
EL ABORTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL¹

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Génesis de la vida humana*.
III. *Derecho a la vida y aborto en España*. IV. *Reflexiones finales*.
V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Por razones históricas evidentes los pueblos y derechos español y mexicano han estado recíprocamente influidos. Esa circunstancia, aunada al repunte social y económico de la España contemporánea (principalmente desde su incorporación a la Unión Europea) ha hecho que en buena medida las sentencias de los tribunales peninsulares hayan sido –antes y nuevamente ahora– paradigmas históricos para nuestra ciencia jurídica mexicana.

¹ Patentizo con este artículo mi agradecimiento a don Francisco Javier Díaz Revorio, mi maestro en la Universidad de Cartilla La Mancha, quien con su erudición y entusiasmo por la bioética me incitó a reflexionar y sistematizar la jurisprudencia constitucional española sobre este tema.

Es así que, ante las reformas en materia de aborto² al Nuevo Código Penal de la Ciudad de México de 2007, me surgió el interés de analizar las sentencias del Tribunal Constitucional español en esta materia, a fin de que los juristas mexicanos puedan con facilidad y de manera crítica advertir las características específicas de la legislación española sobre el aborto,³ formándose un criterio propio respecto de la idoneidad de su interpretación por el Tribunal Constitucional español.

En ese sentido, los objetivos de este ensayo son responder a las siguientes interrogantes: 1. ¿Cuándo comienza la vida humana? 2. En España: ¿cuál es el tratamiento jurídico que se ha dado al aborto? ¿Se protege al embrión con el reconocimiento de su derecho a la vida? ¿Es punible el aborto en todos los casos? 3. ¿Resultan jurídicamente aceptables las jurisprudencias constitucionales españolas?

II. GÉNESIS DE LA VIDA HUMANA

Previamente a analizar el orden jurídico positivo me parece indispensable determinar el momento de inicio de la vida humana, razón por la que estudiaré los argumentos filosóficos atinentes y los relativos a las ciencias naturales.

² Para efectos de este artículo entendemos por aborto la interrupción del embarazo que es deliberada, con la necesaria consecuencia de la pérdida del cigoto, feto o embrión, por lo que en esos términos nos referiremos al aborto, excluyendo en toda forma a los llamados “abortos espontáneos o naturales” e inclusive los abortos culposos, esto es en los que no hay intención de la madre, el médico o un tercero en generarlos.

³ Según datos publicados en la foja 23 de *El País* del 31 de julio de 2007 (que tienen como fuente cifras oficiales del Ministerio de Sanidad y Consumo) en España se efectuaron legalmente en 2005 un total de 91 664 abortos cantidad que hace notar la gravedad de esta cuestión en ese país que tiene una población que ronda los cuarenta y dos millones de personas.

1. *Criterios filosóficos*

Concepto filosófico de persona. A efecto de establecer el momento en que la vida humana comienza, desde una perspectiva filosófica, se hace indispensable definir a la persona humana. Boecio definió persona humana de la siguiente manera:

“Sustancia individual de naturaleza racional”⁴

De lo anterior es posible desprender algunos elementos:

- *La persona es sustancia.* Desde una perspectiva óntica los seres pueden ser de dos tipos: sustancia y accidente. Corresponden a la primera categoría aquellos entes cuya esencia le compete en sí y no por la acción de otro (por ejemplo, una pared), mientras que son seres accidente aquellos cuya esencia requiere *a fortiori* de otro sujeto para poder existir (por ejemplo, el color blanco que afecta a una pared).
- *La persona es un individuo.* Derivado de su característica como ser sustancia, la persona conforma un individuo, ya que tiene entidad propia, por lo que no forma parte de otro ser (cuestión diferente es que en la práctica necesite de otros seres individuales y diferentes para vivir).
- *La persona es naturalmente racional.* Efectivamente, la persona es normalmente un ente racional, aunque en los hechos determinado ser humano no esté uso de la misma. El ser humano, por ser tal, tiene la aptitud –única entre los seres vivos– de desarrollar su capacidad intelectual, su razón,⁵ no sólo entender al mundo que le rodea, sino

⁴ Esta famosa definición es a su vez citada por Santo Tomás de Aquino en su *Suma Teológica*, y es la que normalmente se considera válida por la doctrina aristotélica tomista.

⁵ Santo Tomás de Aquino, siguiendo la línea argumentativa de Aristóteles, distingue entre razón práctica y razón especulativa. “El proceso de la razón práctica es

que le da la capacidad de autogobernarse, transformándose con ello en dueño de sí mismo y de la naturaleza.

“Al decir que la persona es de naturaleza racional, se quiere afirmar que la razón no es una propiedad de la persona –algo que dimana de la esencia pero que no la constituye– sino que la racionalidad es un modo de ser... Para explicar con un ejemplo esta idea, podemos decir que hay seres sin razón –los animales, las cosas–, lo que quiere decir que su naturaleza ni contiene ni puede contener racionalidad... Por el contrario siendo el hombre persona es esencialmente racional; la racionalidad es una forma esencial –el alma intelectual–, constitutiva de su ser, es imposible ser hombre y no ser racional, porque la racionalidad es su modo propio de ser. De ahí la necesidad de distinguir entre razón y uso de razón, entre la esencia racional y la expresión o uso de esa racionalidad. Toda persona humana en tanto existe –luego es– es naturaleza racional, lo que quiere decir que está dotada de la forma racional...”⁶

2. El cigoto desde el momento de su concepción es una persona en sentido filosófico

El cigoto es sustancia, no accidente. Resulta evidente que desde el mismo momento de su concepción el cigoto es sustancia y no accidente, ya que no tiene las mismas características que su madre.

semejante al de la especulativa: ambas conducen a ciertas conclusiones partiendo de determinados principios. Diremos por tanto que, así como en el orden especulativo, de principios indemostrables naturalmente conocidos fluyen las condiciones de las diversas ciencias –conclusiones cuyo conocimiento no está naturalmente impreso en nosotros, sino que es adquirido con el esfuerzo de la razón–, así también es necesario que la razón práctica llegue a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la ley natural como de principios generales indemostrables”, *Suma Teológica*, edición bilingüe, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977, I-II, q. 91 a.3.

⁶ Francisco, José Herrera Jaramillo, *El derecho a la vida y el aborto*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pp. 36-37.

De hecho, sus características genéticas son diferentes a las de su madre por lo que sus cualidades como individuo pueden ser radicalmente distintas a las de su progenitora (por ejemplo, discapacidades físicas o capacidades sobre dotadas, raza, color de ojos, etcétera).

Igualmente desde los primeros momentos de vida cuenta con un sistema sanguíneo propio (de hecho su tipo de sangre puede ser diferente de la de su madre), un sistema inmunológico individual, y conforme se desarrolla irá estableciendo en cada una de sus características y sistemas que es un ser humano totalmente distinto al de su madre.

El cigoto no sólo es una sustancia cualquiera, es una sustancia individual. Efectivamente, como antes se argumentó es un individuo en sí mismo, ya que es un ser distinto de aquel del que depende.

El cigoto es de naturaleza racional. Efectivamente, al pertenecer a la raza humana, el cigoto tiene la capacidad única de estar en uso de razón.

“Volvemos a recalcar que el hecho de no estar presente aún el uso de la razón –como tampoco lo está en un niño de cinco años– no significa que no sea un ser racional. Su principio de operación racional está inscrito por decirlo así, desde el momento de la fertilización, y que se irá manifestando con el desarrollo normal, es decir a lo largo de la historia de cada hombre”.⁷

Derivado de las anteriores premisas es que puede establecerse con claridad el carácter filosófico como persona del cigoto.

No como simple potencia, sino como acto,⁸ ya que el cigoto desde el mismo momento de la concepción (una vez que el ma-

⁷ Herrera, *op. cit.*, p. 167.

⁸ La diferencia entre la potencia y el acto radica en que los seres que se encuentran en la situación primeramente referida pueden ser, o no, ser; esto es su existencia depende de alguna circunstancia contingente posterior.

terial genético del espermatozoides y el óvulo se han unido en un nuevo ser) reúne con claridad los elementos necesarios para ser considerado persona humana.

3. Criterios científicos

¿Cuándo inicia la vida humana desde una perspectiva científica?

Criterios posibles

Desde la implantación del cigoto. Este criterio también es llamado de la “anidación”, pues se establece que hasta la implantación del cigoto en el útero éste tiene verdadera viabilidad natural. Sin embargo, no nos parece razonable, ya que la implantación no dota de ninguna de sus características físicas al cigoto; esto es no lo afecta ni en su esencia, ni en su naturaleza, simplemente le permite su desarrollo físico.

Resulta evidente que ese criterio no puede servir para establecer el principio de la vida humana, ya que debemos referirnos a las cualidades intrínsecas del individuo y no a su simple medio ambiente.⁹

Desde el día 40. Se señala el día 40 por ser la fecha aproximada en que es posible detectar actividad cerebral. Sin embargo, no nos parece aceptable ese criterio por lo siguiente: a) Sobrevalora el uso de razón y no la racionalidad humana. El hombre tiene naturaleza racional aunque no esté en uso de razón, por lo que es intrascendente que efectivamente tenga cerebro útil, o no (resulta evidente que el niño podría nacer sin uso de razón pero efectivamente ser un humano). b) La inexistencia de ondas ce-

⁹ Igualmente hay personas que viven en máquinas (por ejemplo, los pulmones artificiales), y éstas sólo les dotan de sustrato físico temporal, pero no afectan su esencia como humanos.

rebrales en una fase anterior del desarrollo no implica que no existan necesariamente, sino que éstas no son perceptibles por las vías tecnológicas actuales.¹⁰

Desde el tercer mes. Este criterio se basa fundamentalmente en nociones de tamaño y forma humana.

Se señala el tercer mes como criterio de inicio de la vida humana porque a juicio de determinadas personas los fetos desde esa fecha tienen verdadera forma humana y su viabilidad es casi segura. Normalmente en contra de tal criterio se establecen los siguientes argumentos:

- i. ¿Ser humano deviene de parecer humano? ¿Según quién? ¿Cuáles serán los criterios para establecer la forma humana? ¿En qué consiste la forma humana? ¿En tener brazos y piernas? ¿Completos o incompletos? ¿Los dedos también cuentan?

Las respuestas a estas preguntas en el lector de buena fe inmediatamente llevan a la conclusión de que los estándares esenciales de la morfología humana no deben ser establecidos por ningún otro humano, y mucho menos deben ser la razón por la que se quite la vida a alguien; porque si no, todo sujeto que sufra alguna incapacidad o disfuncionalidad podría ser asesinado.

- ii. En realidad la viabilidad de los cigotos no comienza desde el tercer mes, sino desde el momento mismo de su ser.

Si bien, efectivamente la mayoría de los abortos espontáneos se actualizan inclusive hasta el tercer mes del embarazo,

¹⁰ Efectivamente, quizá la ciencia pueda demostrar en un futuro que existen ondas cerebrales desde antes, quizá desde la primera semana de embarazo. Imaginemos que si a un médico del siglo XII le hubiéramos dicho que las enfermedades se transmitían por ciertos bichos pequeñines que se encuentran en los alimentos, bebidas u otras personas enfermas, sin duda nos hubiera tildado de locos, simplemente porque no tenía la tecnología para ver lo que para nosotros es hoy día tan evidente.

eso no quiere decir que todos los embarazos terminen en un aborto espontáneo, ya que es evidente que de hecho la mayoría de los embarazos son viables y podrían terminar en un parto. En ese sentido, la mayor parte de los embarazos, si actualizan los presupuestos biológicos necesarios, se lograrán, por lo que interrumpirlos en su mayor parte implicará terminar con una vida previa cuya viabilidad comenzó no al tercer mes, sino desde la concepción.

Desde la concepción. El criterio genético es el que normalmente se utiliza para validar esta postura.

Se establece que la “fórmula genética” del ser humano corresponde a la unión de 46 cromosomas, los cuales en su código del ADN tienen el secreto de la vida y su desarrollo.

De hecho puede afirmarse que el código genético es el único carácter individual de los seres humanos que no se pierde en ningún momento o circunstancia (por ejemplo, la racionalidad, la “forma humana”, las capacidades físicas y psíquicas se ganan o pierden o varían con el tiempo, ya de manera absoluta o relativa). Igualmente puede establecerse con claridad que no hay humano con un código genético idéntico, el niño es diferente de sus padres, aunque físicamente se parezca a éstos, aunque tenga el mismo carácter y vivacidad. No hay duda, si se analiza su ADN éste es único y personal, lo individualiza totalmente.¹¹

¹¹ La *Encyclopaedia Brytánica* 2007, en la voz “Embarazo” (Pregnancy) reconoce igualmente que el individuo humano nace de la unión del óvulo y el esperma. A efecto de evidenciar lo anterior nos permitimos reproducir el artículo respectivo en lo conducente: “A new individual is created when the elements of a potent sperm merge with those of a fertile ovum, or egg. Before this union both the spermatozoon (sperm) and the ovum have migrated for considerable distances in order to achieve their union. A number of actively motile spermatozoa are deposited in the vagina, pass through the uterus, and invade the uterine (fallopian) tube, where they surround the ovum. The ovum has arrived there after extrusion from its follicle, or capsule, in the ovary. After it enters the tube, the ovum loses its outer layer of cells as a result of action by substances in the spermatozoa and from the lining of the tubal wall. Loss of the outer layer of the ovum allows a number of spermatozoa to penetrate the egg’s surface. Only one spermatozoon, however, normally becomes the fertilizing organism. Once

Es así que lo mas razonable es afirmar que la vida humana comienza desde la concepción, pero si aún nos quedaran dudas respecto de lo antes señalado, nos parece igualmente sensato establecer un principio de presunción "*in dubio pro vitae*"; esto implica que en caso de duda y, hasta en tanto la ciencia no demuestre fehacientemente que la vida humana comienza en otro momento del desarrollo embrionario, para evitar daños irreversibles a un tercero indefenso debe preferirse el criterio que determina que la vida humana comienza desde el mismo instante de la concepción.¹²

it has entered the substance of the ovum, the nuclear head of this spermatozoon separates from its tail. The tail gradually disappears, but the head with its nucleus survives. As it travels toward the nucleus of the ovum (at this stage called the female pronucleus), the head enlarges and becomes the male pronucleus. The two pronuclei meet in the centre of the ovum, where their threadlike chromatin material organizes into chromosomes. Originally the female nucleus has 44 autosomes (chromosomes other than sex chromosomes) and two (X, X) sex chromosomes. Before fertilization a type of cell division called a reduction division brings the number of chromosomes in the female pronucleus down to 23, including one X-chromosome. The male gamete, or sex cell, also has 44 autosomes and two (X, Y) sex chromosomes. As a result of a reducing division occurring before fertilization, it, too, has 23 chromosomes, including either an X or a Y sex chromosome at the time that it merges with the female pronucleus. After the chromosomes merge and divide in a process termed mitosis, the fertilized ovum, or zygote, as it is now called, divides into two equal-sized daughter cells. The mitotic division gives each daughter cell 44 autosomes, half of which are of maternal and half of paternal origin. Each daughter cell also has either two X-chromosomes, making the new individual a female, or an X- and a Y-chromosome, making it a male..."

¹² De hecho esta opinión es la que propone SS. Juan Pablo II en la encíclica *Evangelium Vitae* en que se señala: 60. Algunos intentan justificar el aborto sosteniendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días, no puede ser todavía considerado una vida humana personal. En realidad, "desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: una persona, un individuo con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar". Aunque la presencia de un alma espiritual no puede deducirse de la observación de

III. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO EN ESPAÑA

Ahora bien, establecido el origen de la vida, pasaremos a describir la normatividad española sobre el aborto¹³ y analizaremos las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional español sobre la materia.

1. Contenido de la Constitución española

*Antecedentes.*¹⁴ Ni la Constitución de Bayona de 1808, ni la de Cádiz de 1812 establecen algún precepto determinado en que se legislase de modo directo el derecho a la vida, aunque existen algunas menciones por las que se prohíbe la tortura y el tormento.

Igualmente el Estatuto Real de 1834 tampoco mencionó nada del derecho a la vida, ni siquiera tuvo un capítulo de derechos fundamentales.

ningún dato experimental, las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen "una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana: ¿cómo un individuo humano podría o ser persona humana?" Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano. Precisamente por esto, más allá de los debates científicos y de las mismas afirmaciones filosóficas en las que el magisterio no se ha comprometido expresamente, la Iglesia siempre ha enseñado, y sigue enseñando, que al fruto de la generación humana, desde el primer momento de su existencia, se ha de garantizar el respeto incondicional que moralmente se le debe al ser humano en su totalidad y unidad corporal y espiritual: "El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida". Nota: el resaltado es propio del autor.

¹³ Debo advertir que me restringiré a analizar la legislación hispana sobre el aborto, y que no abarcaré otras materias afines, fundamentalmente en el tema de reproducción asistida, ya que se excederían los límites metodológicos de este breve ensayo; además de que es público que la legislación española sobre esa temática se encuentra actualmente en proceso de transformación.

¹⁴ Véase José Ángel Marín Gámez, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, 1996.

La Constitución de 1837, si bien proporciona un primer listado de derechos fundamentales, no enmarca en su texto al derecho a la vida, igual circunstancia encontramos en la Constitución de 1845.

Por su parte, en la Constitución de 1856 se establece en su artículo 11: “No se podrá imponer la pena capital por delitos meramente políticos”, esto es, al menos una referencia indirecta a la abolición de la pena de muerte.

La Constitución de la Primera República de 1873 establece en su título preliminar, apartado primero el derecho a la vida como derecho natural, por lo que no podría ser cohibido o merchado por autoridad alguna.

La Constitución monárquica de 1876, si bien reconoce los derechos naturales de los españoles, entre los que necesariamente se encuentra la vida, en el artículo 14 se remitía a las leyes secundarias su reglamentación, sin que efectivamente se hubiera expedido una ley al respecto.

La Constitución de la Segunda República de 1931 carece de un título referente a la protección al derecho a la vida.

2. La Constitución de 1978

Parece que originalmente el proyecto de Constitución española que fue redactado por la Comisión Especial designada al efecto por las Cortes señalaba en su artículo 14:

“La persona tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Especialmente un grupo de diputados miembros de la comisión redactora eran de la idea que el artículo mencionado no debía referirse a la persona, entendiéndose que con el nacimiento se otorgaba la personalidad jurídica, sino que debía ser extendida, inclusive a los *nasciturus*. Sin embargo, la mayoría de los miembros aprobaron la redacción antes mencionada y se llevó a la discusión al Pleno.

El Pleno aprobó por 158 votos a favor, en contra 147 sufragios y 3 abstenciones modificar la noción “persona” por la palabra “todos” (buscando entre los grupos de izquierda, según palabras del diputado Tierno Galván ante el Pleno de las Cortes, que los tribunales dotaran de contenido al significado y alcances a tal término indicado) para quedar redactado de la siguiente manera:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que en ningún caso pueda ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que pueda disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas, por su propia condición al fuero castrense”.

En el Senado se modificó la posición topográfica del artículo indicado, y se agregó la parte final limitando la abolición de la pena de muerte en los casos de militares durante tiempo de guerra y pasó a ser el numeral 15 y quedar redactado en los siguientes términos:

SECCIÓN 1a.

De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

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

3. *Código Penal*

El 30 de noviembre de 1983 el Senado aprobó la reforma parcial al Código Penal español, a fin de agregar un artículo 417 bis redactado en los siguientes términos:

417 bis. 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. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

Una vez emitida la sentencia STC 53/1985 (que será analizada posteriormente) el Código Penal quedó redactado de la siguiente manera:

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

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así consten en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia o riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.
3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de

las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

La ley orgánica 10/95 de 23 de noviembre de 1995 emitió un nuevo Código Penal español, que si bien estableció los tipos penales de aborto¹⁵ y lesiones al feto¹⁶ igualmente estableció que

¹⁵ Del aborto. Artículo 144. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño. Artículo 145. 1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. Artículo 146. El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

¹⁶ De las lesiones al feto. Artículo 157. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años. Artículo 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

no debía derogarse el artículo 417 bis del Código Penal anterior¹⁷ (en lugar de simplemente repetir su contenido en la nueva codificación, lo cual sin duda hubiera sido más sistemático).

4. *Real Decreto 2409/1.986 de 21 de noviembre 1986 denominado: "ABORTO. Centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo"*

En el Boletín Oficial del Estado del 24 de noviembre de 1986 se publicó el real decreto señalado en el subtítulo teniendo como fin reglamentar y detallar la manera en que se dotaría de operatividad a la reforma del Código Penal y la sentencia 53/1985.

Debo señalar que son de llamar la atención las normas que basadas en el Código Penal y la sentencia indicada específicamente regulan a los centros de abortos, ya que se evidencia la forma relativamente simple y práctica en que puede accederse al aborto, pues pueden ser centro privados con médicos particulares (sin mayor intervención de la autoridad, ni resolución judicial de por medio), los que determinen que efectivamente se dan los supuestos de aborto no punible, incluyendo el peligro para la salud psíquica de la madre.

En ese sentido, como ejemplo podría afirmarse que un médico particular podría establecer con razonamientos psiquiátricos relativamente sostenibles (al menos desde su muy particular "perspectiva científica") que casi cualquier embarazo no deseado pondría en peligro la salud psicológica de la mujer, ya que al menos le generaría una neurosis.¹⁸ Lo cual, en los hechos,

¹⁷ Disposición derogatoria única. 1. Quedan derogados: a) El texto refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores, *excepto los artículos 8.2, 9.3, la regla 1a. del artículo 20 en lo que se refiere al número 2o. del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22, 65, 417 bis y las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.*

¹⁸ Esta es la razón que nos parece evidencia el que según datos publicados en *El País* del 31 de julio de 2007 (artículo denominado "El aborto se queda en lo privado",

es lo más parecido a dejar el aborto a la simple potestad de la embarazada.

“En España se aprobó que la mujer pueda decidir el aborto si el embarazo le supone un conflicto personal, familiar o social de gravedad semejante a las tres situaciones antes admitidas: riesgo para su vida o su salud –física o psíquica–, malformaciones en el feto, o violación. Para abortar será preciso recibir un asesoramiento previo, que informe sobre otras salidas como la adopción. Además, en este caso el aborto habría que hacerse dentro de las doce primeras semanas de gestación. Los datos muestran que, en la práctica, el aborto es ya libre en España invocando el supuesto de peligro para la salud psíquica de la madre, que los médicos abortistas certifican fácilmente. Las estadísticas revelan que este motivo es el que se invoca en el 97% de los abortos [8].¹⁹

5. *Jurisprudencia constitucional*

La primera y principal sentencia del Tribunal Constitucional²⁰ que efectivamente analizó las cuestiones relativas del aborto y el derecho a la vida es la relativa al expediente STC 53/1985.

firmado por M. C. Belaza y M. R. Sauquillo, foja 23), en España en 2005 el 97.1% de los abortos se llevó a cabo en un Centro Médico Privado y sólo el 2.99% restante se llevó a cabo en la sanidad pública.

¹⁹ Editorial denominado: “El aborto se practica en España sin necesidad socioeconómica relevante”, en “Aceprensa”, núm. 100/95, Madrid, 12-VII-95.

²⁰ Si bien existió la sentencia previa STC 75/1984 de veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, la misma sólo toca tangencialmente las cuestiones al derecho a la vida y su dimensión constitucional, pues fue una causa penal derivada de abortos llevados a cabo en el extranjero, concretamente en Francia, donde el Tribunal Supremo había condenado a la abortista y a su pareja, y el Tribunal Constitucional terminó exoneró a los inculpados. Si bien tal sentencia efectivamente sólo toca tangencialmente los temas que nos resultan de interés, debe resaltarse que un año antes en este precedente es posible ya advertir las posiciones de algunos de los magistrados, especialmente la de Tomás y Valiente, de quien ya puede avizorarse como un defensor de los derechos de la mujer (en detrimento de los derechos del *nasciturus*).

Intentaremos describir brevemente el contenido de la sentencia mencionada.

Si bien el *nasciturus* debe ser protegido, éste no es directamente titular del derecho a la vida.

6. La vida es un concepto indeterminado. Desde el punto de vista de la cuestión planteada se precisa: a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana. b) Que la gestación ha generado un “*tertium*” existencialmente distinto de la madre. c) Que, dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, tiene particular relevancia el nacimiento. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual al “*nasciturus*” es ya susceptible de vida independiente de la madre. 7. *Los argumentos aducidos no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al “nasciturus” corresponda también la titularidad del derecho a la vida*, pero en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, la vida del “*nasciturus*” es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental. 8. La protección que la Constitución dispensa al “*nasciturus*” implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.

Se interpreta que la voz “Todos” contenida en el artículo 15 de la Constitución española no puede ser interpretada de forma tal que se refiera inclusive al *nasciturus*, por ser tal sustantivo una palabra totalmente genérica e indeterminada, por lo que constitucionalmente el concebido no nacido no tiene el derecho a la vida.

Tampoco, a juicio del Tribunal, puede deducirse el derecho a la vida del *nasciturus* del contexto internacional, en tanto que las diversas declaraciones y convenios internacionales no protegen específicamente al no nacido (salvo el llamado “Pacto de San José” el cual España no ha ratificado).

6. Ponderación de derechos²¹

De la lectura de la sentencia aludida es posible identificar claramente la percepción por parte ese órgano jurisdiccional español que existe una colisión de derechos que el Tribunal debe resolver: la protección del *nasciturus* y los derechos de la mujer-madre (vida, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de creencias e ideas, honor, intimidad y a la propia imagen).

Ahora bien la doctrina ha interpretado que el Constitucional ponderó ambos derechos,²² no imponiendo uno sobre otro, sino tratando de coordinarlos; analizando cada uno de los casos de eximentes de punibilidad, a fin de establecer si se violaban los principios constitucionalmente establecidos y en su caso si el legislador está en posibilidad de crearlas.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones caracte-

²¹ Véase Patricia Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 189 y ss.

²² “La fórmula de solución del conflicto no ha de ser siempre unidireccional, lo que significa que no cabe que uno prevalezca siempre e incondicionalmente sobre el otro; ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supondría la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del intérprete constitucional. Por lo tanto en la medida que ninguno de ellos tiene carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos colisionantes en función del supuesto concreto; tratando de armonizarlos, si ello es posible, o admitiendo la prevalencia de uno de ellos con sometimiento a reglas”, Marín, *op. cit.*, p. 295.

rísticas de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego. Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insostenible, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción –la sanción penal– para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos.

El Constitucional concluye que efectivamente los casos de no punibilidad del aborto regulados en el artículo 417 bis resultan justificados de acuerdo con la ponderación correspondiente:

- a) El grave peligro para la vida de la embarazada, estableciendo que la vida del *nasciturus* no puede ser ponderada por encima de la de su madre.
- b) El grave peligro para su salud. Interpretando que en este caso se refiere tanto a la salud psíquica como física.
- c) La violación se admite como caso no punibilidad al no tener por origen un acto voluntario consentido de la madre lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal, por lo que no puede obligársele a soportar el embarazo.
- d) La probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto.

La base de su constitucionalidad es que la exigibilidad del embarazo excedería la conducta que normalmente sería exigible a una madre y su familia.

Es de resaltarse que se afirma que los plazos establecidos en la codificación penal española (inclusive de 22 semanas, es decir 5 meses) a juicio del Constitucional son arbitrarios, por lo que el legislador tiene plena libertad para establecerlos.

Es así que el Constitucional concluye que los casos antes mencionados resultan plenamente razonables para el efecto de que el legislador los declare no punibles, señalando que en esos supuestos el *nasciturus* no se encuentra protegido (debiéndose resaltar que igualmente se infiere que igualmente sería inconstitucional legislar el aborto absolutamente libre).

Sin embargo, el Constitucional señala que el artículo 417 bis debe responder a la ponderación antes indicada, de forma tal que no se desproteja a la mujer en sus derechos, por lo mismo

se analizó si las medidas de garantía contenidas en la ley eran suficientes.

En los casos de aborto eugenésico y terapéutico se estableció la necesidad de un dictamen de un médico especialista, y que los centros de abortos sean autorizados por el Estado.

Para el caso del llamado “aborto ético” (por violación) se establece la necesidad de la denuncia previa del delito correspondiente.

Adicionalmente se emitieron seis votos “particulares” (concurrentes en la resolución) en que los magistrados respectivos adicionaron argumentos a favor de la sentencia, ya que a su juicio la complementaban o francamente votaban en contra de algunos razonamientos, aunque coincidían con el punto resolutivo.

Posteriormente el Tribunal Constitucional emitió la sentencia 70/1985, que si bien es de interés, parte de la resolución de un caso de amparo solicitado en Bilbao por el delito de aborto, aunque resulta menos interesante para nuestros efectos por que las alegaciones de los justiciables no pretendían reflexionar sobre el derecho a la vida del *nasciturus* (lo cual hubiera sido de gran interés), sino que pretendían no ser condenados, como finalmente ocurrió, por el delito de aborto.

Igualmente resulta de interés la sentencia STC 37/1989 de febrero de mil novecientos ochenta y nueve del Tribunal Constitucional que igualmente se refiere a la temática del aborto, aunque debe señalarse que respecto del derecho a la vida no aporta cuestiones significativas, ya que en este caso el Constitucional ponderó el derecho a la intimidad de una mujer inculpada del delito de aborto; ya que la imputada se negó a practicarse un examen médico para establecer si había sido sujeta de un aborto recientemente, y en consecuencia la autoridad había incautado su expediente médico de la clínica de un médico de Jerez, resolviendo que el mencionado derecho no era absoluto.

IV. REFLEXIONES FINALES

Se ha demostrado que la vida humana comienza filosófica y científicamente desde el momento de la concepción.

En España el *nasciturus* no tiene derecho a la vida, aunque sí goza de cierta protección. Puede afirmarse que de acuerdo con la jurisprudencia del Constitucional no sería lícito establecer el aborto libremente; sin embargo en casos en que los derechos de la madre estén en juego es factible el establecimiento excepcional del aborto.

No estoy de acuerdo con las conclusiones del Tribunal Constitucional español por lo siguiente:

- a) El respeto por la vida humana no sólo es el fundamento de una convivencia racional y social, sino la base fundamental de cualquier orden jurídico. De hecho, es el presupuesto y principio génico-ontológico de todo sistema normativo, pues previamente al derecho surgió la convivencia social, cuya base única es la preexistencia de los seres humanos. Es decir sin la vida, no hay sociedad, mucho menos derecho.

Por ello, estoy convencido que siempre debe interpretarse el ordenamiento jurídico de forma que la vida humana sea un valor imponderable, absoluto e irrenunciable.²³

Efectivamente, al entenderse el respeto absoluto a la vida como el valor ontológico fundamental del sistema jurídico, propongo que toda norma jurídica partiendo de la misma Constitución deba interpretarse y analizarse a la luz de un principio al que podríamos denominar "*pro vitae*"; esto es, de manera que siempre se privilegie la vida humana y que ésta no pueda ser ponderada en su menoscabo con otros valores o principios de inferior categoría (es decir al resto).

²³ Coloquialmente diría que debiera protegerse la vida de los nonatos, de los bebés, de los adolescentes, de los adultos, de los ancianos, de los que tienen otra religión, de los que no tienen religión, de los pobres, de los ricos, de los listos, de los tontos, de los guapos, de los feos, de los deformes, de los heterosexuales, de los homosexuales, de los blancos, los negros, los amarillos, los rojos, y si hubiera azules... ¡pues también de ellos!

- b) Por ello, resultó inadecuada la interpretación del Constitucional español que determinó que el *nasciturus* no tiene derecho a la vida (aunque sea aparentemente consistente con los artículos 29 y 30 del Código Civil español,²⁴ que específicamente señalan que con el nacimiento comienza la personalidad jurídica de las personas físicas).

Desde mi posición, las normas españolas constitucionales y civiles daban para una interpretación “*pro vitae*”, sintéticamente explicable en los siguientes términos:

El artículo 15 de la Constitución española utiliza la palabra indeterminada “Todos” para establecer los sujetos del derecho a la vida, este vocablo obviamente se refiere a todos los seres humanos, es decir a todas las personas físicas.²⁵

En consecuencia al ser personas físicas, dentro del ámbito de validez de protección subjetiva del artículo 15 constitucional entran necesariamente los concebidos, y éstos tienen derecho a la vida.

Cuando el artículo 29 del Código Civil *in fine* establece que al concebido se le tiene por nacido en los efectos que le sean favorables, evidentemente que se está refiriendo antes que nada al inicio de su personalidad jurídica, ya que puede ser sujeto para casos específicos (por ejemplo, herencias, legados o, donaciones).

Es así que el *nasciturus* es persona jurídica desde su concepción (sólo que la misma está sujeta a una *condictio juris* resolutoria consistente en nacer con figura humana y vivir veinticuatro horas

²⁴ Artículo 29 del Código Civil español. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente. Artículo 30 del Código Civil español. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

²⁵ Obviamente la utilización de la palabra “todos” se refiere a todos los seres humanos, ya que son los únicos sujetos de derecho.

desprendido del seno materno, es decir los supuestos del artículo 30 del Código Civil español).²⁶

Derivado de lo anterior es posible advertir la inconstitucionalidad de la mayoría de los supuestos de no punibilidad del aborto, por atentar contra el ámbito de validez subjetiva del artículo 15 constitucional, específicamente al violentar el principio imponderable del respeto a la vida humana.²⁷

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

BLÁZQUEZ, Niceto, *El aborto: no matarás*, Ed. Católica, Madrid, 1977.

CEBRÍA GARCÍA, María, *Objeciones de conciencia e intervenciones médicas (doctrina y jurisprudencia)*, Arazandi, Pamplona, 2005.

COPELLO, Laurenzo Patricia, *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990

DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1977.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto GARZÓN JIMÉNEZ, *Derecho familiar*, Porrúa, México, 3a. ed., 2006.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

²⁶ Si bien el Código Civil hipotéticamente no nos sirve para interpretar la Constitución, resulta orientador al ser parte del bloque de constitucionalidad y específicamente contener diversos principios generales del ordenamiento jurídico español.

²⁷ El único caso en que efectivamente pudiera advertirse la constitucionalidad del artículo 417 bis del Código Penal español es aquel consistente en el peligro de la vida de la madre (ya que se ponderan valores similares), aunque debe aclararse que resulta redundante legislar la no punibilidad del aborto en ese caso de manera expresa, pues a mi juicio del simple estado de necesidad en materia penal se hace evidente que ese caso de aborto no puede ser sancionado.

- FORNERO, Giovanni, *Bioética católica e bioética laica*, Mondadori, Milán, 2005.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991.
- GONZÁLEZ FAUS, José, *El derecho de nacer: crítica de la razón abortista*, Ed. Cristianismo-Justicia, Barcelona, 1995.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida y el aborto*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel, *Aborto y Constitución*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996.
- RUIZ, Miguel Alfonso, *El aborto, problemas constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Publicaciones periódicas

- Aceprensa*, 100/95, Madrid, 12 de julio de 1995.
- El País*, Edición internacional, 31 de julio de 2007.

Obras generales

- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 22a. ed., 2001.
- Encyclopaedia Britannica 2007*, Chicago.

Legislación

- Constitución española de 1978.
- Códigos españoles: Civil y Penal.
- Real Decreto 2409/1.986 de 21 de noviembre 1986.

Página web

www.tribunalconstitucional.es.