

La Estimativa Jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto. (STC 53/1985, de 11 de Abril).

Angeles López Moreno (*), Carmen M^a García Miranda, José Antonio Seoane Rodríguez (**)

(*) *Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.*

(**) *Investigadores del Área de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.*

I. INTRODUCCIÓN.

El contenido de la comunicación que presentamos centra su estudio en la Sentencia del Tribunal Constitucional español n^o 53/1985, de 11 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad n^o 800/1983, interpuesto con carácter previo por 54 Diputados de las Cortes Generales -legitimados para su interposición por el art.32.1c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional- contra el texto definitivo del "Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal"¹, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos, aprobado por el Senado en la sesión plenaria celebrada el día 30 de noviembre de 1983.

Por razones expositivas y en aras a la claridad, abordaremos la citada Sentencia desde una doble perspectiva. En primer lugar comentaremos, en forma resumida -con los peligros que conlleva todo intento de resumir-, el contenido de la Sentencia, para en un segundo momento entrar en su análisis crítico, distinguiendo aquí, por un lado, cuestio-

nes de carácter técnico-formal y, por otro, cuestiones de carácter material o de fondo.

Veamos en primer lugar el contenido de la Sentencia, que gira en torno al Proyecto que pretendía introducir el artículo 417bis en el Código penal español, cuyo texto era el siguiente:

"El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art.429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiera 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 el informe de dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada."

II. ANTECEDENTES.

Los recurrentes, representados en la persona de don José María Ruiz Gallardón, constituido en comisionado a los fines de interposición del mencionado recurso -conforme a la exigencia del art. 82.1 LOTC-, solicitaban la declaración de 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, que se dictara una senten-

cia interpretativa y aclaratoria de las ambigüedades constitucionales denunciadas.

Motivos de recurso:

A) Interpretación del artículo 15 de la Constitución española.

A juicio de los recurrentes el reconocimiento del derecho de "todos" a la vida se extiende también a los concebidos y no nacidos, ya que la protección de la vida se inicia desde el momento mismo de la concepción.

En consideraciones posteriores, que amplían este motivo de recurso, se señala la importancia de interpretar el mencionado artículo 15 "conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma" (C.C. art.3.1). Expresan asimismo su preocupación al considerar que este proyecto no va a acabar con el aborto clandestino y que la despenalización no resuelve problemas de política criminal.

B) Presunta vulneración del art.1.1 de la C.E.

Los recurrentes consideran que el concepto de Estado social reflejado en este artículo "no se compagina con actuaciones negadoras y supresoras de la vida de los no nacidos".

C) Violación del art.10.2 de la C.E., en relación con el art. 96.1 de la C.E.

Para apoyar esta presunta violación citan los recurrentes diversos textos internacionales: el art.3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el art.2º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y 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, amén de otros textos de tenor similar.

De todo ello concluyen que "hay que in-

terpretar el derecho a la vida reconocido en la Constitución española como abarcando a los concebidos y no nacidos".

D) Violación del art.39 de la C.E. en sus apartados 2 y 4.

El apartado 2 quedaría vulnerado al impedir en el Proyecto la intervención del padre para otorgar el consentimiento del aborto, y el apartado 4 también, pues no se trata de que tales acuerdos internacionales sirvan para interpretar las normas reguladoras de los derechos fundamentales, sino de que la protección en ellos articulada sobre los derechos del niño sea establecida y articulada en el ordenamiento jurídico español.

E) Vulneración del art.53 de la C.E.

En primer lugar, señalan los recurrentes que el derecho a la vida, derecho reconocido en el Capítulo II del Título I, al que hace mención el precepto, 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.

En segundo lugar indican 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.

F) En este motivo los recurrentes procedían a un análisis individual y pormenorizado de cada una de las indicaciones:

1º. El denominado "aborto terapéutico", que recoge dos supuestos:

En caso de conflicto entre la vida de la madre y la del *nasciturus*, y siguiendo el modo en que la práctica y la doctrina jurisprudencial han venido resolviendo el problema mediante la aplicación de causa de justifica-

ción,estiman los recurrentes que no es necesaria esta indicación,pues cabe dentro de la exigente general de estado de necesidad.

En caso de conflicto entre la vida del *nasciturus* y la salud de la madre, la despenalización del aborto sería inconstitucional al dar prevalencia al bien jurídico de menor entidad,y más aún cuando éste,el derecho a la salud de la madre,limitable y regulable, entra en colisión con el derecho absoluto a la vida del ser en gestación.

Ampliando este motivo de recurso indican que constitucionalmente se produce una grave anomalía al transferir al médico la responsabilidad de apreciar la concurrencia de dicha causa de exención de responsabilidad,siendo así que dicha apreciación es de inexcusable competencia jurisprudencial (conforme al art.117 de la C.E.).

2º. El llamado "aborto ético",esto es,cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación del art.429 del Código penal.

Entienden que esta indicación ética viola el artículo 15 de la Constitución al hacer prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida,y viola también el artículo 39.2 de la misma al desproteger a uno de los hijos con independencia de su filiación.

3º. El llamado "aborto eugenésico".

Esta indicación vulnera el artículo 15 de la Constitución,y también el artículo 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) Violación del principio de seguridad jurídica,reconocido en el artículo 9.3 de la C.E.

Alegan ambigüedades,deficiencias y

omisiones en la redacción del Proyecto,que dificultarían la interpretación y aplicación del mismo.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

III.1. Fallo Del Tribunal Constitucional.

Con el fin de hacer más asequible la comprensión de la Sentencia adelantaremos el fallo, para analizar a continuación con mayor detenimiento los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional a la hora de apoyar y fundamentar su resolución.

El Tribunal Constitucional ha decidido:

"Declarar que el Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el artículo 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 artículo 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".

La declaración de inconstitucionalidad recogida en el fallo recibió el voto favorable de la mitad de los doce miembros del Tribunal Constitucional. Los seis Magistrados restantes,en votos particulares en los que expresaban los motivos de su disenso, consideraron constitucional el Proyecto. El voto de calidad del Presidente del TC fue decisivo para la orientación final del fallo².

III.2. Fundamentos Jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

La STC diferencia dos cuestiones:

a) Una de naturaleza técnico-formal o competencial,que hace referencia a cuál ha de

ser la misión del Tribunal Constitucional -al hilo del art.79.4 b) de la LOTC- ante un recurso previo de inconstitucionalidad. (Fundamentos jurídicos 1 y 12).

b) Otra de naturaleza material,de fondo o de contenido,en la cual se analizan los motivos específicos del presente recurso de inconstitucionalidad.

a) CUESTIÓN TÉCNICO-FORMAL.

En el texto mayoritario se afirma que: "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". (FJ 12).

Y añade también que el Tribunal "ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico,ya que otras 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".(FJ 1).

b) CUESTIÓN MATERIAL,DE FONDO O DE CONTENIDO.

Por lo que hace a la cuestión de fondo hay que distinguir, a su vez,tres bloques temáticos:

- El primero comprendería los once primeros fundamentos jurídicos de la STC.En este primer bloque se analizan los valores "vida" y "dignidad",y se justifica la constitucionalidad de las tres indicaciones. De estos once fundamentos jurídicos el Tribunal obtiene la primera decisión del fallo.

- El segundo es el contenido en el fundamento jurídico 12, que declara la inconstitucionalidad del Proyecto por la ausencia de garantías suficientes a la hora de la comprobación del supuesto de hecho. Constituiría la segunda declaración del fallo.

- El tercero afecta a cuestiones accesorias o accidentales. Se encuentran en los fundamentos jurídicos 10,13 y 14. Tales cuestiones resultan irrelevantes para adoptar la decisión vertida en el fallo.

Con brevedad,entraremos en la exposición de cada uno de los bloques temáticos enumerados.

Por lo que hace al primero,el núcleo de la decisión del Tribunal Constitucional gravita en torno al alcance de la protección constitucional y penal del *nasciturus*. Para determinar el alcance de dicha protección comienza realizando unas consideraciones sobre la vida y el derecho a la misma. La vida se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico,y el derecho a la vida constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Para la resolución del recurso el Tribunal Constitucional precisa la noción de vida que motivará su decisión: la vida humana es un devenir,un proceso que comienza en la gestación,momento en el cual se ha generado un *tertium* existencial,distinto. Según esta noción,la vida del *nasciturus* constituye un bien jurídico cuya protección constitucional aparece garantizada o salvaguardada por el art.15 de la Constitución española.

La configuración del Estado español como Estado social (art. 1.1 de la C.E.) supone no sólo el reconocimiento de derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al

Estado (obligación estatal negativa), sino también deberes de acción por parte de éste (veriente positiva).

Así, el concreto ámbito de protección de la vida del *nasciturus* implica para el Estado no interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal para la defensa de la vida, incluso de carácter penal.

Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 C.E. como núcleo de un cúmulo de derechos. El Tribunal Constitucional entiende la dignidad como "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 respecto por parte de los demás"³.

La relevancia y significación de ambos valores, así como su colocación en el texto constitucional permiten considerarlos como "el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos".

Definida así la posición del Alto Tribunal en relación a la vida y la dignidad, se encuentra ya en disposición de analizar los supuestos de conflicto entre ambos valores.

De partida afirma que ni del valor "vida" ni del valor "dignidad" puede predicarse su carácter absoluto, siendo necesario ponderar ambos valores en relación a los supuestos planteados.

Ante la cuestión examinada, es decir, si puede o no el legislador excluir la protección penal de la vida del *nasciturus* en supuestos determinados, responde afirmativamente, indicando que aquél "puede renunciar a la san-

ción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insostenible, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos".

Examinemos supuesto a supuesto la constitucionalidad de las tres indicaciones:

El número 1, que contempla el aborto terapéutico, contiene en realidad dos indicaciones:

La primera: conflicto entre la vida de la madre y la del *nasciturus*. "Si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida". Por tanto, y al igual que manifestaban los recurrentes, pero mediante razonamientos y motivos distintos y en base a otra argumentación, resulta constitucional.

La segunda indicación se refiere al supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada que afecte seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Al considerar este sacrificio de la salud de la mujer como una carga insostenible, esta indicación resultaría también constitucional.

En el número 2 se recoge el llamado aborto ético. El embarazo producto de la violación lesionaría en grado máximo la dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad, 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 inexcusable. Por todo ello esta indicación no podría estimarse inconstitucional.

El número 3 regula el denominado aborto eugenésico. Considera el Tribunal Constitucional que la sanción penal de este caso su-

pondría la exigencia de una conducta que excedería de lo que es normalmente exigible a la madre y a la familia; esta situación se ve agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan a paliar las insuficiencias asistenciales. En base a estas consideraciones, el Tribunal reputa constitucional el supuesto. No obstante, advierte el Tribunal Constitucional que "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, se contribuirá, de modo decisivo, a evitar la situación que está en la base de la despenalización".

Por lo que hace al segundo bloque temático (FJ 12), y una vez establecida la constitucionalidad de los supuestos despenalizados del Proyecto, examina el Tribunal Constitucional "si la regulación contenida en el artículo 417bis 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. Se trata, por tanto, de verificar la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto, en base a la obligación que tiene el Estado de garantizar la vida del *nasciturus*."

Por lo que se refiere al aborto terapéutico, "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 la comprobación del supuesto de hecho sea realizada por un médico de la especialidad correspondiente con anterioridad a la práctica del aborto. Según el Tribunal Constitucional, tampoco puede el le-

gislador desinteresarse de la realización del aborto.

En el aborto ético, entiende el Tribunal Constitucional que tal como señala la indicación la denuncia previa es suficiente, atendiendo a la dificultad objetiva de comprobación judicial de la violación con anterioridad a la interrupción del embarazo.

En cuanto al aborto eugenésico, el Tribunal Constitucional reitera las garantías y observaciones realizadas para el supuesto del aborto terapéutico. La insuficiencia de las garantías que debe prestar el Estado dan lugar a la declaración de inconstitucionalidad del Proyecto.

En cuanto al tercer y último bloque temático, que afecta a las cuestiones accidentales o accesorias, indicar tan sólo las siguientes:

a) Frente a la alegación por los recurrentes de la vulneración del principio de seguridad jurídica (art.9.3 de la C.E.) por considerar imprecisos e indeterminados algunos de los términos empleados en el texto del Proyecto, el Tribunal Constitucional señala que, aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica. (Fundamento jurídico 10).

b) El Tribunal Constitucional entiende que la exclusión del padre a la hora de prestar el consentimiento en los supuestos 1º y 3º del art. 417 bis, que podría vulnerar el art.39.3 de la C.E., no es inconstitucional dada la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus*. (Fundamento jurídico 13).

c) El Tribunal Constitucional estima ajeno al enjuiciamiento de la constitucionalidad del Proyecto la denunciada falta de previsión de:

- la objeción de conciencia.
- el procedimiento para prestar el consen-

timiento de la mujer menor o incapacitada.
- inclusión del aborto dentro de la Seguridad Social.
(Fundamento jurídico 14).

Valoración crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Siguiendo el método empleado en el análisis de los fundamentos jurídicos de la Sentencia, distinguimos aquí nuevamente dos grandes cuestiones:

I. CUESTIÓN TÉCNICO-FORMAL.

Del tenor literal del art.79.4 b) de la L.O.T.C. no cabe sino inferir que la competencia del Tribunal Constitucional, en lo que concierne al juicio de constitucionalidad, consiste en determinar en qué se opone a la C.E. un determinado texto normativo, y en señalar por qué es inconstitucional. De aquí que la jurisdicción constitucional tenga carácter negativo; es decir, su función ha de limitarse a analizar el texto objeto de recurso e indicar las posibles vulneraciones de la C.E. en él incluidas, y no extender su juicio más allá de los límites del texto, evitando cualquier nueva incorporación al mismo.

Siguiendo este razonamiento el Tribunal Constitucional, en ésta y en otras sentencias -al igual que viene haciendo el Tribunal Constitucional alemán- ha realizado un juicio de perfectibilidad de la ley, siendo evidente que, en este caso, el juicio de constitucionalidad es un juicio de calidad y que aquí la

jurisdicción constitucional es "positiva", convirtiéndose, en cierto modo, en un "legislador positivo". No obstante, como se indicó, no es éste el único caso en que así actúa nuestro Tribunal, e incluso, es una práctica que tiende a generalizarse, sobre todo, cuando se trata de cuestiones tan controvertidas, tal y como muestra la valiosa monografía de Enrique Alonso García, "La interpretación constitucional", aparecida en 1984.

Este planteamiento difiere del seguido por el Consejo Constitucional francés en la Resolución de 15 de enero de 1975, que examina el recurso interpuesto contra la Ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo. Partiendo del art.61 de la Constitución Francesa, dicha Sentencia afirma que "la Constitución no confiere al Consejo Constitucional una potestad general de apreciación y de decisión idéntica a la del Parlamento, sino que le da solamente competencia para pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución de las Leyes planteadas a su consideración". Se afirma categóricamente la superioridad política que en todo caso tiene el órgano elegido por la voluntad popular, así como la exigencia de que el control de constitucionalidad haya de ser siempre ejercido con referencia a normas jurídicas.

En otro orden de consideraciones, valoramos muy positivamente la labor de continencia de los miembros del Tribunal Constitucional a la hora de evitar que sus propias creencias personales en el ámbito ético y valorativo trascendieran en exceso en el texto de la Sentencia, lo que hubiera distorsionado la labor interpretativa que al Tribunal compete y transgredido los más elementales límites de sus funciones.

Para finalizar esta primera parte de valo-

ración crítica, constataremos que la discrepancia frente a la Sentencia, expresada en los diferentes votos particulares, se apoya primordialmente en cuestiones técnico-formales, considerando que la declaración de inconstitucionalidad recogida en el fallo encuentra su base en una extralimitación en el ejercicio de las competencias propias del T.C., que viene motivada por una interpretación extensiva del art. 79.4 b) de la L.O.T.C. regulador de aquéllas.

II. CUESTIÓN MATERIAL O DE FONDO.

En este segundo grupo de valoraciones críticas atenderemos a los argumentos esgrimidos por los miembros del T.C. en base a los cuales consideran el contenido de los tres supuestos despenalizadores del Proyecto como adecuados a las exigencias de la C.E.

El núcleo de estos argumentos es la consideración del derecho a la vida, en tanto que recogido expresamente en el art. 15 de nuestra Constitución.

El derecho a la vida, al igual que el resto de los derechos fundamentales, es, por naturaleza, absoluto e ilimitado. De este modo, no pueden ser decididos por el voto de una asamblea o por consenso democrático, ya que son algo inherente por naturaleza a la esencia misma del ser humano. Lo que sucede es que distintos derechos fundamentales pueden entrar en colisión entre sí, apareciendo entonces una situación extrema que obliga a ponderar los diferentes intereses en conflicto y a establecer los límites que necesariamente habrán de ser impuestos a tales derechos. La justicia consustancial a todos estos derechos es algo que queda, que permanece al margen

de cualquier decisión arbitraria de los hombres. La decisión que debe adoptarse en estos casos habremos de buscarla en aquellas disciplinas cuyo objeto de estudio son las relaciones interindividuales, principalmente la Ética y el Derecho.

Nuestro Ordenamiento jurídico, concretamente la legislación penal, dispone de una figura que responde a estas situaciones de conflicto entre derechos: el estado de necesidad (art. 8.7 del Código Penal). Éste se configura como una causa de exención de la responsabilidad penal y encuentra su fundamento en el principio de inexigibilidad de una determinada conducta.

Hasta la presentación del Proyecto de Ley para la inclusión de los supuestos despenalizadores del aborto en el Código Penal, algunas conductas, en principio consideradas punibles por infracción del art. 411 o siguientes del Código penal, reguladores del delito de aborto, encontraban su justificación en la aplicación de la circunstancia eximente de estado de necesidad. Parece que el propósito, o uno de los propósitos del texto del Proyecto era especificar tales situaciones de necesidad para el concreto caso del aborto, estableciéndose así una relación de especialidad entre el nuevo art. 417 bis, despenalizador del aborto en determinados supuestos, y el art. 8.7, regulador de la circunstancia eximente de estado de necesidad. Quizás la preocupación y la presión social en torno a la clasificación de estos casos, fueron los motivos que condujeron al legislador a intentar ofrecer una regulación sobre ellos, aún cuando era conocedor de la dificultad de dicha tarea dada la diversidad de posiciones en relación con esta materia. En particular merece destacarse la preocupación que tales conductas producían en el

sector de la Medicina, por la indefinición de la regulación que existía hasta el momento, pues la urgencia de algunas situaciones clínicas determinaba la imposibilidad de aguardar un pronunciamiento judicial sobre el caso concreto, y la consiguiente actuación médica podía resultar incardinable en algún supuesto delictivo.

Entremos ahora en el análisis individualizado de los distintos supuestos:

El primer supuesto es el conocido como aborto terapéutico. Como indicamos, estas situaciones de conflicto entre la vida o la salud de la madre, y la vida del *nasciturus*, venían solucionándose con la aplicación de la eximente de estado de necesidad, cuya configuración legal permite incardinar en ella esta clase de conductas. El acotamiento de las mismas por parte del legislador parece obedecer a la intención de clasificarlas.

Según esta nueva regulación hemos de entender que no parece exigible imponer a la madre una determinada conducta respecto del feto, de una entidad tal que atente contra su derecho a la vida o su derecho a la integridad física y psíquica. Nos encontramos ya en este primer supuesto ante el conflicto entre "santidad" y "calidad" de la vida, que han de ser los vértices valorativos de nuestra reflexión.

El segundo supuesto es el llamado "aborto ético". En primer lugar queremos denunciar la incorrección y la ambigüedad de la denominación. Por una parte consideramos que el empleo de tal término prejuzga una serie de consideraciones y valores relacionados con el supuesto. Por otra parte, resulta inapropiada tanto para los defensores de las tesis proabortistas como para sus detractores, esto es, los antiabortistas. Para estos últimos

no resultaría "ético" ni éste ni cualquier otro supuesto despenalizador del aborto. Para aquéllos, por el contrario, resultaría "ético" no sólo este supuesto -violación-, sino también otros.

Por todo ello, sería conveniente introducir una variación en dicha denominación, sustituyendo la calificación de "ético" por otra más acertada, como pudiera ser "aborto criminológico", la cual excluye las peligrosas e inopertunas implicaciones morales de la denominación empleadas en la Sentencia, y al mismo tiempo recoge la característica principal de este supuesto, cual es el ser consecuencia de la comisión de un hecho delictivo: la violación.

Es en este supuesto donde se manifiesta con mayor rotundidad el principio de inexigibilidad de una determinada conducta, ya que puede considerarse como una carga insostenible el exigir a la mujer embarazada llevar en su seno el fruto de una violación y vivir perpetuamente vinculada a un hecho indeseado y traumático. Las lesiones de la libertad, dignidad, salud, honor, intimidad, integridad de la mujer son patentes en este supuesto.

El tercer y último supuesto es el denominado "aborto eugenésico". El propio adjetivo "eugenésico" supone aún hoy connotaciones negativas, motivadas en su mayor parte por una serie de acontecimientos históricos, que determinaron el exterminio de un gran número de personas.

No obstante hemos de ser conscientes de la distancia existente entre aquellos sucesos y la presente situación, que es la que ha motivado la Sentencia del Tribunal Constitucional. Pudiera considerarse esta indicación eugenésica como una variación de la indicación te-

rapéutica, con la diferencia de que en el aborto eugenésico el legislador se conforma con la referencia al proceso patológico del ser en formación, presumiendo que la salud de la madre se verá afectada al afrontar tal situación.

Así, incluyéndose en el aborto terapéutico, que supone una comprobación efectiva de la existencia de daños en la salud psíquica de la madre, podrían despenalizarse algunos de estos supuestos mediante la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

En lo que no coincidimos con el legislador es en utilizar la apreciación de la existencia de graves taras en el feto, sin tener en absoluto en cuenta la salud de la madre, como exclusivo motivo en el que fundar la despenalización. Desde la perspectiva constitucional española esta postura es inaceptable. El derecho a la igualdad recogido en el art. 14, y el art. 49 que declara "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos", configura una obligación estatal de establecer una protección especial de los minusválidos, equiparándolos en el disfrute de sus derechos al resto de los ciudadanos. Este mandato constitucional ha tenido reflejo, más teórico que práctico, en la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 7 de abril de 1982. Como declara la Sentencia del T.C. en su fundamento jurídico 11, "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 contribui-

rá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización". De esta afirmación se puede deducir el carácter transitorio de este supuesto despenalizador.

Nuestra opinión es que situaciones como las aquí contempladas demuestran un enorme desinterés por parte del Estado a la hora de garantizar una vida digna a personas que precisan, por sus circunstancias psíquicas o físicas una especial protección.

Conclusión.

Examinada la Sentencia del T.C. en su conjunto es posible concluir que el T.C. acepta como conforme a la C.E. el carácter no punible de los tres supuestos propuestos en el Proyecto. Lo que el T.C. reprocha al legislador y determina la declaración de inconstitucionalidad de aquél, es la falta de medidas, de garantías suficientes para acreditar la concurrencia del supuesto de hecho y para la práctica de la interrupción del embarazo con el menor riesgo posible.

Al interpretar el art. 15 de la C.E., el T.C. determina la existencia de una serie de deberes positivos a cargo del Estado. Algunas de estas obligaciones no son previstas por el legislador en el texto del Proyecto, por lo que, dada su trascendencia, el T.C. considera no conforme con la C.E. el Proyecto en tanto no se subsanen estas deficiencias. Se trataría de un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. Frente a la posición mayoritaria, los votos particulares estiman que la declaración de inconstitucionalidad fallada en la sentencia del T.C. encuentra su motivación en un exceso en el ejercicio de las competencias propias del T.C., por lo que proclaman la constitucionalidad del Proyecto, ya que consideran

que la declaración de las ausencias determinantes de la inconstitucionalidad no es tarea de este Tribunal, sino que ha de ser el Estado, en el ejercicio de su poder legislativo, quien incluya las garantías necesarias.

NOTAS

(1) Es necesario señalar el error del legislador al calificar el Proyecto como "de reforma", pues con carácter previo a él no existía el artículo 417bis en el Código penal, por lo que en modo alguno podría reformarse.

(2) 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 Arozame-

na 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.

(3) Puede existir un error de transcripción en la Sentencia: "respecto" en lugar de "respeto".

(Comunicación presentada en el I Simposium Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993)