

LA CONCEPCIÓN “TOTÉMICA” DEL “NASCITURUS” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Guillermo Díaz Pintos

Resumen: Se alude a los modelos norteamericano y europeo de interpretación del derecho fundamental a la vida, para determinar cómo en el segundo, dicha interpretación, presupone una concepción “vitalista” de la vida insuficientemente justificada como alternativa a la redefinición del concepto jurídico de persona desde la perspectiva constitucional. Se propone una adecuada configuración del derecho ajustada a la realidad profunda de la vida que lleve a garantizar un derecho del ‘viviente’ a su propia manifestación orgánica en cualquier periodo de su ciclo vital. De esta forma se evita incurrir en una discriminación entre los vivos, precisamente en función de sus vidas.

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA HUMANA

La jurisprudencia constitucional ofrece dos modelos diferentes de protección de la vida humana anterior al nacimiento, que se pueden ejemplificar aludiendo a los casos de España y de los Estados Unidos. La distinción ha de establecerse en función del reconocimiento o no de la existencia de una vida genuinamente humana, como entidad nueva y autónoma, y con capacidad de de-

1. Tótem: “Objeto de la naturaleza, generalmente un animal, que en la mitología de algunas sociedades se toma como emblema protector de la tribu” (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21ª edición, 1992).

sarrollar su propio programa genético desde el momento de la fecundación, según demuestran los recientes adelantos en la ciencia biomédica. Por dicho reconocimiento, la vida del “nasciturus” se incluye dentro de la garantía constitucional de la vida humana².

El otro elemento significativo de la distinción entre ambos modelos es la admisión por el primero del doble carácter –ver-tiente jurídico-subjetiva y jurídico-objetiva– de los derechos fundamentales, por el que éstos no sólo expresan las libertades del individuo garantizadas frente al Estado, sino que representan además un orden de valores que definen el fin del Estado y sus funciones³. La tutela de la vida humana se puede desdoblar, así, en su

2. El Tribunal Constitucional español parte del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, y declara que “la gestación genera un ‘tertium’ existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”. (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5). No es pacífica en la doctrina la referencia temporal a la que alude el término “gestación”, con el que se alude al momento de la fecundación o, después de transcurridos 14 días, a la implantación estable del óvulo fecundado, momento en el que se produce la anidación. P. J. FEMENÍA, *“Status” jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido “in vitro”*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 223-225. En contraste radical con esta posición, el Tribunal Supremo norteamericano, en su controvertida sentencia “Roe v. Wade” de 1973 sobre el aborto, evita describir el feto, sea como humano, sea como ser vivo. En la “majority opinion”, redactada por el juez Harry A. Blackmun, se dice: “We need not resolve the difficult question when life begins”, aduciendo que ésta es una cuestión en la que existen tantas opiniones cuantas son las religiones, las filosofías y las teorías científicas. Las partes esenciales del texto se pueden encontrar en L. P. POMMAN, y F. J. BECKWITH (eds.), *The Abortion Controversy: A Reader*, Boston, Jones & Bartlett, 1994, pp. 16-32.

3. P. HÄBERLE, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Granada, Comares, 2003 (especialmente cap. 2). En este sentido, el Tribunal Constitucional español, en el FJ 4 de la sentencia citada, ha declarado que “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídico y política”.

reconocimiento como derecho subjetivo fundamental y como valor supremo objetivamente positivizado por la comunidad.

En el régimen de protección de la vida establecido por ambos modelos es decisiva la posición sobre el momento del inicio de la personalidad jurídica en conexión con la titularidad del derecho fundamental a la vida, una cuestión que no puede zanjarse a partir de la atribución de la condición de "persona" en el plano de la ley civil, ya que la función de la Constitución es, precisamente, la de inmunizar los derechos fundamentales frente a la ley⁴.

Según estos supuestos, el TC español establece la exigencia constitucional de tutela de la vida anterior al nacimiento como "valor objetivo", sobre la base del reconocimiento de la existencia de una vida genuinamente humana y de la doble vertiente de los derechos fundamentales que se ha indicado⁵, mientras el mo-

4. En el caso de Estados Unidos, el juez Blackmun aduce en "Roe v. Wade" que: "the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense" y, coherentemente con el texto constitucional, rechaza que el feto sea "persona constitucional" y, por lo tanto, titular del derecho a la vida. Con base a la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el derecho a la vida no puede ser revocado sin un "due process of law", y dicha enmienda comienza con las palabras: "All persons born or naturalized in the United States...", a los que continúa llamando "citizens". Por lo tanto, no incluye en su texto al "nasciturus". Sin embargo, en cuanto el Tribunal, como se acaba de indicar en la nota 2, evita pronunciarse en la sentencia sobre si el no nacido es vida humana o no, no tendría porqué haber abordado esta cuestión para negar la tutela legal de la vida en dicha fase.

5. Esta es la línea argumental seguida en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre el alcance del artículo 15 referido a la vida humana prenatal. En cada uno de ellos se reitera la doctrina inicial sobre la exégesis del dicho precepto. A la STC 116/1999, de 17 de junio, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana hay que añadir la STC 212/1996, de 19 de diciembre, en la que se decide la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de julio de 2004 (caso "Vo contra Francia", Demanda nº

delo americano protege la vida prenatal como un asunto de interés del Estado a partir del momento en que el feto es viable, es decir, capaz de vivir con independencia de la madre en caso de nacimiento prematuro. Se considera que la tutela de la vida a partir de este momento no constituye una limitación grave al derecho de la mujer a decidir continuar o no la gestación, que surge “*ex constitutione*” como parte de la esfera de cuestiones privadas en las que nadie puede intervenir ya que forman parte de su intimidad (“*privacy*”).

LA TUTELA DE LA VIDA COMO VALOR OBJETIVADO

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia objeto de estudio, considera que “la vida del ‘*nasciturus*’, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (...), aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”, y a continuación declara que esta protección “implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de

53924/2000). Romeo Casabona indica que probablemente esta servidumbre –que cada sentencia apoye su línea argumental en las anteriores– sea origen de algunas críticas: “Se censura al TC (...) que no habría aprovechado la oportunidad que le brindaban ambas (las dos sentencias posteriores a la STC 53/1985, de 11 de abril) para revisar y actualizar su doctrina o para construir argumentos más sólidos, y habría asumido una labor meramente de exégesis constitucional (...) sin haber analizado otras implicaciones también constitucionales de tales afirmaciones”. Este autor alude al frecuente uso de los arts. 29 y 30 del CC para defender la personalidad de la vida antenatal. C.M. ROMEO CASABONA, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías”, en *El derecho a la vida*, Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 26-27.

gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales⁶.

No son pocos los motivos que haya podido tener el alto Tribunal para retraerse ante la cuestión de si la falta de reconocimiento legal de personalidad al “nasciturus” —como portador de vida humana— conculca el artículo 15 de la Constitución, y optara por protegerlo como valor o bien jurídico. Es evidente la complejidad de esta vía para determinar el alcance del derecho a la vida pues, como señala Femenía, la atribución de personalidad jurídica al hombre afecta a la totalidad de los contextos en los que se plantea una titularidad de derechos y obligaciones: en el contexto de las relaciones personales y patrimoniales, en la adquisición de los derechos personalísimos, en la atribución de estados civiles, y ello exige que las relaciones que se incorporan al mundo del derecho sean estables y nazcan con un sentido de firmeza que no sin dificultad se pueden atribuir a quien todavía vive en la incertidumbre⁷. A ello se añade la posibilidad de acceder al embrión hu-

6. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5 y 7, *B. J.C.*, cit., pp.532-533.

7. P. J. FEMENÍA, “*Status*” jurídico del embrión humano..., cit., pp. 84 y 92-95. Conviene considerar, sin embargo, que los esfuerzos que se exigirían para resolver esta cuestión que Tribunal esquivo no son menores a los que hace la doctrina civilista para calificar el ‘status’ jurídico del embrión humano. Tanto la categoría jurídica de “persona”, como cualquiera otra creada al servicio de su protección, como la de “no-sujeto de derecho” con la que Pedro Femenía pretende superar la clásica distinción personas-cosas (ibíd., cit., pp. 118-122), remiten al reconocimiento de la dignidad inherente a la vida humana desde la concepción. En este sentido, Andrés Ollero señala que “para que la vida del no nacido no aparezca como un derecho sin titular conocido se la presenta como un valor de obligada protección constitucional. Pero ¿por qué es esa vida la valiosa y no cualquier otra muestra de las diversísimas realidades biológicas? Indudablemente porque se considera al no nacido como un *sujeto* particularmente *valioso*. Intentar convencernos de que esa relevancia jurídica derivaría de las características específicas de un peculiar objeto vivo nos llevaría a rozar lo totémico”. Este autor sostiene que “nuestro ordenamiento civil continúa ofre-

mano fuera del útero materno, con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, que exponen su destino a decisiones humanas que aumentan la indeterminación de la naturaleza.

La consideración de la vida humana en toda su evolución y desarrollo fundamenta la legitimidad de su protección como un bien *jurídico-político*, no porque las acciones lesivas contra ella sean *moralmente* negativas. Esto justifica que la protección de la vida esté en función del límite a partir del cual una lesión se considera nociva para la sociedad. Así, el Tribunal reconoce que el imperativo constitucional de proteger la vida “no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”⁸. Con esta base, el aborto voluntario en los supuestos de grave peligro para la vida o la salud (física o psíquica) de la mujer, de embarazo como consecuencia de violación, o de riesgo de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, se declara conforme a la Constitución, siguiendo un sistema de legalización por “indicaciones”⁹.

Lo relevante, al objeto de esta reflexión, es que a partir de una definición de vida humana¹⁰, la protección que se le otorga a la

ciendo una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico. Con ello mantiene anacrónicamente la prioridad atribuida a determinadas circunstancias en un contexto ya lejano, caracterizado por una situación social y un grado de evolución de los conocimientos científicos hoy absolutamente superados”. Consecuentemente, concluye afirmando la necesidad de replantear constitucionalmente la categoría jurídica de “persona”, A. OLLERO, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 31, 52 y 55-57.

8. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7.

9. Así lo regula el art. 417 bis del antiguo Código Penal, que ha dejado intacto el nuevo Código de 1995 (Disp. Derogatoria Unica. 1.a).

10. La sentencia que estoy comentando dice que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana,

fase prenatal se establece en función de las distintas etapas del crecimiento del “nasciturus”, a las que se vincula una graduación de su intensidad: “dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y, previamente al nacimiento, tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”¹¹. Con base en este planteamiento, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, modificada en sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, introduce la distinción entre los conceptos de “preembrión” y “embrión”, basada en el momento de implantación estable del óvulo fecundado en el útero materno –en torno a los 14 días a partir de la fusión de los gametos–, para asignar una protección

y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el ‘status’ jurídico público y privado del sujeto vital” (FJ 5-a).

11. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5-c, *B. J.C., cit.*, p.532. La intensidad se gradúa en función de la colisión de la vida con otros bienes o derechos que se estiman dignos de protección, lo que en el caso del peligro de muerte de la madre, la prevalencia de ésta frente a la del feto no plantea objeción alguna al aborto voluntario ya que están en juego dos bienes iguales. Así, los recurrentes al proyecto de despenalización del aborto consideran que el supuesto de conflicto entre las vidas de la madre y del hijo no es necesario que se incluya como indicación ya que “cabe dentro de la eximente general del estado de necesidad” (A.1, F.1º, *B. J.C., cit.*, p.523). La encendida controversia que rodea este tema surge cuando se aduce que imponer una pena por una acción objetiva prohibida a quien gesta un hijo deficiente, o a la mujer que ha sido violada conculca el principio de humanidad. A. TORÍO, “Cuestiones jurídicas de la eugenesia hoy”, en Carlos María ROMEO CASABONA (ed.), *La eugenesia hoy*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 1999, p. 261.

jurídica inferior al primero. Hasta este momento de la anidación se considera que el desarrollo embriológico “se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión”¹².

Creo que una consideración cabal de la vida como *presupuesto del ejercicio de los derechos* se resiste al planteamiento elegido por el Tribunal Constitucional español para garantizar su protección como bien jurídico fundamental¹³. Al proporcionar una concepción abstracta de dicho bien —la vida humana—, y concre-

12. Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre (B.O.E., 24 de noviembre), sobre técnicas de reproducción asistida. Con base en la doctrina constitucional, Romeo Casabona señala que “podría irse construyendo un estatuto jurídico específico, tanto para el embrión ‘in vitro’ como para el feto, pero a la vez diferenciado para ambos, pues comportan gradaciones de formas de vida humana también diferentes, y expectativas más remotas o próximas de convertirse en un ser humano ya nacido, con todos los atributos que ontológica, social y jurídicamente se reconocen a éste (...) Estas peculiaridades y diferencias biológicas son objeto de atención y examen por parte del TC, y de ello extrae algunas consecuencias jurídicas, como es la gradación de la intensidad de la protección”. C.M. ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías*, cit., pp. 30-31.

13. Por ello resulta lógica su posición al comienzo de los catálogos de derechos. Véase el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, o el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte, el Tribunal español señala que el derecho a la vida, “constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. 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 como germen o núcleo de unos derechos ‘que le son inherentes’. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el ‘prius’ lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

tar después una protección de intensidad variable en función de la constatación empírica de las distintas fases y manifestaciones orgánicas por las que transcurre el desarrollo temporal del viviente —preembrión, embrión, viabilidad, nacimiento—, se extiende a la protección de la vida la operativa propia para determinar el ámbito de aplicación de los demás derechos y valores constitucionales. En ellos, la determinación abstracta del contenido del derecho o del valor fundamental se concreta según su aplicación en la resolución del objeto de las controversias jurídicas particulares que en relación con ellos se susciten¹⁴. La consideración de la vida excluye este planteamiento ya que, como se dirá a continuación, *proteger la vida exige proteger al viviente en cuanto vive* y, consiguientemente, atribuirle la titularidad del derecho a vivir con independencia de la forma en que dicho vivir se muestra. La opción elegida por el Tribunal Constitucional español ofrece una garantía de la vida humana en función de las distintas manifestaciones orgánicas del vivir y, al esquivar la reformulación del concepto iusprivatista de persona desde la perspectiva constitucional¹⁵, contrariamente a lo que pretende, discrimina a los vivientes precisamente en función de sus vidas.

14. Valga como ejemplo la STC 170/1988, de 8 de junio, en la que, magistralmente, se define el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, en confrontación con el derecho fundamental al honor y a la propia imagen, dando protección máxima al primero en base a su vinculación con el reconocimiento y garantía de la opinión pública, ligada al pluralismo político como valor esencial del Estado democrático, motivo por el cual, dice la sentencia, las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución española están dotadas de una eficacia que trasciende a la propia de los demás derechos fundamentales. (B.O.E., 25 de junio de 1988, ponente: Eugenio Díaz Eimil).

15. No faltan propuestas en este sentido. En su comentario a la tesis de Storch de Gracia, Pedro FEMENÍA dice: "todo ello le lleva a la afirmación de la existencia de dos auténticos estados civiles: el *estado civil de nacido*, cuyo contenido está determinado por todos los derechos y obligaciones de que puede ser titular una persona nacida, y el *estado civil de concebido y no nacido*,

¿LA VIDA COMO ARTEFACTO?

No se exige mucho esfuerzo para percibir la índole del vínculo existente entre vida y viviente, que se rebela ante cualquier intento de abstracción de la vida con carácter previo al vivir, y con ello, la exigencia de extender la garantía constitucional de la vida humana a todos los vivientes de la especie humana con independencia de su manifestación vital¹⁶.

Al proporcionar una definición de vida, como se hace en la interpretación del artículo 15 por el Tribunal Constitucional español, aun reconociendo la dificultad de la tentativa¹⁷, y admitir su protección con intensidad variable según sus distintas manifestaciones orgánicas, se induce a pensar en la vida como una especie de fuerza externa a una porción de materia que la transforma en

cuyo contenido jurídico estaría determinado por la titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales, 'ex' artículos 29 y 30 del Código civil", "*Status*" jurídico del embrión humano, cit., p. 91. La tesis comentada se encuentra en J. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, "Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido", en *La Ley* (1987), pp. 1100 y ss.

16. A mi juicio, no es necesario referirse a la noción de persona para defender la especial dignidad de todos los individuos de la especie humana por el mero hecho de pertenecer a la misma según el criterio de la Biología empírica. Laura PALAZZANI señala que la división existente en la determinación de la noción de persona, a partir de presupuestos no compartidos de diversa extracción teórica, se ha juzgado irreconciliable hasta el punto considerarse un estorbo en el debate sobre la titularidad de los derechos humanos *Person and Human Being in Bioethics and Biolaw*, ejemplar mecanografiado de próxima publicación en David N. WEISSTUB y Guillermo DÍAZ PINTOS (eds.), *Autonomy and Human Rights in Health Care: An International Perspective*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands (previsión 2006).

17. Se reconoce que "la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí". STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5.

algo diferente, cuya característica fundamental consiste en la animación¹⁸.

Este planteamiento, que a primera vista puede parecer aceptable, apela a un factor completamente conjetural que no alcanza a desvelar el estatuto real de la vida. Según el modo en que se formula parece una derivación de la *corriente vitalista* que se desarrolló a principios del siglo pasado como reacción contra el mecanicismo, en el que la vida se concibe como si fuera un volátil posado sobre la materia¹⁹.

Es evidente que la identificación de la vida pasa por la identificación de un organismo –o una “realidad biológica” según la formulación del Tribunal– como la forma de existencia de un ser vivo individual, pero esta identidad orgánica no se basa en una identidad material: “Debido al metabolismo y al continuo intercambio entre el ambiente externo y el interno, la identidad del organismo es diferente de la identidad física: se trata de una identidad ‘sui generis’. Durante su vida un organismo cambia continuamente sus componentes materiales siendo, sin embargo, el mismo. La identidad biológica no se basa en la identidad física, si bien el organis-

18. En la formulación de la vida que hace el Tribunal Constitucional, transcrita en la nota 10, hay una clara distinción entre una supuesta “realidad biológica” –un “sujeto vital”– y la vida como “proceso” o “devenir” de ese trozo de realidad antecedente. En la misma línea se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, a la que se ha hecho referencia anteriormente. Sobre el sucesivo tratamiento de dicha formulación en la jurisprudencia constitucional española A. OLLERO, “Bienes jurídicos o derechos: ilustración *in vitro*, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, I (2000), pp. 259-285; traducido al italiano en *Nuovi Studi politici*, Roma, I (2002), pp. 9-33.

19. El “vitalismo” sostiene que en todas las formas de vida existe un factor intrínseco –evasivo, inestimable y no medible– que activa la vida. Hans DRIESCH, biólogo y filósofo alemán y principal precursor del vitalismo, llamaba a ese misterioso factor causal “entelequia”, que se hacía especialmente evidente en aspectos del desarrollo del organismo como la regulación, regeneración y reproducción. *The Science and Philosophy of the Organism*, Londres, A. & C. Black, 1929.

mo necesita esencialmente de sus componentes materiales (átomos, moléculas). No existe una documentación física de su continua identidad: la identidad orgánica es la *identidad de una forma* (en el tiempo), no de una materia”²⁰. Y ello es así porque la vida está en el control formal de un movimiento. Un movimiento que es *vital* en cuanto se autorregula, y con ello se constituye en la unidad que hace posible identificar el organismo vivo²¹.

Hay que precisar que la unidad del movimiento vital constitutivo del organismo no lo es al modo de una absorción controlada de elementos exteriores a él, pues no hay una instancia vacía ‘a priori’, sino que las funciones vitales del organismo se ejercen en cuanto que éste vive²². La vida se muestra así como organismo *formalizando* las relaciones con lo distinto de ella: su hábitat o medio ambiente en el que el viviente vive.

Consecuentemente, la vida no se agota en su objetivación como organismo, pues el constitutivo esencial suyo es el vivir. Al estar en el movimiento hay una dimensión de la vida que en el nivel de la consideración objetiva no se advierte, y por ello no es un modo correcto de enfocar la vida intentar reducirla a un objeto de especulación²³. Aludiendo al organismo vivo, Hans Jonas señala

20. R. COLOMBO, “Vida: de la Biología a la Ética”, en Angelo SCOLA (ed.), *¿Qué es la vida? La Bioética a debate*, Madrid, Encuentro, 1999, p. 163.

21. Hans JONAS señala que la vida no es un *proceso ciego* que “se agote en una permutación mecánica de elementos indiferentes que, al seguir su curso, va depositando sus resultados causales en forma de especies y junto con ellas, de modo igualmente causal, da origen a las manifestaciones de lo subjetivo que se unen a los resultados físicos al modo de un subproducto tan enigmático como superfluo”. H. JONAS, *El principio vida. Hacia una Biología filosófica*, Madrid, Trotta, 2000, p. 13.

22. En relación con la función nutritiva, por ejemplo, el viviente no lo es porque sea alimentado, sino que se alimenta por ser viviente. La alimentación no es una mera agregación según una ley, sino que la realiza él de forma que solo hay alimento en cuanto se integra en el movimiento del vivo. L. POLO, *Curso de Teoría del Conocimiento*, vol. IV, I parte, Pamplona, Eunsa, 1994, p. 259.

23. “La identidad concreta de un organismo no puede simplemente concebirse a partir de una forma definida abstractamente (un objeto eterno, como

que "su concreta integridad efectiva nos muestra que la materia en el espacio, pese a que por lo general solamente la experimentamos desde fuera, *puede* tener un horizonte interno, y que por ello su ser extenso no es necesariamente todo su ser"²⁴. La prioridad de la forma de la vida desde su interioridad anuncia que *la vida es siempre real*, y que asignarle un tipo de realidad puramente ideal, como es la ficción 'vitalista', resulta insuficiente. Y ello porque el viviente no se reduce a lo que aparece como su mostración orgánica, ya que dicha mostración depende primariamente de que él se mueva, y si no se muestra no puede ser objeto de conocimiento. Hay que concluir que, en atención a su realidad, en ningún caso, la objetivación de la vida se separa o independiza del viviente mismo. La vida no puede ser considerada antes de su ser real, y esto quiere decir que *la vida es siempre un viviente*.

No ocurre igual con el artefacto, cuya realidad depende de un modelo planificado con antelación con respecto al cual es un *caso particular*²⁵. Lo más importante en el artefacto es precisamente lo que tiene de objetivo en el plano de la idea, del que su realidad

las formas geométricas), fijada y realizada de una vez para siempre y después conservada tenazmente durante millones de años como un cristal de diamante. Más bien, durante su vida, el organismo es un continuo agente en acción y su identidad es el resultado de un esfuerzo que se prolonga en el tiempo, la autocreación y el mantenimiento de una integridad particular mediante un continuo rendimiento; la identidad biológica es un atributo dinámico del hecho de ser ese organismo y no otro". R. COLOMBO, *Vida: de la Biología a la Ética*, cit. p. 161.

24. H. JONAS, *El principio vida. Hacia una Biología filosófica*, cit., p. 40. El método analítico, que ha imperado con éxito en el estudio científico del mundo físico, ha dado también frutos abundantes aplicados a la biología molecular, pero presenta limitaciones serias como estrategia básica de investigación sobre los fenómenos vitales. Éstas se han abordado como el "problema de la reducción" de las ciencias de la vida a las ciencias fisicoquímicas. F. J. AYALA y T. DOBZHANSKY (eds.), *Estudios sobre filosofía de la biología*, Barcelona, Ariel, 1983.

25. Por analogía, antes señalé que en la determinación del ámbito de aplicación de los derechos, se sigue este modelo operativo, el cual, como aquí se sostiene, no puede extenderse al derecho fundamental a la vida (vid., nota 14).

empírica es una mera consecuencia²⁶. Por otra parte, justamente porque el viviente no está del todo en su expresión, se puede intentar averiguar algo de él y someterlo a experimentos para ver si ciertas hipótesis son válidas, pero a diferencia de las averiguaciones de la física sobre la materia inerte, el biólogo tiene que asumir la dinámica autónoma del organismo y, con ello, la predictibilidad de sus experimentaciones deja paso a la adivinación, y sus proyectos de investigación no sobrepasan la condición de una apuesta²⁷. A ello se suma que en la investigación biológica el ex-

26. "En la construcción mecánica con materia muerta, la fabricación recorre todo el camino desde la materia prima hasta el producto acabado y lo compone enteramente a partir de piezas independientes. Tanto la estructura del todo como cada una de sus piezas está fabricada a voluntad conforme a los planes; lo único dado es la materia amorfa. Así pues, aquí la planificación y fabricación son totales. La técnica biológica en cambio intenta transformar las estructuras existentes. Su realidad autónoma y morfología siempre completa –los organismos correspondientes– son el dato precedente; su 'plan' (forma, organización) tiene que ser hallado, no inventado, para ser después objeto de 'mejora' inventora en cualquiera de sus encarnaciones individuales. Esto está ligado al margen de juego de un sistema de funciones alternativas interiores ya altamente determinado, bajo la condición de que se mantenga la capacidad para la vida (...) El resultado sólo es en una pequeña parte de su composición un artefacto, mientras principalmente sigue siendo la creación original de la naturaleza". H. JONAS, *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 110-111.

27. "La biología, comparada con la física, no es una ciencia rigurosa, porque no tiene postulados ni hipótesis matemáticas con las que relacionar sus experimentos. De ahí que la investigación biológica acuda a la multiplicación de experimentos. Carece de un repertorio preciso de preguntas (no sabe lo que pregunta) debido a un déficit matemático. Para notar esta diferencia basta comparar el experimento de Michelson (que comprobó que la velocidad de la luz no se suma a otras) o la distribución de energía en el espectro del cuerpo negro (medida por Lummer) con el descubrimiento de la penicilina por Fleming (una feliz casualidad). La física sabe lo que quiere averiguar; los descubrimientos biológicos son, por decirlo así, sorpresas debido al indicado déficit matemático". L. POLO, *Introducción a la Filosofía*, Pamplona, Eunsa, 1995, pp. 131-132. En este sentido, se pronunció el Premio Nobel Sydney Brenner en las Reuniones Internacionales de Biología celebradas en la Fundación Juan March en Madrid:

perimento se convierte siempre en una acción real, pues tiene lugar en el objeto original y auténtico en el más pleno de los sentidos²⁸.

CONCLUSIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL VIVIENTE A SU PROPIO ORGANISMO

Las observaciones anteriores indican que la vida no puede ser considerada antes de su ser real, que es siempre el ser de un viviente, y, cabalmente, su tutela ha de recaer sobre el "ciclo vital" como la forma dinámica de existencia de un organismo²⁹. Si se

"Creo que las ciencias biológicas han entrado en una nueva fase en su desarrollo. Sabemos que tenemos un inmenso poder que nos permite hacer descripciones completas acerca de cualquier cosa del mundo de los seres vivos, podemos obtener la secuencia de los genes de cualquier ser que ande, vuele o nade, pero, por supuesto, no entendemos nada (...) De manera que, a mi entender, el gran problema al que se enfrenta la Biología del siglo XXI es, de hecho, cómo convertir la información en conocimiento; porque conocimiento y comprensión son la misma cosa". "Boletín Fundación Juan March", mayo 2003, p. 36.

28. "Lo que hay entre el comienzo y el fin definitivo del experimento es la vida real de individuos y quizá de poblaciones enteras. Esto aniquila toda distinción entre mero experimento y hecho definitivo. La consoladora separación entre ambos desaparece, y con ello la inocencia del experimento separado". H. JONAS, *Técnica, medicina y ética*, cit., p. 112.

29. "Las características esenciales del ciclo vital del hombre pueden ser resumidas de la siguiente manera: la fertilización da comienzo al ciclo vital iniciando un período de desarrollo llamado embriogénesis en el que las diferentes células, los tejidos y los órganos se forman progresivamente a partir del organismo primordial de una célula (zigoto) mediante un proceso de división y diferenciación. Después del periodo de desarrollo fetal, en el parto se da luz a un neonato, que sigue desarrollándose y creciendo fuera del seno materno. Cuando se alcanza la madurez, a esta fase del ciclo vital sigue la senectud y la muerte. Después de la pubertad, durante el período de la madurez, la mujer y el hombre pueden tomar parte en el proceso reproductor que da comienzo a un nuevo ciclo vital. La vida humana del organismo individual se define dentro de su ciclo vital que es temporalmente limitado, es decir, tiene un principio y un

concentra la protección en el organismo, considerado como bien jurídico en función de las fases de su desarrollo, se desconoce el ser profundo de la vida, que extravasa la categoría de *cosa*, pues su identidad no está clausurada dentro de unos límites fijados de antemano en una disposición legal. Por ello, la garantía constitucional de la vida exige atribuir al viviente la titularidad de un derecho fundamental a su propio organismo para no incurrir en discriminación entre los vivientes en función, precisamente, de una pretendida tutela de sus vidas, si es que la vida se considera, como afirma el Tribunal Constitucional español, parte del “sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”³⁰.

final”. R. COLOMBO, *Vida: de la Biología a la Ética*, cit. p. 161; S.F. GILBERT, *Development Biology*, Sunderland, Sinauer Associates, 2001.

30. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

SENTENCIA 53/1985, DE 11 DE ABRIL

Pleno: García-Pelayo y Alonso, Arozamena Sierra (ponente inicial), Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo, Rubio Llorente, *Begué Cantón* (ponente), Díez-Picazo y Ponce de León, Tomás y Valiente, *Gómez-Ferrer Morant* (ponente), Escudero del Corral, Truyol Serra y Pera Verdaguer.

Fundamentos jurídicos:

3. El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional (...). Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. 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 art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

4. Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. (...) de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano (...).

5. El art. 15 de la Constitución establece que “todos tienen derecho a la vida”. La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas (...). Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.

De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda –aprobada por mayoría– que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas” introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era “técnicamente más correcta” – con la finalidad de incluir al *nasciturus* y de evitar, por otra parte, que con la palabra “persona” se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de

otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término "todos" en la expresión "todos tienen derecho a la vida" no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del *nasciturus* en el término "todos" del art. 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis.

(...)

7 (...).

Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta 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 defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente.

8. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona (...). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos

que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

9 (...).

(...) La cuestión que se suscita es, pues, la de examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del *nasciturus* de la protección penal.

(...).

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

11. Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:

a) El núm. 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*. En este supuesto es de observar que si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a

la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro» para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9.

b) En cuanto a la indicación prevista en el núm. 2 —que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas— basta considerar 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 el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u 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.

Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene 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.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

12. (...) una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del *nasciturus*, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos (...).

(...)

Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el Proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del *nasciturus* exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

Del mismo modo, tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados —la protección de la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto—, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

Por ello, el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo ante-

rior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

(...)

13. Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los núms. 1 y 3 del art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de ésta vulnera el art. 39.3 de la Constitución.

El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

14. Finalmente, los recurrentes alegan que el proyecto no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal origina en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia, (...).

(...)

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

(...)

Fallo:

Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de

los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia.

Voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra.

1. (...) la Sentencia de que discrepo ha concluido a mi entender, con un pronunciamiento que traspasa los límites jurídico funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional.

(...)

2. El constituyente no resolvió –no tomó postura en el art. 15– el problema jurídico-penal del aborto. Es un tema abierto a la disponibilidad del legislador democrático (...).

(...) El análisis del texto del art. 15, de su proceso de creación y de sus conexiones sistemáticas, conducen a la idea de que el tema del aborto (y su tratamiento penal) quedó abierto al legislador (...).

4 (...).

Opino que hubiera sido procedente declarar que el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal es conforme con la Constitución.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo.

a) En la Sentencia de 8 de abril de 1981 (...) decíamos que en “un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que ha de hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos”. Yo sigo profesando la misma idea: Considerar que una ley no es inconstitucional es la conclusión de un juicio jurídico, que no supone –entiéndase bien– hacerse partidario de la ley o solidarizarse con ella.

b) (...) dijimos también (...): “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente dadas de una vez por todas”.

Voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente.

1. Mi opinión defendida a lo largo de la deliberación es que el Proyecto de Ley Orgánica impugnado es en todo conforme con la Constitución. De ahí mi discrepancia con el fallo y con el fundamento jurídico 12 en el que principalmente se basa su declaración de disconformidad con la Constitución (...).

3. Manifiesto también mi acuerdo sin reservas con la idea de que el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida, tesis por mi ya defendida en mi voto particular concurrente en la Sentencia 75/1984 de la Sala Segunda, y que se plasma ahora en la presente Sentencia como resultado de razonamientos no idénticos al mío, pero coincidentes en su conclusión. (...) con cuya afirmación de que el *nasciturus*, aun no siendo titular del derecho a la vida, constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido, también estoy de acuerdo. Cualquier jurista conoce la compatibilidad y la enorme diferencia entre ambos conceptos, pues sólo es titular de derechos quien es persona y el *nasciturus* no es persona.

Así pues, según la Sentencia, no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho fundamental del *nasciturus* a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación (...).

4. Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores. Tal vez por ello no comparto (y aquí comienzan mis discrepancias) las abundantes consideraciones axiológicas incluidas en los fundamentos 3, 4 y 5. (...) no encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana "es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" (fundamento jurídico 3) o "un valor fundamental" (fundamento jurídico 5) o "un valor central" (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

5. Comprendo, aun sin compartirla, la oposición a la no punición del aborto en defensa de un supuesto derecho fundamental del *nasciturus* a la vida. Es esa una línea clásica de razonamiento desde la que se podría llegar, con innegable coherencia interna, a un fallo de inconstitucionalidad en determinadas

regulaciones de despenalización o de legalización del aborto. Abandonado, sin embargo, en la Sentencia ese posible punto de partida, se entra en su fundamento 12 en un planteamiento insólito en países con Constituciones y Códigos Penales como los nuestros (...).

6 (...).

a) El juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o de perfectibilidad. El Tribunal Constitucional puede y debe decir en qué se opone a la Constitución un determinado texto normativo, y, en consecuencia, por qué es inconstitucional. Lo que no puede es formular juicios de calidad.

b) La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo.

(...)

g) Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora *ad casum*, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial. Por eso, y contra eso, expreso mi profunda y preocupada discrepancia.

Voto particular de los Magistrados don Angel Latorre Segura y don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

2. (...) el TC no se limita a pronunciarse en el fallo sobre la constitucionalidad de los diversos extremos del proyecto de Ley impugnado, sino que, por remisión en el mismo fallo al fundamento jurídico 12 de la Sentencia, indica al legislador lo que debe de hacer.

Estas previsiones suponen, a nuestro juicio, que el TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad (...).

4. Refiriéndonos a determinados aspectos concretos de la Sentencia hemos de mostrar nuestra conformidad con algunas de sus afirmaciones. Entre ellas que el feto no es titular del derecho fundamental a la vida, lo que no excluye que exista un deber del Estado de proteger la vida humana en las diversas fases de su evolución, incluida la intrauterina. No creemos, en cambio, que esta protección tenga que revestir forma penal en todos los casos (...).

5. (...) Las normas despenalizadoras no contienen habitualmente, ni se ve por qué razón sea constitucionalmente exigible, que contengan garantías de la verificación de los supuestos de hecho. En caso de que éstos se invoquen frau-

dulentemente, o en su verificación el encargado de hacerlo (en este caso el Médico) incurra en negligencia punible, actuarán los Tribunales de Justicia, que son los órganos competentes para ello (...).

7. Resumiendo lo expuesto concluimos reiterando nuestra disconformidad con la Sentencia, fundamentalmente por dos razones: porque invade competencias del Poder Legislativo y porque opinamos que el TC debió declarar la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada por los recurrentes respecto al proyecto de Ley impugnado.

Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente.

He votado en contra de la presente Sentencia y sostuve con mi voto, junto con otros cinco Magistrados, la ponencia que fue objeto de deliberación en primer término. En ella se declaraba conforme con la Constitución el Proyecto de Ley objeto del recurso, y ésta es, en mi opinión, la conclusión necesaria del razonamiento jurídico en el caso sometido a nuestra consideración.

Las razones de mi disenso pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales. (...) El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. En la fundamentación de la presente Sentencia falta ese razonamiento riguroso y es esa falta de rigor la que conduce a la, a mi juicio, errada decisión.

No opera este razonamiento, en efecto, con las categorías propias del Derecho (en primer lugar, y naturalmente, con el concepto mismo del derecho subjetivo), sino con las de la ética (...).

(...) El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitu-

cional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone (...).

Pese a lo dicho, lo cierto es que todas las consideraciones que anteceden sobre los once primeros fundamentos de la Sentencia podrían excusarse (...) en cuanto que no conducen al fallo (...). La fundamentación real de la decisión real, es decir, de la declaración de inconstitucionalidad, se concentra en un único fundamento, el 12 (...). (...) lo que el Tribunal hace aquí es examinar si los supuestos de no punición aparecen descritos en términos tales que sólo puedan escapar al castigo aquellos que efectivamente se encuentren en ellos; entiende que no es así y, por tanto, declara la inconstitucionalidad. (...) se pasa así del control de constitucionalidad al control de la perfección técnica de la Ley y de que, en segundo término, se opera con ello una irónica inversión del principio de legalidad penal, que de ser garantía de la libertad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo (...).

(...) Si no se acepta la necesidad constitucional del control preventivo, y ciertamente no puede aceptarse, no hay razón alguna, sin embargo, para subordinar a ellas el ejercicio de la libertad y, en consecuencia, tampoco para que este Tribunal las imponga al legislador, pues sólo a éste corresponde decidir, con entera libertad, sobre el contenido de las Leyes, dentro de los límites que la Constitución establece, como garantía de la libertad de los individuos. Al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad en la omisión en el proyecto de estos requisitos o condiciones (o cualesquiera otros equivalentes) que no son constitucionalmente necesarios, el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa y esta imposición, que no encuentra naturalmente base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitraria.