

# NUEVAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL ABORTO

---

JOAQUÍN CALVO-ÁLVAREZ

---

## SUMARIO

---

**I** • INTRODUCCIÓN. **II** • ESTATUTOS SOCIALES Y DISCRIMINACIÓN. **III** • EL CONFLICTO CREADO POR LA COLISIÓN DE BIENES JURÍDICOS. **IV** • LA PENA COMO SOLUCIÓN JURÍDICA ANTE LA CULPA SOCIAL. **V** • EL BIEN DE LA VIDA ANTE EL DERECHO. EL CARÁCTER LIMITADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS. **VI** • EN TORNO A LA CONDUCTA DE LA MADRE. **VII** • LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS NÚCLEOS FUNDAMENTALES DE UN ORDENAMIENTO.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio consiste en la segunda parte del comentario anteriormente publicado en esta Revista <sup>1</sup> sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril <sup>2</sup>. Aun formando, como acabo de señalar, una unidad este estudio con aquel trabajo, entiendo, sin embargo, que la consideración detenida que ahora se hace de aspectos parciales y complementarios de la argumentación principal no resta autonomía a las siguientes consideraciones críticas.

Algunos de los puntos aquí desarrollados ya han sido esbozados o introducidos en el trabajo anteriormente citado. Aquí me limitaré a comentar ciertas cuestiones particulares que están presen-

1. J. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones en torno a la Doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el aborto*, en «Ius Canonicum», XXXIV, n. 68 (1994), pp. 483-521.

2. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, mayo 1985, n. 49. Cfr. Boletín Oficial del Estado (BOE) 18.V.1985. Ponentes: doña Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

tes en aquella sentencia del Tribunal Constitucional español. Cada uno de los aspectos que se tratarán seguidamente no son, sin embargo, los puntos centrales o decisivos, a la hora de un juicio global de la sentencia estudiada. Por tanto, las siguientes valoraciones dependen en su importancia del argumento central —cada *vida humana* tiene su propio *sujeto*, que posee, *natura sua*, una dignidad *personal*—; en todo caso, detenernos en los concretos problemas, en los que la sentencia entra o a los que evita, nos puede llevar más fácilmente a la persuasión de la necesidad del planteamiento central referido, o bien, a reforzarlo, de diverso modo.

## II. ESTATUTOS SOCIALES Y DISCRIMINACIÓN

Refiriéndose al *estado civil* de las personas, De Castro dice que «no es fácil señalar el número de estados reconocidos en una legislación porque no tienen una existencia “a priori”, pues la regulación legal depende del valor social que, en los distintos tiempos y lugares, merezca una situación personal»<sup>3</sup>. En la medida en que una autorizada *valoración social* sobre la vida y protección del *nasciturus* se ha manifestado, con publicidad y solemnidad suficientes, en la argumentación y conclusión jurídica de la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, podríamos decir que, en cierta medida, y según un criterio extendido, el valor social que merece, en estos tiempos y lugares, la dignidad del *nasciturus* y su vida es de carácter secundario o menor, en relación con la dignidad y vida del ya nacido. Antes, incluso, de la citada conclusión habría que decir que ni siquiera la situación jurídico-constitucional del *nasciturus* es considerada como una situación *personal*. En todo caso, con la sentencia, la *vida humana* del no nacido (cfr. *Fundamento Jurídico* n. 5 de la STC)<sup>5</sup> queda alojada en

3. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo II (Madrid 1952); reedición de Ed. Civitas, en reproducción facsimilar (Madrid 1984), p. 74.

4. En adelante, STC.

5. En adelante, los fundamentos jurídicos de la STC se citarán señalando el correspondiente número arábigo entre corchetes. P.ej. [5] significa el fundamento jurídico n. 5 de la Sentencia. Si lo que se citan son los *Antecedentes* de la STC, entonces, el número arábigo correspondiente al apartado de que se trate irá precedido del número romano I. O sea, I.1, I.2, etc.

un ámbito de mayor inseguridad jurídica que la vida humana del ya nacido. No es difícil, por tanto, pensar que el no nacido se encuentra en una situación —en un cierto *status*— inferior al *status* del que goza el ya nacido, aunque esta comparación tenga tan sólo un sentido analógico, en cuanto no se admita el carácter personal del ya concebido pero no nacido.

Aparte de evitar un análisis sociológico tendente a cuantificar el respaldo social y jurídico de ese criterio, nos encontramos paradójicamente, al mismo tiempo, con una fuerte sensibilidad de la conciencia social —inserta claramente en los preceptos constitucionales— que propugna la única e inviolable dignidad de cada ser humano; una proclamación, sólidamente garantizada, de la igualdad básica de todos los hombres; y una prohibición de cualquier tipo de discriminación (cfr. *Preámbulo*, arts. 10.1, 1.1. y 14 de la Constitución española <sup>6</sup>). Es lógico, pues, plantearse, en qué medida, ambas direcciones de valoración social son conciliables, y si la CE, más en concreto, nos dice algo al respecto.

En nuestro Derecho histórico, las Partidas definían el «status» como «condición o manera en que los omes viven o están» <sup>7</sup>. A su vez, distinguían, entre otros estados, los de libre y siervo, nacidos y por nacer <sup>8</sup>.

Al detenerse en las distintas posiciones sobre la relevancia jurídica de las diversas formas de «status», dice De Castro que «en directa relación con la doctrina de los siglos XVII y XVIII se dirá que es persona “el hombre en su estado” (...), de modo que implícita o explícitamente se niega sea persona a quien no se le reconozca un estado. También se dice —prosigue el citado autor— que es persona quien pertenezca a una determinada comunidad jurídica (...); los nacionalsocialistas alemanes consideran como sujetos de derecho (o persona) a los que tienen “la situación jurídica” de “miembro del pueblo”, únicos que están en la comunidad jurídica y a los que sólo les corresponden derechos» <sup>9</sup>.

6. En adelante, CE.

7. Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit., p. 69, nt. 2; vid. P. IV, 23, 1.

8. Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit., II, pp. 58-59, y nota 1 de la p. 59; vid. P. IV, 23.

9. Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit., II, pp. 23-24.

En este leve bosquejo de algunos de los rasgos de la evolución jurídica del estado civil o «status» personal dentro de la comunidad jurídica se destaca la conexión de este tema con el reconocimiento de la personalidad, de la plenitud de derechos civiles, de la condición de sujeto de derecho. Pertenecer o no a un determinado «status» condiciona el patrimonio jurídico de la persona, e incluso el reconocimiento de su misma personalidad, como miembro de la comunidad jurídica. Las diferenciaciones sociales que se van creando históricamente, y que se refuerzan mediante las diversas teorías que las justifican, serán vistas como un obstáculo entorpecedor del verdadero progreso social por los ideólogos y pensadores que promueven, en los albores de la época contemporánea, un nuevo estado de cosas, de tal modo que «la división de la sociedad en estados sociales distintos, creadores de desigualdad jurídica, se considera incompatible con la democracia»<sup>10</sup>.

La igualdad básica de las personas, pues, se considera como un postulado del espíritu democrático. Este criterio no podemos infravalorarlo ya que uno de los caracteres del Estado en que España se constituye es el de su índole democrática (cfr. art. 1.1 CE). Y los distintos estados o estatutos sociales que engendren desigualdad jurídica injustificada no son compatibles con el citado rasgo constitutivo del Estado constitucional. Porque hay una igualdad básica que ha de ser defendida ya que todos los hombres son personas. ¿Pero en qué situación —o *status*— está quien ya vive pero aún no ha nacido, y por esto no se le reconoce su ser personal? A partir de la interpretación que la STC hace de la CE parece que el no nacido tiene un cierto «status» propio, inferior desde luego al del nacido. A pesar de que su situación jurídica requiere una mayor protección social, y que podría justificar un cierto «status» constitucional singular, con el fin de hacer posible su futura plenitud como individuo humano (cfr. art. 9.2), el *nasciturus*, no sólo carece de un especial «status» de protección, como sí lo tienen, en conformidad con la Constitución, determinados ciudadanos necesitados también de especial tutela (cfr.

10. Cfr. *ibidem*, p. 60, nt. 5; en la nota se hace referencia a ROUSSEAU, *Contrat social*, I, 9, ed. 1762, p. 30.

arts. 49 y 50 CE), sino que queda relegado en buena medida a un «status» de indefensión.

Si, por una parte, su vida es reconocida como *humana* [cfr. 5], por otra, esa vida se contempla como *separada de su atribución natural a su sujeto propio*, que, por serlo de una vida humana, es, necesariamente, sujeto humano. Por lo que parece entender el TC, el *nasciturus* es algo parecido a ser persona, pero sin llegar a serlo; pero, además, al no reconocérsele expresamente su condición de sujeto de esa *vida humana*, y sólo admitir, el TC, el carácter de bien jurídico de ésta, como un *objeto vivo* en el vientre de la madre, el *nasciturus* es contemplado como una especie de *tertium genus*, no personal, pero con vida humana, un ser difícilmente definible que recuerda, escandalosamente, la que fue desgraciada situación jurídica de los esclavos<sup>11</sup>. Si la servidumbre es una situación superada en la evolución jurídica del reconocimiento de los derechos del hombre, la esclavitud resulta naturalmente inconcebible para un ordenamiento jurídico fundado en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y para la misma idea del Estado democrático. El *nasciturus*, pues, no puede ser tratado de un modo análogo, en buena parte, a como fueron tratados los esclavos: no puede ser tratado como una cosa, sino como persona; ni siquiera puede ser tratado, en parte, como una cosa.

La *vida humana* —siguiendo la expresión preferida del TC al referirse a la vida del *nasciturus*— tiene, para la sentencia que estudiamos, un *estatuto constitucional* distinto según sea la propia del *nasciturus* —que puede ser destruida en los determinados supuestos previstos por el proyecto de ley recurrido— o bien la propia del ser humano ya nacido. Esta situación, que de modo tan difícil puede evitar ser calificada de discriminatoria, no puedo aceptar que sea verdaderamente constitucional, o al menos conforme y no distorsionante del texto y espíritu de la CE. Evidentemente, la sentencia no dice nada sobre esos *estatutos constitucionales* de la vida humana, pero me parece que de lo que dice y admite, la situación de dos regímenes jurídicos distintos sobre *una única y misma vida humana* parece que resulta concluyente; y, en verdad, inadmisibles.

11. «Buckland dice que los esclavos eran, a la vez, cosas y personas». Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit., II, p. 21, en nt. 2.

Algunos juristas no admiten que en el *nasciturus* haya una verdadera vida humana, sino que hablan, tan sólo de una *esperanza de vida*<sup>12</sup>. Para quienes así piensan la posterior y consiguiente situación jurídica sustantivamente distinta del ya nacido respecto al *nasciturus* se sostiene con coherencia: es lógico que la protección otorgada por el Derecho sea más sólida y eficaz cuando se dirige a *quien tiene vida* que cuando atiende a *lo que tan sólo es esperanza de vida*. Sin embargo, el TC no admite esa insuficiente premisa de que en el *nasciturus* haya tan sólo una esperanza de vida; al contrario, reconoce que, en el vientre de la madre, *hay ya otra vida humana real* desde el inicio de la gestación [cfr. 5]. Pues bien, ese reconocimiento palmario de la realidad incontestable del hecho biológico no se traduce, en el discurso de la sentencia, en asegurar *un mismo* estatuto protector de la vida humana, *igual* tanto para el nacido como para el no nacido, puesto que la dignidad de la vida humana es *igualmente digna* en cuanto que es *igualmente humana*, desde la concepción hasta la muerte; tampoco reconoce el TC un régimen de *mayor* protección para la vida del no nacido, cosa que sería justificable por la completa indefensión del *nasciturus* ante posibles acciones contrarias a su vida, incluso provenientes, en casos extremos, de la misma madre. La STC admite, por el contrario, un *status* de *menor* garantía constitucional para la vida no nacida que para la vida nacida. En definitiva, el *nasciturus*, según lo que se desprende de la argumentación del TC, sufre un *status* de desprotección respecto a su vida, en los supuestos previstos por el proyecto de ley recurrido. Para el Derecho —decía De Castro— no cabe plantearse el reconocimiento de un estado civil específico del concebido y no nacido, principalmente porque la protección específica que pudiera conseguirse de este modo resulta innecesaria ya que de hecho se le protege legalmente de modo sobradamente suficiente<sup>13</sup>. Parece evidente que, actualmente, a pe-

12. Bajo Fernández califica al que llama «producto de la concepción» como *esperanza de vida*, valor real aunque de inferior categoría al que corresponde a la vida humana independiente. Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas)* (Madrid 1986), p. 116; vid. también, p. ej., p. 119 y *passim*. Esta calificación coincide con la ya dada por J.F. PACHECO, a mediados del pasado siglo. Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 10.ª ed. Ed. Dykinson (Madrid 1987), p. 79, nt. 4.

13. El rechazo del referido autor a que actualmente —decía— se pueda aceptar, como estado civil, la situación del concebido y no nacido, se justifica por él mismo en que la

sar de la vigencia de una Constitución que protege directamente y con el mayor rango jurídico la vida de todos, esa tradicional protección del Derecho civil respecto al *nasciturus* no sólo ha dejado de ser sobradamente suficiente en relación a su propia vida, sino que ha dejado de existir, en los casos previstos en el proyecto de ley aceptado como constitucional por la sentencia.

El art. 24 CE declara en su primer párrafo que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Aun cuando el referido precepto se refiere a *todas las personas* y no a *todos*, como en el art. 15, y aunque la materia de que se ocupa parece encontrarse lejos del tema que aquí estudiamos, no deja, a mi juicio, de ser paradójica la *indefensión* absoluta, en los supuestos previstos por el proyecto de ley recurrido, en que queda el concebido y no nacido, en lugar de reconocérsele —como efectivamente ocurre con el nacido— una garantizada protección. Pienso que la CE no puede ser interpretada con el carácter restrictivo de unos supuestos estatutos de un posible ente asociativo de carácter privado; no puede ser interpretada como si se tratara de las reglas asociativas de un supuesto «club de los nacidos».

Para el TC «el nacimiento (...) significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad» [cfr. 5]. Sin perjuicio del acierto literario de la expresión, un *simple paso* en el proceso de desarrollo de una misma vida humana, que ha comenzado con la concepción y que terminará con la muerte, no puede ser aceptado como *causa* de adquisición para el sujeto de esa vida de un *status* ahora ya verdaderamente humano en cuanto que condiciona la protección garantizada de su propia vida. Aunque el nacimiento es un *paso importante* en el proceso de desarrollo de la vida del individuo humano, con múltiples consecuencias jurídicas, no deja de ser un mero paso; es decir, un instante más de una vida que comenzó su andadura tiempo atrás, y que por tener, *ya desde*

legislación en vigor ofrece protección, incluso, *al posiblemente concebido*: «La distinción entre nacido y concebido se consideraba como de estado civil en el antiguo Derecho; en el vigente no puede serlo, porque la protección se concede al posiblemente concebido, que ni es persona ni puede tener estado civil». Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit., II, p. 77.

entonces, una dignidad que acompañará a su sujeto hasta la muerte, debió obtener, *ya desde entonces*, la más vigorosa protección por parte del Derecho.

Volviendo a la citada frase de la sentencia, la distinción entre *la vida albergada en el seno materno* y *la vida albergada en la sociedad* no resulta aceptable cuando se hace derivar de ella la desprotección del *nasciturus*; desprotección en verdad no absoluta pero cierta; como si la *sociedad* y su Derecho no pudieran llegar, con reforzadas garantías, a proteger al *nasciturus* en el *albergue materno*. La distinción parece decir —viene a decirlo por el contexto—: si llegas a nacer te protegeré vigorosamente; pero mientras tanto tu *status* actual adolece de precariedad, ya que aunque existes, todavía no has salido a la luz. La *sociedad* aún no se ocupa decididamente de tí; pero si llegas a nacer, no temas: la sociedad te contará entre sus ciudadanos.

El art. 154 del Código Civil dispone que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos». La CE, a su vez, en su art. 39.3, dispone —este último artículo es citado por los recurrentes del recurso de inconstitucionalidad— que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad...». Cierto es que el Abogado del Estado opina que estas disposiciones contemplan a los nacidos y no a los no nacidos; también que la STC acepta este punto de vista.

En todo caso, parece profundamente lamentable que interpretaciones tan autorizadas de la CE consideren que los hijos aún no nacidos (los *albergados en el seno materno*) no son propiamente hijos, y que, consecuentemente, en los casos previstos en el proyecto, no solamente no deben necesariamente beneficiarse de la potestad natural, jurídicamente reconocida, de sus padres, y obtener, por tanto, su protección y asistencia; al contrario, pueden *esos hijos* ser perjudicados, desprotegidos y desasistidos, hasta el punto de poder ser, al parecer, sin ofensa de la Constitución, destruidos impunemente, en los supuestos previstos por el proyecto.

En los dos últimos siglos, desde la aparición del fenómeno jurídico-constitucional, puede observarse una fuerte y creciente

corriente protectora de la dignidad humana. La evolución que va del *liberalismo* de los inicios del siglo XIX a la afirmación generalizada del *ideal democrático* se acompaña de la evolución en la concepción relativa a la amplitud con que es aceptado el sufragio electoral: del sufragio restringido se pasará al sufragio universal. De la libertad y de los derechos proclamados para todos, pero efectivos realmente sólo para algunos, se pasará a unos derechos y a unas libertades, también de modo efectivo, propias de todo ciudadano.

La *restricción* del derecho a la vida sólo para los que aún no han podido franquear el claustro materno no deja de ofender, según me parece, a una concepción jurídico-constitucional que históricamente tiende con fuerza a descomponer las trabas ilegítimas de la igual dignidad y libertad de *todos*. Una eficaz tutela de la vida del concebido y no nacido es, hoy por hoy, un bastión aún por conquistar.

La *igualdad* jurídica básica ha de ser necesariamente *promovida* (cfr. arts. 9.2 y 14 CE); este principio origina preceptos en la misma CE que *protegen desigualmente* a quien se encuentra en una situación natural o social de particular debilidad<sup>14</sup>. A los poderes públicos corresponde realizar, de modo real y efectivo, la referida promoción de la igualdad jurídica, que, por su propia naturaleza, requiere visión amplia de lo que supone la dignidad humana.

### III. EL CONFLICTO CREADO POR LA COLISIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La alusión a los *bienes jurídicos* en las palabras transcritas de este epígrafe tiene aquí el sentido más amplio que puede dársele, y no el sentido que la STC da a la referida expresión aplicándola a *la vida* del *nasciturus*, considerando consecuentemente esa vida como un objeto de protección jurídica de carácter constitucional, de menor entidad, sin embargo, que los objetos de derechos fundamentales.

14. Cfr. L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)* (Madrid 1980), pp. 87-89. Entre los diversos preceptos constitucionales que el autor cita se encuentran el 40, el 49 y el 50.

Cuando se produce una colisión, previsible o real, entre dos o más bienes jurídicos nos encontramos con un difícil problema para el Derecho, cuya solución o intento de solución, sin embargo, no puede ser evitado por el jurista. La dificultad decae, en buena medida, cuando el conflicto se da entre dos bienes jurídicos protegidos en diverso grado por el ordenamiento jurídico: el bien jurídico de grado inferior habrá de ceder al de rango superior, aun cuando haya que tratar, en lo posible, de preservar al menos un mínimo de protección para el bien jurídico menos protegido por el ordenamiento, puesto que, aunque en menor grado que el otro, no deja de estar considerado y protegido por el bloque normativo. Así procede la STC: en los supuestos del proyecto de ley recurrido, la vida del *nasciturus* cede ante los derechos de la madre; un *bien constitucionalmente protegido* cede al colisionar con *derechos fundamentales* de la mujer. Con la calificación de bien constitucionalmente protegido que la STC aplica a la vida del *nasciturus* se facilita la vía jurídica de solución del problema, aun cuando la sentencia reconoce que «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 —dice— 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 —prosigue la sentencia— 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» [9]. De hecho, la sentencia considerará prevalentes, en los tres supuestos planteados por el proyecto de ley, los derechos de la mujer, y, por tanto, constitucional el aborto, en esos casos, aun cuando el TC precise determinadas garantías tratando de no extender más allá de lo que considera estrictamente preciso la que entiende constitucional destrucción de la vida del no nacido.

Sin duda, se trata de «graves conflictos de características singulares» [cfr. *ibidem*], y existe una objetiva dificultad para encontrar una solución ajustada y jurídicamente aceptable en todos sus aspectos. Sin embargo, el TC acepta la constitucionalidad del proyecto de ley cuando éste ofrece unas soluciones a los conflictos que presenta que no es fácil contemplarlas como conformes con la CE.

No deja de llamar la atención constatar, por una parte, que los poderes públicos (naturalmente también el legislativo) se deben ocupar, como de su competencia, por mandato constitucional, no ya de *proteger* la salud (art. 43.1 CE) sino de *prevenir* la salud de *todos* (art. 43.2); planteamiento éste coherente con la disposición del art. 9.2. CE. Y, sin embargo, observar, por otra parte, que el proyecto de ley establece *soluciones*, en caso de conflicto de situaciones jurídicas, consistentes en la destrucción no ya de la salud de los no nacidos sino de su misma vida. No deja de llamar tampoco la atención que un tipo de argumentación utilizada por los recurrentes, similar a la aquí utilizada, relacionando, entre otros arts, el 49 con el 15 CE, pueda ser calificada de irrelevante por la STC [cfr. 6]; aunque más adelante [cfr. 11], reconozca la conexión entre ambas disposiciones.

El TC, en su tercer fundamento jurídico, se extiende en destacar el valor y la importancia fundamental que la *vida humana* tiene en la CE. Como ya sabemos, el TC incluye en el art. 15, referido al *derecho a la vida*, también la necesaria protección de la vida del *nasciturus*, aun cuando el bien de esa vida no lo considere como objeto de un derecho fundamental cuya titularidad correspondiese al mismo *nasciturus*; la vida de éste será tan sólo un bien constitucionalmente protegido pero sin que llegue a ser objeto de un derecho fundamental. A pesar de que el art. 15 sólo habla de un derecho a la vida de todos, para justificar, sin embargo, que dicho art. protege la vida del *nasciturus*, aunque por un título diverso al de derecho fundamental, distingue entre el «valor» de la vida y el «derecho» a la vida, que es una «encarnación» o «proyección» de dicho valor; se entiende que dicha *encarnación* no excluye otras posibles *proyecciones* o determinaciones del valor de la vida. Por otra parte, al referirse al *derecho a la vida*, el TC no es parco en mostrar y adjetivar lo que podríamos decir su carácter *fundamental* entre los mismos derechos fundamentales: es un derecho fundamental *esencial* y *troncal*, «supues-

to ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»; su relevancia y significación se manifiesta en la colocación que ocupa en el texto constitucional: a la cabeza del capítulo donde se concretan los derechos y deberes fundamentales; de tal modo que el sistema constitucional lo considera como un punto de arranque, como un «*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» [cfr. 3]. Bien es verdad que todas estas relevantes calificaciones otorgadas por el TC al llamado «valor» de la vida y específicamente al *derecho* a la vida son paralelas a la consideración que la CE, según la sentencia, tiene hacia la *dignidad de la persona*, «valor jurídico fundamental (...) reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”» [cfr. *ibidem*]. De hecho, en la argumentación que, a partir de estas consideraciones, desarrollará la sentencia, la *dignidad de la persona* se tomará como fundamento de los derechos de la mujer en el conflicto con la vida del *nasciturus*, mientras que la proyección del *valor* de la vida, aunque como simple bien jurídico constitucionalmente protegido y no como derecho fundamental, estará en la base de la limitada protección reconocida a la vida humana no nacida, que se transformará en *desprotección absoluta* en los supuestos de aborto previstos por el proyecto de ley, y tenidos como constitucionales por la sentencia.

La utilización dialéctica de ambos fundamentos puestos al servicio de los sendos y respectivos bienes jurídicos en conflicto no deja de ser, a mi juicio, un tanto sectorial, y, por tanto, insuficiente. A pesar de que la sentencia afirma que «indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10» [cfr. *ibidem*] *la vida del concebido y no nacido*, al no reconocerse el carácter *humano* de su sujeto, *no aparece*, en el resultado de la sentencia, *indisolublemente relacionada con la dignidad personal*, y, por eso, los derechos que inhieren en la dignidad de la mujer hacen posible la destrucción de vidas humanas nacientes, en los supuestos previstos, sin que esto parezca afectar a la *dignidad personal*, ya que, en el planteamiento de la STC, el *nasciturus* no es persona. De nuevo aparece aquí manifiesto el punto nuclear del que ya nos ocupamos con detenimiento en el trabajo que citábamos al

inicio de estas páginas<sup>15</sup>. Como no se reconoce el carácter personal del *nasciturus* la destrucción de su vida no se ve como un acto directamente contrario a la dignidad personal, aun cuando para quien mantiene este punto de vista la dignidad de esa vida no deje de ser *ya* humana [cfr. 5], aunque todavía no sea dignidad de carácter personal.

En todo caso, en los supuestos estudiados por la sentencia, ante los conflictos planteados, *el nasciturus al perder la vida lo pierde todo*, pérdida absoluta e irrecuperable, aunque la mujer que pierda la salud, o el honor o una razonable seguridad ante el futuro, pierda, en verdad, mucho.

En realidad, en los tres supuestos del proyecto de ley que la sentencia considera constitucionales, a mi juicio, hay más que la mera previsión de justificación legal de determinadas conductas de la mujer gestante eximiéndola de responsabilidad criminal. Como dice el TC «las causas de exención de responsabilidad establecidas en el art. 8 del Código Penal son aplicables, con carácter general, a los delitos sancionados en el Código, por lo que también rigen, en principio, respecto del delito de aborto» [cfr. 9]. El proyecto de ley, de hecho, facilita que la mujer, con la ayuda de médicos, especialistas o no, según los casos, pueda destruir más fácilmente la vida de quien aún no ha nacido y que se aloja naturalmente en su seno. La modificación del Código Penal<sup>16</sup> que promueve el proyecto de ley recurrido va más allá, a mi juicio, de la introducción de «una técnica diferente» [cfr. *ibidem*] de la prevista con carácter general en el art. 8 del mismo Código. Una cosa es eximir a alguien de responsabilidad criminal en determinados casos, y otra sustancialmente, y no sólo técnicamente, diferente es facilitar, en determinados casos, salvando también la responsabilidad criminal, la ejecución garantizada de una acción que, fuera de estos casos, sigue siendo delictiva. En esos casos determinados, los poderes públicos desprotegen absolutamente al *nasciturus*. Se trata, pues, de una solución, al conflicto jurídico planteado, con la que queda destruido el sujeto humano que es parte en el conflicto. No acierto a ver la *real* conformidad constitucional de

15. J. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones en torno...*, cit., pp. 483-521.

16. En adelante, CP.

este tipo de solución; estas *acciones destructoras facilitadas* me parece que sí resultan ofensivas de la dignidad humana, no solo considerando al *nasciturus* que es destruído, sino considerando la entera solución, que incluye las mismas conductas destructoras de vida humana, y la facilitación legal, supuestamente constitucional, de las referidas conductas.

El TC, al ocuparse de la indicación referida al grave peligro para la vida de la embarazada, que me parece que presenta el conflicto más delicado de entre los supuestos que suponen las diversas indicaciones, opta por proteger la vida de la madre porque —dice— «si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido» [cfr. 11]. Aun siendo *vida humana* en ambos casos [cfr. 5], según este razonamiento, parece que desde el nacimiento, la vida del nacido *vale más*. Pero en todo caso, aun cuando haya que proteger el *derecho a vivir* de cada individuo humano, lo que no cabe propiamente es un *derecho a matar*: un supuesto *derecho* a destruir vidas humanas aun cuando estas pertenezcan a sujetos que aún no han nacido.

Si algún *principio* requerido puede destacarse en la relación del Estado con el ser humano no nacido, pero ya vivo, es el *de protección* o amparo [cfr. 4, 5, 7 y 12] <sup>17</sup>. Pues bien, en los momentos o circunstancias críticas, ocasionadas por un determinado conflicto jurídico, es cuando con más vigor ha de ser tenido en cuenta el referido principio para defender la vida humana —el bien más básico y más indispensable: el más fundamental— de ese ser humano indefenso y en peligro.

#### IV. LA PENA COMO SOLUCIÓN JURÍDICA ANTE LA CULPA SOCIAL

El TC señala que la «protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la

17. Cfr. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones en torno...*, cit., p. 512.

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» [cfr. 7]. Por tanto, según la STC el Estado está obligado por la CE al establecimiento de un sistema legal para la protección de la vida; el carácter fundamental de ésta exige que, como última garantía, ese sistema legal de protección de la vida incluya también *normas penales*. En este punto, el TC coincide con los recurrentes y disiente de la opinión del Abogado del Estado [cfr. I.1 y I.3]. La vida humana es un bien tan incondicional y decisivo para el Derecho —por serlo para cada ser humano y para la sociedad en su conjunto— que para protegerlo con eficacia se hacen precisas, también, normas penales. La eficacia social de la pena como medio de protección de bienes jurídicos ha sido objeto de discusión doctrinal, aun cuando las razones de su básica necesidad son fuertemente apoyadas por la misma experiencia de la vida jurídica<sup>18</sup>. Si los bienes jurídicos, en la medida en que lo son, y en la medida de la importancia que tienen, requieren también la protección penal, «un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad

18. «No es preciso aportar razonamiento alguno para demostrar la necesidad de la protección de la Sociedad, a través de la de los bienes jurídicos. Pero puede no parecer tan obvio que dicha protección precise del recurso a penas o medidas de seguridad. Puede argumentarse que la pena no resulta lo suficientemente eficaz como para que esté justificado apelar a ellas: si la pena y la medida de seguridad encuentran como único fundamento su necesidad para la evitación de delitos y se demuestra que no pueden servir con eficacia a esta función, no será lícito su empleo, porque aparecerán como un *mal inútil*. En favor de este razonamiento podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de la pena anterior (...) Pese a todo, creo indudable la eficacia y, por ello, la necesidad de la pena y de las medidas de seguridad. Se olvida un aspecto esencial cuando se mide la eficacia de la pena sobre la base de los que *ya* han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y tal vez lo hubiesen hecho de no concurrir la amenaza de la pena, como lo demuestra el aumento de la delincuencia en momentos de caos político, cuando el Estado pierde el control del orden público. Piénsese en épocas de guerras y revoluciones o viceversa, cuando el Estado viene a garantizar la impunidad de ciertos delitos. SCHMIDHÄUSER aduce dos pruebas altamente expresivas. En primer lugar, el hecho de que buena parte de los delitos cometidos por los nazis no lo hubiesen sido sin la seguridad que tenían de su impunidad. En segundo lugar, durante la breve huelga de policías y bomberos de Montreal (Canadá) en 1969 que duró solamente un día y medio, se produjeron en la ciudad los más graves disturbios de sus 330 años de historia. Todo ello muestra que la amenaza de la pena contiene a muchos ciudadanos que delinquirían sin ella». Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método* (Barcelona 1976), pp. 115-116.

de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico»<sup>19</sup>.

Normalmente, y tratando de movernos ahora en un plano jurídico elemental, cuando en la sociedad se producen conductas contrarias a esos bienes jurídicos; es decir, cuando esas conductas son culpables y realmente imputables a sus respectivos sujetos, la previsión penal se aplica a éstos: *si hay culpa, hay pena*.

A veces, sin embargo, aún dándose conductas contrarias a esos bienes, deja de haber pena. Las razones para esta aparente falta de coherencia son diversas. En la temática estudiada por la STC sobre no punibilidad del aborto en determinados supuestos, una de las razones que se esgrimen se funda en la doctrina —en la que más adelante nos detendremos— de la no exigibilidad de otra conducta<sup>20</sup>. Parece bien claro el peligro de excederse en el número de conductas que se penalizan; no siempre, ni necesariamente, la conducta antijurídica debe estar acompañada, en la previsión legal, de una pena. En este sentido, se entiende la afirmación de Mir Puig: «suscribo —dice— las palabras de Roxin: La “huida hacia el Derecho penal” significa a menudo sólo el abandono por parte del Estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen»<sup>21</sup>. Sin embargo, en determinadas materias, como ésta, ¿no podría hablarse, a su vez, de una cierta “huída hacia la despena-

19. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 2.ª ed. (Barcelona 1985), p. 84. Por nota, el autor se refiere a «la posible discordancia entre las valoraciones sociales y los intereses efectivos de la sociedad».

20. La técnica empleada por el proyecto de ley recurrido para dejar de penar, en determinados supuestos, la conducta abortiva es calificada por los autores de diverso modo. Así, Bajo Fernández afirma que en la solución o sistema de indicaciones, éstas constituyen causas específicas de exención de responsabilidad criminal. Cfr. *Manual...* cit., p. 120 y pp. 128 y ss. Otros autores opinan que el art. 417 bis CP, que siendo proyecto de ley fue considerado por el TC sustancialmente conforme con la CE, no introduce una técnica de despenalización sino que condensa «los efectos de determinadas causas de exención —estado de necesidad y no exigibilidad de otra conducta— mediante una excusa absolutoria que excluye la punibilidad en los casos contemplados». Vid. R. DE ANGEL y M. M.ª ZORRILLA, *El recurso de inconstitucionalidad contra la ley del aborto. La sentencia del Tribunal Constitucional y posterior proceso parlamentario*, en AA.VV., *Ley del Aborto. Un informe universitario* (Bilbao 1985), pp. 118-119. Por su parte, Rodríguez Devesa da también su opinión sobre la calificación precisa de la técnica empleada por el proyecto de ley para penalizar los tres supuestos mencionados. Cfr. *Derecho Penal...* cit., p. 97.

21. Cfr. *Introducción a las bases del Derecho Penal...* cit., p. 128.

lización”? ¿de una actitud, por parte de los poderes públicos, que produce un abandono *real y efectivo* del bien constitucional de la vida humana? ¿de una solución en exceso cómoda y sencilla para atender los problemas inmediatos de la madre, sin atender, por el contrario, a un planteamiento más profundo y completo, *enteramente respetuoso* de los bienes jurídicos en conflicto? En todo caso, en ocasiones, habiendo una conducta antijurídica, en cuanto tal; es decir, *a pesar de haber culpa*, en el sentido más amplio de la expresión, sin embargo, *no hay* —o deja de haber— *pena*.

A su vez, cuando la conducta del ciudadano, o miembro de la sociedad, es respetuosa con los bienes jurídicos del ordenamiento, no cabe, evidentemente, constitución, ni consecuente aplicación, de pena alguna. De este modo, la CE prescribe, como hemos ya recordado, que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»; y, además, «todos tienen derecho (...) a la presunción de inocencia» (cfr. art. 24.1 y 24.2 CE), porque «... un Derecho penal democrático tiene que respetar la dignidad humana del ciudadano y ésta impide que pueda ser castigado por un hecho quien no es culpable del mismo»<sup>22</sup>.

Pues bien, resulta teóricamente inconcebible que sin haber culpa social (en el caso del *nasciturus* no puede haberla), el ordenamiento penalice, al menos de hecho, a un individuo humano.

El TC, en el fundamento jurídico n. 11, a), estudia la constitucionalidad del primer supuesto del proyecto, y, concretamente, la hipótesis del grave peligro para la vida de la embarazada. Entre otras afirmaciones de interés, la STC afirma que «si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente (...) se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida (...); por consiguiente —acaba diciendo— resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre».

En realidad, decir, como dice el TC, que «resulta constitucional» la prevalencia de la vida de la madre, es lo mismo que decir,

22. Cfr. *ibidem*, p. 155.

aunque con palabras menos brutales, que, para que prevalezca la vida de la madre, «*resulta constitucional*» la *destrucción de una vida humana*, débil, inculpable e indefensa; o sea, que resulta constitucional la *ley del más fuerte*. No se penaliza a la mujer por defender su derecho a la vida; pero esto se consigue *penalizando* al *nasciturus*, al destruir su vida, que, en las circunstancias correspondientes a ese supuesto, lo mismo que en las de los otros supuestos previstos en el proyecto de ley recurrido, nadie defiende <sup>23</sup>.

El supuesto primero del proyecto condiciona la hipotética licitud del aborto a que, atendidas las circunstancias que allí se refieren, el aborto sea *necesario* <sup>24</sup>. Ese término —aborto *necesario*— significa, para el TC *que no puede solucionarse el problema de otra forma* [cfr. 10]. En el peor de los casos, una cosa es matar y otra tolerar una muerte; mejor, «un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada» <sup>25</sup>, que no es lo mismo que una muerte segura —y directamente provocada, con todos los medios técnicos disponibles— para la vida del *nasciturus*. En todo caso, no se ve que la *única solución* de un problema sea la *destrucción* del problema, cuando *ese problema* es un individuo humano.

En relación con el supuesto tercero del proyecto, el TC considera constitucional el aborto al tener en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, «agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva» [11] <sup>26</sup>.

23. Es claro que la terminología empleada —la *penalización*, de hecho, del *nasciturus*— puede coherentemente ser considerada impropia, si se piensa que el *nasciturus*, al no ser persona, no cabe que sea propiamente penalizado.

24. El proyecto del que tratamos dice así: «Artículo único.—El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera: El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada» [2].

25. Cfr. *ibidem*.

26. El tercer supuesto previsto por el proyecto de ley recurrido para que el aborto no sea punible, si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, es el siguiente: «3.

El problema planteado a los padres, y especialmente a la madre, en esos casos, es real y grave. Sin embargo, el Estado social (art. 1.1 CE) tiene el deber, y los recursos suficientes, para contribuir a paliar —ciertamente sólo hasta cierto punto— estas difíciles situaciones. Parece razonable, pues, plantearse la constitucionalidad de una opción como la mencionada, por parte del legislador de un *Estado social* de Derecho.

Desde otro punto de vista, el legislador opta por despenalizar la conducta de la madre si aborta en los casos predeterminados: ante el dilema planteado, el legislador parece aplicar, en cierto modo, el principio *in dubio pro reo*. Ante la delicada situación en que se encuentra la madre, a pesar de incurrir en una conducta que, en cuanto tal, sigue siendo delictiva en el ordenamiento jurídico<sup>27</sup>, consideradas las circunstancias previstas, el legislador opta por no penalizar, en los casos prefijados, la conducta de la mujer. Pero, a su vez, si la madre se libra de la pena en esos casos, *no se libra el hijo* de una máxima penalización, a pesar de su necesaria inocencia. Ante el conflicto que se presenta, el *nasciturus*, que no deja de ser sujeto de una vida humana, es considerado como si de un *reo* se tratara<sup>28</sup>; aun sin culpa, es tratado como si de *culpado* se tratara, a juzgar por los efectos destructores que sobre su vida se producirán. Retomando la analogía apuntada, y considerando la solución dada en los supuestos previstos en el proyecto de ley, que el TC considera constitucionales, ¿puede afirmarse, respecto al *nasciturus*, que le es aplicado, en verdad, en lo que tiene de sustancial, el principio de *in dubio pro reo*? Aun careciendo de culpa alguna, le es aplicado el máximo castigo: la destrucción de su vida, que ya es humana [cfr. 5].

Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste de un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada» [2].

27. En el aborto, «por definición, el consentimiento de la mujer no excluye la antijuridicidad». Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal... cit.*, p. 82. El subrayado es del autor.

28. *Reo* es, según la Real Academia Española de la Lengua, la persona que por haber cometido una culpa merece castigo; también, el simple *culpado*. Cfr. *Diccionario... cit.*

## V. EL BIEN DE LA VIDA ANTE EL DERECHO. EL CARÁCTER LIMITADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

Para perfilar el contenido específico de este apartado, parece que resulta conveniente hacer memoria resumida de lo tratado en los dos puntos anteriores.

Hemos visto que cuando *una vida humana individual*, como bien sobresaliente que es para el Derecho, queda implicada en un conflicto jurídico, no puede debilitarse, y menos olvidarse, la exigencia *prioritaria* de su protección. Precisamente, esa protección prioritaria es especialmente urgente, en la medida en que el peligro de su desprotección pudiera ser más inminente. Con otras palabras, si el deber de protección para *cada vida humana* por parte del Estado es un deber *elemental o básico*, y *condicionante* para el resto de la estructuración estatal garantizadora de los derechos individuales y, en general, para la justa configuración social proyectada [cfr. 3 y 7], cuando, a causa de un conflicto, el bien de *una vida humana* resulta en peligro, el ordenamiento jurídico es preciso que lo proteja con particular vigor.

Hemos visto también que si esto no ocurre, al despenalizar la conducta abortiva de la madre, se *penaliza*, en la práctica, al no nacido, haciendo lícita —conforme a la CE, según el TC— la destrucción de esa *vida humana*, sin que este *castigo de facto* esté originado por culpa alguna —naturalmente imposible— del *nasciturus*.

En relación con la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus*, el TC afirma que la existencia de dicha protección no significa que ésta «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» [cfr. 7]. Esta limitada protección de la vida del *nasciturus* se convierte, sin embargo, en *desprotección absoluta*, en los supuestos determinados por el proyecto de ley recurrido, y, *de hecho*, en una *penalización* de vidas humanas individuales, aún no nacidas.

El bien de la vida es un *bien sobresaliente* para cada individuo humano; si alguien lo pierde, las garantías que el Derecho articula, con carácter general, pasan a ser inútiles; resultan estériles para quien, en concreto, es despojado de ese bien. De modo relevante, pueden ser aplicadas a la vida humana individual las siguientes palabras de Mir Puig: «el bien jurídico no lo decide el Derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a *limitar al legislador*: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal»<sup>29</sup>.

El *bien jurídico* (en el sentido no sólo penal sino en el sentido más amplio de la expresión) que es *la vida* de cada sujeto humano exige que el legislador quede *limitado* por su respeto y consecuente y efectiva protección. Si algún bien es decisivo *para cada sujeto humano* es su propia vida. A pesar de que el legislador pretenda atender justamente a la salud, la dignidad y la intimidad de la madre, *les* legítimo *despenalizar*, si necesariamente, *ipso facto*, se *desprotege* la vida de muchos sujetos humanos? *¿Acaso cada vida humana* —y, por tanto, *cada sujeto vivo*— no merece ser protegido por el ordenamiento jurídico *de modo sobresaliente*, también por la ley penal, respecto a cualquier otro bien jurídico, cuya importancia, de mayor o menor grado, supone necesariamente la previa vida del sujeto humano que lo goza o está llamado a gozarlo?

El valor intrínseco de *cada vida humana* está, sin duda, en la base del reconocimiento que el TC hace, en conformidad con la CE, del deber de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus*, que incumbe al Estado [cfr. 4, 7 y 12]. Pero además, aparte de este valor intrínseco, la vida es condición para el *desarrollo* de la personalidad (art. 10.1 CE). Mir Puig admite «como bien jurídico de los delitos contra la vida las posibilidades de participación (voluntaria) en los sistemas sociales, que se hallan condicionadas por la posesión de la vida»<sup>30</sup>. Si esto es así, podemos preguntarnos cómo se atiende y se secunda, en los supuestos de no punibilidad del aborto prefijados en el proyecto de ley recurrido, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de promover la libertad y la igualdad —la digni-

29. Cfr. *Introducción a las bases del Derecho Penal...* cit., p. 140. El subrayado es del autor.

30. Cfr. *ibidem*, p. 139.

dad— de *cada individuo*, para que éstas sean reales y efectivas (cfr. arts. 9.2 y 10.1 CE). Porque indudablemente, también por lo que dice, al menos implícitamente, la STC, el *nasciturus* no deja de ser un individuo, que tiene *vida humana* [cfr. 5]; y su aniquilación, en los supuestos contemplados, suprime toda esperanza o posibilidad futura de participación en la vida social.

La comunidad social se forma a partir de cada uno de los individuos humanos, que, a su vez, son parte de la misma. Que el Derecho garantice la integridad de *cada vida humana individual* significa hacer real la garantía primera y condición de todas las garantías. Las garantías sociales, en toda su amplísima gradación, dependen en su credibilidad y verdad de una eficaz e incuestionable garantía de la vida humana individual: «no cabe olvidar que, si el Derecho ha de proteger los sistemas sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del individuo. Las intolerables consecuencias a que lleva el planteamiento inverso han sido puestas de manifiesto en nuestro tiempo por el totalitarismo político»<sup>31</sup>.

*Cada vida humana* no sólo no es insignificante para el Derecho sino que la misma CE, en su art. 15, la presenta como bien individual y social primario [cfr. 3]. Existe la tendencia que lleva a considerar diversos bienes jurídicos como de ámbito u orden privado, perdiendo paulatinamente su anterior vigor estructurante de la convivencia social; es decir, se da el hecho de que determinados bienes tienden a perder su carácter público, privatizándose progresivamente, por decirlo así<sup>32</sup>. No es admisible que esta tendencia afecte al bien de la vida humana, que siempre es, por otra parte, vida humana individual. La vida humana ni es ni puede ser, sencillamente, un bien de libre disposición: un bien meramente privado, sin dimensión ni exigencias públicas. Sin embargo, la admisión de la conformidad constitucional del aborto, en determinados supuestos, por parte del TC ¿no supone una cierta *privatización* del bien de la vida humana?

31. Cfr. *ibidem*, p. 138.

32. «... el signo de las reformas actuales suele ser el de una progresiva disminución del ámbito de lo punible. Piénsese, en especial, en el sector del llamado Derecho penal sexual». Cfr. *ibid.*, pp. 127-128.

En el homicidio, «la vida no es un bien cuya disponibilidad corresponda al sujeto pasivo. Por ello, el *consentimiento del ofendido* no excluye, en principio, la responsabilidad criminal»<sup>33</sup>. El consentimiento del sujeto pasivo, pues, no convierte en un acto conforme a Derecho la antijuridicidad del homicidio; aun así, éste sigue constituyendo una conducta delictiva contra la vida humana. Con mayor razón, una vida humana ajena no puede ser violada si el sujeto pasivo no sólo no consiente sino que ni siquiera es capaz de consentir, aun cuando no deje de ser *sujeto humano*, por serlo *de vida humana*. Nadie puede disponer de *la vida de otro ser humano*, ni siquiera la madre; con menor razón, el Estado. Las razones de conveniencia social que puedan aportarse han de decaer necesariamente ante *la dignidad de cada vida humana*. La vida humana del *nasciturus* sólo tiene un sujeto: el mismo *nasciturus*. Por esto, sólo a ese sujeto humano, por serlo, le corresponde la titularidad sobre su vida<sup>34</sup>.

Es cierto, sin embargo, que cuando estamos hablando de *cada vida humana individual*, no hacemos distinción —en el plano sustancial en el que nos movemos— entre la vida humana del no nacido y la del nacido. No hacemos distinción, porque nos fijamos en lo común de ambas situaciones en las que cada individuo se encuentra o puede encontrarse: *el no nacido tiene vida tan humana como la que tiene el ya nacido*; nos fijamos en *la identidad de cada vida humana* [cfr. 5], y no en el momento cronológico del desarrollo de esa vida. Pero no es ésta la perspectiva del TC, para quien el nacimiento no es, en realidad, *un instante en el proceso* de desarrollo de la vida ya comenzada en la concepción —aunque sea un momento clave para la vida

33. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...* cit., p. 37. El subrayado es del autor.

34. Al tratar del objeto del derecho subjetivo, dice De Castro que «las unidades objetivas son las que determinan, en último término, la individualidad de los derechos; por ello, es un postulado de la moderna técnica jurídica, que no pueden existir dos derechos subjetivos, de igual valor primario, sobre el mismo objeto». Cfr. *Derecho Civil...* cit., II, p. 583. En la nt. 3 aclara que «pueden, en cambio, concurrir sobre un derecho primario varios secundarios». Si consideramos estas palabras en relación con el tema que estamos tratando, puede, a mi parecer, afirmarse que sobre la *vida humana* del *nasciturus* sólo hay *un derecho*: el que corresponde al propio *nasciturus*. Ningún otro derecho, de igual valor primario, cabe sobre el referido objeto constituido por *la vida humana* del no nacido. Ningún otro derecho, ni consecuentemente ningún otro sujeto distinto del propio *nasciturus*. Sobre este punto, vid. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones...*, cit., pp. 504-505.

de cada individuo y con unos efectos jurídicos de muy notable importancia—, sino *un momento originante y sustantivo* en el que la vida adquiere una exigencia humana y jurídica de protección, de carácter constitucional, que antes no tenía. Cuando el TC se refiere a la protección de la vida humana como bien jurídico y como objeto de derecho, según se trate de la vida del no nacido o del ya nacido, es difícil no entender que está admitiendo *dos tipos o rangos de vida humana*, sin que aporte un fundamento convincente —el mero nacimiento— a esta decisiva distinción que origina dos regímenes constitucionales distintos sobre las vidas humanas.

Interesa acudir a las explicaciones y argumentos de Rodríguez Mourullo —en los que coincide tanto el TC<sup>35</sup>— que destacan no sólo por su brillantez sino también por su, a mi juicio, errado fundamento. «Aunque (...) se estimase —dice— que el derecho a la vida, constitucionalmente proclamado para el hombre nacido, es extensible al *nasciturus*, no por ello quedaría descartada toda posible despenalización del aborto. Con tal entendimiento vendría únicamente a reconocerse que la vida del concebido y no nacido es un *bien* que la C. *obliga a proteger jurídicamente*, pero del artículo 15 de la C. así entendido no se derivaría la necesidad de un tratamiento penal idéntico para la vida humana independiente y la dependiente»<sup>36</sup>.

En realidad, quien entendiera así el art. 15 CE podría admitir quizá pacíficamente las consecuencias que el citado autor pone en claro. Pero ese entendimiento —que, insisto, me parece sustancialmente coincidente con el que tiene el TC— hace decir a la CE lo que ésta no dice, originando un *doble* régimen jurídico supuestamente constitucional, sobre la vida, que parece claramente disconforme con la CE, que, en su art. 15, al disponer que *todos tienen derecho a la vida* establece un *único* modo de protección de la vida humana: no hay distinción, sino identidad de régimen de protección. La perspectiva criticada parece pretender que en el art. 15 se puede leer y entender que *no todos tienen derecho a la vida*, cosa que no dice, ni parece querer decir, la Constitución.

35. Cfr. *ibidem*, lo dicho en p. 490, nt. 24, *in fine*.

36. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentario al art. 15. Derecho a la vida*, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes políticas*, dirigidos por Oscar Alzaga. *Constitución española de 1978*, tomo II (Madrid 1984), p. 304. Los subrayados son del autor.

Como ya vimos, el entendimiento elemental del art. 15 CE, según me parece, es que el objeto protegido es *cada vida humana*; y ésta pertenece inalienablemente a su propio sujeto humano; o mejor, el objeto protegido por el art. 15, es, en realidad, *cada individuo en su propia vida humana*; si es así, no parece que quepa admitir, si se respeta la CE, dos objetos distintos de protección —con un régimen de protección constitucional diverso entre sí—, según ese individuo vivo haya traspasado o no el claustro materno.

Un solo objeto, pues, de protección constitucional: la vida humana; sea de quien sea; esté en el momento de evolución o desarrollo en que esté; porque toda vida humana, en cuanto que es *humana*, tiene igual dignidad. Pero volvamos a las palabras transcritas de Rodríguez Mourullo. Parece que para él un tratamiento penal idéntico para la vida humana independiente y la dependiente es inmediata y necesaria consecuencia del igual valor dado a la vida humana, ya sea del nacido como del no nacido. Sin embargo, no me parece que exista fundamento serio para sostener esta opinión.

Desde mi punto de vista, la *igual dignidad de la vida humana* —ya sea nacida o no nacida— no lleva consigo necesariamente un *tratamiento penal idéntico*, tanto respecto a la llamada vida humana dependiente como para la vida humana independiente. No resulta absurda la hipótesis —aunque aquí tratamos del bien de la vida, la hipótesis es, a mi parecer, aplicable a cualquier bien jurídico protegido penalmente— que la vida del no nacido pudiera exigir, en determinadas circunstancias históricas o geográficas, un particular y mayor rigor penal, para hacer efectiva una protección, de hecho, menos respetada que la penalmente vigente para proteger la vida del nacido. Esa supuesta e hipotética mayor protección penal de la vida del no nacido respecto de la del nacido no significaría necesariamente que ese ordenamiento jurídico admitiera dos categorías de vida humana, sino que se podría entender que, aun admitiendo quizá un único y supremo valor a cada vida humana, tanto nacida como no nacida, de hecho y circunstancialmente protegía más vigorosamente la vida humana allí donde era más atacada, o sea, antes del nacimiento. Por tanto, una cosa es admitir el idéntico valor y dignidad de cada vida humana y otra el tratamiento penal dado ante los ataques a la vida del nacido y del no nacido; el tratamiento penal

establecido respecto a esas dos situaciones de la vida humana (antes y después del nacimiento) puede no ser coincidente; las posibles variaciones tendrían su origen en factores diversos, aun cuando deba mantenerse íntegro el principio del idéntico valor de cada vida humana.

Volviendo al punto de vista de Rodríguez Mourullo, este autor parece decir: como es evidente que el tratamiento penal vigente —respecto al nacido y al no nacido— es distinto, eso significa que la valoración social sobre el bien de la llamada vida dependiente es menor que la existente sobre la vida del nacido. Esa valoración social tendría un fundamento tan claro —ahora ya con sus propias palabras— que «quienes en los debates parlamentarios propugnaron el empleo del término “todos” con el propósito de que la declaración constitucional sobre el derecho a la vida alcanzase también al *nasciturus* y que, de ese modo, quedase constitucionalmente prohibida la despenalización del aborto, no se atrevieron en ningún momento a propugnar también una plena equiparación del tratamiento penal de las vidas del nacido y del concebido no nacido, y quienes, una vez promulgada la C., optan por considerar comprendida en la declaración del artículo 15 la vida del *nasciturus*, tampoco se atreven a proclamar la inconstitucionalidad de los preceptos del Código penal que castigan con penas de gravedad notoriamente distinta la destrucción del fruto de la concepción y de la vida humana independiente. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que la extensión al *nasciturus* de la declaración constitucional sobre el derecho a la vida no puede entrañar un tratamiento necesariamente equivalente en todos los órdenes jurídicos al que se dispensa a la vida del hombre ya nacido. La plena equiparación iría contra la propia naturaleza de las cosas y, por tanto, una regulación jurídica que consagrara semejante equivalencia resultaría a la postre falsa y arbitraria»<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de lo que más adelante subrayaré, pienso que de lo que se trata es de precisar las nudas y reales exigencias constitucionales, antes que examinar la conformidad o no del Derecho vigente en un determinado momento histórico con lo prescrito, cierta o aparentemente, por la Constitución; se trata de determinar lo que

37. Cfr. *ibidem*, pp. 304-305.

preceptúa la CE antes que examinar la validez o falta de validez de los criterios o valoraciones sociales que sostienen en vigor un determinado conjunto de preceptos jurídicos, en todo caso sujetos a la Constitución. A mi parecer, la CE exige una *misma e idéntica protección básica* del sujeto de cada vida humana: respecto a su propia vida, *todos tienen derecho*. Esa *igualdad* constitucional de protección puede exigir un tratamiento penal *más riguroso* del vigente, para respetar el mandato constitucional, si la desprotección del no nacido es mayor y socialmente más grave o extendida. No se trata, pues, de que el *nasciturus* goce de «un tratamiento necesariamente equivalente en todos los órdenes jurídicos» al que se dispensa al hombre ya nacido<sup>38</sup>. Se trata, en cambio, de que, *en cuanto a la protección de su vida*, que ya es *humana* en el no nacido, la protección básica sea tan idéntica como idénticamente humana es la vida del nacido respecto a la del no nacido.

El mero recurso al Derecho vigente no puede bastar para respaldar una determinada opción interpretativa de la Constitución, si ésta no está suficientemente fundamentada ni en la dicción ni en el espíritu del texto constitucional. Rodríguez Mourullo sostiene su tesis de la conformidad constitucional de la “solución de indicaciones”, en materia de aborto, apoyándose en que el Derecho penal vigente concede menos valor a la vida del no nacido que a la del nacido. De este modo, se podría admitir que el derecho a la vida del art. 15 CE —que sería propiamente de los nacidos— se *extendiera* al *nasciturus*, en cuanto a ciertos efectos protectores, aunque no debería extrañar que esa protección del *nasciturus* resultara más limitada o recortada, que la debida al nacido; sería sencillamente una proyección constitucional de lo que ya ocurre, en cierto modo, en el Derecho penal. Pienso que interesa atender a sus propias palabras: «... dado que, desde el punto de vista penal, como acredita el Derecho vigente, el valor de la vida del *nasciturus* es menor que el de la vida del hombre ya nacido, no resulta ilógico que la protección penal de aquélla experimente algunas limitaciones más que la de ésta. Del mismo modo que la distinta penalidad prevista para la destrucción de la vida del *nasciturus* y del hombre ya nacido y el

38. Cfr. *ibid.*

hecho de que respecto a la vida de éste último se castiguen ataques causados por imprudencia que, en cambio, son impunes en relación con la del feto, no resultan incompatibles con la interpretación que extiende la declaración del artículo 15 de la C. a la vida del concebido, tampoco resultaría inconstitucional un sistema penal en que la protección de la vida del *nasciturus* cediese, ante situaciones conflictivas, en más supuestos que aquellos en los que cede la protección penal otorgada a la vida humana independiente»<sup>39</sup>.

El autor citado pretende entender la CE —el art. 15 con sus implicaciones implícitas— de un modo conforme al Derecho penal entonces vigente, según el cual la llamada *vida dependiente* estaba menos protegida —en la actualidad, de un modo patente— que la *independiente*. Pero entonces, la CE se interpretaría según el resto del ordenamiento jurídico, en lugar de entenderse éste —y modificarse, en su caso— según lo establecido por la Constitución<sup>40</sup>. Desde la promulgación de la CE ya no hay un ordenamiento jurídico español que no sea necesariamente ordenamiento jurídico *constitucional*. Y no acierto a descubrir ni en el texto ni en el espíritu de la CE un fundamento serio que dé pie para mantener una *gradación en el valor de las vidas humanas* (nacidas y no nacidas), y un consecuente *doble* régimen de protección de la vida humana, sea ésta dependiente o independiente. A mi juicio, el art. 15 CE presenta la *vida humana* como *un único bien*; por tanto, este único bien habrá de ser protegido *indiscriminadamente* (cfr. arts. 1.1. y 14 CE) en beneficio de su propio sujeto, en cada caso.

La vida humana es, pues, un *único bien constitucional*. La protección básica que la CE dispensa es común: *todos tienen derecho* (cfr. art. 15). Sin embargo, hemos de retomar aquí lo que recordábamos al principio de este epígrafe; es decir, la advertencia del TC: ni

39. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentario cit.*, p. 306. De las palabras reseñadas concluye «que, en principio, ni siquiera la interpretación del artículo 15 de la C., que estuvo en la mente de la mayoría parlamentaria que rehusó la palabra “persona” y la sustituyó por el término “todos” es incompatible con el sistema de despenalización del aborto conocido como “solución de indicaciones”. Lo sería, en cambio, con el denominado “sistema de plazo”. Vid. *ibidem*.

40. El TC en su sentencia 22/1984, de 17 de febrero [3], afirma que «es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional». Cfr. Tribunal Constitucional. Secretaría General, *Jurisprudencia constitucional*, t. VIII, p. 271.

siquiera la protección de la vida humana reviste 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» [cfr. 7]. No hay, pues, un derecho absoluto a la vida, en el sentido de que permanentemente y sin posible condicionamiento alguno, deba prevalecer éste ante cualquier otro derecho o exigencia social. Concretamente, el último inciso del art. 15 CE, a pesar de abolir con carácter general la pena de muerte, admite la posibilidad de que las leyes penales militares para tiempos de guerra puedan disponer, en supuestos determinados, la pena de privación de la vida. Si esta es la previsión constitucional que limita el derecho a la vida (en este caso del nacido, naturalmente), las previsiones del proyecto de ley recurrido, consideradas por el TC sustancialmente conformes con la Constitución, destituyen de protección al *nasciturus* en los supuestos señalados. La protección del *nasciturus* se aleja de su hipotético carácter absoluto mientras que la protección del nacido mantiene comparativamente una notable firmeza. Y, paradójicamente, esta doble situación jurídica —de inseguridad en el no nacido, de seguridad en el nacido— se refiere a un *mismo* bien: la vida humana, que, en cuanto humana, tiene igual dignidad, desde su comienzo hasta su fin.

El no nacido, al no ser considerado individuo humano, no disfruta de la protección del Derecho de la que se beneficia, en cambio, el nacido. Solo en beneficio de éste se tiene en cuenta la enseñanza de la historia del Derecho: en ésta, los avances jurídicos han limitado únicamente el derecho a la vida por una razón de culpa social o de defensa propia ante una injusta agresión.

Hemos visto ya que el sujeto de la vida humana presente en el claustro materno es un sujeto humano, por serlo de vida humana, y que merece que el Derecho le reconozca en su dignidad, y, por tanto, le reconozca su carácter personal <sup>41</sup>. Pues bien, la conciencia jurídica rechaza instintivamente —como algo radicalmente antijurídico— la privación de la vida de un inocente. Aun así, en algunos casos, el Derecho permanece impotente ante la complejidad de las situaciones humanas, porque después de que un tribunal haya juzga-

41. Cfr. CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones...*, cit., pp. 502-521.

do una causa y haya dictado sentencia condenatoria de privación de la vida, en su caso, podría ser que se hubiera condenado —y de modo irreversible— a un inocente, al habersele considerado, por error, culpable. Sin embargo, en el caso del concebido y no nacido no es posible incurrir en un error, pues su inocencia completa es notoria a cualquiera. Por tanto, la voluntaria privación de la vida de un no nacido —a pesar de que en determinados casos el TC lo considere conforme a la Constitución— no me es posible contemplarla sino como un atentado al orden jurídico en su misma raíz, por lo que cualquier argumentación que pretenda justificar su destrucción me parece que merece ser calificada, con benevolencia, como razón aparente.

## VI. EN TORNO A LA CONDUCTA DE LA MADRE

A partir de los argumentos de la STC, vamos a ocuparnos ahora, con algún detenimiento, en algunos aspectos que adquieren relieve al examinar la posición de la madre en los supuestos previstos por el proyecto de ley.

Como justificación de la no punibilidad de la conducta abortiva en determinados supuestos, la exposición de motivos del proyecto de ley alude a «la doctrina o el principio de no exigibilidad de otra conducta» [cfr. I.2]. Por su parte, la STC hace suya esta doctrina refiriéndose a la «carga insoportable» que pudiera suponer para la mujer mantener el embarazo en determinadas circunstancias [cfr. 9]; más adelante, el TC señala que «el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre» [cfr. 11]; a su vez, el Abogado del Estado ya había afirmado, al tratar de la llamada «indicación ética», que no se puede «exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal» [cfr. I.3, alegaciones E y F].

Esta doctrina se aplica en beneficio de la madre gestante, cuando la mujer sufre la angustia de sobrellevar determinadas situaciones delicadas, pero a costa de facilitar simultánea y consecuentemente, en los casos precisados, la conducta abortiva, que, en esos supuestos, deja de ser punible. A primera vista, parece una solución

penalista de carácter más equitativo; sólo a primera vista, por tanto, en cuanto ponemos nuestra atención en la dificultad por la que pasa la madre; sin embargo, si nos fijamos también en que el alivio de la madre se consigue merced a la directa destrucción de su hijo, la brutalidad resultante empaña y desfigura el acierto parcial referido a la pretendidamente adecuada —humana— atención a la mujer.

No se trata de que, en sí misma, la referida doctrina sea rechazable, sino que, más bien, lo es la aplicación que se hace de la misma, al justificar la acción abortiva, que, por su propia naturaleza, consiste en la destrucción de vidas humanas concretas.

No se despenaliza la huída del frente de batalla ni deja de sancionarse el impago de un impuesto. En estos casos, no se tiene en cuenta la hipótesis de que la prescripción legal pueda suponer una carga objetivamente insoportable sobre un determinado sujeto.

No pretendo decir que no sea necesaria, en mayor o menor grado, la protección otorgada por el ordenamiento jurídico a determinados *bienes sociales*, ya que si esta protección se soslayara, se haría imposible la consecución de los diversos y legítimos objetivos de la sociedad organizada. Pero si un ordenamiento jurídico protege más las arcas públicas o, en general, la *seguridad de la sociedad*, en cuanto tal, que la *vida concreta* de seres humanos inocentes, abandonados, en los supuestos que se determinan, a una completa indefensión, ese ordenamiento jurídico estará mostrando que padece una quiebra profunda en el orden justo que promueve. En este caso, la *protección de los bienes sociales* no estará siendo la proyección necesaria de la *protección de cada individuo*.

El art. 10.1 CE establece como fundamento del orden y de la paz de la sociedad organizada, y, por tanto, también como fundamento de su Derecho, algunas realidades y exigencias de la condición humana y de la convivencia entre seres humanos. En realidad, dicho fundamento consiste sintéticamente en la *dignidad de la persona*, que, por otra parte, encabeza la referida enumeración. Esta solemne declaración constitucional, en reconocimiento de la excelencia de cada ser humano y de las exigencias que de dicha excelencia dimanaban, no puede ser una declaración estéril, puramente retórica y, en definitiva, vacía de fuerza jurídica; quien así lo entendiera estaría dejando

sin fundamento el Estado de Derecho en el que España se constituye (cfr. 1.1. CE).

Precisamente, como hemos visto ya, la STC, en su fundamento jurídico tercero destaca «el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”». Sin embargo, como hemos visto también, al no reconocer el carácter personal del ser humano no nacido, el TC se refiere en la sentencia, al tratar de la dignidad de la persona, tan sólo a la madre, sin que, al referirse al no nacido, relacione explícitamente a éste con la dignidad humana.

En todo caso, centrémonos ahora en la conducta abortiva, no penalizada por el proyecto de ley, y su relación con la dignidad de la persona.

«La palabra persona —dice De Castro— alude especialmente, de entre las distintas cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que —como a tal— impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad»<sup>42</sup>. La naturaleza racional y libre del ser humano, pues, exigen consideración y respeto hacia cada hombre, pero, simultáneamente hacen también a cada hombre responsable de sus actos ante los demás y ante la sociedad en su conjunto. Es decir, *la dignidad de la persona es exigente*, tanto en las relaciones de todos con cada uno, como en las relaciones de cada uno con los demás.

Por otra parte, si acudimos al significado propio del término *dignidad* nos encontramos que la dignidad hace referencia a la calidad de la persona; esta calidad o valor de la persona le hace merecedora de algo favorable; la dignidad es excelencia, realce de la persona<sup>43</sup>. Esta excelencia o dignidad que corresponde a todo ser humano exige de él, a su vez, un comportamiento *digno*; en cierto modo, sea cual sea la conducta individual, la dignidad del sujeto humano no se pierde, es permanente, porque es inseparable de su

42. Cfr. *Derecho Civil...* cit., II, pp. 28-29.

43. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid 1970). A su vez, *digno* es correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa. Cfr. *ibidem*.

propia condición personal. Sin embargo, por otra parte, es claro que cada uno puede actuar de un modo conforme, o bien disconforme, a su propia dignidad; precisamente esta posibilidad, abierta siempre al actuar humano, dignifica a la persona: pudiendo comportarse de un modo indigno —disconforme a su dignidad— manifiesta la excelencia de su humanidad al actuar conforme a lo que es, es decir, de un modo digno. La dignidad personal exige, pues, un comportamiento digno, pero no impide un comportamiento indigno. Del mismo modo, también puede respetarse —u ofender— la dignidad de los otros. La dignidad de cada hombre o mujer —incuestionable, por otra parte— no le concede derecho a conducirse indignamente ni a desconocer o violar la dignidad de los demás. Pues bien, no alcanzo a ver cómo el aborto voluntario, tal como se recoge en los supuestos del proyecto de ley, pueda constituir una acción digna ni de la madre ni del médico o médicos que lo hacen posible. Consecuentemente, no alcanzo a ver tampoco cómo este comportamiento indigno —destruir voluntariamente una vida humana indefensa— pueda ser conforme con la CE, ya que toda ella descansa en la dignidad de cada persona, y esta dignidad no es sólo fuente de reconocimientos y derechos, sino también de exigencias.

La aceptación por la STC de la doctrina de la «conducta no exigible» —en el modo como se presenta en el proyecto de ley y es aceptada por el TC— parece significar que, en determinados supuestos, no se puede exigir que la madre no mate a su hijo, no nacido. Hacer posible que la madre mate a su hijo, no nacido, es considerado por el TC como conforme a la Constitución; si admitimos como válidas las consideraciones anteriores más bien habría que concluir que esa conducta abortiva es anticonstitucional, puesto que es —sin atender ahora directamente a la dignidad del *nasciturus*— frontalmente contraria a la dignidad de la persona que mata o que consiente en matar, y la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social (cfr. art. 10 CE).

El TC destaca la íntima vinculación entre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad [cfr. 8], cosa, por otra parte, patente en el texto del art. 10.1 CE. Sin embargo, me parece hondamente antijurídico justificar un *libre desarrollo de la personalidad* que se apoye en la destrucción de seres humanos.

El segundo de los supuestos del proyecto de ley se refiere a la llamada “indicación ética” o caso de violación de la mujer. El TC juzga que mantener dicha indicación no es contrario a la CE y da sus razones [cfr. 11] <sup>44</sup>. Como se puede ver en la nota a pie de página, la sentencia expresa con brillantez la grave vulneración que la mujer ha sufrido en su dignidad; este acto violento y máximamente lesivo ha sido, al tiempo, origen de la gestación de una nueva vida, que le sobreviene a la mujer sin su consentimiento. Ciertamente, la mujer se encuentra siendo madre —con una *nueva vida* en su seno—: se le impone una maternidad que no esperaba y para la que no ha dado su previo consentimiento. «Obligarla —dice el alto Tribunal— a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible» [cfr. 11].

Sin embargo, el TC no se detiene en considerar que la principal consecuencia «de un acto de tal naturaleza» es un ser humano, «un *tertium* existencialmente distinto de la madre» [cfr. 5]. Por otra parte, la STC afirma que, en este caso, cobra especial relieve el necesario consentimiento «para asumir cualquier compromiso y obligación» [cfr. 11], que, en el supuesto examinado, no se ha podido dar por la propia naturaleza de los hechos.

Sin embargo, conviene notar que es manifiesta la existencia de deberes y obligaciones, incluso con posibles consecuencias graves, que las personas tienen sin que nadie les haya pedido previamente su consentimiento. Cada uno *se encuentra* también con su propia vida, cosa que descubre con progresiva hondura a partir del comien-

44. «... basta considerar —dice el TC— que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y 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. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos» [cfr. 11]. La llamada «indicación ética» se recoge así en el proyecto de ley recurrido: «Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429 —se refiere al CP—, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado» [2].

zo de la consciencia. El consentimiento que cada uno puede dar a su propia vida necesariamente habrá de ser *a posteriori*, años después de recibirla, y, sin embargo, esa vida recibida sin su consentimiento le comprometerá a acometer y a sufrir todo tipo de trabajos y responsabilidades. Por otra parte, quitarse la propia vida es acto que el ordenamiento jurídico contempla como rechazable hasta el punto de que quien auxilie o induzca a otro para que se suicide será penalmente castigado <sup>45</sup>; sin pretender buscar más ejemplos de que no siempre se requiere el previo consentimiento para estar obligado a asumir graves, y quizá particularmente duras, responsabilidades basta con pensar en que el hecho de ser español y haber cumplido la mayoría de edad lleva consigo el deber de defender a España (art. 30.1 CE); para que este deber pese sobre los hombros de los españoles, por mandato constitucional, nadie ha pedido el consentimiento de los respectivos interesados.

En verdad, el hecho de «dar vida a un nuevo ser» es algo de alta trascendencia; y, en todo caso, tanto si la madre defiende la vida de su hijo como si consiente en destruirla, esa vida, la del hijo, afectará profundamente a la madre en todos los sentidos [cfr. 11].

## VII. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS NÚCLEOS FUNDAMENTALES DE UN ORDENAMIENTO

Desde su constitución, el TC ha realizado una meritoria labor de defensa y protección de la persona y de los bienes jurídicos <sup>46</sup> que son inseparables de la dignidad de cada ser humano. Así, por ejemplo, la STC 22/1984, de 17 de febrero <sup>47</sup> defiende la *inviolabilidad* del domicilio (art. 18.2 CE) como expresión constitucional indisoluble-

45. Cfr. *Código Penal*, art. 409; en *Código Penal con Legislación especial y complementaria*, edición preparada por Luis Rodríguez Ramos, 6.ª ed. (Madrid 1985).

46. Volvemos a utilizar aquí la expresión *bien jurídico* en un sentido muy amplio; me refiero a todo *aquello* que el Derecho protege y garantiza, con independencia de la técnica protectora específica que se aplique. Algunos de estos bienes jurídicos pueden ser calificados de *nucleares*, en la medida en que su excelencia y trascendencia en el ordenamiento jurídico constitucional sea notoria y patente, como son, p.ej., la vida —que es protegida por un derecho fundamental— y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que, aun no siendo propiamente un derecho fundamental, es, sin embargo, fundamento del entero orden jurídico.

47. Vid. *supra* nt. 40.

mente ligada a la norma del 18.1 «que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad» [cfr. 2]; a mi juicio, este derecho a la intimidad (art. 18.1) es una expresión concreta y garantizada del bien jurídico nuclear en que consiste la dignidad de la persona (art. 10.1). Es decir, *la inviolabilidad* de los derechos que inhiere en cada persona (art. 10.1) se manifiesta y concreta, entre otros muchos modos, en la *inviolabilidad* del domicilio; el TC no admitió otras causas para el sacrificio de este derecho que lo estrictamente previsto en el mismo texto constitucional. Este derecho individual —que es social también en cuanto es de cada uno de los miembros de la sociedad, y, por tanto, de interés también para la sociedad en su conjunto— no se admite por el TC que pueda ser sacrificado «a cualquier fin social» [cfr. 3].

Esta postura decididamente *protectora* de los bienes jurídicos constitucionales se une a un criterio abierto o *extensivo* de esa protección; así, en la sentencia 19/1983, de 14 de marzo se sostiene que la expresión «todas las personas» del art. 24.1 CE no incluye exclusivamente a los ciudadanos, o personas físicas, sino también a las personas jurídicas, ya que lo que la CE reconoce es un derecho a obtener una tutela efectiva por parte de los jueces y tribunales, y, por tanto, no es lógico aceptar una interpretación restrictiva sobre quién sea el sujeto de ese derecho fundamental <sup>48</sup>.

Sin embargo, en la sentencia que ahora estamos comentando, el TC, al no admitir el carácter personal de no nacido, no ve obstáculo para considerar constitucional, en los casos determinados por el proyecto de ley, la *violación* de esa vida, aun reconociendo que es humana [cfr. 5]. Por otra parte, al interpretar el art. 15, como ya vimos, no admite una interpretación del «todos» comprensiva de todos los sujetos de vida humana —y, por tanto, comprensiva del *nasciturus*—, sino que entiende que tan sólo son sujetos del derecho a la vida los nacidos, admitiendo sólo una *extensión del contenido* del derecho a la vida, en este caso, como simple bien jurídico constitucionalmente protegido sin explicitar su sujeto de atribución: con lo que resulta un bien jurídico impersonal o acéfalo.

48. Cfr. Tribunal Constitucional. Secretaría General, *Jurisprudencia constitucional*, t. V, pp. 209-219.

Hace años escribí, al tratar de los ámbitos de protección que abarca la noción de orden público, que esta noción indudablemente se dirige a la protección de los fundamentos nucleares de la sociedad, que son, desde el punto de vista jurídico, núcleos fundamentales de protección jurídica<sup>49</sup>. Para tratar de delimitar esos bienes protegibles, utilizaba una, a mi juicio, afortunada terminología: las «zonas de certeza»<sup>50</sup>. Pues bien, la vida *de cada* ser humano me parece un objeto de protección de orden público de la máxima certeza.

Afirma Rodríguez Devesa que según condicionamientos históricos y decisiones políticas, a veces, el interés demográfico del Estado puede ser contrario al mantenimiento de una elevada cuota de natalidad (India, Japón), entrando por ello en colisión con el derecho a la vida<sup>51</sup>. Indudablemente, puede darse ese interés contrario al derecho a la vida, por parte del Estado, pero no en países constituidos en Estados de Derecho fundamentados en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes (cfr. arts. 1.1. y 10.1 CE). Los poderes públicos (gobierno, órganos legislativos, etc.) no pueden *disponer* como si de bienes patrimoniales se tratara, de los bienes fundamentales del ordenamiento, garantizados por la Constitución. No parece otra la razón última de la necesidad de respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos y libertades (cfr. art. 53.1 CE); y en el bien de la vida todo el contenido al que se dirige la protección jurídica es esencial, porque no hay contenido accidental, como muy acertadamente apuntan los recurrentes [cfr. I.1, en el 5.º motivo de inconstitucionalidad]. El *bien jurídico nuclear que es la vida de cada ser humano*, no puede ser objeto de violación sino de protección por parte de los poderes públicos.

49. Cfr. J. CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española* (Pamplona 1983), pp. 141-150.

50. Dicen García de Enterría y Fernández que en la estructura del concepto jurídico indeterminado «puede distinguirse un núcleo fijo o “zona de certeza”, una zona intermedia o de incertidumbre, más o menos imprecisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”; de este modo “concluyen” la zona de dificultad es la intermedia, pero tal dificultad no existe en las dos zonas de certeza, positiva y negativa». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t.I (Madrid 1974), p. 296.

51. Cfr. *Derecho Penal español...* cit., p. 79, nt. 2.

La protección del *nasciturus* no puede ser un principio general que, en determinados supuestos, es enteramente ineficaz. La protección no basta que se enuncie sino es preciso que se impere. Y para hacer esto posible no hay problemas técnicos insolubles. Las posibilidades de la técnica jurídica son amplias para encontrar el medio apto de defender con contundencia los bienes que el ordenamiento jurídico tiene por principales.

El Derecho civil consigue defender temporalmente el patrimonio de quien, por no haber nacido, aún no se acepta que sea persona, aunque su existencia sea indudable y también la necesidad de defender unos derechos que serán del *nasciturus*, si éste llega a nacer. Como expone De Castro, el sistema de protección de los derechos eventuales del concebido, pero no nacido, constituye un ejemplo de lo que son las situaciones jurídicas de pendencia<sup>52</sup>. En estas situaciones la técnica civil construye la llamada titularidad interina. «El titular interino tiene derechos y deberes respecto a la conservación del derecho subjetivo o de la masa patrimonial, con poderes que, en general, no exceden de los de mera administración»<sup>53</sup>; «... la titularidad interina tiene sólo la misión de conservar la situación de pendencia en provecho de sujetos indeterminados, siempre con un cierto sentido de *officium*»<sup>54</sup>.

Desde el punto de vista constitucional, y según la interpretación que hemos visto más atrás, el concebido y aun no nacido está incluido en el «todos tienen derecho a la vida» del art. 15. Según la CE, pues, no puede hablarse de un titular incierto o aún no determinado del derecho a su vida.

El Derecho debe reconocer que el *nasciturus* ya *tiene* vida; la vida humana ya *le pertenece*. En todo caso, ese titular cierto, aunque enteramente necesitado, del derecho a su propia vida necesita una particular protección jurídica, ejercitada por alguien que le represente y se cuide directamente del bien de su vida. La madre, en primer

52. Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I (Madrid 1949), en reproducción facsimilar de la ed. Civitas (Madrid 1984), p. 612.

53. *Ibidem*, p. 613.

54. Cfr. *ibid.*, pp. 613-614.

lugar; y también el padre tienen naturalmente ese cierto *officium*; en cualquier caso, el Estado no puede desentenderse.

Paradójicamente, el TC al distinguir entre el *derecho a la vida*, cuyo titular es exclusivamente el nacido, y el *bien jurídico*, en que consiste según la sentencia la vida humana no nacida, consigue desproteger, por completo, en las tres indicaciones previstas en el proyecto de ley, la vida del *nasciturus*. Si, como hemos visto, la vida de éste, por ser ya vida humana, constituye un bien jurídico nuclear, una técnica que no consigue garantizar adecuadamente un bien de esta naturaleza debe ser sustituida por otra que sea, a esos efectos, más eficaz, porque las técnicas jurídicas son válidas o no en función de los resultados de su empleo. Si una técnica —la calificación de la vida del *nasciturus* como bien jurídico, en lugar de como objeto de derecho fundamental de quien es su sujeto natural— facilita más destrucciones de seres humanos inocentes que otra, aquella técnica es inadecuada para proteger el bien de la vida (aunque pueda presentarse como idónea para argumentar la supuesta constitucionalidad del aborto, en determinados casos).

Del derecho constitucional a la vida —del que, como he pretendido demostrar, el concebido y no nacido es verdadero titular<sup>55</sup>— derivan para el Estado dos clases de deberes: el deber de *respetar* las vidas humanas y el deber de *proteger* las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares<sup>56</sup>.

Es *probable* —entendiendo por probable lo que entiende la STC, es decir, que hay una *razonable presunción de verdad* [cfr. 10]— que el orden social justo que la CE aspira a establecer (cfr. *Preámbulo* CE) no ha sido servido. Desde mi punto de vista, esto no es sólo probable sino cierto.

55. Cfr. especialmente CALVO-ÁLVAREZ, *Consideraciones*, cit., *passim*.

56. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentario al art. 15...* cit., p. 299.

