

VIII.

«Todos tienen derecho a la vida» ¿Hacia un concepto constitucional de persona?

A. Ollero

«El término “derechos humanos” habla de una exigencia de síntesis entre moral y derecho. El sustantivo “derecho” expresa la idea de que los derechos humanos se sitúan entre las exigencias éticas y los derechos positivos mediante una pretensión de necesidad de incorporación al ordenamiento jurídico concreto».

J.M. ROJO SANZ, *Los derechos morales en el pensamiento angloamericano.*^(*)

El alcance del derecho a la vida se sometió a examen del Tribunal Constitucional español, al cabo de tres años, con ocasión de diversos conflictos relativos al aborto. En primer lugar, el conocido como caso del «Aborto en Londres», que había llevado al Tribunal Supremo a condenar lo

(*). *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1988-1989 (5), p. 232.

que consideró delito cometido contra un español en el extranjero¹. Más tarde, el recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el originario proyecto socialista de despenalización del aborto en determinados supuestos, cuando había sido aprobado ya por el Parlamento². Por último, el conocido como caso de las «Abortistas de Bilbao», que había dado al Tribunal Supremo ocasión de pronunciarse sobre el posible juego del «estado de necesidad» en estos supuestos³.

Sentada una doctrina inicial en estas tres sentencias, de diverso alcance y dictadas a lo largo de un año, habrá que esperar —como veremos— un lustro para que el Tribunal Constitucional vuelva a pronunciarse sobre el particular, con ocasión de problemas bien distintos. Lo que se debatirá entonces será la posible existencia de un derecho a la muerte, fundado en el libre e incondicionado dominio sobre la vida propia. De su posible aceptación o rechazo no dejarían, sin embargo, de derivarse —siquiera indirectamente— consecuencias sobre la posible existencia de un derecho a causar la muerte ajena, fundado en esa misma capacidad de autodeterminación.

1. Fallo que sería anulado por la STC 75/1984, de 27 de junio, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (en adelante *BJC*) 1984 (39), pp. 959-967.

2. Fallado por la STC 53/1985 de 11 de abril, *BJC*, 1985 (49) pp. 515-542.

3. Examinado por la STC 70/1985 de 31 de mayo, *BJC*, 1985 (50) pp. 697-703.

1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA DEL NO NACIDO

Una primera cuestión, clásica en las polémicas sobre el aborto, parece resuelta sin particulares discrepancias. En efecto, «no es posible resolver constitucionalmente» estos problemas «sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto»⁴ de nuestra norma suprema. Sólo ello permitiría, por ejemplo, resolver desde cuándo merecería protección jurídica el no nacido, extremo sobre el que ya se había pronunciado, entre otras, la jurisprudencia constitucional alemana⁵.

4. STC 53/1985 de 11 de abril, F.5, *BJC*, 1985 (49) p. 532.

5. Los recurrentes contra el proyecto despenalizador aluden a «la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de febrero de 1975, en el cual se admite que el derecho a la vida proclamado en el art. 2.º de la Ley Fundamental de Bonn se extiende a la vida del embrión, en tanto que “interés jurídico independiente”, añadiéndose que, según los conocimientos biológicos y fisiológicos establecidos, la vida humana existe al menos desde el décimocuarto día siguiente a la concepción», STC 53/1985 de 11 abril, A.1,C), *BJC*, 1985 (49) p. 522. Como podrá verse más abajo, en este plazo de dos semanas, en que suele producirse la anidación, no se aporta biológicamente novedad alguna; se ha utilizado jurídicamente, sin embargo, para fijar una artificial frontera entre el embrión (biológicamente, la forma más joven de un ser individuado) y un supuesto pre-embrión, buscando así facilitar vía libre a procedimientos de fecundación in vitro.

Para el Tribunal español, la vida se presenta como un proceso «continuo», sometido a «cambios cualitativos», que influirán «en el status jurídico público y privado del sujeto vital»⁶. Se descarta, pues, que el no nacido sea sólo una parte del cuerpo de una mujer, que podría indiscutiblemente disponer en consecuencia de él con toda libertad; se reconoce, por el contrario, que «la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta»⁷.

Menos preciso parece el alcance de otras alusiones. Así cuando —tras reconocerse inequívocamente que «la vida es una realidad desde el inicio de la gestación»— se resalta la relevancia del nacimiento, como «paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad». Se alude implícitamente a la frontera actualmente establecida para el reconocimiento jurídico-civil de la *personalidad*, sin llegar a sugerir que ese contacto con la sociedad pueda ser considerado relevante a la hora de calibrar el grado (¿cabe tal graduación?) de *humanidad* de esa vida indiscutiblemente existente.

Aún más enigmática resulta la referencia al «momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre,

6. STC 53/1985 de 11 de abril, F.5,a), *BJC*, 1985 (49) p. 532.

7. STC 53/1985 de 11 de abril, F.5,b), *BJC*, 1985 (49) p. 532.

esto es de adquirir plena individualidad humana»⁸. La *individuación* ha acontecido, desde el punto de vista biológico, muy poco después de la fecundación, al producirse una segunda división que da paso a tres células, antes de continuar duplicándose sucesivamente. Suele atribuirse relevancia práctica al momento de la anidación, en la medida en que permite constatar que la posibilidad de un desarrollo plural del fruto de la gestación, que nos situaría ante individuos diversos, puede darse por descartada. La alusión a una *vida independiente* suscita, sin embargo, la duda de si se refiere a la ya apuntada temprana diversidad genética respecto a la madre o, más bien, al momento muy posterior —de relevancia práctica no precisada— en que el feto ha alcanzado una previsible viabilidad, de precipitarse su nacimiento.

Se observa en la argumentación del Tribunal —pese a sus dificultades para compaginar las poco disimulables discrepancias existentes en su seno— un loable afán de rigor. No siempre la polémica sobre el derecho a la vida —de modo proverbial en lo relativo al aborto, pero también cuando ahora arranca el debate en torno a la eutanasia— circula por derroteros exquisitamente racionales. Baste recordar escarceos científicamente insostenibles, como los intentos de cuestionar el momento en que comienza de modo efectivo la

8. STC 53/1985 de 11 de abril, F.5,c), *BJC*, 1985 (49) p. 532.

vida⁹ o las propuestas para llegar a establecer alguna frontera posterior, a partir de la cual la vida merecería ser al fin considerada «humana», como si el continuado proceso de gestación permitiera constatar saltos substanciales.

La postura de los votos discrepantes resulta poco detallada, sin que pueda siquiera en algunos casos¹⁰ justificarse por la restrictiva relevancia

9. Así afirmaciones del tipo de: «quienes se oponen a la despenalización del aborto lo hacen arguyendo a la vida, lo que reconduce al problema de si el feto tiene o no vida»(?); o intentos de patentar un concepto «biológico» de persona —«es evidente que el “nasciturus” no es, ni desde el punto de vista biológico ni, desde luego jurídico, una persona»— rubricados luego con esta rotunda apostilla: «es evidente de toda evidencia que el “nasciturus” no es ni puede ser sujeto de los derechos que la Constitución reconoce a “todos”», *El régimen constitucional español* de J. ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, luego magistrado constitucional, aunque la responsabilidad de estas afirmaciones corresponde a su colaborador J. GARCÍA MORRILLO; Barcelona, Labor, 1980, vol. 1, p. 142.

10. Quizá exigía justificación más explícita la tenaz insistencia de F. TOMÁS Y VALIENTE en «la muy dudosa constitucionalidad del artículo 411 del Código Penal» —en sus votos particulares a la STC 75/1984 de 27 de junio, *BJC*, 1984 (39), p. 966— y a la STC 53/1985 de 11 de abril, 5.º, *BJC*, 1985 (49) p. 539. Se anima, al fin, a desvelarla posteriormente, al afirmar que «el Tribunal no sólo puede, sino que debe declarar la inconstitucionalidad del 411 del Código Penal», porque su texto «no tiene en cuenta la existencia de aquellos derechos de la mujer embarazada derivados de los artículos 15 y 10 CE» —voto particular a la STC 70/1985 de 31 de mayo, 2, *BJC*, 1985 (50) p. 703— aunque no llega a mostrar-

«negativa» que suele atribuirse a la jurisprudencia constitucional. La sentencia, por el contrario, parece más dispuesta a afrontar el debate, renunciando a camuflar el conflicto ético-jurídico básico: la contraposición entre la vida del no nacido y la posible capacidad de la madre para disponer incondicionadamente sobre ella, en la medida en que afecte a su propia libertad.

2. CÓMO DEFENDER JURÍDICAMENTE A QUIEN NO TIENE DERECHO A ELLO

Descartada por el Tribunal —al menos tácitamente— la inexistencia de vida humana antes del nacimiento, el debate girará en torno a dos cuestiones: si el no nacido ha de ser considerado como persona y en qué medida *personalidad jurídica* y *titularidad de derechos* resultan inseparables.

Se perfilaban tres posibles soluciones: 1) el no nacido es persona y, por ello, titular de derechos constitucionalmente protegidos; 2) el no nacido no es persona ni titular de derechos, lo que le priva de toda protección constitucional; 3) el no nacido, aun no siendo persona, es titular de derechos constitucionalmente protegidos.

El caso del «Aborto en Londres» brinda ya oportunidad para abordar la cuestión, al fundar el

se partidario de atribuirles en todos los casos carácter preferente.

Tribunal Supremo su fallo en el aserto de que «el feto ha de ser considerado español», lo que suponía reconocerle (contara o no con personalidad jurídico-civil) como titular de derechos¹¹.

Como es bien sabido, el debate constituyente había prestado especial atención al problema. El Tribunal Constitucional no deja de admitir, en primer lugar, que el ya clásico criterio hermenéutico «histórico» cobra en este caso particular relevancia, ya que la «cercanía en el tiempo» —menos de siete años...— del aludido debate «justifica su utilización como criterio interpretativo».

Constata, en segundo lugar, la dimensión teleológica de la enmienda —aprobada en su día— «que proponía utilizar el término “todos” en sustitución de la expresión “todas las personas”¹²» —como sujeto del derecho a la vida— «con la fi-

11. El Tribunal Constitucional muestra un tácito despego ante tal planteamiento, aunque es en el voto particular del magistrado F. TOMÁS Y VALIENTE donde la discrepancia se marca drásticamente: el no nacido no es persona, sino mera «spes hominis», y «quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos», STC 75/1984 de 27 de junio, F.6 y voto particular citado, *BJC*, 1984 (39) pp. 965 y 966.

12. El Tribunal se confunde. La expresión introducida por el Informe de la Ponencia fue, en realidad, «La persona tiene derecho a la vida», partiendo de la enmienda n.º 467 presentada por R. MORODO LEONCIO como portavoz del grupo Parlamentario Mixto, que se refería a «El derecho de la persona a la vida» como «inviolable», *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1989 (2.ª edición) vol. I, pp. 319 y 603.

nalidad de incluir al “nasciturus”», reconociendo que «constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus».

Concluye, en fin, salomónicamente (quizá en el sentido menos metafórico de la expresión...) que «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 de derecho fundamental»¹³.

Se opta, pues, —con un inevitable aire de reformulación retroactiva— por una cuarta solución aparentemente imprevista: sin pronunciarse expresamente sobre si el no nacido es o no persona, se combinan de modo imprevisto la segunda y tercera hipótesis: no es titular de derechos, pero goza —a pesar de ello— de protección constitucional. En el transcurso flota un drástico pasaje —no se sabe si muy meditado— del debate constituyente: «desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema

13. STC 53/1985 de 11 de abril, F.5, *BJC*, 1985 (49), pp. 532-533. Se rechaza así la interpretación de que «“todos” equivale a “todas las personas”», que había defendido el magistrado F. TOMÁS Y VALIENTE en su voto particular a la anterior STC 75/1984 de 27 de junio, *BJC*, 1984 (39) p. 960. Sobre los primeros comentarios en torno al alcance del texto constitucional cfr. el trabajo de J.A. GARCÍA GONZÁLEZ anterior a cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional, «Constitución, vida y aborto, su formulación progresiva en el Estado Social y Democrático de Derecho» en *Revista de Estudios Políticos*, 38 (1984), pp. 239-259, en especial 240-243.

de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, “todos” permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la “persona” impide una ley de aborto»¹⁴.

La verdad es que —al margen del juego que los términos en liza pudieran ofrecer en abstracto¹⁵— tras la deliberada eliminación de toda re-

14. Intervención del ponente socialista G. PECES-BARBA MARTÍNEZ ante el Pleno del Congreso en la sesión del 6 de julio de 1978 en *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios* (cit. en nota 12), vol. II, p. 2038. Desde planteamientos indisimuladamente favorables a la protección de la vida del no nacido, se pronosticó bien pronto de modo más sereno, con el apoyo del derecho constitucional comparado, que la inclusión de la palabra «todos» «no tiene, desde la perspectiva de una interpretación puramente literalista del precepto, el efecto de resolver definitivamente el problema interpretativo en cuestión», aunque se adelanta que, sea o no el «nasciturus» titular de derechos fundamentales, «de este precepto constitucional se deduce una norma objetiva, que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate a los “nascituri”», O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones el Foro, 1978, p. 185.

15. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, antes de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, considera que «ni la presencia del término “todos” en el artículo 15 supone la prohibición absoluta de la despenalización del aborto, ni la introducción de la palabra “persona” hubiera significado necesariamente plena libertad para tal despenalización», «Derecho a la vida», en *Comentarios a las Leyes Políticas* (ed. por O. ALZAGA VILLAAMIL), Madrid, EDERSA, 1984, vol. II, p. 302.

ferencia a la personalidad jurídica, para evitar indisimuladamente que su posible interpretación jurídico-civil pudiera perjudicar al *nasciturus*¹⁶, la consolidación del «todos» parecía garantizar otra interpretación, mucho más favorable para él: admitir que el ser humano es titular de derechos antes incluso de ser reconocido a efectos civiles como persona. Ello implicaba replantear el concepto mismo de persona —inseparable de la titularidad de derechos—, y dejar de respetar celosamente la ancestral frontera cronológica que el Código Civil le señala como punto de partida. Tendremos que volver sobre ello...

3. OBJETOS CON VALOR Y SUJETOS SIN DERECHO

El precedente alemán seguirá gravitando a la hora de garantizar protección constitucional a quien no se le reconoce la titularidad de derechos. Ello exige retrotraer el problema a un nivel aparentemente pre-jurídico al que, paradójicamente, se acabará reconociendo relevancia jurídica. Se

16. Así lo reconoce el propio Tribunal, al considerar que el término «todos» se propuso «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», STC 53/1985 de 11 de abril, F.5, *BJC*, 1985 (49) p. 533.

da paso, en efecto, a una doble afirmación: los derechos fundamentales aparecen como «la expresión jurídica de un sistema de valores»; en consecuencia, «la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado». Éste tendría «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»¹⁷.

La polémica se desbordará, en los votos particulares a la sentencia, por la vía que nos parece menos acertada: la presunta existencia de derechos no fundados en valores. A nuestro modo de ver, el auténtico enigma radicaría, por el contrario, en la obligada existencia alternativa de una de estas curiosas figuras: o existen *valores* que siendo *pre-jurídicos exigen protección jurídica*, o lo que existen son *derechos* (eso serían a fuer de expresar «jurídicamente» valores...) *sin titular*. El Tribunal opta por lo segundo, ya que es la de estos inconfesados derechos (y no la de los valores) la vigencia a garantizar por el Estado y la efectividad a la que primariamente debería contribuir.

Si antes era el concepto de persona el que se veía condenado a lo indescifrable —por haberse renunciado a abordar su dimensión constitucio-

17. STC 53/1985 de 11 de abril, F.4, *BJC*, 1985 (49) p. 532.

nal—, ahora es el concepto de derecho subjetivo el que —privado del asiento en algún sujeto conocido— se convierte en alma en pena. Por otra parte, la opción alternativa (existencia de valores pre-jurídicos, pero de obligada protección jurídica) iría más allá, al situar en lo *enigmático* no ya al derecho subjetivo sino al *concepto de derecho* en toda su amplitud.

Las reticencias, sin embargo, surgen sintomáticamente ante el emparentamiento de derechos y valores, en el que se adivinaba el riesgo de «peligrosas jerarquizaciones axiológicas»¹⁸. Se sugiere, incluso, que ello llevaría a razonar no «con las categorías propias del derecho (en primer lugar, y naturalmente, con el concepto mismo del derecho subjetivo) sino con las de la ética»¹⁹.

18. Por parte del magistrado F. TOMÁS Y VALIENTE, tras confesar: «nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores». No encuentra «fundamento jurídico constitucional» para afirmar que la vida humana «es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional», quizá por no admitir otros valores con relevancia jurídica que los expresamente aludidos como tales por el texto de la Constitución. A la vez reafirma «que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho». Todo ello en el punto 4.º de su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de abril, *BJC*, 1985 (49) p. 538.

19. Sí serían, por el contrario, «derechos fundamentales que efectivamente están implicados en este difícil tema» los relativos «al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, a la integridad física y moral —art. 15—, a la libertad de ideas y creencias —art. 16—, a la intimidad personal y familiar —art. 18—», según el magistrado F. RUBIO LLORENTE, en su

Que el *derecho* enraiza en un *sistema de valores* nos parece tan poco dudoso como que su operatividad práctica tiene más que ver con juicios de valor que con presuntos resortes técnicos. Pretender que la propuesta de una interpretación restrictiva del artículo 1.1 de la Constitución —capaz de negar a la vida humana, nacida o no, el carácter de valor superior del ordenamiento— es un mero razonamiento técnico, ajeno a juicios de valor, invita al escepticismo. Casi tanto como atribuir similar alcance meramente técnico a la exclusión de la vida del no nacido a la hora de repasar los derechos fundamentales efectivamente implicados en la sanción penal del aborto, para incluir otros de inequívoco transfondo individualista.

Sin duda, no todo valor ético exige una protección jurídica, pero no es menos cierto que la *delimitación de la frontera de lo jurídicamente exigible* es siempre resultado de un *juicio de valor*. Difícilmente podrá fijarla taxativamente el texto normativo, ya que la interpretación de su letra (su lectura) resulta imposible sin que se reabra inevitablemente el proceso de valoración ética.

El error radica más bien, a nuestro juicio, en el intento de refugiarse en los valores para poder —obviando consecuencias inhumanas— desvincular *protección jurídica y personalidad*. 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 totemico²⁰.

Lo que está en juego es nada menos que la vigencia de un imperativo categórico, que se ha convertido en resumen del legado ético de la Modernidad: el rechazo de que un sujeto humano puede ser tratado como un objeto. El problema real —que la sentencia no se atreve a abordar— es si se está dispuesto a regatear carácter humano a un ser a quien la biología se lo reconoce²¹, asu-

20. No se supera tal estadio cuando se considera que «la vida humana en formación es sentida en la comunidad como un valor positivo a cuya destrucción se opone resistencia», lo que la convertiría en un bien jurídico, pero de la comunidad, por lo que no cabría atribuir su titularidad ni al *nasciturus* ni a la madre, L. ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución» en *La despenalización del aborto* (ed. por S. MIR), Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma, 1983, pp. 55-82, especialmente 70-71 y 73. Queda la duda de qué habrá llevado a la comunidad a encariñarse de modo tan profundo como irracional con tal objeto.

21. G. RODRÍGUEZ MOURULLO se muestra rotundo al respecto; el concepto constitucional de vida equivale a «ser humano vivo» y «se determina conforme a criterios científi-

miendo la carga de establecer una distinta frontera de «humanidad». Querer rendir al no nacido honores de sujeto, sin reconocerle a la vez la condición jurídico-constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un objeto tan valioso como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto.

Los valores no sirven como *coartada para des-personalizar los derechos*. Éstos surgen vinculados a sujetos humanos. La progresión expansiva de la obligada protección de los sujetos fue tal que llevó a reconocer ficticiamente —por resultar beneficioso para su libre despliegue— personalidad jurídica incluso a conjuntos que incluían realidades materiales. Surgen así «personas jurídicas» que no son sujetos humanos, precisamente por el decidido propósito de facilitar a éstos el logro de sus fines. Todo ello hace más llamativo el afán de mantener la posible existencia de sujetos humanos que no sean personas.

Esa tensión progresista, que dilatava el ámbito de atribución de la personalidad, se aplicó posteriormente al logro de una efectiva igualdad de derechos entre los nacidos, descartando discriminaciones por razón de sexo, color o incluso credo religioso. La abolición de la esclavitud constituyó un hito en la historia de la humanidad,

co-naturalísticos», por lo que «la existencia o inexistencia de vida no se puede hacer depender de valoraciones sociales», aunque éstas puedan condicionar fases con diversa protección, «Derecho a la vida» (cit. en nota 15), p. 300.

precisamente porque parecía poner fin a la posibilidad de que un sujeto fuera tratado como un objeto, una persona como una cosa²². La persistencia soterrada de la tortura y la abierta apología del aborto continúan marcando hoy un contrapunto de indiscutible frustración en este positivo proceso.

Cuando se pretende consolidar el conformismo ante la supuesta existencia de *seres humanos que no son personas* se nos sitúa, pues, en una dinámica de retroceso reaccionario. Se sacrifica al hombre a categorías jurídicas originariamente concebidas para su defensa, condenándolo a acabar siendo tratado como una cosa. La misma era que se ufana de haber logrado el universal reconocimiento de que todos los nacidos son iguales en derechos, contempla impasible la más drástica discriminación de los no nacidos, a los que se niega incluso la mera titularidad de cualquiera de ellos.

Es este debate valorativo, y no el manejo de asépticas categorías técnicas, el auténtico trasfondo del problema planteado. Pero, si se admite la relevancia ética de toda opción jurídica, resulta ahora obligado preguntarse quién será competente para asumir el inevitable juicio de valor. En

22. Sobre el rechazo por parte del Consejo de Estado francés de la posibilidad de que el embrión sea tratado como una cosa, cfr. A. SERIAUX, «Entre justice et droits de l'homme: la condition juridique de l'embryon humain», en *Persona y Derecho* 23 (Pamplona, 1990) pp. 68 y 73.

este contexto, la relativización que el Tribunal Constitucional suscribe de los antecedentes parlamentarios —tan cercanos...— del artículo 15, descubre todo su alcance.

El Tribunal, como hemos visto, no muestra dudas a la hora de decantar el «sentido objetivo» del texto definitivamente aprobado. Los constituyentes sabían lo que pretendían al establecer que «todos tienen» (son, por tanto, sus titulares...) derecho a la vida; temían que la expresión sustitutiva —«la persona»— se prestara a una interpretación jurídico-civil capaz de marginar a los no nacidos. Este recelo les llevó, sin embargo, a no abordar la solución radical: articular con detalle la conexión que, en el plano constitucional, habría que entender existente entre personalidad jurídica y titularidad de derechos; omisión que acabaría cobrando notable relevancia²³. Al Tribunal competía, en ta-

23. Algunos bienintencionados intentos no andaron sobrados de rigor técnico. El diputado de UCD, E. ALÉS PÉREZ, presentó la enmienda n.º 776, proponiendo para el artículo 15.1 un texto del siguiente tenor: «Todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física; en consecuencia se declara abolida la pena de muerte y anticonstitucional cualquier disposición, sea del rango que fuere, que atente contra la vida y la integridad física de la persona humana y del nasciturus». La motivación, tras aludir a la probada ineficacia intimidatoria de la pena de muerte, proponía «adecuar a esta materia nuestra Constitución y nuestra Legislación Penal a los principios morales, filosóficos y sociales impuestos por el Mandato Divino y la Ley Natural»... Rechazada por el Informe de la Ponencia, no fue mantenida para su debate en Comisión, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*

les circunstancias, explicitar tal conexión, respetando fielmente la actitud valorativa de los constituyentes —sobre la que no expresa duda alguna— y haciéndola respetar por quienes desarrollaran por vía legislativa o judicial tal precepto.

4. «BIEN JURÍDICO»: LA VOLUNTARIOSAMENTE PROTECCION DE UN OBJETO HUMANO

Se pretende, pues, garantizar el derecho a la vida a todos, incluidos los no nacidos; aunque a éstos se les regatea a la vez la condición de sujetos (titulares) de tal derecho. Habrían de beneficiarse de dicha garantía amparándose en un valor del que tal derecho sería expresión; pero el valor, a su vez, sólo aparece como tal por su conexión con un sujeto tan valioso que convierte a su vida en un objeto de dignidad superior a la de cualquier otra objetiva realidad biológica.

Para evitar reconocer tan indispensable presupuesto, se opta por proteger al *no nacido*

(cit. en nota 12), vol. I, pp. 480 y 514. Más tarde el senador de UCD, C. CALATAYUD MALDONADO, presentaría la enmienda n.º 831, en la que proponía encabezar el entonces artículo 14 con la expresión «Todos los seres humanos tienen derecho a la vida...», con la siguiente justificación: «precisar el sujeto del que se predica el derecho. Eliminar una discriminación de los españoles ante la Ley». En los debates posteriores no queda rastro alguno de su posible defensa, *ibídem*, vol. III, p. 3015; cfr. también pp. 3386 y ss. y vol. IV, p. 4416.

—negándole condición de sujeto— en su calidad de *valioso objeto*. Al no reconocérsele la condición jurídica de persona, habrá que tratarlo como cosa jurídicamente protegida, o sea —para evitar términos menos dignos— como «bien»... El Tribunal constata que «en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del “nasciturus” es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental»²⁴.

En apariencia el problema ha sido hábilmente resuelto, pero no deja de resultar sintomático que desde las dos bases argumentales enfrentadas en el debate se planteen notables dudas al respecto. Acostumbrados a distinguir entre *sujetos y objetos*, ¿cabe entender como sinónimos o equivalentes a *bienes y derechos*?

No falta un magistrado discrepante que apunte que «cualquier jurista conoce la compatibilidad y la enorme diferencia entre ambos conceptos»²⁵; la vida del no nacido merecería menor

24. Tras negar que «los argumentos aducidos por los recurrentes» permitan fundamentar que le corresponda la titularidad del derecho a la vida, STC 53/1985 de 11 abril, F.7, *BJC*, 1985 (49) p. 533. Incluso para la, muy diversa, parte recurrente que da pie a la posterior STC 70/1985 de 31 de mayo «no es discutible que la vida intrauterina es un bien que constitucionalmente merece protección», F.5, *BJC*, 1985 (50) p. 701.

25. F. TOMÁS Y VALIENTE en su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de abril, número 3.º, *BJC*, 1985 (49) p. 538,

protección que un derecho con el que entrara en conflicto, porque un bien jurídico tendría siempre una relevancia práctica inferior a la de cualquier derecho. No parece tampoco muy diversa la actitud de los recurrentes cuyas pretensiones se rechazan; también a ellos un bien les parece menos que un derecho, por lo que «la vida, existente desde la concepción, es algo más que un bien jurídico»²⁶. Por una vez hay acuerdo: un bien parece reducido equipaje para abrigar a una realidad tan valiosa como para merecer protección jurídica.

El Tribunal acabará suscribiendo una postura tácitamente diversa de la de ambas partes: entre ambas categorías no habría *a priori* diferencia de rango; caso por caso, «el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado»²⁷. El buen deseo resulta encomiable, pero las consecuencias prácticas invitan al escepticismo. Por mucha relevancia que se conceda a los bienes, a la hora del conflicto el «otro» ha desaparecido; los *derechos de un sujeto* se verán *contrapuestos a un objeto* —todo lo valioso que se quiera—, o a una cosa —por muchas vueltas que se le dé, no se la tratará

«pues sólo es titular de derechos quien es persona y el “nasciturus” no es persona».

26. STC 53/1985 de 11 de abril, A.1,F), 1.º, *BJC*, 1985 (49) p. 523.

27. STC 53/1985 de 11 de abril, F.9, *BJC*, 1985 (49) p. 534.

nunca como a una persona...— que fácilmente acabará llevando las de perder.

Llegamos así al núcleo central de uno de los más polémicos fallos de nuestro Tribunal Constitucional. El ponente designado terminará firmando un voto particular, tras solicitar al Presidente —cuyo voto de calidad acaba decidiendo el parecer mayoritario— que le dispense de redactar la sentencia²⁸. No es difícil, por otra parte, barruntar que los seis votos que configuran la mayoría aúnan dos posturas diversas: una más inclinada a reducir al mínimo toda posible excepción a la hora de proteger la vida del no nacido y otra más proclive a admitir un juego ponderador, sin límites definidos, al entrar en conflicto con otros bienes o derechos.

Los recurrentes entendían que la inclusión del término «todos» durante el debate constitucional perseguía, en efecto, la protección incondicionada de la vida del no nacido. Así se había afirmado desde el Gobierno, por otra parte, al abordar ante la opinión pública las cuestiones de mayor impacto conflictivo en las decisivas vísperas del referendo popular al texto constitucional: el aborto parecía quedar en todo caso excluido, mientras que la vía libre al divorcio —otro gran debate social del momento— dependería de la mayoría parlamentaria que respaldara al Gobierno de turno. No es,

28. Se trataba del magistrado J. AROZAMENA SIERRA, STC 53/1985 de 11 de abril, A.7, *BJC*, 1985 (49) p. 531.

pues, extraño que insistan en que la vida del no nacido «es un valor absoluto que no puede ser objeto de limitación», por lo que «debe ceder aquel de los derechos que sea limitable»²⁹.

La sentencia establece, por el contrario, que la protección de la vida del no nacido, como la de «todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones»³⁰, lo que deja entrever una obligada cesión de los magistrados más decididamente defensores de la vida, para lograr reunir al menos la mitad de los votos (incluido el cualificado del presidente), evitando un fallo menos favorable.

El Tribunal no deja de añadir una afirmación destinada a cobrar relevancia ante cualquier futuro intento de dar paso a una despenalización indiscri-

29. «El objetivo específico que se proponía la enmienda solicitando la introducción del término “todos” era que con él se entendieran incluidos los no nacidos, quedando así protegidos por el derecho fundamental a la vida y quedando vedada al legislador ordinario la posibilidad de despenalizar el aborto voluntario», STC 53/1985 de 11 de abril, A.1,F), 1º y A.1,A), *BJC*, 1985 (49) pp. 523 y 522.

30. STC 53/1985 de 11 de abril, F.7 *in fine*, *BJC*, 1985 (49) p. 533. El abogado del Estado había recordado, en favor de lo primero, el tratamiento penal del llamado aborto «*honoris causa*», para concluir que «si para la protección del derecho al honor se minimiza la pena hasta ese grado, mal se puede reprochar la destipificación del delito cuando entran en consideración otros derechos confluentes que revelan un conflicto más grave»; *ibidem*, A.3,E) y F), 4.ª p. 530.

minada del aborto durante determinado plazo de la gestación. Tampoco «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 jurídico»³¹.

5. CONFLICTOS ENTRE BIENES Y DERECHOS

El proyecto originariamente aprobado en el Parlamento contemplaba algunos de los más graves conflictos de derechos habitualmente presentes en supuestos de aborto³².

31. STC 53/1985 de 11 de abril, F.9, *BJC*, 1985 (49) p. 534. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, cuyo comentario (publicado un año antes) coincide notablemente con el tenor de la sentencia, tras admitir la constitucionalidad de posibles «indicaciones», rechaza (polemizando con L. ARROYO ZAPATEIRO) la del sistema de plazo, «Derecho a la vida» (cit. en nota 12), pp. 306-308.

32. Su texto, como es bien sabido, decía:

«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. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras

No hay duda para el Tribunal de que, en caso de conflicto entre *dos vidas*, «resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre»³³.

Más compleja es la situación planteada al entrar en conflicto con la *vida* del no nacido la *salud* de la madre. Se descarta, en cualquier caso, que haya de considerarse rechazable cualquier despenalización de este supuesto, como pretendían los recurrentes³⁴, ya que se considera que «el supuesto de “grave peligro” para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida». No obstante, se precisa que el juego del término «necesario» reviste particular relevancia: «sólo

semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

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

33. Ya que «si la vida del “nasciturus” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la del nacido y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida», STC 53/1985 de 11 de abril, F.11,a), *BJC*, 1985 (49) p. 534.

34. Entendían que sería «inconstitucional al dar prevalencia al bien jurídico de menor entidad». Consideran además rechazable el proyecto «por no exigir que no haya otro medio para preservar la salud de la madre, por no fijar el requisito de un examen pericial judicializado y por no tener en cuenta el consentimiento del padre», STC 53/1985 de 11 de abril, A.1, F), 1.º, *BJC*, 1985 (49) p. 523.

puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del “nasciturus” y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma»³⁵. El recurso efectivo a dicha interpretación se convierte en cuestión decisiva si se tiene en cuenta que el 98% de los abortos legales producidos desde la entrada en vigor de tal despenalización se ha acogido a este supuesto³⁶.

Pasando a otro previsible conflicto, hay que registrar que en ninguno de los casos analizados por el Tribunal se llega a plantear de modo frontal la posible colisión entre la *vida* del no nacido y el derecho de la madre a actuar sin cortapisas en el ámbito de su *intimidad* —aunque no falten pasajeras alusiones al respecto³⁷—, ni menos aún a la

35. STC 53/1985 de 11 de abril, F.11,a) y F.10, *BJC*, 1985 (49) p. 534.

36. Así lo hace constar el Gobierno en su «Informe al Congreso de los Diputados, en cumplimiento de la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Socialista: “instando al Gobierno a que realice y remita a la Cámara un estudio *sobre las circunstancias concurrentes en la aplicación de la legislación vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo y su incidencia en la realidad social, que integre asimismo el análisis de las acciones relativas a la planificación familiar*, de forma que sea posible una valoración más completa del estado de la cuestión y, en consecuencia, la adopción en su caso de las adecuadas decisiones normativas o de gestión”», julio de 1991, pp. 9 y 29.

37. Así el abogado del Estado alude a los derechos de la madre, entre los que «merece una especial consideración el

posibilidad de una *libre autodeterminación* de la madre respecto a la vida del no nacido³⁸.

El establecimiento de la prevalencia de la libre autodeterminación personal sobre la vida no nacida es el contenido básico de lo que se ha dado en llamar una actitud «progresista» en relación al aborto, que apuntaría siempre al reconocimiento del aborto como derecho de la mujer, aunque admita postergar o mitigar tal objetivo por razones estratégicas. Un cierto aire de debate aplazado queda flotando en el ambiente³⁹.

derecho a la intimidad», en la STC 53/1985 de 11 de abril A.3,E) y F), 2.^a; *BJC*, 1985 (49) p. 529.

38. Excluida por el fiscal, al resaltar que un «absoluto derecho a decidir» «enfrenta a la vida intrauterina no con el posible derecho de la mujer gestante a salvaguardar otros bienes o valores puestos en peligro por aquélla, sino simplemente con el supuesto derecho de la mujer a destruir según su firme voluntad dicha vida», STC 70/1985 de 31 de mayo, A. Segundo, *BJC*, 1985 (50) p. 700. El Tribunal constata, en efecto, que «no se trata hasta ahora de que la afirmación y reconocimiento de los derechos de libertad e intimidad de la mujer lleven consigo la absoluta negación del bien constitucional que se les opone, con la desaparición de éste por la simple voluntad de aquélla, a lo que no llega la parte recurrente»; *ibídem*, F.5 *in fine*; *BJC*, 1985 (49) p. 702.

39. El magistrado F. TOMÁS Y VALIENTE no deja de señalar que no encuentra en la «Sentencia afirmación alguna que permita suponer que esos y sólo esos tres supuestos o indicaciones son los únicos que el legislador podría declarar no punibles», para añadir que «frente a las 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

6. LA PROBLEMÁTICA FRONTERA ENTRE LO DESPENALIZADO Y LO LEGALIZADO

Es bien sabido que el ordenamiento jurídico penal reviste características peculiares, dada su condición de instrumento de defensa particularmente contundente y, por ello, de uso obligadamente restrictivo. Esto lleva a plantear si un bien jurídico como la vida del no nacido merecería o no tan drástica defensa. La respuesta del Tribunal será afirmativa: entre las obligaciones del Estado para con el *nasciturus* está «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»⁴⁰. Las posibles excepciones a este principio y la vía jurídicamente más adecuada para darles cauce se convierten ahora en centro del debate.

Dos elementos estarán inevitablemente presentes. Por una parte, hay que tener en cuenta la genérica *dimensión pedagógica* o «normalizadora» que acompaña espontáneamente a la *norma penal*. Su pretendida función disuasoria resulta prácticamente más eficaz en la medida en que logre descalificar socialmente determinadas con-

donde «deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada», STC 53/1985 de 11 de abril, voto particular, números 2.º y 4.º *in fine*; BJC, 1985 (49) p. 538.

40. STC 53/1985 de 11 de abril, F.7, BJC, 1985 (49) p. 533.

ductas, haciendo innecesario el ejercicio efectivo de la sanción, con lo que ésta lleva aparejado de inevitable desgaste.

Ha de considerarse, por otra parte, la *incidencia personal* práctica de la *sanción* sobre el concreto infractor. Mientras el objetivo anterior aconsejaría, en la duda, el mantenimiento de normas penales, este segundo invita a garantizar al máximo la apreciación de excepciones. Cabe, por tanto, que se considere razonable una norma penal y a la vez se estimen obligadas determinadas salvedades.

Una vía particularmente ajustada para el logro de ese doble objetivo aconsejaría: residenciar en el *texto legal* las *normas* que deben conformar socialmente ese «mínimo ético» que el ordenamiento jurídico estima tan imprescindible como para respaldarlo con las drásticas sanciones penales; dejar a la *actividad judicial* —mediante el juego de eximentes, atenuantes y agravantes— la apreciación de las oportunas *excepciones*, a la hora de aplicar las normas a circunstancias y personas concretas.

El conflicto más extremo se plasmaría, dentro de esta vía, en la apreciación del llamado *estado de necesidad* como circunstancia eximente⁴¹. Su

41. Así, en la STC 53/1985 de 11 de abril, los recurrentes consideran que el conflicto entre las vidas de madre e hijo «cabe dentro de la eximente general del estado de necesidad», A.1,F), 1.º; *BJC*, 1985 (49) p. 523, y lo mismo ocurriría en los supuestos de «no exigibilidad», como vendría demostrado por el hecho de que «ni un solo caso de condena

aplicación a los casos de aborto podía verse obstaculizada por la exigencia de doctrinal de que el bien protegido por la norma sea de rango inferior al que justifica la excepción, o por el grado de necesidad de la conducta realizada para salvaguardarlo⁴². No suscribiría tales dificultades el Tribunal, ya que —si bien no se pronuncia sobre su existencia en el caso examinado, por ser ello competencia de la jurisdicción ordinaria⁴³— no

se ha dado en la jurisprudencia española por las causas que pretende recoger la indicación primera»; *ibídem*, A.2,C); p. 526.

42. P. LAURENZO COPELLO ha estudiado el parentesco histórico entre estado de necesidad y sistema de indicaciones, que tendrían en común la existencia de un conflicto entre bienes jurídicos; cuando se contraponen al no nacido un bien de menor alcance que la vida de la madre, o se quiere eludir la exigencia de que el aborto resulte «necesario», el estado de necesidad resulta insuficiente, «La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico», en *La evolución del derecho en los diez últimos años*, Madrid, Tecnos-Universidad de Málaga, 1992, pp. 331-356, especialmente 331, 355 y 356. D.M. LUZÓN PEÑA, tras recordar cómo la doctrina buscaba en el estado de necesidad justificación para el aborto terapéutico, entiende que las indicaciones aprobadas no tratan «de restringir, sino precisamente de ampliar las eximentes aplicables al aborto», por lo que no descarta que la (completa o incompleta) de estado de necesidad pueda seguir jugando más allá de ellas, «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», en *Poder Judicial* 13 (1989) pp. 27-55, especialmente 27 y 28.

43. En la STC 70/1985 de 31 de mayo, F.5, *BJC*, 1985 (50) p. 702, evitando dirimir la discrepancia entre la sentencia de la primera instancia, que aprecia dicho estado, y la del Tribunal Supremo, que lo descarta.

duda en calificar como «específicas situaciones de estado de necesidad» a los supuestos despenalizadores que había considerado constitucionales.

La opción alternativa entiende, por el contrario, que la excepción debe cobrar rango normativo, aun asumiendo el negativo coste social que su dimensión «pedagógica» llevará inevitablemente consigo. El Tribunal, que no se muestra explícitamente sensible a tal costo, opta por esta línea, vinculándola a la doctrina de la *no exigibilidad* penal de determinadas conductas: «el Legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insostenible, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos»⁴⁴.

En el dilema entre dejar fuera de toda duda —a efectos «pedagógicos»— cuál es el mínimo ético considerado «normal» por una sociedad, penalmente por ello exigible, y apreciar por adelantado posibles circunstancias individuales excepcionales, el Tribunal opta por la segunda. No ignora

44. STC 53/1985 de 11 de abril, F.9 *in fine*, BJC, 1985 (49) p. 534. Ejemplo de ello sería el caso en que, por existir peligro para la madre, «la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada»; *ibídem*, F.11 a) *in fine*.

que «las leyes humanas contienen patrones de conducta», pero se muestra más preocupado por garantizar por vía legal las *excepciones* que por evitar el peligro de que se conviertan, con ayuda del patrón legal, socialmente en *norma*. Al final la despenalización puede acabar resultando muy poco «neutral»⁴⁵, en la medida en que contribuye eficazmente a «neutralizar» los patrones morales socialmente vigentes.

El argumento de que la sanción debe tener por objeto los «casos normales» muestra su doble filo. Por una parte, sería preciso excluir de ella casos anormales: «situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado»⁴⁶. Por otra, es obvio —aunque la sentencia no aluda a ello— que la tipificación de una excepción, incluyéndola entre los contenidos de una norma, la reviste del carácter de caso «normal», lo que inevitablemente acabará *normalizando socialmente* tal conducta.

Desde esta perspectiva, resulta demasiado simplista un presunto dilema al que se recurre con

45. STC 53/1985 de 11 de abril, F.9, *BJC*, 1985 (49) p. 534. Sobre la eficaz dimensión «paternalista» de esta presunta inhibición estatal, cfr. nuestro trabajo citado más abajo en nota 48.

46. «El legislador no puede emplear la máxima constrictión —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero no lo es en ciertos supuestos concretos», STC 53/1985 de 11 de abril, F.9 *in fine*; *BJC*, 1985 (49) p. 534.

notable frecuencia. Se subraya, con acierto, que es más ventajoso y humano promover condiciones sociales que hagan más remota la posibilidad del delito, que insistir en la represión penal de los delitos ya consumados. Como ya hemos señalado, la norma penal —junto a su capacidad represiva, no pocas veces problemática— genera o refuerza (o debilita...) la repulsa social en relación a determinadas conductas. Este rechazo valorativo empuja en la práctica al ciudadano a excluir tal proceder de entre las alternativas por las que le resultaría concebible optar en caso de conflicto. La penalización, por tanto, cumple no pocas veces con particular eficacia esa tarea de promoción de condiciones sociales que disminuyen la posibilidad del delito, que se tiende a contraponerle como alternativa.

Ello explica que, en la práctica —al margen de que el control judicial de las circunstancias excepcionales contempladas en la norma se haga con mayor o menor rigor⁴⁷— un sistema de *indicaciones* excepcionalmente despenalizadoras (que sigue considerando anormal y rechazable la conducta genérica contemplada), acabe traduciéndolo-

47. Discrepando del abogado del Estado, para quien sólo se está procediendo a despenalizar algunos supuestos de aborto excepcionales, los recurrentes consideran que el proyecto «puede originar un incremento considerable de ellos» e incluso llevar a «legalizar en la práctica cualquier tipo de aborto», STC 53/1985 de 11 de abril, A.3,A) y A.2,A); BJC, 1985 (49) pp. 526 y 525.

se en un menor número de abortos que un sistema de *plazos* (que presenta abiertamente la conducta como normal y no rechazable, si se realiza durante determinado espacio de tiempo).

En el caso español, las peticiones hoy minoritarias en favor de una «ley de plazos», aseguran aspirar a la eliminación de determinadas trabas legales que impedirían la realización del número de abortos que —de modo implícito— parece considerarse estadísticamente razonable. No sería exagerado sugerir que el efecto práctico de tal medida acabaría consistiendo, más bien, en una debilitación de la repulsa social aún vigente, que actúa de modo más eficaz como freno de un posible incremento de abortos, ya realizables de hecho sin práctico obstáculo legal. Lo que con ello se conseguiría, en realidad, es ver en mayor medida considerado socialmente como normal lo que ya no ya no resulta jurídicamente impedido; o sea, utilizar el ordenamiento penal para provocar un cambio en los valores socialmente vigentes; en perjuicio, por cierto, de ese valor al que el Tribunal considera digno de una particular protección constitucional.

Limitémonos ahora a esbozar estas observaciones, sin perjuicio de abordar en diverso texto⁴⁸

48. «Derecho a la vida, ¿derecho a la muerte? La libre autodeterminación personal y las imprecisas fronteras del derecho», en *El libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Tecnos-Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1996.

el análisis de otro significativo aspecto de la cuestión: en qué medida lo que se presenta como una mera despenalización excepcional de determinadas conductas no acaba confiriendo en la práctica a éstas carácter de derecho, e incluso de derecho fundamental. Prueba de ello sería que la despenalización —aunque presuntamente no legaliza conductas ni confiere derechos— llega a atribuir a terceros (los médicos) deberes específicos; y de tal alcance que les obligaría a refugiarse en lo excepcional (la objeción de conciencia) si quieren negarse a realizar una conducta —en teoría— excepcionalmente despenalizada, que —en la práctica— se les acaba presentando normalmente como obligatoria.

Este problema, por lo demás, vuelve a enlazarse con el anterior. Si, por una parte, el personal sanitario se ve obligado —desde el punto de vista jurídico— a acogerse a una excepcional objeción de conciencia, por otra, las pautas vigentes —aún no modificadas en el ámbito social por la despenalización— hacen que se produzcan «posturas de rechazo abierto no sólo entre especialistas de ginecología y anestesiología, sino también entre personal de enfermería»⁴⁹, con lo que el recurso a

49. *Informe...* del Gobierno (cit. en nota 36), p. 13, que añade que «esto ha dado lugar a que, en algunos centros públicos sean escasos los profesionales que realizan estas intervenciones, con los consiguientes problemas que ello ocasiona, no siendo el menor de ellos la marginación a que se han visto sometidos».

la jurídicamente excepcional objeción se convierte en la práctica socialmente en norma.

7. LÍNEA DOCTRINAL REFRENDADA

El Tribunal se mostró consciente de que con frecuencia los presupuestos —y en ocasiones los argumentos explícitos— del debate social sobre el aborto parecen situar ante un curioso dilema: o se opta por preceptos morales de signo confesional o por una filosofía de la historia «progresista», vinculada a un laicismo no menos confesional. De ahí su deliberado esfuerzo por mantenerse al margen de tan inoportuna guerra de religión.

Rechazando alegaciones de este tipo en contra de la penalización del aborto, descarta la insinuación de que —con el actual tratamiento penal del aborto— «un grupo ideológico o religioso imponga particulares concepciones al resto de la sociedad»⁵⁰. Con ello pretendía, sin duda, facilitar la consolidación de la línea doctrinal que iniciaba.

50. Considera «difícil atribuir» a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 de la Constitución «entronque alguno» con «una normativa promulgada antes del actual ordenamiento constitucional, mantenida tras éste, todo ello pese a las mutaciones operadas respecto de las libertades ideológicas y religiosas, e incluso al margen de que el actual Estado se halle desvinculado de toda adscripción en esos aspectos», STC 70/1985 de 31 de mayo, F.6, *BJC*, 1985 (50) p. 702. También los recurrentes contra el proyecto despenalizador habían evitado cuidadosamente revestir sus alega-

A disipar cualquier duda sobre la permanencia de la doctrina sentada en estas tres primeras sentencias, todas ellas relativas al aborto, contribuirán significativamente las que posteriormente abordarán la posibilidad de proceder a la alimentación forzosa de los reclusos de la organización terrorista GRAPO, en huelga de hambre, cuando su vida se halle en peligro⁵¹.

El Tribunal Constitucional, con composición muy diversa a la de un lustro antes, vuelve así a pronunciarse —en muy distinto contexto— sobre la protección de la vida humana. De los doce ma-

ciones de un preciso significado confesional, apoyándolas —entre otras fuentes— en una declaración de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas o en manifestaciones de la Conferencia Episcopal Española, la Asociación Musulmana en España, la Iglesia Anglicana en España y la Iglesia Ortodoxa Griega en España, STC 53/1985 de 11 de abril, A.2,A), *BJC*, 1985 (49) p. 525. Interesante la postura de F. D'AGOSTINO, para quien el aborto, lejos de constituir un problema confesional, se convierte en piedra de toque de una cultura «laica» que, tras haber ofrecido un horizonte «vitalista» liberado de Dios, se ve amenazada por una absolutización de la subjetividad, incapaz de acoger la vida ajena, «Accoglienza alla vita in un'epoca di secolarizzazione», en *Diritto e secolarizzazione*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 305-310, especialmente pp. 307-308.

51. Se ocupan de estos casos la STC 120/1990 de 27 de junio, así como la STC 137/1990 de 19 de julio, de contenido prácticamente idéntico, y la STC 11/1991 de 17 de enero, que analiza desde una distinta perspectiva un problema similar, declarando explícitamente el Tribunal que se mantiene la misma línea doctrinal. Pueden encontrarse en *BJC*, 1990 (111) pp. 148-162 y pp. 233-244, así como 1991 (11) pp. 86-95.

gistrados que fallaron la segunda y más discutida de las sentencias iniciales continuaban por entonces en sus cargos tres, uno sólo de los cuales la había respaldado; esto ofrecía una interesante oportunidad para calibrar el grado de consolidación de la línea jurisprudencial apuntada.

Por otra parte, el contenido de estos tres nuevos pronunciamientos cobra inusitada relevancia por un hecho circunstancial: dado el contexto de actividad terrorista en que los fallos se producen (se había atentado contra uno de los médicos...), para evitar represalias individualizadas, los casos —aun tratándose de recursos de amparo— no acaban siendo analizados por una de las Salas sino por el Pleno del Tribunal; tampoco se designa —como es habitual— un magistrado ponente sino tres, aunque de esta cautela se prescinde ya en la tercera de las sentencias.

No faltan significativos paralelismos con la doctrina sentada en las tres sentencias sobre el aborto:

— Se vuelve ahora a plantear la inevitable conexión entre el derecho y otras instancias valorativas⁵², aunque se pretende resolver el problema

52. El Tribunal reconoce que la cuestión «transciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología», STC 120/1990 de 27 de junio, F.5; *BJC*, 1990 (111) p. 156. El voto particular del magistrado M. RODRÍGUEZ PIÑERO, luego presidente del Tribunal, tras señalar que «el fondo del asunto (...) es un caso límite», cita textualmente la STC 53/1985 para afirmar que en él «inciden con más profundi-

recurriendo sólo a «criterios jurídicos constitucionales».

— A semejanza de la del no nacido, la vida de los reclusos en huelga de hambre podría también justificar una intervención protectora de tal derecho por parte del Estado, al margen de la voluntad de sus titulares. De ahí que la asistencia médica obligatoria viniera justificada por la preservación del bien de la vida, considerado como un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional⁵³.

— Los derechos esgrimidos por los GRAPO —que no llegan a ser considerados merecedores de amparo— son, por otra parte, idénticos a los que sirven de fundamento a las propuestas «progresistas» liberalizadoras del aborto: el valor superior de la libertad, la libertad ideológica y los derechos a la intimidad o privacidad⁵⁴.

— Se mantiene la ya aludida distinción entre bienes y derechos, a la que se añade ahora la rela-

dad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales», *ibídem*, p. 160.

53. STC 120/1990 de 27 de junio, F.7 y 8, remitiendo en ambos casos a la STC 53/1985, *BJC*, 1990 (111) pp. 157 y 158. Afirmaciones reiteradas luego por la STC 137/90 de 19 de julio, F.5; *ibídem*, p. 240, y la STC 11/91 de 17 de enero, F.2, *BJC*, 1991 (118) p. 93.

54. STC 120/1990 de 27 de junio, A.5 y F.12, *BJC*, 1990 (111) pp. 151 y 160. Alegación y respuesta reiteradas en la STC 137/1990 de 19 de julio, A.5 y F.10, *ibídem*, pp. 235 y 243.

ción entre derechos subjetivos y fundamentales y la de ambos con los meros actos no prohibidos⁵⁵.

— Novedosa es la invitación a tener en cuenta, en la delimitación del actuar lícito del sujeto, «la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad»⁵⁶. Volviendo, en efecto, al paralelismo analizado, parece claro que el sistema de *indicaciones* viene a establecer finalidades lícitas vinculadas a determinados bienes o derechos, capaces por ello de justificar excepcionalmente el sacrificio de la vida del no nacido. Por el contrario, un sistema de *plazos* desligaría a la libertad de cualquier referencia finalista dando rienda suelta al mero arbitrio.

Excluido por estas sentencias el reconocimiento de un derecho a la propia muerte, ¿cabría plantear, sin salir del marco constitucional, la existencia de un ejercicio legítimo de la libertad que incluya el derecho a la muerte ajena? Podríamos preguntarnos, incluso, si se trataría de un derecho subjetivo capaz de movilizar el apoyo del poder público para vencer resistencias (económicas, por ejemplo) a su ejercicio; o, incluso, de un derecho fundamental que impediría al legislador penalizar su ejercicio, al menos durante determinado plazo...

55. Cfr. STC 120/1990 de 27 de junio, F.7, *BJC*, 1990 (111) p. 157, reiterada en el F.5 de la STC 137/1990 de 19 de julio, *ibídem*, p. 240, y en el F.2 de la STC 11/1991 de 17 de enero, *BJC*, 1991 (118) p. 93.

56. *Ibídem*.

Si el ejercicio de potestades legítimas por parte de la Administración acaba, en estos casos, prevaleciendo sobre la libertad de (que no derecho a...) morir de los reclusos, ¿tendría menos fuerza la vida del no nacido a la hora de condicionar a la madre una problemática libertad de (que no derecho a...) desembarazarse de él?

8. HACIA UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE «PERSONA»

Como ya hemos visto, el mayor obstáculo para el efectivo reconocimiento jurídico de la dignidad del ser humano no nacido deriva de la negativa a reconocerle el *status* de persona, con la consiguiente imposibilidad de ser titular de derechos.

Nuestro ordenamiento civil continúa ofreciendo 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. La exigencia, por ejemplo, de que para constatar la existencia de una persona haya que observar si tiene «figura humana» puede hoy, gracias a los avances tecnológicos, verse ya cumplida mucho antes del nacimiento; esa configuración humana

básica se completó biológicamente a los dos meses de existencia, dando pie a que se pasara a calificar como «feto» a quien hasta entonces se trataba como «embrión».

La búsqueda de la certeza a la hora de dictaminar cuándo un nuevo actor había entrado en la escena jurídica exigía recurrir a la ficción de que aún no era tal veintitrés horas después de nacido. Conscientes de ello, se intentaban evitar las posibles consecuencias negativas para el no nacido que pudieran derivar de tan ficticia frontera. Ello explica que se estableciera la tutela protectora de un «*curator ventris*», o se formulara la sabia y bienintencionada previsión de que al concebido se le tenga por nacido para todo aquello que le resulte favorable.

Hoy no es tanto el afán de conocer con certeza el elenco de los actores jurídicos lo que provoca riesgos de indefensión para el no nacido. Más significativa parece la presión de un planteamiento individualista que niega protección a esa vida, en la medida en que pueda comprometer la libertad de otro más allá de lo que se considere soportable. En tales circunstancias, resulta ya imposible garantizar al no nacido el acceso a lo que le resulta más favorable, a menos que se le reconozca el *status* de persona y —con él— la titularidad de su derecho más elemental: seguir vivo.

Peripetia elocuente al respecto resulta la ineficiencia del cambio de la expresión «la persona» por «todos». Ha dejado fuera de toda duda que la vía adecuada para proteger con eficacia la vida

humana desde sus comienzos no pasa por aparcarse el concepto jurídico de persona, para intentarlo al margen de él, sino —muy al contrario— por extenderlo al no nacido.

Abordar las dificultades de este replanteamiento —lo que rara vez se ha hecho en las apasionadas polémicas sobre el aborto— sería empeño razonable. Se ha argüido con frecuencia que la propia penalización del aborto ha servido para constatar históricamente una infravaloración de la vida del no nacido, protegida con sanciones más leves que las previstas para el resto de las personas. Esto —más que un argumento contundente contra su reconocimiento como tal— parece más bien un síntoma esclarecedor de que ese reconocimiento de la dignidad del no nacido no apunta tanto a una restauración de logros humanos pretéritos como al progreso en una utopía aún inacabada.

Aprestarse a ella supone plantear un objetivo cuyo logro revestiría una transcendencia histórica superior incluso a la abolición de la esclavitud⁵⁷.

57. R. WERTHEIMER resalta la analogía entre las actitudes ante el aborto y la esclavitud, al intentar «Comprender la cuestión del aborto», en *Debate sobre el aborto* (Princeton, 1974) Madrid, Cátedra, 1992, pp. 33-68, especialmente 53 y ss. Tras plantear la polémica entre «conservadores» y «liberales» como un enfrentamiento de fideísmos sin fácil solución racional, concluye con una profesión de fe individualista que decide sobre la carga de la prueba: toda restricción estatal de la libertad es ilegítima salvo que se justifique ra-

También entonces se negaba personalidad jurídica a una categoría de seres humanos, pretendiendo no rara vez liberarlos con ello de calamidades sin cuento... En buena medida se actuaba así por una inconfesada convicción: su reconocimiento como seres humanos obligaría, a los que sí estaban en condiciones de ejercer la libertad, a asumir compromisos en su «*modus vivendi*» que no se mostraban dispuestos a soportar. La insolidaridad individualista se diluía al final dentro del anónimo funcionamiento de un sistema consolidado, que pocos se atrevían a poner en cuestión.

Si se reconociera hoy al no nacido la condición de persona humana, serían también a él aplicables afirmaciones como ésta: «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...), constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁵⁸.

El problema no ha dejado de plantearse en otros ordenamientos jurídicos, al surgir situacio-

cionalmente; de ahí que las restricciones a la libertad de abortar sean ilegítimas, dada la incapacidad del Estado para demostrar que el feto es un ser humano; *ibídem*, p. 67.

58. STC 120/1990 de 27 de junio, F.4, *BJC*, 1990 (111) p. 156.

nes hace poco tiempo impensables provocadas por las técnicas de fecundación *in vitro* y de criogenización. Ello lleva a encontrar sentencias como la que afirma solemnemente que «los embriones humanos no son objeto de propiedad» o se recuerda que «la vida humana comienza en la concepción», para afirmar que «en materia de derecho de la familia, ningún principio establecido supone obstáculo a que la *Common Law* se extienda y se aplique a los siete seres humanos que existen en forma de embriones *in vitro*»; no resulta extraño tampoco que, en tal contexto, se presentara en el Senado norteamericano una Proposición de Ley sobre la Salud de la Persona Humana, cuyo primer artículo afirmaba que «ante la ley, todo ser humano es una persona, desde la fecundación hasta la muerte»⁵⁹.

La propuesta resulta, también entre nosotros, menos insólita de lo que puede parecer. No sería la primera vez que se abordara el replanteamiento de conceptos que hasta ahora habían venido marcados de modo exclusivo por la dogmática jurídica propia del derecho privado. Se apuntó ya, en pleno debate constituyente, por un prestigioso es-

59. Se trata de la Sentencia del juez Dale Young de Maryville (Tennessee) en el caso «Davis versus Davis», hecha pública el 21 de septiembre de 1989, y de la Proposición de Ley presentada por el senador Berbard Seillier el 22 de mayo de 1990, ambas incluidas con otros documentos de interés en J. LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Madrid, Rialp, 1993, pp. 100-101 y 129.

pecialista que mantener el término «persona», en vez de sustituirlo por «todos», «permitía después a la inevitable jurisprudencia, que va a aclarar la Constitución, decir cuál era el significado de “persona”»⁶⁰. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico se ha venido atribuyendo ya la calidad de «persona» al no nacido.

Así venía ocurriendo en el «Código Penal que castiga el aborto como delito contra las personas, lo que indica que una es la personalidad en sentido jurídico penal y otra la contemplada en la esfera iusprivatista, y asimismo en el orden constitucional»⁶¹. La circunstancia no pasó inadvertida a los mentores del nuevo Código Penal, que se propusieron eliminar el citado rótulo de delitos «contra las personas», para situar al aborto como ambigua frontera entre el homicidio, que protege la vida de una persona, y los delitos de lesiones, que de-

60. E. TIERNO GALVÁN, interviniendo como portavoz del Grupo Mixto ante el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de julio de 1978, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios* (cit. en nota 12) vol. II, p. 2031, antes de añadir: «queda abierto el horizonte a la interpretación de los juristas en una Constitución que es interpretativa», por lo que al futuro Tribunal Constitucional le habría de «costar una batalla definir lo que quiere decir “persona”; porque no basta, como se ha dicho, el Código Civil»; *ibídem*, p. 2032.

61. Tal afirmación la incluyó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de octubre de 1983 en referencia al Código entonces en vigor; la STC 75/1984 de 25 de junio levantará acta de dicha argumentación, A.2; *BJC*, 1984 (39) p. 962.

fienden de cualquier ataque la integridad de su cuerpo...

Más pertinente aún al respecto resulta el replanteamiento del concepto iusprivatista del «domicilio», llevado a cabo por el propio Tribunal Constitucional. Éste ha sentado que «la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado». Mientras éste lo reduce a «punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones», la Constitución exigiría pasar a entenderlo como «una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona», o sea «la defensa y garantía del ámbito de privacidad», con rango de derecho fundamental. En consecuencia, es preciso «mantener un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo»⁶².

9. LA POLÉMICA FRONTERA DE LO HUMANO

Dificultades técnicas al margen, son sin duda sus consecuencias prácticas las que bloquean hoy el reconocimiento al no nacido de su condición de persona humana.

62. STC 22/1984 de 17 de febrero, F.2, *BJC*, 1984 (35) p. 402.

La pregunta que sigue en pie, despejado cualquier tapujo, es si existe un derecho a desembarazarse de otro. El conflicto básico latente en la polémica del aborto es el que enfrenta a la *libertad* de la madre con la *vida* del no nacido. Un ulterior análisis de la jurisprudencia constitucional examinada⁶³ nos permitirá comprobar en qué circunstancias estima que debe considerarse existente un compromiso capaz de gravar a la libertad, obligándola a aceptar verse limitada en beneficio de una nueva vida humana.

La polémica afecta inevitablemente al concepto mismo de derecho. Al alcance que se confiere a los derechos reconocibles a un sujeto, en primer lugar. Cabe entender por derecho subjetivo un resto de arbitraria individualidad que se nos tolera, por no afectar a la estabilidad del sistema de convivencia imperante. Desde esta perspectiva, la libertad autorizará en todo caso a expulsar a cualquier «otro», que allane nuestra «privacidad», tratándolo como a un invasor. No habría por qué admitir que todo embarazo haya hecho surgir un ser humano digno de incondicionada protección; su dignidad y consiguiente protección se las acabará confiriendo la eventual acogida voluntaria por parte del afectado. El individualismo —desafiando incluso a la fisiología— garantiza que nadie podrá verse embarazado en su libre hacer, si no se cuenta con su previo consentimiento.

63. Abordado en el estudio al que aludimos en la nota 48.

El concepto de derecho subjetivo que se suscriba acabará afectando al concepto mismo de derecho, desprovisto de cualquier adjetivo. Este derecho subjetivo, entendido como arbitrariedad residual tolerable, implica lógicamente un entendimiento general del derecho como recorte represivo de una libertad inevitablemente individualista, insolidaria y conflictiva; la alusión a Hobbes resulta ociosa.

Cuando, por el contrario, se entiende en general por derecho una dimensión del actuar humano, que lo hace capaz de ajustar el ejercicio de su libertad con el de sus iguales, el concepto de derecho subjetivo cambia radicalmente. El despliegue de una libertad sociable, solidaria y pacífica —éticamente costoso sin duda— es lo que permite establecer relaciones que merezcan el calificativo de «personales». El derecho como legítimo despliegue subjetivo sólo es reconocible en la medida en que la libertad del uno va acompañada de la disposición a acoger al otro. La condición de persona no se actualiza en su plenitud cuando se alcanza la capacidad de ser consciente de la propia dignidad, sino que se ejerce cuando se es capaz de reconocerla en el otro. El derecho subjetivo deja así de considerarse como un reducto defensivo, blindado a toda sociabilidad, para convertirse en la expresión más elemental de una realidad: que el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno solo de ellos.

EL DERECHO A LA VIDA

Edición a cargo de
C.I. MASSINI y P. SERNA

J. FINNIS, G. KALINOWSKI, A. OLLERO,
V. POSSENTI, y R. SPAEMANN

EUNSA

EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.
PAMPLONA

© 1998. C.I. Massini y P. Serna (eds.)
Ediciones Universidad de Navarra, S.A.

ISBN: 84-313-1574-1
Depósito legal: NA 340-1998

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)
Apdo. Correos 5.196. 31010 Barañáin (Navarra) - España
Teléfono: 34 (9)48) 25 68 50 - Fax: 34 (9)48) 25 68 54
E-mail: eunsaedi@abc.ibernet.com

Cubierta:
Index. Barcelona

Imprime:
Gráf. Lizarra, S.L. Ctra. de Tafalla, Km. 1. Estella (Navarra)

Printed in Spain - Impreso en España