lo está también a intervenir activamente frente a los particulares que ataquen la vida en formación, justificación que era imposible construir desde la concepción del Derecho como defensa frente al Estado y difícil de legitimar con la discutida tesis de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

---

*verbrechensystematische Standort der Indikationen*, en «JZ», 1977, págs. 326 y siguientes) que o bien se reconoce que la vida del feto es de menor valor que la vida de la embarazada (cfr. notas 19 y 89 del trabajo citado), o bien es preciso admitir la introducción entre los elementos negativos del tipo del principio de «no merecimiento de castigo» («negative Strafwürdigkeitsvoraussetzung») (pág. 332).

La fórmula de Sax es muy sugerente, y contribuye a explicar por qué el conflicto entre bienes iguales «justifica» y no solamente «exculpa». En este sentido, ofrece una configuración dogmática específica para lo que entre nosotros se ha descrito como «renuncia del legislador a motivar con una pena la no ejecución de un determinado comportamiento» (véase Gimbernat, *Estado de necesidad*, cit., en *loc. cit.*, pág. 119). Ahora bien: la idea expuesta no resuelve materialmente nada en el problema del aborto, pues las causas del «no merecimiento de pena» radican en realidad en el hecho de que no se valoran igual la vida de la embarazada y la del feto.

Otra propuesta que «reconcilia» el sistema de indicaciones con el concepto imperante de lo injusto es la de Arthur Kaufmann y otros (véase últimamente en *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, en «JuS», 1978, págs. 361 y sigs.), con la categoría de los «ámbitos fuera del Derecho» («Rechtsfreier Raum»). Sin embargo, se trata de una idea muy poco pacífica. Véase al respecto, críticamente, Hirsch, *Strafrecht und Rechtsfreier Raum*, en «Festschr. für Bockelmann», Munich, 1979, páginas 89 y sigs.

Solamente quienes valoran en forma distinta las dos vidas en cuestión no encuentran problemas para aceptar el carácter de causas de justificación de las indicaciones. Cfr. Maurach-Schroeder, *Besonderer Teil*, 1, cit., págs. 63 y 71.

<sup>30</sup> Sentencia, C, I, 3, en *L'aborto...*, cit., págs. 208 y sigs.

Sin embargo, esta argumentación de la sentencia ha sido rechazada por los jueces que adoptaron el voto particular<sup>31</sup> y por buena parte de la doctrina, con diversos argumentos cuya exposición no es necesaria aquí<sup>32</sup>, ya que afectan no tanto al proceso de argumentación como a la propia categoría de «orden objetivo de valores» como instrumento válido para llevar a cabo un proceso de argumentación cualquiera. La categoría mencionada sirve al Tribunal alemán a modo de comodín para cuando carece de la posibilidad de recurrir a otra categoría dogmáticamente elaborada con la que fundamentar lo que pretende.

Con independencia de la polémica dogmático-constitucional alemana, debe rechazarse la fundamentación de la protección del *nasciturus* con el recurso al «orden objetivo de valores», porque, en la medida en que representa un momento activo del derecho fundamental, exige lógicamente un derecho fundamental previamente atribuible al objeto de protección, al *nasciturus*, y como anteriormente se ha mostrado, el *nasciturus* no es sujeto de imputación del derecho fundamental a la vida y, en consecuencia, ni tiene derecho *por sí mismo* a que el Estado se abstenga de atentar contra él ni mucho menos a que el Estado intervenga activamente para proteger «su derecho subjetivo a la vida» frente a terceros.

4. Sobre la base de lo expuesto, se comprende mejor la falta de perspectivas de la polémica acerca de la personalidad jurídica del *nasciturus*, de su capacidad para ser titular de derechos fundamentales<sup>33</sup>. La

<sup>31</sup> Voto particular, A, I, 1 y 2, en *L'aborto...*, cit., págs. 229 y sigs. Los jueces disidentes reprochan a la mayoría, por una parte, el haber alterado la función del T. C., pues, en vez de comprobar si el legislador ha estado legitimado para castigar, examinan si ha estado obligado a castigar, y por otra, el que recurren a una categoría que no está elaborada dogmáticamente y, por ello, no susceptible de control racional, lo cual lleva al Tribunal a suplantar las funciones del legislador.

<sup>32</sup> Véase Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts*, 10.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1977, página 127; Staff, *Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 1976, págs. 33 y sigs.; Kühl, *Wertordnung oder Freiheitsordnung*, en «GA», 1977, pág. 356; Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1973. La validez de la categoría mencionada solamente se acepta pacíficamente en relación a la función de los derechos fundamentales como derechos sociales o derechos de participación, respecto de lo cual no se diferencia de otras más acuñadas como la de «Drittwirkung», véase, I. von Münch, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, I, Stuttgart, 1979, pág. 84. La polémica está ligada a la concepción de la Constitución como un orden de valores cerrado o, alternativamente, como orden abierto. Véase al respecto Müller, *Die Einheit der Verfassung, Elemente einer Verfassungs Theorie*, III, Berlín, 1979, y Seifert, *Haus oder Forum, Wertsystem oder offene Verfassung*, en Habermas, *Stichworte zur «Geistigen Situation der Zeit»*, I, Frankfurt, 1980, págs. 321 y sigs.

<sup>33</sup> El estado de la polémica en Alemania hasta 1958 puede verse en Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, cit., art. 2, II, núm. marg. 21. Con posterioridad, negando la atribución de derechos fundamentales, Hamann-Lenz, *Grundgesetz*, Berlín, 1970, página 144; Stein, *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tubinga, 1971, pág. 203; I. von Münch, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, I, Stuttgart, 1979, pág. 60, atribuye al *nasciturus* solamente la capacidad para los derechos fundamentales a la vida y a la integridad corporal. Por su parte, el Tribunal constitucional prefirió dejar sin resolver el problema (C, I, 3), si bien, como ya se ha indicado, confiere igual eficacia fundamentadora a la idea de «valor objetivo».

única consecuencia que se deriva de la atribución al feto del derecho fundamental a la vida es precisamente la prohibición absoluta del aborto<sup>34</sup>, pues, por una parte, por falta de soporte material, carece de sentido plantear el disfrute de otros derechos fundamentales, y, por otra, a los efectos de los derechos patrimoniales, la vigencia de los códigos civiles decide el problema de forma adecuada a lo que en tales cuerpos legislativos se trata de regular, y que no es otra cosa que el momento a partir del cual se debe atribuir la cualidad de heredero<sup>35</sup>.

Un examen de las tomas de posición de los autores acerca de la atribución o negación de la capacidad de ser titular de derechos fundamentales pone de manifiesto que la decisión al respecto depende exclusivamente de la tesis que cada cual mantenga sobre la igualdad o desigualdad de valor de una u otra vida. Es, pues, una decisión de valor que no tiene, por tanto, más fundamento que el que esta última haya logrado demostrar.

5. En este orden de cosas se ha de poner de manifiesto que el hecho de que los ordenamientos jurídicos no valoren la vida humana en formación como a la vida de los nacidos no es algo arbitrario. Por el contrario, responde a una realidad que las ciencias sociales permiten constatar. El «devenir persona» es un proceso social, material, que se realiza como proceso de comunicación entre el nuevo ser y la madre, entre ambos y los demás, proceso que comienza en la última fase del embarazo, cuando el nuevo ser se hace presente a la mujer a través de la modificación de su propio cuerpo, de la percepción de los primeros movimientos de aquél y que culmina con el nacimiento, con la recepción del mismo por la sociedad<sup>36</sup>. No es necesario ampliar aquí esta exposición, los trabajos de Rüpke ofrecen suficiente información al respecto.

<sup>34</sup> Como puede verse en la argumentación de I. v. Münch, *ob. cit.*, pág. 60, quien se ve obligado a excluir los demás derechos fundamentales.

<sup>35</sup> Como bien demuestra Larenz, en *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3.ª ed., Munich, 1975, pág. 69. La atribución de la personalidad jurídica que establecen los códigos civiles, ya sea a partir del nacimiento (BGB), de la «viabilidad» (Code civil), o de las veinticuatro horas de separación del cuerpo de la madre, se rige por criterios pragmáticos, en particular por los de seguridad y «economía» jurídica, criterio este último al que se debe nuestro sistema de las veinticuatro horas, muy razonable si se toma en cuenta que la elevada mortalidad en el nacimiento se ha evitado solamente con los progresos de la medicina en los últimos cincuenta años (cfr. Díez Picazo-Gullón, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1979, página 267). El límite de las veinticuatro horas ha contribuido a facilitar la confusión doctrinal y parlamentaria, dando pie a alguno a creer que la no atribución del derecho a la vida al *nasciturus* podría permitir la muerte del recién nacido (así, el diputado Mendizábal y Uriarte [AP] en la discusión del Proyecto de Constitución en el pleno del Congreso del día 6 de julio de 1978, véase en *Constitución española: trabajos parlamentarios*, Madrid, 1979, págs. 2024 y sigs.). Tal opinión desconoce tanto que el tipo de homicidio protege la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección. La polémica entre el «todos» y el artículo 30 del Código civil carece de toda relevancia.

<sup>36</sup> Véase una amplia exposición de la teoría de la socialización aplicada a este problema en los diversos trabajos de Rüpke, *Persönlichkeitsrecht und Schwange-*



Por otra parte, y frente a lo que algunos esgrimen<sup>37</sup>, la teoría de la socialización no pretende «justificar» el aborto o cualquier otro fenómeno social, lo único que hace es «explicar», explicar científicamente por qué en la historia y en la actualidad la vida anterior al nacimiento se ha valorado de distinta forma que la de los nacidos, y por qué se ha valorado más la vida en formación en el último período del embarazo que en los primeros meses del mismo.

6. De todo lo expuesto puede deducirse la conclusión de que la vida de los no nacidos no es valorada de igual modo que la de los nacidos, que la vida embrionaria es un valor distinto de la vida de las personas, y menor que ésta, y que, por tanto, el portador de este valor *no puede considerarse incluido entre los destinatarios del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución*, el cual sólo puede referirse a un único valor —el de la vida de los nacidos— y a un único tipo de destinatarios: los nacidos, las «personas». Y no puede ser de otra forma, pues lo que sí sería *arbitrario* es el que la Constitución —o la interpretación de la misma— atribuyera la misma protección, la tutela absoluta e irrenunciable, a dos valores distintos, a dos bienes de diferente valor.

En relación con el planteamiento adoptado y la conclusión a que se ha llegado conviene salir al paso de una posible objeción. Puede argüirse, en efecto, que la valoración diferenciada que la tradición y el Derecho penal vigente hacen de la vida del *nasciturus* y la del nacido no vincula a la Constitución, sino que, por el contrario, en virtud del principio de primacía de norma fundamental, la ley ordinaria ha de ceder ante aquélla. Ahora bien: como se ha expuesto anteriormente, la Constitución no contiene una declaración expresa que obligue a plantear un conflicto entre su tenor literal y la tradición y legislación penal vigente.

Pretender que con el mero empleo de la expresión «todos» se ha roto con la tradición y con el derecho vigente no es algo que se pueda mantener con seriedad. En su caso, los que tal tesis mantengan habrán de ser consecuentes y exigir también la supresión del delito de aborto y su absorción por el tipo del homicidio<sup>38</sup>.

#### IV. LA VIDA HUMANA EN FORMACION COMO BIEN JURIDICO

De la conclusión a que se ha llegado en el anterior apartado no se puede deducir que la vida humana en formación carezca de todo valor jurídico, que el Estado no tenga respecto a ella deber alguno de pro-

*schaftsabbruch*, en «ZRP», 1974, págs. 73 y sigs.; *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, Francfort, 1975, págs. 116 y sigs., y *Der Verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit*, Baden-Baden, 1979, págs. 35-68 y 95-114.

<sup>37</sup> Véase Spaeman, en lo que pretende ser una réplica a Rüpke, en «ZRP», 1974, pág. 114.

<sup>38</sup> Los únicos defensores consecuentes de la «innovación constitucional» resultarían ser precisamente los sectores situados al margen de la Constitución, los mismos que prefieren legalizar el concubinato antes que el divorcio.

tección y que, por tanto, la vida del feto pueda ser destruida por cualquier motivo por el propio Estado, por la embarazada o por un tercero. Por el contrario, como se fundamenta en lo que sigue, *la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico constitucional.*

1. La vida humana en formación merece, por una parte, la protección que deriva de la que se reconoce a la madre en tanto que portadora de una vida (art. 39.2 de la Constitución). Igualmente, recibe indirectamente la protección que deriva de los derechos fundamentales de la mujer: a la integridad corporal (art. 15), a la salud (art. 43) y a la libertad personal (art. 17)<sup>39</sup>.

Sobre esta base, la vida e integridad corporal del *nasciturus* adquiere garantías absolutas frente a ataques del Estado y de terceros, pero no así frente a la mujer, de la cual le derivan tales garantías. De este modo se fundamenta la inconstitucionalidad de toda intervención abortiva contra la voluntad de la mujer, como, por ejemplo, disposiciones estatales de política demográfica que obliguen a abortar a las mujeres que ya tienen un número determinado de hijos, o la experimentación con embriones o fetos vivos sin el consentimiento de la embarazada. La tipificación del delito de aborto inconsciente encuentra de este modo suficiente fundamento<sup>40</sup>.

Ahora bien, si la protección de la vida en formación careciera de otra fundamentación complementaria, la vida del *nasciturus* sería un bien de libre disposición por parte de la embarazada, y la tipificación del aborto consentido en cualquier período del embarazo no sería justificable más que por razones de protección de la salud de la mujer. En este sentido sería posible fundamentar solamente la punición de los abortos provocados por quienes no sean médicos y, si provocado por uno de éstos, los realizados en el último período del embarazo, durante el cual el riesgo para la salud es considerablemente elevado<sup>41</sup>.

2. Sin embargo, además de las razones expuestas, la tutela de la vida en formación tiene una fundamentación autónoma e independiente de la derivada de los derechos e intereses de la mujer, que se asienta en *el principio de dignidad de la persona.*

El principio, a pesar de que su dimensión de eficacia jurídica es discutida<sup>42</sup>, es algo más que una abstracta decisión de valor constitucional, y puede alcanzar un amplio acuerdo la idea de que constituye una exigencia de que el Estado respete y proteja —además de los derechos

<sup>39</sup> Cfr. Geddert, *Abtreibungsverbot und Grundgesetz*, en loc. cit., pág. 337; Artz, *Strafrecht. B. T.*, 1, Bielefeld, 1977, pág. 108, nota 2. Entre los partidarios de esta fundamentación como única posible, Abendroth, *Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, en «Kritischer Justiz», 1975, pág. 122.

<sup>40</sup> Estimo asimismo que la prohibición de la pena de muerte a la mujer gestante (art. 6.5 del Pacto de las Naciones Unidas de 1966) se fundamenta en esta garantía absoluta de la vida del *nasciturus* frente al Estado.

<sup>41</sup> Ahora bien, la validez de este argumento sería cuestionable desde las tesis liberales acerca de la eficacia del consentimiento en las lesiones.

fundamentales en su conjunto— determinadas concepciones que son sentidas como fundamentales por la comunidad. En este sentido se comprueba que la vida humana en formación es sentida en la comunidad como un valor positivo y a cuya destrucción se opone resistencia <sup>43</sup>.

Esta valoración social positiva no es arbitraria ni se apoya solamente en concepciones religiosas o éticas. Por el contrario, se fundamenta materialmente en que la vida en formación, embrionaria y fetal, constituye el presupuesto de la vida plena, de la vida de las personas; la vida en formación es esperanza de la vida plena, y la comunidad reconoce en ella a un futuro miembro, en el cual se reconoce a sí misma. Esta valoración positiva no es homogénea en relación a todo el proceso de formación, el valor es más elevado cuando el futuro miembro de la comunidad se comienza a hacer presente para la misma, además de para la mujer. Lo cual ocurre en el período más avanzado del embarazo, cuando la imagen externa de la mujer hace visible la proximidad de un nuevo miembro de la comunidad, hecho que se superpone aproximadamente con el período en el que el feto alcanza la viabilidad, la capacidad física de vivir independientemente de la mujer y, junto a ello, adquiere la definitiva configuración corporal. No se trata solamente de una valoración social externa a la mujer y a la esperanza de vida plena de que es portadora, sino también valoración de la propia mujer, a la cual en este período tardío del embarazo se le hace presente la nueva vida con los primeros movimientos del feto (*Quickening*) <sup>44</sup>.

La valoración social positiva de la vida en formación, su valor simbólico, justifica la protección jurídica a lo largo de todo el período de gestación <sup>45</sup>. Igualmente, el legislador ha de hacerse expresión también del mayor valor que merece esa vida en formación en su período más avanzado.

Conviene precisar <sup>46</sup> que toda esta referencia a valores sociológica-

<sup>42</sup> Véase Giese, *Das Würde-Konzept. Eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG*, Berlín, 1975.

<sup>43</sup> Las encuestas de opinión realizadas en materia de interrupción del embarazo ponen de manifiesto lo asentado de esta valoración social (véase, por ejemplo, Siebel y otros, *Soziologie der Abtreibung*, Stuttgart, 1971, págs. 170 y sigs.). La inmensa mayoría exige la protección del feto, pero también acepta el aborto cuando lo encuentra «justificado». En una encuesta realizada en 1978 en España por Alef, sólo un 42 por 100 se manifestaba a favor de una prohibición total del aborto (véase «La Calle», núm. 22, de 22 de agosto de 1978).

<sup>44</sup> Esta explicación es también obra de la teoría de la socialización, a cuyas fuentes, ya citadas en nota, me remito.

<sup>45</sup> Huerta Tocildo mantiene una tesis que se asemeja a la aquí defendida, pues estima que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la esperanza de vida, entendiéndolo en cuanto a valor cultural emanado de las normas sociales vigentes en un determinado contexto espacial y cultural (*Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pág. 31).

<sup>46</sup> Pues ocurre que los enemigos de las soluciones despenalizadoras (véase, por ejemplo, la réplica de Spaeman a Rüpke, en «ZRP», 1974, págs. 114 y sigs.) suelen considerar que estas argumentaciones sociológicas pretenden justificar la despenalización, y gustan de equiparar tal sistema de argumentación con las «justifi-

mente fundamentados no es, por supuesto, una justificación de que el aborto no se haya de castigar, sino de algo bien distinto: de *por qué se ha de proteger* por el Derecho<sup>47</sup>. Lo cual no decide —en el sentido de decisión «previa» al legislador— nada en orden al cómo, cuándo y frente a quién da la protección. La decisión corresponde plenamente al legislador ordinario, en el marco de una ponderación de los diversos intereses en conflicto en los supuestos en que se producen embarazos no deseados, que son los únicos en que se plantea el problema que aquí se discute. Se ha de precisar también que no se trata de que el *nasciturus* sea portador en sí mismo, o titular de «dignidad humana», sino de que la idea de dignidad humana socialmente existente induce al legislador a proteger la vida en formación<sup>48</sup>.

El problema del aborto constituye un campo de prueba de la teoría del *bien jurídico*<sup>49</sup>. La configuración de la vida humana en formación como bien jurídico se sitúa en el terreno más difícil de la elaboración teórica, en el de la tensión entre «racionalidad» y vinculación del legislador al contexto cultural<sup>50</sup>; entre racionalidad y tabúes propios de cada sociedad en un momento concreto de su experiencia valorativa, de su grado de «ilustración». Se puede criticar «racionalmente» el tabú de la muerte y, en consecuencia, la configuración como bienes jurídicos del respeto al «descanso de los muertos» o de su «honor», o de plasmaciones de aquél como en el ámbito de la eutanasia, pero el legislador no puede prescindir de los mismos más que en la medida en que la sociedad concreta de que se trate pueda también prescindir<sup>51</sup>.

La definición de los bienes jurídicos, en tanto que condiciones fundamentales de la vida en común, no se puede realizar con independencia de las concepciones predominantes acerca de cuáles sean las necesidades

caciones» biólogos del exterminio de los judíos y de los «seres desprovistos de valor vital». Bien al contrario, la argumentación sociológica a lo que sirve es a proporcionar *alguna base racional* a la prohibición del aborto.

<sup>47</sup> Acerca de la posibilidad de fundamentar la protección del *nasciturus* en base a una concepción socialmente orientada de la dignidad humana, véase Rüpke, *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, cit., pág. 82.

<sup>48</sup> El T. C. alemán declara que la protección del *nasciturus* se fundamenta en la dignidad humana (S., C, I, 3, en *L'aborto...*, cit., pág. 208), pero se trata de una mera afirmación y no de un argumento («donde existe vida humana se ha de atribuir dignidad humana»), que, además, presupone que la vida embrionaria es vida humana en el sentido del correspondiente artículo de la Constitución alemana. Véase críticamente, Geddert, *Abtreibungsverbot*, cit., pág. 338.

<sup>49</sup> Como punto de referencia de la situación actual de la discusión me remito a los trabajos monográficos de Amelung, Hassemmer, Rudolph y Bustos, y en obras generales, el manual de Stratenwerth y la «Introducción» de Mir Puich.

<sup>50</sup> Véase una amplia investigación al respecto en Hassemmer, *Theorie und Soziologie des Vebrechens*, Francfort, 1973, particularmente págs. 124 y sigs.

<sup>51</sup> Y una sociedad no rompe con este tipo de valores de forma radical, sino a través de la larga marcha de la racionalización, de la discusión de sus plasmaciones concretas. Lentamente, la sociedad internaliza la no necesidad del tabú y las nuevas concepciones se abren paso al consenso social. Un ejemplo de esta evolución en el presente es precisamente la discusión acerca del aborto y de la eutanasia.

legítimas y los intereses del individuo o de la colectividad que se corresponden con un orden social correcto, ni tampoco se pueden formular con independencia de la situación histórica en la que se encuentra una sociedad<sup>52</sup>. En este sentido, el «consenso» es un criterio que ha de integrar una teoría de los bienes jurídicos, particularmente en el campo de los bienes jurídicos de discutida racionalidad, en el cual es más necesario que nunca que el legislador rechace la imposición a la colectividad de las que sean concepciones morales o éticas de individuos o grupos, incluso los numéricamente mayoritarios, limitándose a asumir la protección de aquellas normas sociales elementales realmente constitutivas e imprescindibles para una comunidad determinada. Estas normas son aquellas sobre las cuales existe un consenso prácticamente ilimitado, sobre las cuales todos podemos estar de acuerdo<sup>53</sup>.

En el tema del aborto lo único que alcanza ese amplio consenso es el carácter de bien jurídico de la vida humana en formación, su definición como bien que merece, en principio, toda protección y, en forma particularmente enérgica, en la fase más avanzada del desarrollo. Fundamentar el carácter de bien jurídico de la vida en formación en la idea de dignidad humana puede ser una fundamentación metafísica, no racional, cuando la idea de dignidad humana se construye metafísicamente, como, por ejemplo, desde el iusnaturalismo. No es así cuando la idea de dignidad humana se configura socialmente, cuando lo que de ella se deriva, por ejemplo, la protección de la vida en formación, se asienta en una función social de carácter material aprehensible por las ciencias sociales.

3. Se afirma, en consecuencia, el valor de la vida humana en formación como bien jurídico en base tanto a su derivación constitucional —principio de dignidad humana— como a su valor real en la práctica social como bien cuya protección es considerada como necesaria e imprescindible por la comunidad<sup>54</sup>.

Se trata de un *bien jurídico de la comunidad* y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer. Ni el *nasciturus* por sí mismo puede ser titular de intereses o de derechos a la tutela jurídica, ni la mujer puede disponer por sí misma en cualquier momento de un bien cuya protección se establece en función de un «acuerdo» o «necesidad» comunitaria.

La decisión acerca del ámbito y carácter de la protección que se ha

<sup>52</sup> Cfr. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1976, págs. 16-17.

<sup>53</sup> Sobre la función del consenso, véase Zippelius, *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen*, en «Festschr. für Bruns», Colonia, 1978, págs. 1 y sigs.

<sup>54</sup> Entiendo que la legitimación de un bien jurídico exige esta doble fundamentación: por una parte, interés o valor derivado del ordenamiento constitucional, y por otra, «necesidad social». Estimo insatisfactorias las fundamentaciones unilaterales tanto en la Constitución (Sax) como en la necesidad (estructural-funcional) de la sociedad (Amelung). En este sentido, por ejemplo, Bricola, *Teoria generale del reato*, en «Novissimo Digesto», XIX, Turín, 1974, y Rudolph, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffes*, en «Festschr. für Honig», 1970, págs. 151 y sigs.

de proporcionar al bien jurídico en cuestión corresponde a la propia comunidad y, en definitiva, al legislador en tanto que expresión de la comunidad jurídica políticamente organizada.

La protección de un bien jurídico tiene siempre una dinámica expansiva, una tendencia a alcanzar la protección, necesaria y eficaz, más amplia posible, situándose los límites de dicha protección allí donde la misma entra en conflicto con otros bienes jurídicos. Donde los bienes jurídicos colisionan entre sí ha de intervenir el legislador con una decisión que, más que solucionar, *supere* el conflicto. En este sentido, la vida humana en formación aspira —ha sido así históricamente— a la más amplia protección, a la penal, si bien, dentro de ésta, sus límites no han sido siempre iguales. La historia de la prohibición penal del aborto pone de manifiesto, como ya se ha expuesto, que sólo excepcionalmente ha sido una protección absoluta. Los cambios en el sistema de protección obedecen a que el legislador ha tomado en consideración los diversos intereses que entran en juego en este ámbito y ha dado preferencia a uno u otro de ellos: el interés del *pater familiae* en Roma, el interés demográfico, el de la protección de la salud de las mujeres, etc.

El legislador español ha de tomar su decisión sobre la base de determinar cuáles sean los intereses que entran en conflicto en el problema del aborto y de ponderar tales intereses. En la actualidad se ha de reconocer que la *esencia del conflicto* radica en el significado de la prohibición absoluta del aborto como ruptura de la intimidad y como negación radical del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en los supuestos en los que la mujer sufre un embarazo no deseado. El legislador ha de decidir en qué medida y en qué casos cede la prevalencia a uno o a otro de los bienes jurídicos en conflicto.

## V. EL PROBLEMA DEL ABORTO COMO CONFLICTO ENTRE BIENES JURIDICOS

### 1. *Significado de la prohibición del aborto para los derechos de la mujer*

La prohibición del aborto solamente se pone en cuestión entre nosotros cuando la mujer no desea la continuación del embarazo, ya sea porque el mismo pone en peligro su vida o su salud, ya por razones de otro carácter. El único problema para el legislador es resolver esta contradicción entre la prohibición y la decisión de la mujer<sup>55</sup>.

La oposición de la mujer a la continuación del embarazo es el pro-

<sup>55</sup> Cualquier otro tipo de problematización de la prohibición está fuera de nuestra realidad cultural; verbigracia: la derivada de exigencias demográficas o de «filosofías» como la de la aniquilación de los seres desprovistos de valor vital o de las razas inferiores.

blema relevante porque la prohibición de abortar afecta a bienes jurídicos fundamentales de la mujer garantizados constitucionalmente. En efecto, la prohibición del aborto se resuelve en una *compulsión* a la maternidad. El Estado niega la libertad de la mujer para configurar sus condiciones de vida, se introduce en su esfera de intimidad —sus deseos, sus relaciones, sus expectativas— y la conmina a aceptar las condiciones de vida que acompañan a la maternidad. El Estado condiciona así, contra la voluntad de la mujer, el desarrollo de su personalidad. No se trata de una restricción de libertad en abstracto, de una contradicción de un genérico derecho a la libre autodeterminación de la mujer, sino de una restricción material, de carácter psíquico y social, de la libertad y de la intimidad.

El eslogan «mi vientre me pertenece» o la fórmula de «derecho al propio cuerpo» hacen parca justicia al significado real de la prohibición del aborto, pues, sobre lo que la mujer embarazada decide en el momento en que considera la posibilidad de abortar es sobre si quiere o no tener un hijo. Lo que es afectado por la prohibición del aborto es la intimidad y el desarrollo de la personalidad de la mujer y no su mera conformación corporal. El recurso al denominado derecho al propio cuerpo para defender la despenalización rebaja el valor del contenido de la libertad de la mujer al que posee, por ejemplo, la discusión acerca de si el Estado puede disponer vacunaciones o extracciones sanguíneas obligatorias. La concepción mencionada no solamente ignora la realidad antropológica, sino que además debilita la categoría de la argumentación con la que la mujer se dirige al legislador.

La compulsión a la maternidad es compulsión a establecer una larga comunicación con otro (con el hijo, pero también con el padre, en el caso de las mujeres no casadas) que lleva consigo una profunda modificación de las relaciones vitales.

Es preciso tener en cuenta, además, las condiciones sociales propias de nuestro país sobre las que se proyecta la prohibición del aborto, pues determinan que sea aún mayor la gravedad del menoscabo de los bienes jurídicos mencionados. Entre nosotros, la compulsión a la maternidad que deriva de la prohibición indiscriminada del aborto se encuentra en plena contradicción con una realidad político-social que es portadora del germen del problema que nos ocupa: Hasta la Ley del 7 de octubre de 1978 no se ha descriminalizado la venta de anticonceptivos. En la actualidad es todavía inexistente una política de los poderes públicos de información y formación en materia de sexualidad y anticoncepción. Ni en la letra ni en la práctica de la ley ordinaria se reconoce a la maternidad el carácter de función social merecedora de protección, cargándose exclusivamente sobre la madre los costos económicos de atención y de educación del hijo. Por otra parte, la posición jurídica y práctica de la mujer madre en el orden laboral es de singular discriminación y debilidad, siendo el despido «por maternidad» una práctica sumamente frecuente.

La protección de la vida humana en formación puede suponer también, como consecuencia de complicaciones médicas, la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la vida o de la salud de la embarazada<sup>56</sup>.

Por su parte, cuando la mujer infringe la prohibición y es descubierta por los órganos de persecución del Estado, sufre la imposición de una pena y en consecuencia el menoscabo de los bienes jurídicos propios de la misma: libertad, intimidad, dignidad y patrimonio.

La protección del bien jurídico vida en formación entra, por tanto, en colisión con otros bienes jurídicos de los que la mujer es titular y que constituyen principios fundamentales de la Constitución, como el derecho a la vida y a la salud (arts. 15 y 43.1), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) y propios derechos fundamentales como son el derecho a la libertad personal (art. 17.1, en relación con el principio anterior) y el derecho a la intimidad (art. 18.1).

## 2. La ponderación de bienes

La solución legislativa a los conflictos entre bienes jurídicos no puede ser arbitraria. En los supuestos de colisión de bienes jurídicos el legislador se ha de regir por un principio de racionalidad elemental que se ha denominado de *Ponderación de bienes*<sup>57</sup>.

El principio mencionado exige que el legislador proceda a realizar una jerarquización de los bienes jurídicos que en el caso concreto colisionan. En segundo lugar, el legislador debe encontrar la fórmula que permita alcanzar a cada uno de los bienes en cuestión la máxima posibilidad de realización. Es decir, el principio no se resuelve en un sacrificio *in totum* del bien de menor rango jerárquico valorativo. La conexión e interdependencia de los diversos elementos de la Constitución (principio de «unidad de la Constitución») fundamenta la necesidad de tomar en consideración no solamente la norma particular aislada, sino todo el conjunto de normas afectadas o relacionadas con el problema de que se trate. El principio de ponderación de bienes ha de regirse —como expone Hesse<sup>58</sup>— por el objetivo de *optimizar* la realización de los mismos.

En el problema que nos ocupa, la jerarquización de bienes debe resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad, pues se trata de bienes jurídicos que constituyen el *contenido objetivo de Derechos fundamentales*, mientras que la vida humana en formación es un bien jurídico *derivado* de un principio fundamental —o, si se quiere,

<sup>56</sup> Véase al respecto Mueller, *Gerichtliche Medizin*, II, Berlín, 1975, págs. 1131 y sigs.

<sup>57</sup> Véase, por todos, Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikte*, Baden-Baden, 1979.

<sup>58</sup> Cfr. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 28.



de un derecho fundamental—, el de la dignidad humana, no constituyendo aquella misma directamente el objeto de protección.

Ahora bien: como se ha indicado anteriormente, la constatación del carácter prevalente de los derechos de la mujer no permite sacrificar el bien jurídico de la vida en formación. El legislador puede adoptar fórmulas de coexistencia siempre y cuando *respete el contenido esencial* de los derechos fundamentales de referencia, tal y como prescribe el artículo 53.1 de la Constitución al establecer la reserva de ley.

Respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales quiere decir, al menos, que en algún momento del conflicto —en algún momento del embarazo— la ley debe posibilitar la realización de los mismos, autorizando su ejercicio. Es necesario, en definitiva, un sistema legal en el que la protección general de la vida en formación no excluya la realización de todos y cada uno de los derechos fundamentales afectados, de los derechos a la vida, a la salud, a la libertad personal y a la intimidad. Sólo sobre estas bases será conforme a la Constitución el sistema de despenalización que el legislador ordinario adopte.

Una vez que el legislador ha efectuado la ponderación de bienes y adoptado en su virtud una solución al conflicto, determinando cuándo prevalecen unos bienes sobre otros, queda fijado el ámbito de *lo injusto*, y para la calificación de una conducta como antijurídica o como conforme a Derecho bastará con contrastarla con la norma establecida.

### 3. *Los sistemas de despenalización y el juicio de constitucionalidad*

De los sistemas de despenalización del aborto que se conocen, el único que respeta el contenido esencial de los derechos mencionados es el que autoriza a la mujer a decidir libremente la interrupción del embarazo en los primeros meses del mismo y mantiene la prohibición en el posterior período.

El Proyecto de Código penal representa el sistema más alejado posible de las exigencias constitucionales, pues se limita a castigar todo aborto voluntario. La Exposición de Motivos no hace referencia alguna al respecto, pero es conocido que la voluntad de sus autores consiste en aplicar las reglas sobre causas de justificación y de inculpabilidad previstas en la Parte general<sup>59</sup>. En su virtud, sólo resultarían *justificadas* las interrupciones del embarazo cuando se realicen para salvar *la vida* de la mujer, ya que, según los autores de la *Memoria*, «el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos como lo son la salud y la libertad».

Si los autores de la *Memoria* fuesen partidarios de la concepción del estado de necesidad como causa justificante en los supuestos de conflicto

<sup>59</sup> Cfr. «Memoria explicativa», cit., págs. 44-45.

entre bienes iguales —lo que es de dudar—<sup>60</sup>, podría concluirse que para el Proyecto sólo concurre una causa de justificación en el aborto: cuando se lleva a cabo para salvar la vida de la embarazada que se encuentra en inmediato peligro y siempre que el mismo sea el único medio disponible para salvar la vida. Ha de estimarse, pues, que, conforme a la tesis de la *Memoria*, el Proyecto de Código no acoge siquiera la indicación terapéutica, habida cuenta de que no se reconoce eficacia justificante a la defensa de la salud física o mental.

Ahora bien, tampoco la acogida aislada de la indicación terapéutica se acomodaría al orden constitucional de valores y a la correspondiente ponderación de bienes, pues una tal regulación no respeta el contenido esencial de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, al no concederles ninguna virtualidad en los supuestos de embarazo no deseado.

Tampoco supera el juicio de anticonstitucionalidad el sistema amplio de indicaciones establecido por el legislador alemán en 1976 como alternativa al sistema del plazo que el Tribunal constitucional había rechazado el año anterior. En el Derecho alemán, el problema no radica tanto en el catálogo de indicaciones (médica, eugenésica, criminológica y social) como en el hecho de que quien decide en última instancia acerca de la interrupción del embarazo no es la mujer, sino *un tercero*, el médico, que está llamado por la ley a dictaminar si, en el caso concreto de la mujer que solicita el aborto, concurren las condiciones legales. Sobre lo que el médico dictamina no es algo objetivo, por ejemplo, si, para evitar la pérdida de la vida o un daño de salud, aparece científicamente como necesario el interrumpir el embarazo. Por el contrario, el médico es situado por la ley en el plano subjetivo, en el plano de la conciencia individual de la mujer, pues lo que ha de decidir es lo siguiente:

a) Si el peligro para la vida o la salud puede ser evitado por otro medio distinto del aborto que él considere *exigible* a la mujer (§ 218a, I),

b) Si, en el supuesto de descubrimiento de posibles anomalías fetales, considera *exigible a la mujer* que continúe el embarazo y cargue con un hijo que adolecerá de graves deficiencias en su salud (§ 218a, II, 1 y 2).

c) Si estima que, en el estado de necesidad de carácter social que en su caso sufra la mujer, es *exigible* a la misma el que continúe el embarazo (§ 218a, II, 3).

El contenido del juicio de «exigibilidad» —que es consustancial al sistema de indicaciones<sup>61</sup>— es de carácter moral, y se resuelve en una decisión acerca de si la mujer «merece» o no continuar obligada a proseguir su embarazo. El médico es situado por la ley a modo de tutor

<sup>60</sup> Pues la doctrina y la jurisprudencia dominante no consideran el conflicto entre bienes iguales como causa de justificación, sino como meramente exculpante. Véase Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 107 y sigs.

<sup>61</sup> Cfr. Baumann, en *Das Abtreibungsverbot*, cit., pág. 315.

moral del ciudadano inmaduro de cuya responsabilidad se desconfa. El sistema de indicaciones con decisión del médico no es compatible con la idea de hombre propia de la Constitución. Por otra parte, la constatación de las condiciones sociales y económicas de la interesada, necesaria tanto para la indicación social como para la terapéutica en sentido amplio, conduce inevitablemente a una ruptura total de la intimidad, pues la investigación al respecto ha de realizarse a través de personas distintas de la del propio médico, con lo cual, además, se incrementa la importancia de los criterios subjetivos de terceros para la autorización médica.

El sistema de reservar la autorización a personas distintas de la mujer, ya sea el médico, una comisión de especialistas o el juez, se pretende fundamentar en la idea de evitar interrupciones del embarazo injustificadas o arbitrarias —aborto por razones «cosméticas»—. En estos supuestos, se estima, se sacrificaría la vida en formación a un bien sin valor alguno. Para los partidarios de esta tesis se trata, pues, de cerrar el paso a la «frivolidad».

Se puede, en principio, estar de acuerdo con la idea de que al legislador le ha de preocupar el evitar la destrucción arbitraria de los bienes jurídicos. No puede negarse el hecho de que alguna de las solicitantes de la interrupción del embarazo actúe inconsciente o frívolamente, es algo que siempre ocurre en alguna medida en este y en otros ámbitos de la vida social, inclusive en la legislativa. Ahora bien, el pretender que esa frivolidad sea propia de algo más que un insignificante porcentaje del total de casos solamente puede tener origen en un desconocimiento considerable de las condiciones reales en las que surge en las mujeres que sufren un embarazo no deseado la decisión de interrumpirlo. Los estudios empíricos ponen de manifiesto que, por lo común, estas mujeres se encuentran en una situación de grave conflicto psicológico y personal.

Así, Rolinsky, entre otros, en su estudio psicológico sobre la mujer ante el embarazo no deseado, llega a la conclusión de que apenas se encuentra una historia clínica que no contenga referencias a trágicas vivencias personales, como la desesperación, el miedo, el dolor, la desilusión y el desmoronamiento personal<sup>62</sup>. En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que buena parte de los supuestos de ligereza en la decisión por el aborto son evitados a través de la información y asesoramiento a la mujer solicitante. Por otra parte, no dejaría de ser una grave inconsecuencia el obligar a tener un hijo precisamente a las inconscientes o frívolas.

---

<sup>62</sup> Cfr. Rolinsky, *Zur Situation der unerwünschten Schwangerschaft, Versuch einer psychologischen Analyse*, en Baumann, *Das Abtreibungsverbot*, cit., pág. 253. Otros estudios permiten llegar a la misma conclusión: Mueller y otros, *Gerichtliche Medizin*, II, Berlín, 1973, págs. 1164 y sigs.; Dotzhauer, en «Handwörterbuch der Kriminologie», I, Berlín, 1966, págs. 15 y sigs.; Pross, *Abtreibung, Motive und Bedenken*, Stuttgart, 1971, *passim*; Glaus, *Über Schwangerschaftsunterbrechungen und deren Verhütung*, Berna, 1962.

El que la interrupción del embarazo es algo trascendente es sabido por la generalidad de las mujeres que se enfrentan al problema. Algunos legisladores han querido ponerlo de manifiesto en las leyes de despenalización, haciendo referencia a que la autorización de interrumpir el embarazo está ligada a una situación de grave conflicto para la mujer. No pretende otra cosa la ley francesa cuando incluye en su texto la expresión «état de détresse»<sup>63</sup> o cuando esta ley y la italiana declaran que la interrupción voluntaria del embarazo no debe constituir un medio de control de natalidad (arts. 13 y 1, respectivamente). Ahora bien, el plasmar dicha preocupación en el desplazamiento de la decisión a personas distintas de la mujer es algo incompatible con los derechos de la misma y con la idea de hombre a que responde la Constitución: el hombre como ser libre y responsable y no como sujeto sospechoso de abusar de las libertades «concedidas».

Sistema de indicaciones distinto al criticado es el adoptado por el legislador italiano<sup>64</sup>. En la Ley de 1978 el sistema de autorización de la interrupción del embarazo está basado en criterios de indicaciones, pero en el término de los primeros noventa días es *la propia mujer interesada la que valora su situación* y constata la existencia de los presupuestos de la autorización: «La mujer que se encuentre en circunstancias por las cuales la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad comporten un serio peligro para la salud física o psíquica, en relación a su estado de salud, a sus circunstancias económicas, sociales o familiares o a las circunstancias en las cuales se ha producido la concepción, o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido» (art. 4). El centro asistencial o el médico de confianza a quien se dirige la mujer le han de proporcionar información y ayuda, y, constatado el embarazo, emitir una certificación al respecto con la cual puede la mujer directamente procurarse la intervención solicitada, radicando en ella exclusivamente la facultad de decisión. En virtud de lo expuesto, el sistema italiano merece ser considerado como un sistema de plazo y no como un sistema de indicaciones.

La ley italiana respeta plenamente en los tres primeros meses del embarazo la libertad y la intimidad de la mujer. La peculiar combinación de indicaciones y libre decisión de la mujer se explica tanto por las peculiaridades legislativas derivadas de la correlación de fuerzas políticas en el Parlamento como también por la voluntad del legislador de poner de manifiesto el rechazo a la posible «arbitrariedad» en la decisión de abortar. El sacrificio del bien jurídico vida en formación debe estar justificado por razones «serias», como las indicadas en el artículo 4, pero su existencia ha de ser valorada por la propia mujer interesada. Se

<sup>63</sup> Véase al respecto Roujou de Bouvee, *L'interruption de la grossesse*, Toulouse, 1975, pág. 17.

<sup>64</sup> Sobre la Ley italiana, véase Casini-Cieri, *La nuova disiplina dell'aborto*, Padua, 1978.

trata, pues, de una solución más compleja al problema que la ley francesa pretendió abordar con la expresión *détresse*<sup>65</sup>.

Solamente el sistema denominado «del plazo» respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Dentro de los tres primeros meses la mujer resuelve libremente, y en su intimidad, el conflicto en que se encuentra. Con posterioridad a este momento, el ordenamiento autoriza el sacrificio de la vida en formación solamente cuando los derechos fundamentales en conflicto son los de la vida y la salud somática y psíquica<sup>66</sup>. En otro caso, el ordenamiento valora como bien jurídico superior la vida en formación. La ponderación de bienes y el principio de optimización de los mismos permiten, a través de esta diferenciación temporal, el que ninguno de los bienes en conflicto sea sacrificado *in totum* en favor del otro, y de este modo, el legislador acomoda su decisión a las exigencias constitucionales.

El plazo de los tres meses no es arbitrario. Se fundamenta hoy en razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de política criminal<sup>67</sup>. Su restricción no es aconsejable desde ninguno de estos puntos de vista; pero, por el contrario, es admisible una discusión del mismo en orden a su ampliación, por ejemplo, como consecuencia del descubrimiento de sistemas o medios de interrupción del embarazo (por ejemplo, la prostaglandina), cuya aplicación en el segundo trimestre no supone la elevación del riesgo médico que acompaña a los medios abortivos hasta ahora disponibles en este período del embarazo<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> En la doctrina italiana se ha puesto en duda el que la ley se acomode a la sentencia del Tribunal constitucional de 18-II-1975, la cual no hace referencia más que a la vida y la salud en sentido amplio como intereses prevalentes respecto de la vida en formación. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que en el recurso presentado al Tribunal sólo éstos eran los que se encontraban en conflicto, pues se trataba de un aborto terapéutico. El Tribunal carecía de motivos procesales para pronunciarse en términos más amplios. Véanse al respecto las comunicaciones presentadas por Nuvolone y Grosso en las II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, celebradas en Avila y Alcalá de Henares en junio de 1980.

<sup>66</sup> La indicación eugenésica constituye más bien un supuesto específico de la indicación médica en su aspecto de salud psíquica.

<sup>67</sup> Alrededor de los tres meses del embarazo culmina el período embrionario de la vida humana en formación y se da comienzo a la fase fetal. Con independencia de las tesis biológicas acerca del desarrollo ininterrumpido y sin cambios (biológicamente) cuantitativos, ambas fases merecen una consideración antropológica diferenciada. Por otra parte, a partir de los tres primeros meses la intervención abortiva lleva consigo un grado elevado de riesgo para la mujer. Por último, se considera que el plazo de los tres meses permite suficientemente a la mujer detectar su estado y adoptar una decisión para resolver el conflicto en el que se puede encontrar. Véase, sobre todo esto, Ehmke, *Die Fristenregelung und das Grundgesetz*, Bon-Bad Godesberg, 1975, pág. 37 y referencias bibliográficas allí citadas.

<sup>68</sup> Estimo que el margen de decisión del legislador se agota alrededor del sexto mes, momento en el que el feto alcanza la «viabilidad», la capacidad de vida independiente, la posibilidad *actual* de ser miembro de la comunidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Cfr. *Roe versus Wade*, X, en *L'aborto...*, cit., págs. 33-34; véase, también, Rüpke, *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, cit., pág. 176.

## CONCLUSION

La Constitución no resuelve expresamente el problema de la prohibición penal del aborto, pero la decisión del legislador debe adecuarse a los principios derivados de la misma.

La vida humana en formación no representa un valor igual a la vida de los nacidos —de las personas— ni en la historia del pensamiento y del Derecho ni en la legislación vigente. El artículo 15 de la Constitución no puede atribuir el mismo derecho y en igual intensidad a sujetos desiguales. La atribución del derecho a la vida en los términos en que se pronuncia respecto de las personas, de los seres humanos nacidos, solamente se puede extender al *nasciturus* a partir del momento en que adquiere la viabilidad, la capacidad de la vida independiente de la mujer.

La vida humana en formación constituye un bien jurídico que se fundamenta constitucionalmente como derivación de la dignidad humana. En la medida en que su protección entra en conflicto con otros bienes jurídicos que se fundamentan directamente en derechos fundamentales —la vida, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad—, el legislador ha de proceder a una ponderación de bienes y establecer un sistema de solución del conflicto que respete el contenido esencial de los derechos fundamentales. El único sistema de despenalización que respeta el contenido esencial de todos y cada uno de esos derechos es el denominado sistema de plazos.

La argumentación constitucional permite, sin agotar la problemática de la despenalización, establecer los límites, máximos y mínimos, de la decisión del legislador. Su concreción debe realizarse conforme a los criterios de política social y de política criminal.

No obstante, la argumentación político-criminal que postula la despenalización, por haber comprobado que la prohibición penal absoluta del aborto causa más daños que bienes proporciona, es suficiente por sí sola para incidir en el proceso legislativo, pues también el de la «racionalidad» es un principio fundamental del ordenamiento constitucional: al legislador de un Estado social y democrático de Derecho le está vetado imponer a los ciudadanos sufrimientos innecesarios, tanto más cuanto los mismos sean de todo punto ineficaces, como ha sucedido en el curso de la historia y sucede en nuestros días con la prohibición penal absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo.