

**TIPO:** SENTENCIA

**REFERENCIA-NUMERO:** 53/1985

**FECHA-APROBACION:** 11-04-1985

**PUBLICACION-BOE:** 18-05-1985 [«BOE» núm. 119]

**SALA:** Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera.

**PONENTE:** doña Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant

**RECURSO-TIPO:** Recurso previo de inconstitucionalidad.

**EXTRACTO:** 1. El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la C.E. 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.

2. 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».

3. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (véanse al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4; 20.3 y 27 de la Constitución).

4. 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 jurídica y política; son, como dice el art. 10 de la C.E., el «fundamento del orden jurídico y de la paz social».

5. 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. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

6. La vida es un concepto indeterminado. Desde el punto de vista de la cuestión planteada se precisa:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y

sensitivamente configuración humana.

b) Que la gestación ha generado un «tertium» existencialmente distinto de la madre.

c) Que, dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, tiene particular relevancia el nacimiento. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el «nasciturus» es ya susceptible de vida independiente de la madre.

7. Los argumentos aducidos no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al «nasciturus» corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, la vida del «nasciturus» es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental.

8. La protección que la Constitución dispensa al «nasciturus» implica para el Estado dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.

9. La dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). 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. 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.

10. Las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el art. 8 del Código Penal también pueden regir -en principio y con los límites que les son inherentes- respecto del delito de aborto (arts. 411 y ss. del Código Penal).

11. La respuesta a la cuestión de si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos ha de ser afirmativa. 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.

12. 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 aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del «nasciturus».

13. 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.

14. 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 insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

15. El término «necesario» -que se utiliza en el núm. 1 del art. 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto- sólo 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. En relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término «grave» expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo. El término salud se refiere a la salud física o psíquica.

16. En cuanto al núm. 3 del artículo, el término «probable», expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde a la presumible prudencia de los dictámenes médicos. El término «grave» expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.

17. En cuanto a la indicación de «grave peligro» para la vida de la embarazada, 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; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

18. En cuanto al supuesto de «grave peligro» para la salud de la embarazada, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo

la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada.

19. En cuanto a la indicación de 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, por lo que la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

20. El núm. 3 del artículo contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto 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. Sobre esta base, este supuesto no es inconstitucional. En relación con él y desde la perspectiva constitucional ha de ponerse de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución -incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales»- y la protección de la vida del «nasciturus» comprendida en el art. 15 de la Constitución.

21. 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. Y ello porque el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del «nasciturus», mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

22. Por lo que se refiere 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 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.

23. En el caso del aborto terapéutico y eugenésico, la comprobación del supuesto de hecho ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse ni de dicha comprobación ni de la realización del aborto.

24. El legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de 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

25. 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 anterior.

26. En el caso del aborto ético, la denuncia previa es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto del hecho (delito de violación del artículo 429 del Código Penal).

27. El legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente.

28. El Tribunal entiende que la solución del legislador relativa al 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 es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el «nasciturus» hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

#### **PREAMBULO:**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, don Jerónimo Arozamena Sierra, don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Angel Escudero del Corral, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, interpuesto por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal. Ha comparecido el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, y han sido Ponentes para este acto los Magistrados doña Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant. quienes expresan el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES:**

#### **I. Antecedentes**

1. Con fecha 2 de diciembre de 1983, don José María Ruiz Gallardón, Abogado, comisionado a los fines de interposición del presente recurso por 54 Diputados que se indican en el escrito, interpone ante este Tribunal Constitucional recurso previo de inconstitucionalidad contra el «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal», según el texto definitivo aprobado por el Senado en la sesión plenaria celebrada el día 30 de noviembre de 1983, por infracción de los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3 de la Constitución. Los recurrentes solicitan se declare la inconstitucionalidad del referido proyecto en su totalidad y, con carácter subsidiario, la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias b) y c) del artículo en cuestión y, en todo caso, se dicte una sentencia interpretativa y aclaratoria de las ambigüedades constitucionales denunciadas.

El recurso se basa en los siguientes motivos:

A) El primer motivo se centra en la interpretación del art. 15 de la Constitución, el cual declara que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

El Proyecto impugnado -declaran los recurrentes- viene a eliminar normas penales que sirven de protección al derecho a la vida, lo que plantea el problema de si son o no necesarias normas penales para proteger dicho derecho. Es ésta una cuestión que entienden debe resolverse afirmativamente: el respeto a la vida humana precisa de normas penales, debiendo tipificarse las conductas que atenten contra ella.

A juicio de los recurrentes, el reconocimiento del derecho de «todos» a la vida se extiende también a los concebidos y no nacidos, conclusión a la que llegan a través de una interpretación literal y sistemática del mencionado precepto.

En tal sentido, invocan la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975, la cual, en su opinión, dejó bien claro que, según los conocimientos biológicos y fisiológicos actuales, existe vida humana, en el sentido de existencia histórica de un individuo humano, desde los catorce días después de la

concepción; por ello, la protección no puede limitarse al hombre ya nacido, ni al nasciturus susceptible de vida independiente. El derecho a la vida está garantizado a todo el que vive; entre las diferentes etapas de la vida previa al nacimiento, y entre nacidos y no nacidos, no puede establecerse diferencia alguna en este contexto. «Todos» significa «toda vida», o bien «todo individuo humano que posea vida»; por consiguiente, comprende también al ser humano que todavía no ha nacido.

Por otra parte, a juicio de los recurrentes, el hecho de que el término «todos» aparezca como sujeto de otros derechos en la Constitución que sólo son predicables de la persona ya nacida, no puede aducirse para negar por ello que dicho término en el contexto del art. 15 deba entenderse en idéntico sentido. Que el concebido no tenga los derechos que se proclaman en otros preceptos, pensados para el nacido, no implica que no tenga derecho a vivir, y, por supuesto, si se le priva de la vida nunca podrá tener tales derechos; pero, además, el argumento no resulta válido si se considera que tampoco todos, absolutamente todos los nacidos, tienen la totalidad de los derechos mencionados. En definitiva, concluyen que de la interpretación sistemática del art. 15 de la Constitución en relación con otros preceptos de la misma, «se deduce un espíritu que pone en la dignidad humana el acento fundamental, y viola dicho espíritu el considerar que todo el sistema de protección y reconocimiento al articulado no alcanza al ser vivo aún no nacido».

Una vez analizado el art. 15 de la Constitución, partiendo «del sentido propio de las palabras» y de una interpretación sistemática, pasan los recurrentes a considerar los antecedentes históricos, de los que, en su opinión, se desprende que la protección a la vida abarca desde el momento mismo de la concepción. Sostienen, en efecto, que la tradición legislativa española, con la única excepción de la Ley Catalana de Aborto en la Segunda República, ha estimado que todos tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, penalizándose el aborto en todos los Códigos Penales. Y ello -añaden- se manifiesta especialmente en el campo del Derecho Civil, en el que la tradición jurídica ha articulado un sistema de protección al nasciturus.

A continuación examinan los recurrentes el proceso de elaboración del art. 15 en el Parlamento. A su entender, de las enmiendas presentadas en su día, del informe de la Ponencia y de la discusión parlamentaria se deduce claramente lo siguiente: 1. Que la finalidad perseguida por la enmienda consistente en sustituir el término «personas» por el de «todos» era evitar la interpretación de que, con el primero, se pudiera considerar por el legislador que sólo son personas quienes reúnan los requisitos del art. 30 del Código Civil y, en consecuencia, entender que los no nacidos no son personas, por lo que el aborto voluntario no quedaría impedido por la Constitución. 2. Que el objetivo específico que 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. 3. Que los Grupos Parlamentarios que apoyaron la enmienda y votaron a su favor lo hicieron conscientes de la finalidad y objetivo que se pretendía, y ratificaron que el apoyo por ellos prestado a la misma se debía a que entendían que con la redacción

propuesta quedaba más claro que el derecho a la vida se refería también a los no nacidos. 4. Que la enmienda fue sometida a votación y aprobada por mayoría, lo que supone que el significado incorporado al precepto fue el pretendido por el enmendante, sin que el hecho de que no hubiera existido consenso en todas las fuerzas políticas reste valor alguno a aquel significado.

Finalmente, los recurrentes apelan, para la interpretación del art. 15 en cuestión, a la realidad social del momento en que ha de ser aplicado dicho precepto, realidad que, a su parecer, resulta de una serie de documentos que aportan o dicen aportarán en un momento ulterior al recurso.

B) El segundo motivo del recurso se apoya en la presunta vulneración del art. 1 de la Constitución. Después de examinar los variados aspectos que según la doctrina integran el concepto de Estado Social, consagrado en el mencionado artículo, manifiestan los recurrentes que tal Estado no se compagina con actuaciones negadoras y supresoras de la vida de los no nacidos, pues, frente a la preocupación que demuestra por la defensa de los demás derechos fundamentales, niega la protección al más primario y fundamental de todos, que es el derecho a la vida de los todavía no nacidos.

C) Como tercer motivo de inconstitucionalidad, alegan los recurrentes la violación del art. 10.2 de la Constitución, el cual, en relación con el 96.1, prescribe que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales sobre esas materias ratificados por España. A tal respecto citan, en primer lugar, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Manifiestan los recurrentes que estos tres textos reconocen el derecho de «todos» a la vida en términos muy similares al texto constitucional español, pero que, si se tiene en cuenta que cuando se aprobaron los dos primeros el aborto no se hallaba legalizado «en ninguno de los bloques políticos», puede suponerse que el derecho a la vida se entendió aplicable al ser humano desde el momento de la concepción. Bien es cierto -reconocen- que ha habido Tribunales constitucionales europeos que han interpretado el art. 2 del Convenio Europeo en sentido negativo a la protección de la vida del nasciturus, como el Tribunal Constitucional austríaco en su Sentencia de 11 de octubre de 1974. Pero en sentido contrario puede citarse 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 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 decimocuarto día siguiente a la concepción, y que el desarrollo que se opera después es continuo, sin que se pueda establecer ni división precisa, ni distinción exacta. Por lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, estiman los recurrentes que permite llegar por otras vías a la

conclusión de que el feto debe ser considerado como bien jurídico protegible, como se infiere de su artículo 6.5 en el que, a propósito de la pena de muerte, se prohíbe su ejecución sobre la mujer embarazada.

Citan además los recurrentes el Acta Final de Helsinki de 1 de agosto de 1975, que prescribe el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales «de todos»; la Carta de San José de Costa Rica (aunque no ha sido ratificada por España), en cuyo artículo 4 se declara que el derecho a la vida existe a partir de la concepción; y la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, en cuyo preámbulo se reconoce la protección jurídica del niño antes y después de su nacimiento.

De todo ello concluyen que hay que interpretar el derecho a la vida reconocido en la Constitución Española como abarcando a los concebidos y no nacidos, con lo que el Proyecto impugnado vulneraría el art. 10.2 de la Constitución.

D) El cuarto motivo del recurso se basa en que, a juicio de los recurrentes, el Proyecto impugnado viola el art. 39 de la Constitución en sus apartados 2 y 4. El apartado 2, que impone a los poderes públicos el deber de asegurar «la protección integral de los hijos iguales ante la Ley, con independencia de su filiación», quedaría vulnerado al impedirse en el Proyecto la intervención del padre para otorgar el consentimiento del aborto. Y ello por tres razones: Porque la falta del consentimiento del padre impide al hijo no nacido ser integralmente protegido, frente a la protección paterna acordada por el Código Civil a los ya nacidos; porque ello supone la creación de una desigualdad entre hijos nacidos y no nacidos; y porque la ausencia de exigencia de consentimiento rompe inconstitucionalmente todo el sistema de derecho civil basado en la igualdad de los cónyuges. También consideran los recurrentes vulnerado por el Proyecto el número 4 del art. 39, en cuanto dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». No se trata -precisan- de que tales Acuerdos sirvan para interpretar las normas reguladoras de los derechos fundamentales, como el art. 10.2 de la Constitución prescribe, sino de que la protección en ellos articulada sobre los derechos del niño sea establecida y articulada en el ordenamiento español.

E) Los recurrentes señalan como quinto motivo de inconstitucionalidad la vulneración del art. 53 de la Constitución.

Por ser -dicen- el derecho de «todos» a la vida, que abarca también a los no nacidos, un derecho fundamental, su régimen de protección y garantías se desenvuelve en tres sentidos:

a) En primer lugar, el derecho a la vida vincula a todos los poderes públicos, vinculación que se traduce en una obligación para éstos de proteger la vida misma y que no puede ser enervada por la voluntad de la madre, del mismo modo que el derecho no puede quedar al arbitrio del legislador ordinario.

b) Una segunda modalidad de garantía del derecho fundamental a la vida lo constituye la reserva expresa de Ley Orgánica. En virtud de dicha reserva el derecho fundamental a la vida sólo puede regularse por Ley Orgánica, regulación que no puede alterar o vulnerar el contenido esencial del derecho en cuestión. Acudiendo a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, entienden los recurrentes que el Proyecto de Ley Orgánica que se impugna no regula un derecho fundamental respetando su contenido esencial, sino que suprime un derecho fundamental -el derecho a la vida del nasciturus- ignorando su contenido esencial, pues en este derecho no existe contenido accidental. Invocan también la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975, en la que se manifiesta que las normas relativas a los derechos fundamentales, además de contener derechos subjetivos de defensa frente al Estado, encarnan un «orden objetivo de valores» que orienta e impulsa a la legislación, a la Administración y a la Jurisprudencia. En cuanto al tema concreto de si el Estado está obligado por la Constitución a proteger la vida del nasciturus, el Tribunal Constitucional alemán declara que tal obligación puede derivarse del «contenido objetivo jurídico de las normas de los derechos fundamentales». Los recurrentes estiman que esta doctrina del orden objetivo de valores es aplicable al ordenamiento constitucional español por diversas razones: 1.<sup>a</sup> porque, habiendo sido admitida sin apenas discusión en todo lo que se refiere a los derechos fundamentales de naturaleza social o de participación, no tiene por qué quedar limitada a tales derechos, ya que supondría un contrasentido su admisión para derechos fundamentales que pudieran denominarse colectivos y su negación para derechos fundamentales personales; 2.<sup>a</sup> porque dentro de los aspectos que concurren en el derecho fundamental a la vida se encuentran dos que están directamente relacionados con un orden objetivo de valores: La existencia de vida en el nasciturus, y el carácter de valor absoluto de esa vida; 3.<sup>a</sup> porque con carácter general se admite que el no nacido es titular de derechos patrimoniales, sucesorios o hereditarios que, aunque ciertamente condicionados, no dejan de ser derechos cuya posibilidad de ejercicio se suprimiría radicalmente suprimiendo la vida de su titular en ciernes.

c) La tercera modalidad de tutela constitucional del derecho fundamental a la vida la constituye la garantía jurisdiccional, a través de diversas vías: Recurso de inconstitucionalidad, procedimiento especial de protección, recurso de amparo. La diferencia del derecho en cuestión respecto de otros derechos fundamentales estriba en dos peculiaridades: La imposibilidad de restitución del bien de la vida, una vez suprimida ésta, y la imposibilidad de que el sujeto del derecho pueda ejercer por sí mismo los medios de tutela jurisdiccional que la Constitución le otorga.

Todo este sistema de garantías -concluyen los recurrentes- se ve infringido por el Proyecto impugnado, vulnerándose, pues, lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución.

F) Bajo la rúbrica de motivo sexto de inconstitucionalidad, proceden los recurrentes a analizar concretamente las «indicaciones» contempladas en el proyectado art. 417 bis del Código Penal, declarando que si hasta el momento han sometido al

proyecto de Ley Orgánica impugnado a un juicio global de inconstitucionalidad, en la posterior argumentación examinarán cada una de tales indicaciones con el fin de determinar hasta qué punto se acentúa, directa o indirectamente, esa inconstitucionalidad.

1. Supuesto del llamado «aborto terapéutico». En el caso de conflicto entre la vida de la madre y la del nasciturus, que en ello radica el aborto terapéutico en sentido estricto, estiman los recurrentes que no es necesaria esa indicación, pues cabe dentro de la eximente general de estado de necesidad. Por otra parte, recuerdan que, según los técnicos en la materia, los casos de este tipo son cada vez menos frecuentes, prácticamente casi inexistentes. A continuación consideran la inclusión, en este primer supuesto de aborto terapéutico, del conflicto entre la vida del nasciturus y la salud de la madre. A su juicio, la despenalización del aborto en tal caso es inconstitucional al dar prevalencia al bien jurídico de menor entidad, además de serlo 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. Por otra parte, dado el amplio significado que la Organización Mundial de la Salud atribuye al término «salud», que define como el estado perfecto de bienestar físico, mental y social, y no sólo como ausencia de enfermedad, advierten los recurrentes la ambigüedad de esta indicación en el Proyecto, que ha sido denunciada en el informe del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, así como en el de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. También manifiestan que no puede aceptarse la idea de que, una vez que el legislador ha ponderado y jerarquizado los bienes jurídicos en conflicto, debe pronunciarse en favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la madre, porque se trata de bienes que constituyen el contenido objetivo de derechos fundamentales, mientras que la vida del nasciturus es meramente un bien jurídico derivado de la dignidad humana, por lo que no es objeto de una protección directa. Estiman los recurrentes que la vida, existente desde el momento de la concepción, es algo más que un bien jurídico; es un valor absoluto que no puede ser objeto de limitación, pues ello supone la eliminación y negación, también absoluta del valor mismo. En su opinión, de la Constitución no se deduce que la vida sea un bien jurídico, sino un derecho fundamental atribuible a todos, y al calificarlo de mero bien jurídico se degrada y rebaja de rango el derecho a la vida, sin que esta degradación encuentre apoyo constitucional alguno. A lo anterior añaden que el art. 39.2 de la Constitución podrían servir también para justificar la protección de la vida del nasciturus interpretando la expresión «protección integra» como comprensiva del derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del concebido y no nacido. Pero no debe entenderse por ello que la protección del derecho a la vida de éste pueda venir solamente de la protección de otros derechos fundamentales de la madre -a la integridad corporal, a la salud, a la libertad o a la intimidad-, pues se trata de derechos de distinta naturaleza.

Resumiendo: En caso de conflicto entre dos vidas, supuesto hoy día casi inexistente, la práctica y la doctrina judicial han venido resolviendo el problema mediante la aplicación de las causas de justificación; y en caso de conflicto con la salud, la libertad o la intimidad, debe ceder aquel de los derechos que sea limitable,

pues la alternativa es la supresión absoluta de uno de los derechos en conflicto. Aún precisan, finalmente, los recurrentes que, en el supuesto de que la protección del derecho a la vida del no nacido sólo pudiera fundamentarse en los derechos de la madre, es cierto que con esta protección se excluirían los ataques del Estado o de terceros, vedándose así la constitucionalidad del aborto no voluntario o impuesto, pero no ocurriría lo mismo con los provenientes de la madre, cuando lo cierto, a juicio de los recurrentes, es que no puede encontrarse fundamento constitucional que permita a la madre atentar voluntariamente contra la vida del nasciturus, pues, por una parte, sus derechos fundamentales, en cuanto limitables y regulables, deben ceder frente al derecho absoluto a la vida del ser en gestación, y, por otra parte, si el único mecanismo constitucional de proteger la vida al no nacido fuere por mediación de la madre, ésta se constituiría en depositaria de unos derechos de naturaleza constitucional de los que no podría disponer.

2. Supuesto del llamado «aborto ético», esto es, despenalización del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 419 del Código Penal, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiera sido denunciado. A propósito de este supuesto, citan los recurrentes un informe de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, así como algunas opiniones referentes al tema, para terminar afirmando que la denominada indicación ética viola el art. 15 de la Constitución al hacer prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida, y viola también el art. 39.2 de la misma al desproteger a uno de los hijos con independencia de su filiación.

3. Supuesto del llamado «aborto eugenésico», o sea, despenalización del aborto cuando sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que se cumplan determinadas circunstancias de tiempo y de diagnóstico pericial. También en este aspecto citan los recurrentes los informes a que han hecho anteriormente referencia, así como una de las conclusiones del Consejo General del Colegio de Médicos y el informe de la Real Academia de Medicina, para concluir que la indicación en cuestión vulnera el art. 15 de la Constitución, y también el 49 de la misma, que ordena a los poderes públicos llevar a cabo una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

G) Como motivo séptimo de inconstitucionalidad, alegan los recurrentes que las ambigüedades constitucionales que el proyectado art. 417 bis del Código Penal contiene y su redacción, según la técnica de los tipos penales abiertos, suponen la violación del principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución. También señalan que el proyecto se ha limitado a despenalizar el aborto, pero sin incluir previsión alguna sobre las consecuencias que la modificación por él introducida origina en otros campos jurídicos, como el civil, el laboral, el administrativo, el procesal o el de la seguridad social.

Los recurrentes puntualizan las siguientes «circunstancias» o deficiencias del Proyecto:

1.<sup>a</sup> No se explicita en él cómo debe entenderse la «gravedad» del peligro para la vida o la salud de la madre.

2.<sup>a</sup> No se concretan cuestiones fundamentales relativas al supuesto de «violación».

3.<sup>a</sup> No se precisa qué ha de entenderse por «probabilidad» y otros aspectos relativos al aborto eugenésico.

4.<sup>a</sup> No se prevé un procedimiento administrativo que garantice que se han cumplido los requisitos señalados por la Ley, vulnerándose con ello posiblemente el artículo 103 de la Constitución y el 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

5.<sup>a</sup> Se atribuye al Médico el ejercicio de tareas o funciones públicas o cuasijudiciales, pero no se prevé la abstención u objeción de conciencia del mismo.

6.<sup>a</sup> No se prevé el procedimiento para la prestación del consentimiento por parte de la menor de edad o sometida a tutela.

7.<sup>a</sup> No se prevé el consentimiento del padre, con lo que se le impide ejercitar la defensa del nasciturus en el caso de que fuere contrario al aborto, y, en general, cumplir su deber de prestar asistencia a su hijo, de acuerdo con lo establecido en el art. 39.3 de la Constitución; tampoco se tienen en cuenta las consecuencias del reformado artículo 154 del Código Civil, que atribuye conjuntamente la patria potestad a ambos padres.

8.<sup>a</sup> No se prevé la presencia del Ministerio Fiscal, cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público.

9.<sup>a</sup> No se determina la posibilidad y grado de cobertura del aborto por la Seguridad Social.

10.<sup>a</sup> No se siguen los criterios ni se guardan las cautelas previstas en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Todo lo expuesto justifica, a juicio de los recurrentes, la impugnación del Proyecto por vulneración del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 de la Constitución, y les lleva a interesar una sentencia interpretativa para la hipótesis de que se estimare constitucional el Proyecto impugnado.

2. En virtud de lo dispuesto por providencia de 14 de diciembre de 1983, dictada según lo establecido en las normas complementarias aprobadas por el Pleno de este Tribunal Constitucional el 14 de julio de 1982, los recurrentes, a través de su Comisionado, señor Ruiz Gallardón, completan la impugnación, haciendo las

siguientes consideraciones:

A) Como «ampliación del motivo primero de inconstitucionalidad en relación con el motivo sexto, recuerdan, en primer término, que en su escrito de interposición del recurso previo de inconstitucionalidad sostenían, como motivo primero de impugnación, que el proyectado art. 417 bis del Código Penal viola el art. 15 de la Constitución, haciendo luego, en el motivo sexto del recurso, aplicación concreta de la inconstitucionalidad a las tres indicaciones contenidas en el Proyecto, es decir, al conflicto entre la vida del no nacido y la vida o la salud de la madre, a la indicación ética y a la eugenésica. Estas dos últimas indicaciones contrarían específicamente, a su juicio, los arts. 39 y 49 de la Constitución, respectivamente, pero, además, estiman que la totalidad del Proyecto y cada una de las indicaciones son contrarias al art. 15 de la misma, ya que la expresión «todos tienen derecho a la vida», contenida en este precepto constitucional, protege por igual a los no nacidos y a los nacidos, por cuanto la vida comienza desde el momento mismo de la concepción.

Para fundamentar esta afirmación, y a efectos de completar los razonamientos expuestos en el escrito de interposición del recurso, proceden los recurrentes, como entonces anunciaron, a interpretar el art. 15 «conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma», criterio hermenéutico que, aunque polémico, consideran de especial importancia en el presente caso por cuanto la exposición de motivos que en su día acompañaba el Proyecto de Reforma urgente y parcial del Código Penal, en que se inserta el art. 417 bis impugnado, aludía precisamente en relación a este artículo a la «necesidad de adecuar la legislación penal en materia de aborto a la actual realidad sociológica del país». La realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma constituye, a juicio de los recurrentes, uno de los más importantes argumentos en contra del Proyecto.

Con el fin de probar el aserto anterior, señalan, en primer lugar, que los avances científicos y técnicos, puestos de manifiesto en los documentos que aportan -una declaración de la Real Academia Nacional de Medicina en Defensa de la Vida Humana, una declaración del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, una declaración de la Asociación Ginecológica de España y otra del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos-, permiten llegar a la conclusión de que la vida de un ser humano se inicia en el primer instante de la concepción. Luego pasan a considerar los valores éticos subyacentes a las normas jurídicas, y a este respecto invocan la declaración de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que se acompaña también a través de un documento, y las manifestaciones hechas en torno al tema por la Conferencia Episcopal Española, la Asociación Musulmana en España, la Iglesia Anglicana en España, y la Iglesia Ortodoxa Griega en España, al adherirse expresamente al manifiesto de la Unión de Movimientos en Favor del Prenado. En tercer lugar, consideran la posible incidencia del Proyecto en la problemática sociológica y de política criminal relativa al aborto, y expresan su opinión de que el Proyecto en cuestión no va a acabar en absoluto con el aborto clandestino y que la despenalización no viene a resolver un problema grave de política criminal, porque la estadística judicial sobre delitos de aborto en España es

insignificante, mientras que el establecimiento de normas despenalizadoras del aborto en los términos propiciados por el Proyecto puede originar un incremento considerable de ellos. Igualmente señalan los problemas prácticos que podrían derivarse de la aprobación del Proyecto, que podría suponer legalizar en la práctica cualquier tipo de aborto, así como la extensión del fenómeno que la legislación del aborto genera. Finalmente, añaden que no puede soslayarse la realidad internacional, que muestra una tendencia a reconsiderar el problema en los países que en su día legalizaron el aborto, advirtiéndose una fuerte corriente contraria a los propósitos despenalizadores del mismo. En este sentido aportan una lista de Asociaciones Pro Vita europeas y norteamericanas, así como algunas de otros continentes.

De todo lo anteriormente expuesto -manifiestan los recurrentes- se deduce, de una parte, que es científicamente indiscutible que la vida humana comienza en el instante de la fecundación, y de otra, que la realidad social española, como la tendencia progresiva en el ámbito comparado, fuerza a interpretar el art. 15 de la Constitución en el sentido de que el término «todos» incluye y protege al concebido y no nacido, y, consecuentemente, a concluir que el art. 417 bis del Proyecto, al permitir la destrucción del ser concebido mediante la legalización del aborto en determinados supuestos, que por su ambigüedad incluso dejan relativizado el tipo penal, es probadamente inconstitucional.

B) A continuación llevan a cabo los recurrentes la «ampliación del motivo segundo de inconstitucionalidad en relación con el motivo primero y el motivo sexto, apartado primero». El motivo segundo -recuerdan- denunciaba la violación del art. 1 de la Constitución, por entender que el Proyecto es contrario a los principios y criterios que informan el estado social. Pues bien, ahora, como ampliación de dicho motivo, quieren hacer resaltar que, a su juicio, con dicho Proyecto se infringen también los principios y criterios que informan el Estado de Derecho reconocido en el propio artículo 1 de la Constitución, pues entienden que vulneran el principio esencial de la separación de poderes, por cuanto implica una invasión de las funciones y competencias del órgano de la justicia constitucional y una invasión de las competencias del orden judicial penal ordinario.

Por lo que al primer punto respecta, estiman que el legislador ordinario ha interpretado el art. 15 de la Constitución de forma distinta de la que se deduce de su proceso de elaboración constitucional, y ha realizado, por otra parte, una mera interpretación, asumiendo así competencias hermenéuticas que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye a éste, e infringiendo la doctrina constitucional emanada de la Sentencia de este Tribunal de 5 de agosto de 1983. En segundo lugar, entiende que el legislador ordinario ha venido a asumir las competencias que desempeñaba la jurisdicción penal ordinaria, especialmente en lo que se refiere a la circunstancia primera del art. 417 bis, y recuerdan que el Tribunal Supremo ha enjuiciado en diversas ocasiones los supuestos de delito de aborto, dando lugar a una jurisprudencia contenida en las Sentencias que se mencionan a continuación. Con la regulación del primer supuesto de despenalización del aborto contenido en el Proyecto -precisan- el legislador sustrae el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Juzgados

y Tribunales, a quienes corresponde exclusivamente en todo tipo de procesos, conforme al párrafo tercero del art. 117 de la Constitución, cuando lo adecuado sería fijar con alcance general las eximentes y dejar, en buena técnica, que su concurrencia sobre cada tipo fuera un enjuiciamiento propio del caso concreto. Pero una anomalía más grave constitucionalmente -señalan- se produce al transferir al Médico la responsabilidad de apreciar la concurrencia de dicha causa de exención de responsabilidad, siendo así que dicha apreciación es inexcusable competencia jurisdiccional.

En definitiva, concluyen que tanto al ejercitar el legislador competencias interpretativas que sólo corresponden al Tribunal Constitucional, y además en sentido contrario al querido por el constituyente, como por haber sustraído al orden judicial penal sus competencias de calificación y enjuiciamiento jurídico, resulta infringido el principio de separación de poderes, elemento esencial del Estado de Derecho, y, en consecuencia, violado el art. 1 de la Constitución por conexión con el art. 1 de la LOTC; y asimismo resultan vulnerados los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) en relación con los de necesidad e intangibilidad de las competencias de los Juzgados y Tribunales, consagrados en el art. 117.3 de la Constitución.

C) Como «ampliación del motivo sexto de inconstitucionalidad en relación con el motivo primero», proceden los recursos, en primer término, a analizar la cuestión de si resulta aplicable, como pretende el Proyecto en su exposición de motivos, la doctrina o el principio de no exigibilidad de otra conducta, al modo en que se utilizó en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975. Tras analizar esta Sentencia llegan a la conclusión de que los supuestos que pudieran estar allí comprendidos quedan cubiertos en nuestro Derecho a través de la eximente de estado de necesidad, ya que ésta se perfila aquí con una extensión desconocida en el Derecho comparado. En nuestro país -precisan- el hecho de que exista el delito de aborto tipificado en el Código Penal no significa que toda mujer abortista sea castigada, pues la no exigibilidad actúa a través de la eximente de estado de necesidad, y así ni un solo caso de condena se ha dado en la jurisprudencia española por las causas que pretende recoger la indicación primera. Es cierto, añaden, que la doctrina penal más moderna ha venido a incorporar la no exigibilidad de otra conducta como elemento negativo de la culpabilidad, pero entienden que la misma despliega su eficacia en el ámbito subjetivo, es decir, respecto de una persona concreta en una situación concreta: La concurrencia o la ausencia de culpabilidad no se determina en virtud de una ley, caracterizada por la generalidad abstracta, sino en virtud de una Sentencia que enjuicia el caso concreto. Finalmente, tras efectuar este examen desde el punto de vista de la culpabilidad, pasan a contemplar la cuestión desde la perspectiva de la antijuridicidad, para concluir que, si se parte de que el derecho a la vida existe desde el momento mismo de la concepción, resulta, como corolario jurídico, el deber de todos de abstenerse de acciones contrarias a tal derecho, deber que es exigible por el Estado, a través de la pena, frente a cualquiera y por encima de cualquier otro bien jurídico que no está subordinado.

D) Por último, bajo el epígrafe de «ampliación del motivo séptimo de la inconstitucionalidad», los recurrentes manifiestan que a las ambigüedades denunciadas en el escrito inicial, que entrañan una violación del principio de la seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, debe añadirse una nueva ambigüedad, el peligro que el aborto implica para la vida y la salud de la madre, lo que, a su juicio, entraña una vulneración del art. 43 de la Constitución. En efecto -señalan- en el supuesto de que una peligrosa situación clínica de la madre, previa al embarazo, pudiera verse potenciada a causa de la gestación concomitante hasta el punto de poner en peligro su vida, confirmándose así la excepcional circunstancia clínica a que alude la Ley, no puede olvidarse que el acto abortivo, en sí mismo, incorpora a la salud ya precaria de la madre un innegable nuevo riesgo que puede acabar con su vida.

3. Por escrito de 10 de febrero de 1984, el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, se opone al recurso previo de inconstitucionalidad haciendo las siguientes alegaciones:

A) Por lo que se refiere al «primer motivo de inconstitucionalidad» alegado por los recurrentes, considera que, con independencia de posibles discusiones de tipo valorativo, es necesario analizar el alcance del precepto impugnado, que se limita a despenalizar ciertos supuestos de aborto con carácter excepcional, manteniendo la penalización en los demás casos, lo que supone que la vida en gestación sigue considerándose un bien jurídico protegible.

Los recurrentes sostienen que tales supuestos deberían hallarse penados, entendiendo que la falta de previsión penal entraña la infracción de una serie de preceptos de la Constitución. En el fondo de su postura late la tesis de la necesidad incondicionada y absoluta de utilizar normas penales para proteger esos derechos, lo que les fuerza a una interpretación del art. 15 de la Constitución. Esto es: tal necesidad no se presenta en la demanda como una consecuencia exegética deducida del análisis de la Constitución, sino más bien como un *prius* condicionante de la interpretación misma. Pero, a juicio del Abogado del Estado, la exigencia incondicional de una ratio penal, sin matizaciones ni distingos, no puede ser compartida ni contradicha en un escrito procesal que debe discurrir por el cauce de la reflexión jurídica; se trata, en definitiva, de materia de política criminal y no es jurídicamente debatible.

Ahora bien, si la necesidad de penar el aborto, como única y no última ratio, representa una cuestión metajurídica, la pregunta de si la Constitución impone precisamente este deber constituye una cuestión jurídica. Lo que hay que plantearse no es si es necesaria una norma penal, sino si la Constitución, en este caso, la impone. La respuesta es negativa: No existe en el Derecho español, ni en ordenamiento jurídico alguno, una absoluta y fatal correspondencia entre infracción jurídica y sanción penal, y sobre todo, no hay en el texto constitucional el más leve indicio de que así haya de ser. Por otra parte, de acuerdo con la concepción constitucional clásica, los derechos se afirman frente al Estado, son límites a la acción del poder político; tal es el sentido -señala el Abogado del Estado- del art. 53 de la Constitución, según el cual «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a

todos los poderes públicos». Bien es cierto que con ello -añade- no quiere negarse la concepción de la Constitución como un todo y la influencia indirecta que los preceptos reguladores de los derechos fundamentales pueda tener en la interpretación de los restantes preceptos legales; pero lo que se pretende es afirmar la imposibilidad de inferir la necesidad de una norma penal como única solución o alternativa legítima para la tutela de un bien jurídico. La solución de concebir los derechos fundamentales como derechos ejercitables frente al Estado ha llevado a casi todas las legislaciones de nuestro entorno cultural a rechazar que del derecho a la vida pueda inferirse una obligación positiva del Estado para implantar mecanismos coercitivos de signo penal en todo caso; así lo ha entendido -precisa el Abogado del Estado- el Tribunal Constitucional austriaco y, en forma implícita, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y la Corte Constitucional italiana. Única excepción es la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975, que -admitiendo la legalidad constitucional de la llamada solución de indicaciones indicaciones- ha seguido el camino de juzgar la cuestión planteada en función de unos juicios de valor, pero sus planteamientos han sido muy controvertidos por la doctrina. Por lo demás, recuerda el Abogado del Estado que los propios recurrentes, aun dentro de la línea de los juicios de valor, se ven forzados a criticar la Sentencia alemana, por declarar ésta inexigible la continuidad del embarazo en las cuatro indicaciones cuya constitucionalidad deja a salvo, precediendo a dicha consideración la declaración de que la fijación de las penas compete al legislador, que la pena nunca puede ser un fin en sí misma, y que el legislador debe hacer un uso prudente y cuidadoso de las sanciones penales al no ser éstas sino el último extremo recurso posible para el cumplimiento de los fines de la política legislativa.

Pasa después el Abogado del Estado a considerar la interpretación de la palabra «todos» dentro del art. 15 de la Constitución, para concluir que desde el sentido de las palabras, al reconocerse a «todos» la titularidad de un derecho, sólo podrán incluirse en el término aquellos a quienes el Derecho reconoce como sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas. El problema, pues, se remite al sector del ordenamiento, que precisa quiénes pueden ser titulares de derechos. Por otra parte -añade-, el resto del art. 15 sólo es aplicable a las «personas».

En cuanto a la interpretación sistemática aducida también por los recurrentes, que quieren poner de relieve, por ejemplo, la contradicción existente entre las medidas de protección propias del estado social (art. 1 de la Constitución) y el contenido del precepto impugnado, el Abogado del Estado se remite a sus alegaciones posteriores sobre otros motivos de inconstitucionalidad, aunque pone de manifiesto que la razón sistemática se divide con cierta arbitrariedad, haciendo servir a unos preceptos para unos efectos y no para otros. Por otra parte, indica que en la Constitución las prohibiciones, cuando existen, aparecen en forma precisa y concreta: así la prohibición de la pena de muerte (art. 15), la de los Tribunales de Honor (art. 26), la de imponerse por la Administración Civil sanciones privativas de libertad (art. 25.3) y, particularmente, la expresa mención de sanciones penales y administrativas para proteger un derecho, que realiza el art. 45.3 en relación con el medio ambiente. Por lo tanto, la omisión de protección penal será constitucionalmente ilegítima cuando así

viniere expresamente contemplado en la Constitución. Y así, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, la posibilidad de prohibir el aborto se ha examinado siempre como una posibilidad de los estados miembros de perseguir penalmente, o no perseguir, tal conducta, pero nunca como la obligación de castigar con sanción penal, inexistente incluso en el ámbito en que se entiende que existe vida humana protegible como bien superior de la libertad de la madre (veintiocho semanas de gestación). En definitiva, no se prevé la obligatoriedad de una persecución penal en el caso que nos ocupa; sólo su posibilidad, ejercible o no.

Los recurrentes hacían referencia también a los antecedentes históricos bajo la invocación del art. 3 del Código Civil, que menciona a los mismos como elemento auxiliar de la interpretación jurídica. El Abogado del Estado los divide en dos grupos: de un lado, las normas sancionadoras del aborto contenidas en los diversos Códigos Penales; de otro, el conjunto de preceptos que implican una protección al nasciturus. A su juicio, ambos son irrelevantes. La tradición legislativa relativa al primer grupo no puede constituirse en medio interpretativo cuando precisamente lo que persigue el proyecto impugnado es una innovación legislativa que rompe con el pasado. Y las normas civiles protectoras de los derechos del nasciturus suponen simplemente la atribución de derechos *in fieri*, pendientes en cuanto a su eficacia del hecho posterior e incierto del nacimiento, de tal modo que sólo a partir del instante en que se produce tal condición se perfecciona el derecho.

Una especial consideración merecen al Abogado del Estado los antecedentes legislativos en la elaboración de la Constitución, de los que hace una detallada referencia para concluir que con la fórmula adoptada finalmente en el art. 15 no se decidió ni a favor ni en contra del aborto. La fórmula «todos» constaba antes del debate parlamentario en el anteproyecto, y tal redacción no suscitó la oposición ni enmienda alguna de ningún grupo parlamentario, incluidos los defensores del aborto. Luego la ponencia introdujo el término «persona», como consecuencia de una enmienda justificada en una «mayor corrección técnica», y, por otra parte, se presentó una enmienda -la 776- que incluía explícitamente al nasciturus, enmienda que no fue discutida ni incluso aludida en el debate en la Comisión, pero que demuestra que había parlamentarios que no estimaban que el término «todos» supusiera la interdicción constitucional del aborto. Por último, es en el Pleno del Congreso cuando un Diputado propone la vuelta a la vieja fórmula «todos tienen derecho a la vida» con una intención muy concreta: la de hacer posible que la protección jurídica se extendiera al nasciturus y con ello asegurar, a su entender, que cualquier forma de aborto no fuera posible en el futuro. Sin embargo, concluye el Abogado del Estado que, aunque la enmienda se aprobó por mayoría, se reconoció por los diversos grupos que con ello no quedaba zanjada la cuestión del aborto. En ningún momento -constata- hubo realmente un debate sobre el aborto; el propio Diputado de UCD, que explicó el voto de su grupo, decisivo para que se aprobara la enmienda del grupo de Alianza Popular, explicó que «ninguna de las dos fórmulas que aquí están en cuestión es una forma abortista», con lo que evidenció la desconexión entre la cuestión del aborto y la alternativa terminológica que se sometía a votación.

Por último, el Abogado del Estado, tras considerar la tesis de los recurrentes según la cual «la realidad social del momento en que ha de ser aplicado el art. 15 de la Constitución» exige interpretar éste como referido al no nacido, concluye que tal afirmación se apoya en una serie de escritos de algunas Corporaciones, Colegios e instituciones privadas, esto es, se trata de un reflejo de la existencia de muchas opiniones sobre el tema, por lo que dicho criterio hermenéutico no resulta decisivo.

B) En el motivo segundo del recurso previo de inconstitucionalidad los recurrentes estiman conculcado por el Proyecto en cuestión el art. 1 de la Constitución, según el cual España se constituye en un Estado social, y ello por entender que existe una contradicción entre la preocupación por la defensa de los derechos fundamentales propia del Estado social y la falta de protección al más primario y fundamental de todos, que entraña el art. 417 bis del Proyecto.

Señala el Abogado del Estado que el significado, función y alcance de la cláusula del Estado social es difícil de reconducir a una definición sintética. Su significado originario suele vincularse, de un lado, al reconocimiento de ciertos derechos típicos, diferenciados de los clásicos derechos de libertad (de los que en nuestra Constitución hay amplio testimonio en la lista de derechos fundamentales), y de otro, a la enunciación de ciertos principios con significación principalmente programática (que en nuestra Constitución aparecen fundamentalmente relacionados en el capítulo tercero bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica). No cabe ocultar -añade- que en la jurisprudencia constitucional alemana la cláusula del estado social ha pasado de ser una cláusula puramente habilitante a ser una cláusula vinculante, pero tal conceptualización se ha efectuado con enormes cautelas y consignando fuertes límites, que impiden entender existente un deber del Estado ante cualquier necesidad o ante cualquier medida que pueda entenderse que favorece a algún derecho o principio directivo, aun constitucionalmente proclamado, porque se llegaría a destruir el propio estado de derecho, y el ordenamiento jurídico quedaría anulado si cada ciudadano pudiera exigir del Estado una determinada prestación invocando un principio rector de la política social que hubiera de favorecer sus intereses. Por otra parte -señala- en la demanda no se tiene en cuenta para nada la posición de la madre embarazada, ni se valoran en ninguna medida los derechos de la misma. En cualquier caso -añade-, lo cierto es que la cláusula del estado social deja inevitablemente abiertas todas las soluciones al legislador, de tal forma que sólo prohíbe una política unívoca y tendencialmente antisocial. En definitiva: no se duda de que la vida en gestación es un objetivo protegible, pero la determinación de los medios y de los límites en su aplicación debe ser dominio del legislador. Recuerda finalmente el Abogado del Estado que este Tribunal Constitucional ha interpretado la cláusula del estado social como un instrumento de aseguramiento real de los derechos existentes y reconocidos, sin hacer surgir para el Estado deberes que no tengan una expresa configuración positiva.

Examina luego el Abogado del Estado la tesis de los demandantes de que el Proyecto impugnado viola también el principio del estado de derecho, proclamado asimismo en el art. 1 de la Constitución y, en concreto, la teoría de la división de

poderes al invadir las funciones jurisdiccionales, tanto del Tribunal Constitucional como del orden judicial penal ordinario.

En cuanto al primer extremo, se basa la demanda no tanto en que el legislador ordinario haya interpretado mal el art. 15 de la Constitución como en el hecho de que lo haya interpretado, entendiendo que la mera interpretación corresponde al Tribunal Constitucional, de modo que el legislador ha asumido competencias que la Ley orgánica del mismo (LOTIC) atribuye a este Tribunal. Para el Abogado del Estado este planteamiento no es aceptable, pues la norma cuestionada -dice- no pretende interpretar el art. 15 de la Constitución, sino establecer unos supuestos de exención de responsabilidad penal. Y en cualquier caso, la objeción de la demanda, en los términos en que está formulada, impediría la promulgación de cualquier norma jurídica, por cuanto siempre y ante cualquier mandato cabría inferir idéntica objeción.

En segundo lugar manifiesta el Abogado del Estado que no encuentra la menor justificación al reproche de que el legislador ha invadido las competencias del orden judicial penal. Es difícil, a su juicio, admitir la hipótesis abstracta de que el legislador invada competencias judiciales, si no es por la vía de privar a los órganos del poder judicial de las funciones constitucionalmente reservadas a ellos, atribuyéndoselas a otros con distinta incardinación constitucional. Tal cosa no sucede en el proyecto impugnado, que no realiza ninguna operación de sustracción, sino que se limita a introducir una nueva regulación sustantiva en la legislación penal, lo que entra dentro de sus atribuciones, ya que el llamado a definir las infracciones punibles es el legislador, según resulta de los arts. 62.2 y 25 de la Constitución. La función de los Jueces consiste en aplicar la Ley, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», por lo que no puede decirse que se viole el art. 117 de la norma fundamental por el hecho de sustraer determinados supuestos de la lista de hechos tipificados como punibles. Y ello es así, por cuanto la competencia del juzgador desde el punto de vista de sus poderes procesales no se reduce por efecto de una destipificación penal: En todo caso, el juicio sobre si un hecho debe o no conceptuarse como infracción punible queda reservado al juzgador, que no está sujeto a otro límite que el del imperio de la Ley. Añade finalmente el Abogado del Estado que tampoco aparece justificada la afirmación de que la exigencia de un dictamen facultativo previo implique sustraer poderes al Juez. Tal intervención -precisa- se preceptúa como un elemento más de la norma que excluye la sanción en ciertos casos de aborto, como medida de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, lo que sucede en la regulación positiva de la mayor parte de los países de nuestro entorno.

C) Entra a continuación el Abogado del Estado a analizar el motivo tercero de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes, en el que se denuncia la violación del art. 10.2 de la Constitución, en relación con el 96.1 de la misma. Para el Abogado del Estado, ateniéndonos a los Convenios ratificados por España, si se tiene en cuenta su letra y la práctica interpretativa por los países signatarios, se llega a una conclusión contraria a la que pretenden los demandantes, pues en todos se da una inequívoca identificación entre el derecho a la vida y su titularidad por la persona humana. Del análisis de esos textos internacionales -«Declaración de Derechos humanos» de 1948,

«Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» de 1950 y «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» de 1966 (omitido, por cierto -dice-, en la relación contenida en la demanda)- se desprende que la interpretación de los recurrentes carece de justificación. Pero existe, además, un hecho capital y es que ninguno de los Tratados referidos en la demanda ha sido interpretado por ningún país signatario, ni por ningún Organismo supranacional, en el sentido de estimar atentatorio al texto de aquéllos la despenalización del aborto. Y si en algunas decisiones de Tribunales extranjeros se hace referencia a los Acuerdos y Tratados internacionales como posible obstáculo a la Ley de despenalización del aborto, tal hipótesis ha sido expresamente desestimada. Al respecto cita el Abogado del Estado la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco de 11 de octubre de 1974, en la que se razona que «si la regulación del art. 2 de la Convención de Derechos Humanos no se refiere al embrión, la no punibilidad de la interrupción del embarazo no puede ser contraria a dicho precepto», y la decisión del Consejo Constitucional francés, ante el que se invocó el art. 2 del Tratado de Roma y que rechazó el argumento, destacando sobre todo la compatibilidad de la Ley impugnada con el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. También cita al Tribunal de Estrasburgo, el cual ha declarado en uno de sus informes que «nada prueba que las partes signatarias de la Convención hubieran querido comprometerse por tal o cual solución debatida... que no hubiera sido objeto de debates públicos al tiempo de la elaboración de la Convención», y añade que más significativo es aún el que, en un caso en que se postulaba frente al Gobierno alemán la no punibilidad del aborto, la defensa procesal de dicho Gobierno alegara que «no parecía que el art. 2 de la Convención fuera aplicable a la vida en formación». En definitiva, concluye el Abogado del Estado que ni de los textos internacionales, ni de su proyección aplicativa, cabe inferir un criterio interpretativo de los tratados internacionales como excluyente de la posibilidad de despenalizar el aborto. Más aún: En la época en que España suscribió estos tratados, las soluciones legislativas de la mayor parte de los Estados signatarios excluían la penalidad del aborto en términos incluso menos restrictivos que los que recoge hoy el proyecto impugnado, con lo que difícilmente podría verse en el acto de suscripción y ratificación un entendimiento de su significado, diverso del aceptado y aplicado en la mayoría de los países signatarios.

D) Examina luego el Abogado del Estado el motivo de inconstitucionalidad denunciado por los recurrentes en el apartado cuarto de su escrito, en el que sostienen que el Proyecto impugnado vulnera el art. 39.2 y 4 de la Constitución.

Señala el Abogado del Estado que la argumentación de este motivo discurre por un doble cauce: En cuanto el Proyecto impide al padre su intervención para otorgar el consentimiento del aborto, y en cuanto genera desigualdades respecto de los hijos nacidos. En su opinión, toda esta argumentación parte de considerar las expresiones «hijos» o «niños» como comprensivas del concebido y no nacido, añade que la protección de los hijos (o niños, puesto que el precepto en el conjunto de sus apartados está obviamente contemplando a los hijos menores) a que se refiere el art. 39 de la Constitución se encuentra indiscutiblemente ligada a la noción de persona. Por otra parte, la demanda apunta a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer

según el Código Civil, aunque de ello no infiere ninguna lesión del art. 14 de la Constitución. Estima el Abogado del Estado que, pese a no haberse argumentado nada en tal sentido, debe destacarse el total olvido que en la demanda se hace de la distinta posición de la mujer embarazada y del varón progenitor. La simple consideración de los supuestos de despenalización del aborto contemplados en la norma impugnada evidencia -dice- la improcedencia de cualquier forma de consentimiento del varón. En el caso de aborto por indicación terapéutica, el conflicto de derechos se sitúa exclusivamente entre el futuro de la concepción y la madre; en el caso de indicación ética, no se comprende que hayan de prolongarse las consecuencias del delito, agravando la situación de la embarazada al requerir el consentimiento del propio violador; finalmente, en el tercer supuesto de despenalización, el compromiso del padre, de soportar los cuidados y gastos del nasciturus, no eliminaría la aflicción o penosidad del hecho para la madre. En definitiva -concluye el Abogado del Estado-, si la posibilidad del aborto en determinados casos se basa en la no exigibilidad de otra conducta por parte de la madre, pese al sacrificio que ello supone del bien jurídico que es la vida en formación, con mayor razón prevalecerá aquella no exigibilidad frente a los eventuales derechos del padre, que sólo asumirían, en su caso, un significado instrumental y supeditado a dicho bien jurídico.

E) y F) Como quinto motivo de inconstitucionalidad señalaban los recurrentes la vulneración del art. 53 de la Constitución, en cuanto a las garantías del derecho fundamental a la vida. Luego, bajo la rúbrica de «motivo sexto», procedían a analizar las «indicaciones» contempladas en el proyectado art. 417 bis del Código Civil. El Abogado del Estado contesta en forma global a ambos apartados.

Señala, en primer lugar, que la demanda, en el tratamiento impugnatorio del precepto en cuestión, parte de unas premisas generales que merecen unas consideraciones previas:

1.<sup>a</sup> Equiparación absoluta del feto con la persona nacida, que no tiene fundamento alguno en la Constitución y, a mayor abundamiento, tampoco en el texto penal vigente ni en la larga serie de los que le han precedido, pues la misma diferenciación del tipo penal respecto del homicidio y el infanticidio hacen innecesarias mejores demostraciones.

2.<sup>a</sup> Desatención absoluta de los derechos de la madre ante la situación del embarazo, cuando esta situación viene caracterizada precisamente por una confluencia de derechos tan intensa que no encuentra parangón en ningún otro supuesto contemplado en el ordenamiento. El derecho a la vida de la madre, al desarrollo de su personalidad, a la salud, al honor, a su intimidad, etc., son aspectos que no pueden dejarse de lado so pena de asumir una visión parcial y, por ende, inexacta del problema. De todos ellos, merece una especial consideración el derecho a la intimidad. También la demanda parece rechazar la existencia de conflicto entre bienes jurídicos, afirmando que la vida constituye un valor absoluto, no susceptible de limitación y ante el que deben ceder todos los demás derechos por presuponer todos y cada uno de ellos el derecho a la vida. Esta argumentación -señala el Abogado del Estado-, que sólo se

sostiene sobre la base de una total equiparación entre el feto y la persona nacida, olvida además que no existen derechos ilimitados -el propio derecho a la vida cede legítimamente ante la propia defensa de la persona y de los bienes-, que todo derecho puede entrar en conflicto con otros derechos e intereses, y que la valoración de estos intereses y el señalamiento de los correspondientes límites es tarea primordial del legislador.

3.<sup>a</sup> Remisión de las funciones de tipificación penal a los Tribunales. En esencia parece sostenerse en la demanda que los supuestos de despenalización del aborto podían muy bien incluirse en los casos de exención de responsabilidad criminal por estado de necesidad. Pero la Ley -manifiesta el Abogado del Estado- no puede renunciar a regular la vida social con sus características de generalidad y abstracción, y menos aún en una disciplina para la que el principio de legalidad constituye un instrumento de su propio ser. La culpabilidad como elemento conceptual de la propia noción de delito no puede ser extraña al legislador, ni puede dejar de ser por tanto una categoría jurídica, porque una definición jurídica del acto violatorio tiene que basarse exclusivamente en la noción de norma jurídica, y ésta, y sólo ésta, es la llamada a definir la culpabilidad a los efectos de integrar el tipo, y si el Juez declara la culpabilidad, estará inevitablemente aplicando la norma. Que la norma penal defina la culpabilidad de una u otra forma, o incluya el mandato en la parte general de un texto o en la regulación concreta de una figura penal, es algo que compete exclusivamente al legislador. Por ello, bajo la apariencia de una actitud «judicialista» se esconde en la demanda un puro y simple rechazo de la norma.

4.<sup>a</sup> Rechazo de la norma por los riesgos potenciales de su propio incumplimiento. En algunos pasajes de la demanda -recuerda el Abogado del Estado- se expresa el temor de que la despenalización de los casos de aborto contenidos en el art. 417 bis del Código Penal constituyan un portillo abierto al aborto libre. Esta argumentación discurre, a su juicio, por cauces ajenos al objeto del presente proceso, que no tiene por misión -dice- asumir la responsabilidad de los resultados de la Ley, sino enjuiciar los enunciados de ésta bajo la perspectiva del texto constitucional.

Hechas estas consideraciones previas, pasa el Abogado del Estado a examinar la impugnación concreta del precepto en cuestión, y a este respecto recuerda que el proyectado art. 417 bis del Código Penal exime de penalidad al aborto si se practica por un Médico con el consentimiento de la mujer cuando concurra alguna de las circunstancias que se expresan a continuación.

Para el caso de conflicto entre la vida de la madre y la del nasciturus, dentro de la «indicación terapéutica», los recurrentes señalan, en primer término, que cabe la eximente de estado de necesidad, razonamiento -dice el Abogado del Estado- que, de ser congruente consigo mismo, debiera haber hecho prescindir de la impugnación; a continuación alegan que la exención comprende «casos excepcionales cada vez menos frecuentes» y que hoy existen medios para lograr salvar la vida de la madre y la del hijo, razonamiento que, a juicio del Abogado del Estado, no excluye la razón de ser del precepto, y menos aún demuestra su inconstitucionalidad, puesto que el que la norma

haya de tener una aplicación más o menos frecuente no elimina el problema en los casos en que aparezca. En cuanto al caso de conflicto con la salud, el Abogado del Estado se remite a las consideraciones que hizo anteriormente. Por otra parte, señala la conveniencia de traer a colación, dentro de un marco valorativo, la doctrina de la «conducta no exigible» que, como los propios demandantes reconocen, es sostenida por la doctrina más moderna como causa de exención de responsabilidad. El legislador -dice- tiene derecho a valorar qué conductas merecen castigo y cuáles no, en su función ordenadora de la convivencia. Además -añade-, ni siquiera la demanda contiene una afirmación contraria al espíritu de la Ley, esto es, que aun en caso de grave peligro para la salud de la madre la interrupción del embarazo deba dar lugar a sanciones para ésta. En definitiva -concluye- las divergencias de los recurrentes con la Ley en este punto vienen a quedar reducidas a una modesta diferenciación de matiz técnico, que no se justifica en un recurso de inconstitucionalidad.

Por lo que se refiere a la «indicación ética», recuerda el Abogado del Estado que la demanda se limita también a formular reservas de tipo técnico, si se prescinde del juicio moral y de las medidas que podrían coadyuvar a evitar el aborto en tales casos. El argumento -dice- va más dirigido contra el potencial abuso de la Ley que contra la Ley misma, argumento que no resulta atendible si se tiene en cuenta que en el caso de que la denuncia de violación se revelare falsa, o a través de cualquier confabulación se hiciera abuso de la norma, existiría un delito independiente, además de cesar el supuesto de no punibilidad previsto en el proyecto. Finalmente, el Abogado del Estado pone de manifiesto que para los demandantes la indicación ética entraña una violación del art. 15 de la Constitución al hacer prevalecer -dicen- el derecho al honor sobre el derecho a la vida; a lo que contraargumenta que no es la consideración del derecho al honor de la madre la única motivación que está en la raíz de la indicación. Es sobre todo la inexigibilidad de otra conducta, pues forzar a la mujer embarazada por consecuencia de un delito, a vivir perpetuamente vinculada a un hecho indeseado e indeseable es exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal.

En cuanto a la «indicación eugenésica», los recurrentes denuncian como vulnerado el art. 49 de la Constitución, precepto -señala el Abogado del Estado- que se refiere en todo caso a la acción asistencial del Estado y que no está pensando en los concebidos y sobre todo no contempla los graves conflictos de derechos que surgen en los casos comprendidos en el proyectado art. 417 bis del Código Penal. La indicación eugenésica -añade- tiene una evidente conexión con el supuesto del art. 417 bis primero; se trata de no exigir a quien psicológicamente no pueda soportarlo, un embarazo cuyo fruto -con la certeza que ofrecen las modernas técnicas- haya de presentar graves taras físicas o psíquicas.

Una vez concluido el examen de los supuestos de no punibilidad del aborto, señala el Abogado del Estado que, por otra parte, estos planteamientos no constituyen ninguna originalidad novedosa de doctrina penalista, sino que tienen su plasmación positiva en la vigente legislación penal. En efecto, una consideración del art. 414 del Código Penal vigente muestra que el aborto llamado honoris causa ha merecido un

tratamiento singular en todas las Leyes penales, sujetándose a la más leve de las penas privativas de libertad. Por consiguiente, 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.

G) Por último, considera el Abogado del Estado el motivo séptimo del recurso, en el que se alude a supuestas «ambigüedades constitucionales» del proyectado art. 417 bis del Código Penal, que se estima violan el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, sobre todo porque el proyecto no contiene previsión alguna sobre las consecuencias que la modificación por él introducida supone en otros campos jurídicos.

Señala al respecto, en primer lugar, que, en su opinión, las observaciones formuladas atienden a problemas más o menos teóricos de integración o interpretación jurídica, bien de la propia norma, bien de ésta en su relación con otros preceptos del ordenamiento jurídico, pero no tienen que ver con el principio de seguridad jurídica, al no discutirse su legalidad formal o su certeza material. Por otra parte -añade-, la demanda se resuelve en un enunciado casuístico de «circunstancias», pero no funda en ellas ninguna objeción directa de inconstitucionalidad, sino que recaba del Tribunal Constitucional una sentencia interpretativa, petición que, como ha recordado ya este Tribunal, resulta de improcedente planteamiento por las partes. No obstante, el Abogado del Estado pasa a comentar así las mencionadas «circunstancias»:

1.<sup>a</sup> Por lo que se refiere a la «expresión peligro grave para la salud», el concepto de salud es un término empleado en la Constitución, como el objeto de un derecho protegible, y la aplicación o interpretación del concepto está confiada a los órganos encargados de juzgar sobre el derecho, en su caso.

2.<sup>a</sup> En cuanto a la violación, el delito habrá de ser denunciado, y al Juez le compete perseguirlo si llega a demostrarse su existencia, o, en caso contrario, proceder por simulación de delito contra la persona que hubiere fingido su comisión.

3.<sup>a</sup> No es objetable la norma porque su presupuesto de hecho constituya un juicio de probabilidad.

4.<sup>a</sup> La práctica médica no exige la secuencia de ningún proceso administrativo.

5.<sup>a</sup> No se desprende del proyecto obligación específica para los facultativos, por lo que resulta ocioso preguntarse sobre la objeción de conciencia.

6.<sup>a</sup> Se trata de una cuestión de derecho civil, que no es misión del Código Penal resolver.

7.<sup>a</sup> Ya fue objeto de consideración esta objeción, como motivo sustancioso de impugnación.

8.<sup>a</sup> No se señala por qué la intervención del Ministerio Fiscal ha de ser preceptiva.

9.<sup>a</sup> El régimen de la Seguridad Social respecto al aborto es cuestión ajena al recurso.

10.<sup>a</sup> La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, no puede erigirse en parámetro de validez del proyecto impugnado.

11.<sup>a</sup> Finalmente, en cuanto a la circunstancia invocada en el motivo cuarto del escrito de ampliación, esto es, «el peligro que implica el aborto para la vida y la salud de la madre», no puede negarse que este riesgo es el que la norma trata de conjurar en la primera de las indicaciones, y en otro caso no sería distinto del de cualquier persona ante una intervención quirúrgica.

4. Habiéndose recibido del Congreso de los Diputados los Diarios de Sesiones del Pleno del mismo correspondientes a la segunda legislatura, así como el diario de «Sesiones de la Comisión de Justicia Interior», todo ello referido al proyecto impugnado, y del Ministerio de Justicia el expediente de elaboración del anteproyecto de la Ley orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal, en el que se incluía el art. 417 bis, este Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de febrero de 1984, dispone la habilitación de un plazo común de diez días para que toda esta documentación pueda ser conocida por las partes y puedan alegar con relación a ella y dentro del indicado plazo lo que estimaren conveniente a su derecho.

El señor Ruiz Gallardón, en la representación que le corresponde en el presente proceso, formula en el indicado plazo sus alegaciones, en escrito de 7 de marzo de 1984, dirigidas a los siguientes puntos:

A) El expediente remitido es, a su juicio, incompleto.

B) El Ministerio de Justicia ha remitido una inabarcable documentación que considera improcedente, integrada por cuatro gruesos volúmenes conteniendo información sobre el ordenamiento jurídico español en la materia, sobre la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, así como los datos sociológicos e información de prensa; documentación toda ella posterior a febrero de 1983, por lo que no pudo ser tenida en cuenta por el Ministerio para la elaboración del anteproyecto.

C) La documentación es, en su opinión, presuntamente parcial. Al mismo tiempo hace una proposición de prueba que califica de documental, pública y privada, así como una proposición de prueba pericial.

Por su parte, el Abogado del Estado, en el plazo de alegaciones, manifiesta que a la vista de la documentación recibida del Congreso de los Diputados y del Ministerio de Justicia poco se podría añadir a las alegaciones formuladas en su momento: Los

debates parlamentarios revelan una evidente discrepancia política sobre el contenido del proyecto de reforma; un análisis de las críticas al mismo evidencian no tanto el propósito o la convicción sobre la necesidad de someter a penas aflictivas a quienes incidan en los tipos que se despenalizan, cuanto el derecho de operar con diferentes técnicas de exención de responsabilidad para estos mismos supuestos. A juicio del Abogado del Estado, si desde el punto de vista político técnico la cuestión presenta gran interés, desde el punto de vista de la constitucionalidad del proyecto ofrece escasa utilidad. Por otra parte, añade que los estudios tenidos en cuenta para la valoración del anteproyecto muestran una cuidadosa consideración de los distintos aspectos que inciden en las cuestiones contempladas, y que estos estudios y trabajos no tienen otra significación que la de elementos de reflexión y análisis previos a una decisión legislativa, cuya conformidad a la Constitución ya ha razonado en su momento.

5. En relación con las peticiones formuladas por la parte recurrente sobre recibimiento y proposición de prueba, este Tribunal, después de dar traslado al Abogado del Estado del escrito y documentos aportados por plazo de cinco días, resuelve, por Auto de 9 de abril de 1984, admitir como prueba documental la constituida por los documentos aportados con el escrito de interposición del recurso, el de ampliación y el presentado el 7 de marzo último a que acaba de hacerse referencia en el anterior antecedente, y acuerda denegar el resto de las peticiones que sobre prueba y el contenido del expediente se hacían en el escrito presentado por el señor Ruiz Gallardón como comisionado de los recurrentes.

6. Por providencia de 21 de marzo de 1985, el Pleno del Tribunal señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 26 del mismo mes, plazo que se amplió por providencia del día 28 hasta el máximo permitido por el art. 34.2 de la LOTC.

7. En la sesión del Pleno de 11 de abril de 1985 se sometió a votación conjunta la ponencia formulada por el Ponente inicialmente nombrado, don Jerónimo Arozamena Sierra, y el texto alternativo redactado por los Magistrados doña Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant. En dicha votación obtuvo mayoría el texto alternativo mencionado, en atención a lo cual el Ponente señor Arozamena solicitó del Presidente que le dispensara de la redacción de la sentencia. Por Decreto de la misma fecha, el Presidente accedió a lo solicitado y nombró Ponentes para dicho acto a los Magistrados señora Begué y señor Gómez-Ferrer.

#### **FUNDAMENTOS:**

### **II. Fundamentos jurídicos**

1. El objeto del recurso que debe ser decidido por la presente sentencia es determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introduce el art. 417 bis en el Código Penal, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos. Se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro

comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. El Tribunal no puede menos de tener en cuenta, como una de las ideas subyacentes a su razonamiento, la peculiaridad de la relación entre la madre y el nasciturus a la que antes hemos hecho mención; pero ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.

2. El proyecto de reforma del Código Penal al que hacemos referencia en el fundamento anterior dice así:

«Artículo único.-El art. 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 concurran 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 del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras 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.»

Los recurrentes consideran este proyecto inconstitucional por estimar que vulnera los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución. El Abogado del Estado, por su parte, considera que el Proyecto no es inconstitucional. Los razonamientos de ambas partes han quedado resumidos en los antecedentes primero, segundo y tercero de esta Sentencia, por lo que sería redundante hacerlo aquí.

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, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiera el desarrollo de nuestra argumentación. 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. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, 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 jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que 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. Por consiguiente, 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. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

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 no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, 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. 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.

Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el art. 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al nasciturus.

En cuanto a la interpretación del art. 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos - al igual que lo hace la versión auténtica española- y en el art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandas, si lo ha hecho en relación con el art. 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión everyone o toute personne de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado art. 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (Ftos. jcos. 9 y 17); asimismo, al examinar el término «vida», la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el art. 2 en cuestión en relación con el feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un «derecho a la vida» de carácter absoluto (Ftos. jcos. 17 a 23).

7. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la

cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental.

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, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). 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. Las consideraciones anteriores nos permiten entrar a examinar el Proyecto objeto del presente recurso para enjuiciar la presunta inconstitucionalidad de los supuestos de declaración de no punibilidad del aborto en él contenidos, aducida por los recurrentes.

El legislador parte de una normativa preconstitucional que utiliza la técnica penal como forma de protección de la vida del nasciturus (arts. 411 a 417 del Código Penal), normativa que no revisa con carácter general, limitándose a declarar no punible el aborto en determinados supuestos, que responden a las denominadas indicaciones terapéutica, ética y eugenésica (Fto. jco. 2). 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.

En primer lugar, las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el art. 8 del Código Penal tienen una aplicación general respecto de los delitos sancionados en este Código, que no ha sido puesta en duda en el presente recurso, y de la que es posible deducir que -en principio y con los límites que les son inherentes- también pueden regir, en su caso, respecto del delito de aborto (arts. 411 y ss. del Código Penal). Pero, ciñéndonos estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes, hemos de considerar si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos.

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.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos.

10. Los recurrentes alegan que no puede conocerse el alcance de los supuestos

previstos por el legislador, dada la imprecisión de alguno de los términos que éste utiliza, lo que, a su juicio, vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

El Tribunal no puede compartir esta alegación de los recurrentes, pues aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

En efecto, el término «necesario» -que se utiliza en el núm. 1 del art. 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto- sólo 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.

En especial, y en relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término «grave» expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Por otra parte, el término «salud» se refiere a la salud física o psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios.

Finalmente, en cuanto al número 3 del mencionado artículo, el término «probable» expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho. Por otra parte, el término «grave» expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.

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.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 de la Constitución -incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»- y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el art. 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al

Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, 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. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto, con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un Médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno.

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 anterior, 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.

Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente.

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, al procedimiento a través del cual pueda prestar el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela y a la inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social.

Al Tribunal no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones, como también la de todas aquellas derivadas del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico -lo que constituye un requisito del consentimiento válido-, sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar.

Pero tales cuestiones, aunque su regulación pueda revestir singular interés, son ajenas al enjuiciamiento de la constitucionalidad del proyecto, que debe circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79 de la LOTC.

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.

Y en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.

**FALLO:**

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

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.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

**VOTO:**

**Voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983**

1. Disiento de la fundamentación y del fallo que han formulado mis colegas. A mi juicio debió declararse la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada por el grupo recurrente y, en consecuencia, debió el proceso legislativo seguir su curso. Contra lo por mí propuesto, y que alcanzó el voto conforme de seis Magistrados, incluido el que suscribe este voto particular, 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.

Nuestro cometido, cuando se declara en el recurso previo la inconstitucionalidad del texto impugnado, o de una parte de ese texto, es concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos [art. 79.4 b) de la LOTC]. Lo que está vedado al Tribunal es establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado o establecer o adicionar otros preceptos. Esto es lo que hace la Sentencia cuando dice al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución. Se equivoca la Sentencia, opino con todos los respetos, cuando recoge (fundamento 12, in fine), que corresponde al Tribunal «indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente». Ni dice esto el art. 79.4 b de la LOTC ni se concuerda con los principios que rigen la relación entre jurisdicción constitucional y legislación.

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 -se ha hecho con el quórum reforzado de las leyes orgánicas-, sin que la fórmula por la que se ha decidido (la de indicaciones, referida a tres supuestos) se encuentre en oposición con el art. 15 (y los otros a los que se acogen los recurrentes para sostener la inconstitucionalidad: arts. 1.1, 39.2, 39.4, 43, 53.1 y 59.3). Para el juicio de confrontación constitucional debe partirse de que es al legislador (que goza de una presunción de constitucionalidad) al que incumbe la conformación jurídica de las relaciones sociales. Inferir del art. 15, como hace la Sentencia, que el precepto es inconstitucional por omisión de determinadas precisiones en el texto no resulta convincente. Se está, en realidad, a mi entender, conformando la modalidad excluyente de la responsabilidad penal, según un juicio que no es de constitucionalidad.

El art. 15 comienza con expresión de función adjetival (todos) no seguida de un sustantivo. De la fórmula gramatical utilizada (y la supresión en el texto de la palabra «persona») no puede inferirse, a mi juicio, que la Constitución dejara decidida una determinada toma de posición impeditiva de una actuación legislativa penal. 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. Junto a estos caminos interpretativos es obligado, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, acudir a los textos internacionales que dice este precepto, y que tienen el valor de factor interpretativo, según el art. 10.2 de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades. No vamos a hacer largas consideraciones para algo que, a mi juicio, aparece claro: El art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Convenio europeo son argumentos irrefutables para sostener que el art. 15 de nuestra Constitución, interpretado desde textos internacionales, no es impeditivo de un sistema de tratamiento del aborto que excluya su punición, y, desde luego, no lo es del configurado en el art. 417 bis del Código Penal (según el proyecto impugnado), como revela, además, la existencia de sistemas variados de tratamiento del aborto en los países signatarios de los indicados textos internacionales.

3. El legislador organiza su sistema penal según los principios del Estado de derecho, el principio de culpabilidad y el principio de humanidad. Cuando configura como punible una determinada conducta (en el caso, el aborto consentido), puede excepcionar conductas, o configurar causas (genéricas o específicas) de justificación, o de inculpabilidad por inexigibilidad de la conducta. Actúa el legislador según el principio de merecimiento de la pena no atrayendo al campo represivo punitivo conductas que no son merecedoras de sanción penal. Cierto que el nasciturus es un bien que merece protección penal. La lesión de ese bien se protege penalmente, pero no toda realización del tipo penal fundamenta la antijuridicidad de la conducta. Junto a las causas de antijuridicidad existen otras causas de inexigibilidad. El que el legislador configure, con mayor o menor rigor técnico, los supuestos excluidos de punición no es atentatorio a principio constitucional alguno. La apreciación de si una conducta es o no generalmente exigible y, en consecuencia, si su realización ha de ser o no castigada con una pena depende de una serie de factores que aprecia el legislador. Los poderes del legislador hechos efectivos en el art. 417 bis para excluir las responsabilidades penales en el caso del aborto consentido, no puede decirse que han traspasado límites constitucionales y, desde luego, no han incidido en violación del art. 15 de la Constitución.

4. La insuficiencia del proyecto (la acusación de que es ambiguo o fragmentario) se alegó por los recurrentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). La Sentencia lo trata partiendo del art. 15. Sobre la inconsistencia de inferir partiendo del art. 15 que el proyecto de ley incurre en omisión que provoca su inconstitucionalidad ya he expuesto antes cuál es mi opinión. El texto del que discrepo no analiza, propiamente, lo que es el verdadero motivo del recurso

basado en el art. 9.3. Creo que debió estudiarse este motivo (como otros sobre los que pasa por alto la Sentencia: arts. 1.1, 39.2 y 39.4) para concluir desestimándolos.

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.

Madrid, a quince de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la Sentencia dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983

Quiero exponer con la mayor brevedad posible, las razones por la que disiento de esta Sentencia, que guardan, en buena medida, relación con mi modo de entender la función de la Constitución y la inconstitucionalidad de las leyes.

a) En la Sentencia de 8 de abril de 1981 (recurso de inconstitucionalidad número 192/1980, «Boletín Oficial del Estado» de 25 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) En la recordada Sentencia de 8 de abril de 1981 dijimos también algo que yo continúo profesando. Era esto: «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.»

c) Recuerdo ahora también alguna otra opinión del Tribunal: Cuando dijimos que el objeto de un juicio de inconstitucionalidad son los textos legales estrictamente considerados y no el bloque normativo del que forman parte. Es claro, en mi opinión, que el juicio de inconstitucionalidad afecta a los textos legales y no a bloques del ordenamiento o a eventuales resultados de los mismos.

También mantengo como firme que no hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido.

d) Según mi modesto criterio, la inconstitucionalidad como contradicción de una ley con un mandato de la Constitución debe resultar inmediatamente de un contraste entre los dos textos. Puede admitirse que subsiga a una regla constructiva

intermedia que el intérprete establezca. Me parece, en cambio, muy difícil una extensión ilimitada o demasiado remota de las reglas constructivas derivadas de la Constitución para afirmar la inconstitucionalidad por la contradicción de la ley enjuiciada con la última de las deducciones constructivas.

La cosa es todavía más arriesgada cuando en lo que llamo «deducciones constructivas» hay larvados o manifiestos juicios de valor, porque se puede tener la impresión de que se segrega una segunda línea constitucional, que es muy difícil que opere como un límite del poder legislativo, en quien encarna la representación de la soberanía popular.

e) Tampoco creo que sea función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla. No creo que el art. 79.4 de la Ley Orgánica del Tribunal autorice esa tesis.

f) En lo que concierne en concreto a la Ley aquí discutida, coincido con la Sentencia en la legitimidad constitucional del llamado sistema de indicaciones y de las indicaciones contenidas en el proyecto de ley, aunque no comparto todas las razones en que tal conclusión se funda. Creo, simplemente, que el legislador es dueño de exceptuar supuestos concretos de la punibilidad general en atención a su justificación a la concurrencia en ellos de circunstancias que inciden sobre el reproche de culpabilidad o a lo que se ha llamado el juicio sobre el merecimiento de la pena.

g) Si se llega a esta conclusión, me parece que ni se puede, ni se debe ir más allá. Cuando se señalan condiciones de seguridad del aborto, se está pasando insensiblemente del terreno del Código Penal a una hipotética ley de legalización o liberalización que aquí no se ha producido. Me resulta muy difícil entender, constitucionalmente, que una conducta sea punible o deje de serlo por el número de médicos intervinientes o por el lugar en que se realice, porque una cosa es el Código Penal y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables.

Madrid a, quince de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

Voto particular del Magistrado don Francisco Tomás y Valiente en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983

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. No obstante, dado el carácter explicativo del propio fallo y las salvedades que en él se contienen, debo indicar, antes de razonar mi discrepancia, los puntos del fallo y de los fundamentos con los que estoy de acuerdo.

2. Mi acuerdo es total con la declaración de constitucionalidad de los supuestos

en que el proyecto del art. 417 bis del Código Penal declara no punible el aborto; declaración contenida en el fallo y razonada en los fundamentos 9, 10 y 11. Muestro mi sustancial conformidad con los términos y razonamientos en ellos expuestos, e incluso ex silentio con lo que allí no se dice, pues no hay en ellos ni en ningún otro pasaje de 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. En este aspecto el Tribunal se ha limitado a enjuiciar el texto impugnado y nada más.

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. Véanse al respecto el inciso final del fundamento jurídico 5, todo el 6 y el primer párrafo del 7 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 (fundamento jurídico 9). En esto mi conformidad con la Sentencia es completa.

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. Al margen de las imprecisiones o titubeos terminológicos que contienen y que sería prolijo e inútil referir aquí, 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. Conviene tener presente que el proyecto del art. 417 bis no contiene ni una legalización ni tampoco una despenalización del aborto (fundamento jurídico 12), sino la simple declaración de no punibilidad de determinadas conductas, manteniendo intacto el tipo delictivo del 411 del Código, a mi juicio de muy dudosa constitucionalidad. Que en ese contexto la ponderación del legislador penal sea tachada de inconstitucionalidad por falta de dos llamadas garantías provoca mi radical discrepancia por las siguientes razones:

a) Constituye un salto lógico (o ilógico), porque entre la invocación al art. 15 y la conclusión de que hacen falta dos garantías más ( por qué esas y sólo esas?) no existe un juicio de inferencia lógica.

b) Una de las garantías exigidas, la del dictamen de «un Médico de la especialidad correspondiente» para comprobar la existencia del supuesto de hecho del aborto terapéutico, es imprecisa en su formulación ( qué especialidad?) y de imposible cumplimiento en casos de urgencia.

c) No se comprende por qué la exigencia de que «la realización del aborto» haya de tener lugar en establecimiento sanitario se refiera sólo al aborto terapéutico y al eugenésico, pero no al llamado aborto ético.

d) Lo que se denomina en la Sentencia comprobación de los supuestos de hecho es algo que corresponde al Juez penal, dado que las conductas reguladas en el art. 417 del Código Penal continúan siendo delictivas. La intervención preventiva y a esos efectos de un Médico es trasladar a éste deberes y responsabilidades ajenas.

Nada impide, por lo demás, añadir a estas exigencias otras innovaciones a iniciativa del legislador, como podría ser la asistencia a las mujeres que interrumpen el embarazo en Centros y a cargo de la Seguridad Social. El mismo texto da cabida a estos y otros perfeccionamientos deseables. Lo cual pone de manifiesto que estamos ante un juicio de perfectibilidad sobre cuya pertinencia conviene detener nuestra atención.

6. En efecto; más allá de la discrepancia intrínseca respecto a la formulación de las garantías exigidas, mi oposición más rotunda se dirige al hecho mismo de la exigencia. Veamos por qué:

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.

c) Cada Institución debe actuar como lo que es, no «como si» fuera lo que no es. Pocas lógicas hay tan funestas como la lógica del «como si» (als ob). El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar «como si» fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar «la tercera Cámara», ha caído por esta vez en la tentación.

d) Por esta sola vez, puesto que al resolver los anteriores recursos previos (léase por todas la Sentencia 76/1983 sobre el proyecto de la LOAPA) nunca entendió este Tribunal que sus competencias llegaran tan lejos, aunque ya entonces, por supuesto, estaba vigente el art. 79.4 b) de la LOTC, ahora citado como apoyo para señalar al legislador, lo que debe hacer a fin de que su Ley sea conforme con la Constitución.

e) El art. 79 de la LOTC, el mismo que creó fuera de la Constitución, el recurso previo de inconstitucionalidad, en su párrafo 4 b) (modelo de pésima redacción), impone dos deberes dirigidos a dos sujetos distintos. Al Tribunal le exige que, en su caso, concrete la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. Al otro sujeto -«el órgano competente»- le exige que para seguir la tramitación del proyecto suprima o modifique los preceptos, se entiende, declarados inconstitucionales. No puede interpretarse nunca, a mi juicio, que sea el Tribunal quien le indique al legislador qué modificaciones deben ser éstas. De otro modo, es decir, si el Tribunal indicase las modificaciones a introducir, carecería de sentido el párrafo 5 del mismo art. 79 de la LOTC, puesto que si, según éste, «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal» en los recursos que pudieran interponerse contra la Ley ya corregida o modificada, es evidentemente porque tales modificaciones no han sido dictadas de modo vinculante por el Tribunal Constitucional.

f) La técnica usada en este fundamento no tiene nada que ver con la de las denominadas sentencias interpretativas, en las que, de entre las posibles interpretaciones de un texto legal impugnado, el Tribunal declara conforme con la Constitución una de ellas, precisamente en defensa de la presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del legislador democrático.

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.

Con estos argumentos y coincidiendo en lo sustancial con los de otros cinco Magistrados sostuve, como ellos, con mi voto, la ponencia presentada y defendida por

el Ponente inicial del presente caso, que concluía con un fallo declaratorio de la constitucionalidad del proyecto de Ley impugnado.

Madrid, a quince de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

Voto particular de los Magistrados don Angel Latorre Segura y don Manuel Díez de Velasco Vallejo en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983

1. Haciendo uso de las facultades que nos otorga el art. 164 de la Constitución Española (C.E.) y el art. 90.2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), reflejamos por medio del presente voto particular nuestra opinión discrepante, tanto en lo que se refiere a la decisión o fallo como a su correspondiente fundamentación. Las opiniones aquí sostenidas fueron defendidas en el curso de las deliberaciones apoyando la Ponencia presentada por el Ponente inicialmente nombrado, don Jerónimo Arozamena Sierra, y coincidiendo en lo esencial la posición sostenida por los Magistrados firmantes con las de otros cuatro colegas de este Tribunal en dichas deliberaciones.

2. Nuestra primera y fundamental discrepancia recae sobre las atribuciones que al dictar esta Sentencia ha asumido el Tribunal Constitucional (TC). En efecto, 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. En el caso del llamado aborto «terapéutico», el legislador debe exigir el dictamen de un especialista. Tanto en este supuesto como en el del llamado aborto «eugenésico», el legislador debe prever una intervención del Estado mediante la obligación de que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante cualquier solución que el mismo legislador estime oportuna.

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. Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución sino también la LOTC asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una «tercera Cámara» sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo.

3. Por lo que acabamos de exponer no podemos compartir la opinión expresada en la Sentencia de que el art. 79.4 b) de la LOTC autoriza a este TC a indicar las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto de Ley por el órgano competente que, sin duda, son las Cortes Generales. Tal interpretación debe ser rechazada, ya que conduce a la inaceptable conclusión de que este Tribunal Constitucional puede actuar como legislador positivo, en contra de la naturaleza propia de su función. La interpretación adecuada de este precepto es que las Cortes Generales pueden, libre y soberanamente, a la vista de lo resuelto en una Sentencia que sustancia un recurso previo, o bien suprimir los preceptos del proyecto

de Ley declarados inconstitucionales o bien modificarlos con la finalidad de ajustarlos a la Constitución. Tal es así que el número 5 del mismo art. 79 de la LOTC dispone, con carácter general, que «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieran interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa».

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 porque no impone tal tipo de protección ningún precepto constitucional. Estimamos, en todo caso, y de acuerdo con la Sentencia, que no es inconstitucional la despenalización de los supuesto previstos en el proyecto de Ley impugnado.

5. Nuestro disentimiento en este aspecto recae sobre la argumentación en que se basa la declaración de inconstitucionalidad en los supuesto del aborto «terapéutico» y «eugenésico», ya que ningún reproche de inconstitucionalidad se formula al supuesto del aborto «ético». En efecto, tras declarar que los tres supuestos de despenalización son en sí conformes a la Constitución se afirma que en los citados supuesto «terapéutico» y «eugenésico» faltan garantías suficientes para la verificación de los supuesto de hecho, así como para la debida protección de la vida y de la salud de la embarazada, y que la previsión legal de esas garantías es una exigencia constitucional derivada del art. 15 de la Constitución. Entendemos que del «derecho a la vida y a la integridad física y moral» reconocido en el citado artículo constitucional, sea cual sea el alcance que se dé a estos derechos, no cabe inferir que debe imponerse por el Estado una sanción penal para los casos en que este TC no considere suficientes las garantías previstas. 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 fraudulentamente, 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 ellos. Y en cuanto a las medidas necesarias para la mejor protección de la vida y salud de la embarazada tampoco vemos cómo esa protección requiere constitucionalmente, en virtud del art. 15, más garantías que las que el mismo Código Penal establece para otros casos, incluso algunos tan delicados y que tanto afectan a la intimidad de la persona como los previstos en el art. 428 del citado Código.

6. Prescindiendo por razones de brevedad de detallar otros puntos de discrepancia o de asentimiento con la Sentencia, debemos, sin embargo, poner de manifiesto la escasa precisión utilizada en ella respecto a la conocida como «cláusula de conciencia», cuya derivación directa del art. 16.1 de la C.E. compartimos, y que puede ser utilizada como es lógico por el Médico del que se solicite la práctica abortiva para negarse a realizarla. Dicha cláusula, basada en razones ideológicas o religiosas, es un derecho constitucional solamente del Médico y demás personal

sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo.

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.

Madrid, a dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia de fecha 11 de los corrientes, dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983

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 disentimiento 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. Es cierto que esta errónea concepción de la jurisdicción constitucional parece muy extendida en nuestra sociedad; que precisamente con motivo de este recurso se han expresado en la prensa multitud de opiniones que implícita o explícitamente partían del supuesto de que el fundamento de nuestra Sentencia había de ser el juicio sobre la licitud o ilicitud ética del aborto, o la conveniencia de su despenalización, y que (y ello es aún más penoso) destacadas figuras políticas, e incluso miembros del Gobierno, han efectuado declaraciones que manifiestamente arrancaban del mismo convencimiento. Es evidente, sin embargo, que por difundida que esté, tal idea es errónea e incompatible con nuestra Constitución y con los principios que le sirven de base. 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.

Aunque no resulta fácil ni grato hacer la crítica pública de un razonamiento suscrito por colegas que merecen todo mi respeto, es indispensable, para que esta disidencia no quede reducida a un juicio apodíctico, señalar en concreto algunos al menos de los errores conceptuales y de las quiebras lógicas perceptibles en el texto de la Sentencia. Para ello analizaré separadamente cada una de las dos partes bien diferenciadas que cabe distinguir en ésta.

La primera de ellas, la más extensa puesto que abarca los once primeros Fundamentos, sirve de apoyo exclusivamente a aquel inciso del fallo en el que se dice que la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley no resulta de los supuestos de no punibilidad del aborto que en él se contemplan o, lo que es lo mismo, fundamenta el juicio de que no es en principio contraria a la Constitución una Ley que declare no punible el aborto practicado, con el consentimiento de la madre, por serias razones terapéuticas, éticas o eugenésicas. No discrepo, como queda dicho, de esta conclusión; sí discrepo, y muy enérgicamente, del razonamiento que a ella conduce, cuya línea central sitúa ya al Tribunal fuera del ámbito que le es propio y puede conducir por tanto, en otros casos, a decisiones absolutamente inadecuadas.

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. Pese a las consideraciones difícilmente inteligibles (y, en la medida en que lo son, para mí resueltamente inaceptables) que en el fundamento 4 se hacen sobre «el ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo», los Magistrados que han formado en esta ocasión la mayoría no razonan a partir del reconocimiento de un derecho fundamental del nasciturus a la vida, que expresamente niegan en los fundamentos 5, 6 y 7, sino apoyados sobre la idea de que, siendo la vida humana «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento 3), el Estado está obligado a «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 (sic), incluya también como última garantía las normas penales» (fundamento 7). Los derechos fundamentales que efectivamente están implicados en este difícil tema de la sanción penal del aborto consentido (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-) apenas son invocados de manera retórica en el fundamento 8 o como justificación de la no punición del aborto en los dos siguientes.

Paso por alto en este momento, en aras de la brevedad, el análisis de los defectos lógicos y conceptuales que creo apreciar en las consideraciones hechas sobre el «concepto indeterminado» de la vida y otros extremos, así como sobre el error de no haber entrado a fondo en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral. Lo que ahora me importa, por el motivo ya antes indicado, es subrayar que este modo de razonar no es el propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. 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 constitucional 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. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las Leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está, evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que «un valor jurídico») invalidar cualquier Ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al Juez.

Pese a lo dicho, lo cierto es que todas las consideraciones que anteceden sobre los once primeros fundamentos de la Sentencia podrían excusarse, pues todos esos fundamentos, en cuanto que no conducen al fallo (es claro que los fallos del Tribunal Constitucional han de declarar si las Leyes son o no contrarias a la Constitución, no el porqué de lo uno o de lo otro, cuestión ésta sobre la que volveremos después) son una simple, aunque desmesurada, suma de obiter dicta que para nada obligan hacia el futuro. La fundamentación real de la decisión real, es decir, de la declaración de inconstitucionalidad, se concentra en un único fundamento, el 12, en el que es examinado el art. 417 bis, para determinar si «en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de tal forma que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas, ni se desprotejan los derechos a la vida y la integridad física de la mujer». Dicho en otros términos, 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.

Dejando de lado el hecho de que, en primer lugar, 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, que no es poco dejar, limitaré mi atención al análisis de la idea del Estado de Derecho, a mi entender gravemente errónea, que subyace a este modo de razonar.

Del valor «vida» (vida humana, hay que suponer) se ha deducido la obligación del legislador de sancionar penalmente todo atentado contra seres vivos aunque no sean personas; como esta obligación no es, sin embargo, absoluta, el Tribunal acepta la posibilidad de que el legislador, en supuestos determinados por la colisión entre derechos fundamentales y el bien protegido, exima de sanción a los responsables del aborto. Este razonamiento, que no comparto, no conduce a declarar la licitud

constitucional del Proyecto, pues dando un nuevo paso, el Tribunal proclama ahora, en este fundamento, sin justificación alguna, la necesidad de que el legislador establezca condiciones y requisitos previos que garanticen a priori la existencia del supuesto en el que el aborto no es punible. El examen de los hechos y la determinación de las consecuencias jurídicas que a los mismos corresponden quedan así sustraídos al Juez y confiados al Médico, y los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten la obtención de una autorización para abortar.

Como es evidente, la idea que subyace a los razonamientos de este género es, comúnmente, la de que, dada la perversidad natural de los hombres y su tendencia a hacer mal uso de la libertad que se les otorgue, es más prudente partir del principio de la prohibición general, de manera que sólo sean lícitas las conductas autorizadas, que de su opuesto, el principio general de libertad, según el cual es lícito todo lo no expresamente prohibido. Probablemente mis colegas de la mayoría no aceptarán conscientemente ese principio antiliberal, pero es lógicamente imposible, partiendo del principio de libertad, declarar inconstitucional una Ley porque no instituye, junto al control represivo de las conductas (en rigor, en lugar de este control) un control preventivo. Esas medidas a las que en la Sentencia se condiciona la constitucionalidad de la Ley (dictamen de un segundo Médico en el caso del aborto terapéutico; necesidad de que el aborto se practique en centros públicos o privados debidamente autorizados) son seguramente plausibles, como lo son muchas otras de las que ofrece el Derecho comparado (necesidad de dejar transcurrir un lapso mínimo de tiempo desde que se formaliza la decisión de abortar hasta el momento en el que el aborto se realiza, necesidad de que la embarazada reciba previamente información sobre las ayudas que puede recibir si opta por la continuación del embarazo, etc.). 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.

La Sentencia no es interpretativa, puesto que la Sentencia interpretativa ni es posible en el recurso previo, ni puede ser utilizada para invalidar la norma, sino al contrario, para preservar la validez; no respeta lo preceptuado en el art. 79.4 de la LOTC, que ordena al Tribunal indicar la infracción constitucional y deja a las Cortes el cuidado de efectuar las supresiones o modificaciones necesarias para evitarla y, por último, pese a las proclamaciones retóricas en contrario, ignora absolutamente los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas, cuya dignidad, tantas veces citada y aún definida en la Sentencia, al parecer ha de seguir siendo protegida por el tradicional procedimiento de considerar delictivo todo aborto,

sean cuales fueren sus circunstancias.

Madrid, a dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y cinco.