

EL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL. CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y LEGISLATIVAS

MARIA JOSE CIAURRIZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL ABORTO.
- III. LA DOCTRINA ANTE LA REFORMA PENAL SOBRE EL ABORTO.
- IV. EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO.
- V. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA VIDA.
- VI. PUNTOS A CONSIDERAR EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA SOBRE EL ABORTO.
- VII. ETICA Y REGULACIÓN LEGAL DEL ABORTO.
 1. Eticidad o moralidad de la norma reguladora del aborto.
 2. El aborto terapéutico.
 3. El aborto eugenésico.
 4. El aborto ético.
 5. Las garantías de protección del derecho a la vida.
- VIII. LOS SUPUESTOS DE ABORTO NO CONTEMPLADOS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.
 1. El Informe de la Fiscalía General del Estado.
 2. El Informe del Ministerio de Relaciones con las Cortes.
 3. El aborto por motivos económicos.
 4. La Ley de plazos.
- IX. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO.
 1. Aborto y objeción de conciencia.
 2. La objeción de conciencia al aborto y el Tribunal Constitucional.
 3. La jurisprudencia ordinaria sobre la objeción de conciencia al aborto.
 4. ¿Es necesaria o conveniente una regulación legal de la objeción de conciencia al aborto?
 5. Naturaleza de la objeción de conciencia al aborto.
 6. La objeción al derecho a la vida.
 7. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.
 8. Una alternativa a la noción de objeción de conciencia al aborto.
 9. Una observación final.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1983 aún no se había dictado la actual legislación que despenaliza determinados supuestos de aborto, pudo ya afirmarse que «el delito de aborto es tal vez uno de los que más bibliografía han generado en el momento de la reforma penal española»¹. El paso del tiempo, y la aprobación y entrada en vigor de la reforma mencionada, no solamente no han mejorado esta situación, sino que incluso la han agravado, si por agravar se entiende una multiplicación tan notable de la bibliografía, que el investigador se ve obligado a moverse en un terreno ya extraordinariamente trillado y analizado.

En tales condiciones, la actitud del estudioso no puede ser sino una de estas dos: sistematizar y resumir cuanto se ha dicho, ofreciendo al lector una *status quaestionis* lo más preciso posible, o buscar la novedad allí donde eventualmente pueda aún ser encontrada. Nuestro propósito tratará de lograr, con cuantas limitaciones sea oportuno aceptar, ambos objetivos; es decir, procuraremos muy brevemente resumir la presente situación del aborto en nuestro ordenamiento, para afrontar luego un análisis crítico que realmente constituya el nervio del presente trabajo.

II. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL ABORTO

Comenzando por aquel resumen que anunciamos, es sabido que la primera vez que alcanza vigor en España una ley permisiva del aborto fue en plena guerra civil, concretamente el 25 de diciembre de 1936, cuando «un Decreto de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya² promulgó la primera ley de interrupción del embarazo que, aunque circunscrita a

¹ A. CUERDA RIEZU, «El delito de aborto ante la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», en *Documentación Jurídica*, 1, 37-40, 1983, pág. 341.

² *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 9, 9 de enero de 1937, páginas 114-115.

una parte del territorio nacional, implicó la vigencia de una ley de aborto en España»³. Es evidente que, como también la doctrina apunta⁴, resulta imposible comprobar —dada la época en que fue promulgada— la efectividad real de aquella norma, por lo que sólo cabe invocarla como un precedente que impida caer en el error elemental de pensar que el aborto se despenaliza por vez primera entre nosotros en 1985.

Esta fecha, 1985, es precisamente la de la efectiva entrada en el ordenamiento español de una norma despenalizadora del aborto. Con minucioso detalle señala NAVARRO-VALLS —en el epígrafe que, en su obra citada, dedica a *La objeción de conciencia al aborto en el Derecho español*⁵— el iter y contenido de la nueva legislación; baste aquí recordar que la reforma consistió en la introducción en el Código Penal —mediante una Ley de 5 de julio de aquel año— de un artículo 417 bis, lo que se logró a través de los siguientes pasos:

a) presentación en el Congreso de los Diputados, el 23 de marzo de 1983, de un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma urgente y parcial del Código Penal;

b) aprobación, tras el correspondiente debate, del texto por el Congreso y el Senado, proceso concluido el 30 de noviembre del mismo año;

c) recurso previo de inconstitucionalidad, presentado por el Grupo parlamentario Popular el 2 de diciembre de 1983, y resuelto por el Tribunal Constitucional el 11 de abril de 1985, en el sentido de declarar constitucionales los tres supuestos de despenalización del aborto que el Proyecto de Ley comprendía, si bien el propio Proyecto resultaba contrario a la Constitución, «no en razón de los supuestos en que se 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»⁶;

d) procedimiento de enmiendas al Proyecto, para adecuarlo a la sentencia del Tribunal Constitucional, de modo que el nuevo texto fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 30 de mayo de 1985, y por el Senado, con una modificación, el 25 de junio, obligando tal modificación a que el texto volviese al Congreso, donde tiene lugar la aprobación definitiva el 5 de julio, fecha de la nueva Ley que introduce el artículo 417 bis del Código Penal.

A efectos de hacer que este breve resumen resulte más completo, parece oportuno recoger las dos redacciones del mencionado artículo, aquella

³ R. NAVARRO-VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, pág. 297.

⁴ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 298.

⁵ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 296-310.

⁶ B.O.E. del 18 de mayo de 1985, núm. 119, Suplemento, pág. 10.

que fue llevada ante el Tribunal Constitucional por el Grupo Popular y las que constituyó el texto definitivo de la reforma.

El primer texto se expresaba en estos términos:

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

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

2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.^a Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidos 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.»

Por su parte, el segundo y definitivo texto de la Ley de 5 de julio de 1985 es el siguiente:

«El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes:

1.^a que sea necesario evitar un grave peligro para la vida o la salud física de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia con riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.^a Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidos primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresa-

do con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.»

III. LA DOCTRINA ANTE LA REFORMA PENAL SOBRE EL ABORTO

El análisis de esta nueva legislación española sobre el aborto ha hecho correr —como advertíamos al comenzar estas páginas— ríos de tinta. Dejando ahora de lado las motivaciones ideológicas que hayan podido inclinar a la alabanza o a la crítica a determinadas opiniones, y centrándonos en los análisis más especialmente científicos del tema, han predominado dos formas de acercarse al mismo: desde una perspectiva técnica que analiza exegéticamente el texto legal y los problemas que su interpretación entraña, y desde un análisis doctrinal especulativo. Ejemplos de una y otra forma, traídos aquí en calidad de símbolos, pudieran ser los siguientes párrafos de dos maestros que se han interesado en detalle por la reforma de nuestro Derecho Penal en el campo que nos ocupa.

«Como quiera que penalmente la vida de la madre (persona) está más valorada que la del feto, señala RODRÍGUEZ DEVESA que si un médico mata a la mujer para salvar al feto (se supone que siendo ya viable), no está amparado por la eximente de estado de necesidad, lo que es correcto, dado que cuando actúa, todavía se trata de vida fetal. Pero, a mi juicio, como al fin y al cabo hay un conflicto entre dos bienes jurídicos, aunque no se respete la proporcionalidad, habrá una eximente incompleta de estado de necesidad, que atenuará el asesinato o el homicidio consentido (según que obrara de acuerdo o no con la mujer). Si no le causa la muerte, sino que se limita a no salvarla con su consentimiento y es un consentimiento plenamente consciente de una mujer capaz, ni siquiera habrá omisión de socorro, porque falta una persona «desamparada»; si la mujer que consiente en el riesgo no es plenamente capaz, si está desamparada y hay un delito, pero sólo de omisión de socorro (distinto sería si la mujer no consentía en su muerte, pues entonces habría otra vez asesinato en comisión por omisión); sobre esa omisión volvería a operar el estado de necesidad incompleto: incompleto porque, pese a ser un delito omisivo, en el artículo 489 bis se intenta proteger la vida o la integridad de las perso-

nas, y por eso la vida fetal sigue siendo un interés menor (si el bien jurídico de la omisión de socorro sólo fuera la solidaridad como bien comunitario, entonces la vida fetal ya no sería un interés de menor valor). Pero en cualquier caso, el médico, en caso de conflicto de conciencia y absoluta convicción de que su postura es ética o religiosamente correcta, podría estar exento por una causa personal de inculpabilidad: inexigibilidad subjetiva»⁷.

Casuismo exegético, cuidadoso y preciso, que queremos poner en contraste con estas otras palabras, en las que el lector encontrará inmediatamente una misma construcción formal (distinciones y matizaciones no menos precisas), pese a sus evidentes diferencias con el texto precedente: «Lo que llamamos conciencia es el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentra la persona humana. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto a la conducta concreta que el sujeto esté en trance de realizar, está realizando o ha realizado. De ahí que haber comprendido intelectualmente que el aborto es un homicidio y defender esta concepción moral puede ser objeto de «pensamiento» —si el convencimiento procede de razones biológicas, filosóficas, etc.— o de religión (si se advierte por los dictados de un credo religioso), no de conciencia. Esta operará cuando al médico o al personal sanitario se le solicita la realización o la cooperación con un aborto o la propia mujer encinta se plantea la posibilidad de interrumpir su embarazo»⁸.

La referencia final de uno y otro escritos viene a ser la misma, la formulación de la posibilidad que asiste al médico de no practicar el aborto. Pero es tan evidente que los caminos seguidos son distintos —aun cuando en realidad el método de análisis aplicado al problema sea el mismo—, que con facilidad podremos distinguir entre la tarea que ha sido llevada a cabo por un especialista en Derecho Penal —el primer caso—, y por otro en Derecho Eclesiástico del Estado —el segundo—.

Interesaba hacer esta indicación, para señalar el punto de vista desde el que vamos a trabajar en el estudio de la legislación que ha quedado reseñada. De hecho, su análisis toca sobre todo a los penalistas, pues estamos ante la despenalización de una conducta considerada delictuosa por la legislación precedente, y ese es el terreno en el que el penalista se mueve. Su labor puede ser de interpretación de la norma, tal como ejemplificativamente acabamos de ver; de hecho, si se repasan diferentes textos dedicados al tema por los cultivadores de esta rama del Derecho, es eso lo que fundamentalmente encontraremos.

⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 36, Madrid 1988, pág. 630.

⁸ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 262.

No menos dependiente de la interpretación normativa estaría en este punto el trabajo de un constitucionalista, atento a la coherencia entre la legislación derivada y las exigencias de la norma constitucional. En fin de cuentas, Derecho Penal y Derecho Constitucional son sistemas integrantes de la unidad del ordenamiento⁹. Lo cual no quiere significar que estén cerradas a los penalistas, o a los cultivadores de cualquier otra rama del Derecho, a los estudiosos de cualquier otro sistema, las vías no exegéticas, que se elevan sobre la interpretación de la norma para construir la doctrina. Pero es de la esencia del quehacer del estudioso de cualquier zona del ordenamiento el análisis interpretador de la literalidad de la norma, tal como ha de ser aplicada por los poderes públicos y observada por los ciudadanos. Todo ello sin renunciar —es obvio y comprensible para cualquier jurista— a los criterios de interpretación que sobrepasan a la mera literalidad, desde la epiqueya a la mente del legislador, en evitación de caer en el viejo escollo del *summum ius summa iniuria*.

IV. EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

Pero no es esa misma la tarea del cultivador del Derecho Eclesiástico del Estado. Se puede afirmar que, al menos en el sentido antedicho, éste no constituye un sistema jurídico. Las normas que el Estado dicta afectando a la conducta religiosa jurídicamente valuable de sus súbditos —las que constituyen el Derecho Eclesiástico del Estado—, son normas penales o administrativas, procesales o fiscales; es decir, pertenecen cada una a su propio sistema jurídico¹⁰. Las hermanas, hasta merecer el calificativo de normas eclesiológicas estatales, su finalidad que las refiere a la

⁹ «Cada Estado es una institución o bien un ordenamiento, que se descompone en varios sistemas: compartimentos que no quedan aislados unos de otros, sino que suponen la construcción de unidades jurídicas» (A. DE LA HERA, «El Derecho Eclesiástico en el ámbito de la Ciencia jurídica», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, III, 1987, pág. 367); el ordenamiento aparece así como un «todo orgánico... cuyo estudio, por un lado, analiza cada una de sus partes, y por otro, muestra a la institución en su todo, en la armoniosa unidad de su conjunto» (J. HERVADA, «El concepto de ordenamiento canónico en la doctrina contemporánea», en *Ius Canonicum*, 1965, pág. 8); «la contemplación de las normas como un todo que responde a unos superiores y comunes criterios unificados permite presentar lo que llamamos el sistema jurídico procesal, o penal, o patrimonial» (A. DE LA HERA, *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*, Madrid 1963, pág. 135).

¹⁰ «¿Constituye el Derecho eclesiológico un sistema jurídico? ... ¿Posee el Derecho eclesiológico un lugar junto al Derecho administrativo, penal, procesal, etc., que se consideraran los sistemas que integran el ordenamiento del correspondiente Estado? Mi parecer es que no. Por el contrario, dentro de los sistemas administrativo, penal o procesal, civil o constitucional, mercantil o fiscal, de un mismo ordenamiento estatal, encontramos o podemos encontrar normas eclesiológicas, normas de Derecho eclesiológico, reguladoras de actividades o fenómenos religiosos. La evidencia del hecho hace innecesarios los ejemplos» (A. DE LA HERA, «El Derecho eclesiológico en el ámbito de la ciencia jurídica, cit., pág. 370).

conducta del propio Estado y de los ciudadanos que afecta a la dimensión religiosa de la vida¹¹, en su proyección jurídico-social¹².

Consencuencia de ello, y a la vez de la relativa juventud del Derecho Eclesiástico como ciencia autónoma¹³, cuya estrecha relación con los avatares políticos del último siglo no ha dejado de subrayar la doctrina¹⁴, es una singularidad que aún no ha superado esta ciencia y que MOTILLA expone con estas palabras: «Hace tiempo un profesor español de la asignatura expresaba en una conversación privada una concepción similar del Derecho eclesiástico utilizando una imagen; la construcción doctrinal de la disciplina se le asemejaba a un monstruo con una gran cabeza —la teorización sobre los fundamentos, métodos, principios, etc.— y un tronco y extremidades en permanente atrofia —los comentarios y análisis sobre el Derecho positivo—»¹⁵. Estando este evidente defecto juvenil de la ciencia eclesiasticista en trance de superación en España¹⁶, es precisamente el tema del aborto uno de aquéllos en que la bibliografía eclesiasticista comienza netamente a superar la antedicha limitación, mediante un fructífero acercamiento a los problemas concretos derivados del análisis de la realidad normativa.

Sin embargo, la forma de acercarse al problema del aborto, como a cualquier otro problema jurídico, de un eclesiasticista, no puede ser la misma que la de un penalista. La exégesis que éste hará de la reforma del Código penal y de su nuevo articulado al respecto, ha de seguir necesariamente —siempre sin referirme a presupuestos ideológicos propios de cada investigador— la literalidad del texto legal en orden a su precisa interpretación, como ya más arriba quedó apuntado. Y sin que el eclesiasticista haya de hurtarse a esa tarea, su modo de acercarse a la norma revestirá una actitud propia derivada del concepto mismo de la ciencia en cuyo margen se mueve. El Derecho Eclesiástico, como a partir de

¹¹ Sobre el influjo de la religión en los sistemas políticos, en relación con el Derecho eclesiástico como forma de regulación estatal de los fenómenos religiosos, vid. A. MOTILLA, «Notas sobre problemas fundamentales del Derecho eclesiástico contemporáneo», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, 1989, págs. 192-193.

¹² Vid., acerca de la dimensión social de los fenómenos religiosos y sus consecuencias jurídicas, S. LARICIA, *Diritto Ecclesiastico*, terza ed., Padova 1986, págs. 1-3.

¹³ A. MOTILLA habla de la «reciente autonomía científica del Derecho eclesiástico —que ha cumplido un siglo como rama del Derecho estatal si consideramos su origen en la célebre definición que hiciera de éste Francesco Scaduto dentro de su Profusión en la Universidad de Palermo de 1884—» (*o. c.*, pág. 192).

¹⁴ Vid. al respecto I. C. IBAN, en el *Curso de Derecho Eclesiástico* de I. C. IBAN, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA, Madrid 1991, págs. 10 y sigs., con las remisiones bibliográficas allí contenidas.

¹⁵ A. MOTILLA, *o. c.*, pág. 192.

¹⁶ Como lo revela la madurez que la disciplina va alcanzando, y que se refleja en los excelentes análisis de la evolución de la misma publicados por S. FERRARI, «Recenti tendenze del Diritto ecclesiastico spagnolo», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV, 1988, págs. 871 y sigs., y J. FERRER ORTIZ, «El Derecho eclesiástico en la bibliografía universitaria española», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, 1989, págs. 569 y sigs.

SCADUTO¹⁷ acepta toda la doctrina¹⁸, tiene como tema central el de la libertad religiosa. A los eclesiasticistas toca por definición llevar a cabo una tarea de notoria singularidad e importancia: el control de la legislación estatal positiva, en cualquier campo, para comprobar su grado de sensibilidad al respeto a la libertad religiosa de los ciudadanos. Les toca también, por tanto —en el marco de ese deber o de ese cometido de una labor científica—, denunciar la falta de respeto a tal libertad que las normas jurídicas puedan contener. Pero, repetimos, tal denuncia no es su primer cometido, sino que lo es el análisis de la adecuación de las normas a las exigencias jurídicas de la libertad religiosa del individuo, actuando tanto en solitario como en grupos sociales *ad hoc*; la denuncia sería un deber derivado de esa primera tarea de análisis a la que la propia definición del Derecho Eclesiástico le convoca.

Para el eclesiasticista, en consecuencia, constituyen elementos claves de su acercamiento al ordenamiento constitucional español los que con acertada frase ha denominado VILADRICH «los principios informadores del Derecho Eclesiástico español»¹⁹; y son artículos de la Constitución determinantes del quehacer eclesiasticístico aquellos que fijan y determinan los derechos del ciudadano en el campo de las libertades fundamentales, tanto el 1.º como el 9.º 10.º, 14.º y 16.º, y así lo ha entendido la doctrina²⁰; por lo que la adecuación entre esta normativa de superior rango y la reforma penal en materia de aborto es el campo que corresponde al eclesiasticista de modo muy especial en el tema que nos ocupa.

V. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO A LA VIDA

Pero aún contiene la Constitución un artículo, el 15, particularísimamente relacionado con la cuestión del aborto, en cuanto que es aquél destinado a sancionar constitucionalmente el respeto a la vida. Si los artículos anteriormente citados reúnen la serie de preceptos constitucionales tuteladores de la libertad como un derecho fundamental del ser humano, este específico artículo 15 se refiere a otro derecho, tan fundamental igualmente, que ha podido decirse muy autorizadamente que, al proclamar el

¹⁷ Vid. F. SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico*, Palermo 1885, pág. 25.

¹⁸ Vid. particularmente las referencias al tema de I. C. IBAN en la o. c. de I. C. IBAN, L. PRIETO SANCHÍS y A. MOTILLA, págs. 4 y 14 y sigs.

¹⁹ Vid. P. J. VILADRICH, en VV.AA. *Derecho eclesiástico del Estado español*, segunda ed., Pamplona 1983, págs. 169 y sigs.

²⁰ Vid., entre otros, P. LOMBARDÍA, «Derecho eclesiástico y libertad religiosa», en *Revista de Derecho Público*, 90, 1983, pág. 20; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico español*, Madrid 1991, págs. 137 y sigs.; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la Libertad de Conciencia*, Madrid 1989, págs. 220 y sigs.; F. DE P. VERA URBANO, *Derecho Eclesiástico*, I, Madrid 1990, págs. 285 y sigs.; J. GOTI ORDEÑANA, *Sistema de Derecho Eclesiástico del Estado*, Donostia 1991, págs. 49 y sigs.

derecho a la vida y a la integridad física y moral, tal artículo «casi contiene una síntesis de todos los derechos humanos, puesto que implica a todos los supuestos materiales y éticos de la vida humana»²¹; sin la vida, en efecto, resulta inútil hablar de libertad.

Conviene traer aquí la redacción del artículo 15 al que nos referimos: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». No es momento de entrar en un análisis, que de por sí sería muy interesante pero nos apartaría de nuestro quehacer, del itinerario que siguió la redacción de este artículo hasta plasmarse en su redacción definitiva; baste recordar que en su primera redacción no se decía «todos», sino que se hacía referencia a la persona²², y siendo persona en nuestro ordenamiento civil solamente el nacido, no hay duda que la expresa sustitución del término persona por el término todos supone con claridad una voluntad de protección al ser no nacido²³, aunque no se especifique la extensión de aquélla.

Lo cual no ha escapado a SÁNCHEZ AGESTA cuando escribe: «El mismo artículo 15 señala como matizaciones o consecuencias de este derecho, que tratan de definir un ámbito más concreto, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y la abolición de la pena de muerte»; y añade: «en ese derecho a la vida —entendido con un carácter limitado y concreto— están implicados los problemas del aborto y de la eutanasia, con todas las cuestiones técnico-médicas que pueden plantearse. También puede proyectarse este derecho sobre el suicidio y la esterilización». Advertencia del ilustre autor que es buena prueba de las tensiones internas que laten en el texto elegido finalmente para integrar el artículo: tras declarar el derecho de todos a la vida y la integridad, no se prohíben en el mismo texto los posibles atentados a la vida, sino solamente los atentados a la integridad, y éstos se prohíben en forma muy genérica y, por tanto, muy amplia, mientras que tan sólo se prohíbe un atentado a la vida, el que provendría de la pena de muerte, que sería —de no estar prohibido— un atentado institucional, ya que solamente el Estado sería el dueño de llevarlo o no a la práctica en cada caso concreto. La muerte producida por particulares no sería lógicamente pena de muerte, sino asesinato u homicidio, y éstos, naturalmente, no se pueden

²¹ L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, sexta ed., Madrid 1991, pág. 128.

²² «El anteproyecto decía: "la persona tiene derecho a la vida". La persona en nuestro ordenamiento es el nacido que lleva veinticuatro horas separado del seno materno» (L. SÁNCHEZ AGESTA, *o. c.*, pág. 129).

²³ «La corrección por el sujeto "todos" implica, al parecer, la intención de extender la protección de este derecho al embrión. Y así lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán (Sentencia de 25 de febrero de 1975)» (L. SÁNCHEZ AGESTA, *o. c.*, pág. 129).

prohibir en la Constitución como atentados contra el derecho a la vida, sino penalizarlos en el código correspondiente. Y la pregunta que surge entonces es: ¿cómo la Constitución ha protegido con una declaración amplia el derecho a la integridad física y moral, y ha dejado al descubierto el derecho a la vida, cuya protección se limita en la expresa redacción del artículo 15 de la Constitución a la prohibición de la interrupción de la vida por decisión del propio Estado —pena de muerte—?

Según veíamos anteriormente, un sector de la doctrina quiere descubrir implícito en el texto constitucional un compromiso —a través del sujeto «todos»— del legislador con la protección de la vida del embrión²⁴; pero el propio S. AGESTA advierte que «No parece aceptarlo así la Ley orgánica de despenalización del aborto ni la sentencia 53/1985 de nuestro T.C.; véase RODRÍGUEZ MORULLO, *Derecho a la vida y a la integridad personal y la abolición de la pena muerte*, en «Comentarios a la legislación penal», *Rev. Derecho Privado*, I, 1982, págs. 75-77»²⁵.

Cabe, ahora, entrar en el análisis crítico del propio artículo 15, pero también nos alejaríamos del objetivo hacia el que caminamos; lo propio en cambio es —dando por obvia la primacía del artículo 15, con su texto tal como está redactado, y siempre dentro de sus posibles y legítimas interpretaciones doctrinales y de la ya hoy establecida interpretación jurisprudencial— entrar en la temática de la reforma del Derecho penal en materia de aborto a la vista de las exigencias de coherencia con los derechos fundamentales que nos toca comprobar en las leyes que integran el sistema objeto de estudio.

VI. PUNTOS A CONSIDERAR EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA SOBRE EL ABORTO

Desde esta perspectiva, tres puntos van a atraer particularmente nuestra atención. El primero, la eticidad de la normativa que regula hoy el aborto en España; el segundo, la posible modificación de la misma; en tercero, los derechos de los ciudadanos ante la conducta que dicha normativa considera legítima. Tres aspectos de la cuestión que en cierto modo resumen toda su problemática: uno, porque supone la coherencia entre la norma ordinaria y las exigencias superiores del orden jurídico positivo —Constitución— y metajurídico —derechos fundamentales de la perso-

²⁴ «El derecho a la vida suscita los consabidos problemas que se han planteado ya en otros sitios en relación al aborto. Evidentemente lo que se tutela no es la vida en general, sino la vida de la persona humana» (S. BASILE, «Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en el volumen dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1981, pág. 296).

²⁵ L. SÁNCHEZ AGESTA, *o. c.*, pág. 129, nota 11.

na—; otro, porque conlleva las posibilidades de desarrollo de la norma ordinaria hacia una u otra línea de adecuación a las exigencias o necesidades sociales; otro, en fin, porque contempla el tema en su integridad, es decir, no solamente desde el Estado que legisla, sino también del ciudadano para el que se legisla, y que, ante la ley, ha de adoptar una actitud que le permita superar la doble exigencia de su libertad personal y de su condición de súbdito obligado a la observancia de las normas jurídicas.

VII. ÉTICA Y REGULACIÓN LEGAL DEL ABORTO

1. *Eticidad o moralidad de la norma reguladora del aborto*

Vamos a detenernos en el tema de la eticidad de la reforma de la normativa sobre el aborto, precisamente porque siendo un punto que sobrepasa al mero análisis del ordenamiento y conecta con las posiciones ideológicas personales de cada autor, resulta necesario comprobar si existen principios directivos comunes de cuya estabilidad quepa esperar una base para la clarificación de toda nuestra temática. Y sin duda habrá también otros aspectos de la cuestión que deben tocarse.

Como ya se transcribió líneas arriba, el actual artículo 417 bis del Código penal señala tres supuestos en que el aborto no constituye delito. La doctrina se refiere a ellos diciendo que «desde la introducción del artículo 417 bis en 1985, existen, por una parte, unas eximentes específicas para el aborto, las llamadas «indicaciones» ... que pueden considerarse causas de exclusión de la antijuricidad (o quizás sólo de la antijuricidad penal o de la tipicidad), aunque su naturaleza es discutida»²⁶.

La cuestión está, como vemos, planteada. Si los tres supuestos son eximentes, el aborto es claramente un delito, en cuya comisión la concurrencia de determinadas circunstancias exime de responsabilidad al infractor de la norma. ¿Es diferente de la condición de «eximentes» la de «causas de exclusión de la antijuricidad»? En este caso el aborto, al menos el realizado en determinadas condiciones, no sería antijurídico, no es un delito sin responsabilidad para el delincuente, sino que es un acto legítimo. Pero el autor que citamos se plantea un interesante interrogante: el artículo 417 bis, ¿establece una exclusión general de antijuricidad de los tres supuestos de aborto, o tan sólo una limitada juridicidad penal? Habría que entender que en este segundo supuesto estamos ante la eximente: la conducta permitida no es penalmente punible aunque vaya contra el ordenamiento jurídico; si se prefiere la primera posibilidad, la conducta permitida lo es en cuanto que no va contra el ordenamiento, siendo, por tanto, conforme al mismo. La relación entre lo establecido en el ar-

²⁶ D. M. LUZÓN PEÑA, *o. c.*, pág. 629.

título 15 de la Constitución y el artículo 417 bis del Código penal se sitúa así en el primer plano de nuestra atención.

«En la doctrina de otros países —recuerda LUZÓN PEÑA— que admiten «indicaciones» es discutido si se trata de causas de exculpación, impunidad o de justificación, siendo mayoritaria esta última solución. En España es doctrina dominante (p. ej., Arroyo, Bajo, Bustos, Cobo/Carbonell, Cuerda, Jiménez de Asúa, Mir, Muñoz Conde, Queralt, Rguez. Mourullo, Romeo), que en los sistemas que las admiten las indicaciones constituyen causas de justificación —salvo en el caso del 417 bis.2—, frente a quienes, excepto en el claro supuesto justificante de peligro para la vida de la mujer, las consideran causas de inculpabilidad»²⁷.

El propio autor, a la hora de inclinarse por una u otra postura, lo hace por la mayoritaria, porque, en su opinión, es evidente que estamos —en los supuestos de aborto no punible del art. 417 bis— ante «causas de exclusión de la antijuricidad penal»; «El que también se consideren acciones lícitas a todos los efectos, es decir, causas de exclusión de la antijuricidad general, depende de que en el correspondiente ordenamiento no haya otras normas, civiles o administrativas que las prohíban: lo que, en efecto, no sucede en España, por lo que estamos ante causas de justificación»²⁸.

Entenderlo así supone optar por una interpretación muy concreta del artículo 15 de la Constitución, cuyo texto, en una primera lectura, no permitiría afirmar categóricamente que en España no existe una norma que prohíba la conducta abortista en general. Afirmarlo, como acabamos de ver que hace LUZÓN con una parte notoria de la doctrina, es privar de todo sentido al artículo 15 en su formulación del derecho a la vida, sobre todo después de la sustitución que se operó del término persona por el término todos.

Aún de haberse conservado la palabra «persona» —la persona tiene derecho a la vida— cabría preguntarse sobre si la Constitución estaba su-peditada al Código civil, y la palabra persona tenía que ser entendida en ella en los términos que éste establece (el nacido a partir de las veinticuatro horas de vivir separado del seno de la madre) o cabía una discusión sobre el sentido de la palabra persona y su posible aplicación al concebido aún no nacido, como importantes sectores doctrinales, al menos en el campo de la Filosofía y del Derecho Natural, sostienen. Pero, en todo caso, la desaparición de la palabra persona no se hizo sin un deseo evidente de obviar la discusión sobre el término, y la palabra «todos», o se entiende también del *nasciturus* o el cambio carece de toda lógica, si no

²⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, *o. c.*, págs. 632-633.

²⁸ D. M. LUZÓN PEÑA, *o. c.*, pág. 634; hace también el autor la salvedad, habitual en la doctrina penalista, de que no es causa de justificación el caso de la exención personal de pena para la mujer contemplada en el artículo 417 bis, 2.

se quiere suponer que sirvió tan sólo para proteger la vida del infante durante sus primeras veinticuatro horas.

Sin embargo, en el terreno positivo, el artículo 15 de la Constitución ha tenido un intérprete autorizado, el Tribunal Constitucional, que como ya sabemos tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del primer texto de la Ley despenalizadora del aborto aprobado por las Cámaras. El recurso que motivó la intervención del Tribunal, aparte de buscar una coherencia entre el texto constitucional y el proyecto de ley —dos textos normativos concretos— se inspiraba sin duda en una tradición de respeto a la vida del *nasciturus* que forma parte de la filosofía jurídica occidental. NAVARRO-VALLS ha señalado que «el respeto a la vida del *nasciturus* y, por tanto, el rechazo del aborto provocado, es un patrimonio de la tradición judeo-cristiana que, a la postre, fue imponiéndose en todo Occidente»²⁹. Es cierto que hoy la sociedad occidental ha sufrido un intenso proceso de secularización, pero el mismo autor advierte que «en la *societas christiana* la defensa de la vida era un imperativo absoluto en el caso de la tutela del no nacido; en otros aspectos, la vida humana no tenía tantos mecanismos de defensa, precisamente porque su pérdida no suponía un mal absoluto: siempre quedaba el recuerdo de «otra vida» ultraterrena. Sin embargo, en la sociedad secularizada la vida humana adquiere una terrible seriedad: es la *única* vida de la cual el hombre cree disponer; su pérdida nada puede sustituirla»³⁰.

D'AGOSTINO, a quien el propio NAVARRO cita al efecto, señala la paradoja que late, en tales circunstancias, en el progreso moderno de la admisibilidad del aborto³¹; y según NAVARRO, a la vista de aquel dramatismo que supone la pérdida incompensable de la vida en la sociedad secularizada, «el avance de las legislaciones permisivas del aborto inducido es una paradoja que no sólo repudia la secular concepción cristiana que impone el respeto a la vida inocente, sino también que niega en profundidad la imagen de sí mismo que el hombre moderno ha construido durante los dos últimos siglos»³².

No me parece, en cambio, que exista tal paradoja, sino una clara coherencia entre la idea de la vida terrena como única vida posible que el hombre posee, y la decisión de permitir el aborto cada vez que esta vida se ve amenazada de alguna manera. El feto —cuya vida existe, al margen de las discusiones sobre si es o no persona, y sobre el carácter de esa misma vida— puede convertirse en una amenaza para la madre, y en su condición de potencial amenaza —toda amenaza lo es mientras no se consuma— la sociedad desacralizada permitirá a la madre que lo elimine

²⁹ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 259.

³⁰ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 259.

³¹ Vid. F. D'AGOSTINO, «Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione», en su vol. *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, págs. 305-307.

³² R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 259.

para evitar que ella vea alterada gravemente su propia vida, la *única* que posee y puede poseer.

Hay que entender que cualquier supuesto de aborto nace, en efecto, siempre de una amenaza para la vida de la madre. Todos los supuestos de aborto se pueden reducir a dos: o el feto constituye en sí mismo una amenaza, ya, para la vida de la madre (abortos terapéuticos), o el feto constituirá cuando nazca una alteración tan grave e indeseable de la vida de la madre, a juicio de ésta misma, como para convertir la propia gestación en amenaza y postular su eliminación. Cierto que en este segundo caso la alteración para la vida de la madre no hace referencia al propio hecho de vivir o no vivir (como en el primer supuesto, el terapéutico), sino a las formas de vida de la madre: tener que cuidar a un hijo tarado, o tener que cuidar a un hijo más allá de lo que permiten las condiciones económicas de la mujer, o simplemente tener que cuidar a un hijo (aborto libre) cuando se desea una vida desprovista de ese condicionamiento. No hay paradoja; hay una afirmación plena del derecho de la mujer a decidir cómo quiere que sea la vida única de que dispone, y por tanto a evitar que se vea condicionada por la existencia de un hijo no querido. En el conflicto entre dos vidas, el hombre moderno opta por la vida consciente ya poseída frente a la vida potencial del feto no conocido, no consciente y en cierto modo no gozador de la condición de hombre cuya vida única hay que proteger. La paradoja no existe; simplemente, la sociedad secularizada ha llevado el egoísmo a la defensa a ultranza, no solamente de la vida, sino de las condiciones de vida: no habiendo esperanza de un paraíso ultraterreno, la vida tiene que ser un paraíso.

Puede argumentarse que la sociedad, y cada uno de sus miembros, es más fácilmente capaz de matar a quien no conoce ni ve que a quien conoce y ve; se ha dicho que los soldados no dispararían en la guerra si tuviesen en frente los ojos visibles de sus enemigos. Por ese camino no se va ya a parte alguna, y hoy la pérdida de los valores está reduciendo a la nada el valor de la vida ante conductas criminales cuya crueldad insensible va dejando de asombrar. Pero, en el caso del aborto, estamos ante una opción del mundo actual en favor de la conformación, para la embarazada que no desea al hijo, de una vida feliz a su medida con preferencia a la hipótesis aún impredecible de la futura vida propia y autónoma del feto.

En este contexto hay que considerar que se enmarca la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985. Esta³³ —como anterior—

³³ Aparece publicada en el B.O.E. de 18 de mayo de 1985, núm. 119, Suplemento, y la bibliografía ha hecho de la misma un amplio uso, como puede verse, entre otros, en R. DE ANGEL y M. ZORRILLA, «El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del aborto, la sentencia del Tribunal Constitucional y posterior proceso parlamentario», en el vol. de VV.AA., *Ley del aborto. Un informe universitario*, Bilbao 1985, págs. 11 y sigs.; A. MOLINA MELIÁ, «Estudio jurídico-canónico de la reciente legislación abortista en España»,

mente habíamos reseñado— establece que «el Proyecto de Ley Orgánica por el que 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 su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado». Tales palabras hay que entenderlas teniendo, pues, presente el mencionado precepto constitucional. El cual, como hemos visto, establece el respeto a la vida, pero sin matizarlo ni prohibir actividad alguna contraria a tal derecho, con excepción de la pena de muerte. En cambio, proclama el derecho a la integridad física y moral y especifica las prohibiciones de conductas que puedan lesionarlo.

Al enfrentarse con la juridicidad del aborto provocado, el Tribunal podría haber considerado absoluto el derecho a la vida para todos, en una actitud contraria a lo que es —según hemos dejado expuesto— la filosofía de vida del mundo secularizado; pero probablemente habría ido contra el espíritu de la Constitución, que siendo laica y queriendo serlo, busca conformar un modelo de sociedad ajeno a la idea de sacralidad de la vida, propia de una determinada, o de unas determinadas, concepciones religiosas de la existencia.

No yendo por tal camino, tenía el Tribunal que entrar en la consideración de la eticidad —que en nuestro ordenamiento se viene a confundir con constitucionalidad, pues la Constitución se supone que refleja el sentir ético de la voluntad popular en cuanto a una ética social inspiradora del ordenamiento— del contenido del Proyecto de Ley. Una vez en este camino, el artículo 15 de la Constitución pedía al Tribunal que hiciese para la vida lo que él mismo hacía ya para la integridad física y moral: determinar las conductas agresivas a aquélla, en el caso objeto de recurso en relación con el aborto. Con toda lógica, el Tribunal —que no había sido llamado a pronunciarse sobre otros posibles supuestos de aborto, sino sólo sobre tres muy determinados— consideró que cada uno de ellos era no punible siempre que se observasen una serie de garantías tendentes a evitar el abuso (la interpretación extensiva de la permisión) y a robustecer la seguridad de la actuación médica (para evitar que un peligro para la madre se sustituyese por otro).

2. *El aborto terapéutico*

Los tres supuestos de no punibilidad del aborto eran en efecto los más lógicos, y de ahí también la lógica de la actuación del Tribunal. Hemos hablado arriba de peligro para la vida de la madre derivado del pro-

en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1985, págs. 457 y sigs.; L. RUANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 sobre despenalización de algunos casos de aborto», en *Ius Canonicum*, 1985, págs. 667-702; todos ellos citados por R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 229-300, nota 101.

pio feto, y de peligro para el modo de vida de la madre con posterioridad al nacimiento del hijo, como fórmulas aceptadas por la moderna sociedad desacralizada justificadoras de la eliminación de la vida del *nasciturus*. El aborto llamado terapéutico —primero de los tres supuestos del Código penal— contempla el primer caso: peligro grave para la vida de la madre derivado de la propia situación de embarazo. La doctrina penalista tiende hoy a considerar en esta hipótesis no punible el aborto, incluso sin que existiese el artículo 417 bis, en base al recurso al estado de necesidad³⁴ (aún cuando ello está en contradicción con la tradicional moral del Cristianismo). Tanto más entra dentro de esta lógica que el Tribunal Constitucional acepte la no punibilidad de un supuesto que se impone a la opinión pública por su propia fuerza, y al que no pocos autores que no admiten la despenalización del aborto como una declaración de juridicidad general, sino sólo de juridicidad penal, admiten como una excepción a esta regla.

3. *El aborto eugenésico*

El aborto eugenésico —previsibles defectos psíquicos o físicos del nuevo ser— se propone evitar el atentado contra la forma de vida de la madre en el futuro. Hay que tener en cuenta que este supuesto de aborto no se preocupa en realidad por evitar sufrimientos al ser humano que va a nacer. No es ese su interés ni su finalidad. Antes del nacimiento, resulta impredecible el grado de felicidad que un ser humano podrá alcanzar en vida, pese a sus defectos. Y si aceptáramos que se quiere evitar el sufrimiento del hombre enfermo o tarado o minusválido, no se ve por qué no habría que aplicar la misma regla al ser humano ya nacido, que durante su vida sufra un accidente o enfermedad que le reduzca a la misma condición en la que presuntamente se encontrará el futuro ser aún no nacido; no siempre se podrá contar con la voluntad del enfermo, que puede haberla perdido, e incluso tal voluntad puede manifestarse para reclamar la muerte. El objetivo del aborto eugenésico no es impedir que el futuro ser humano sufra las taras que conlleve en su cuerpo o su espíritu, no es la compasión por el futuro enfermo, sino la felicidad de la madre, que se libera de llevar la carga de tal hijo.

Aún así, se comprende igualmente que el Tribunal Constitucional haya aceptado este supuesto de aborto. Quizás un planteamiento muy riguroso de la despenalización hubiese debido limitarse a los casos de peligro para la vida de la madre, y no de incomodidad por grave que ésta fuese, pero no habiéndolo hecho, ciertamente el aborto eugenésico es el caso más evidente —entre los relativos a la forma de vida, posterior al parto, de la

³⁴ Vid. los numerosos autores que en esta línea cita D. M. LUZÓN PEÑA, *o. c.*, páginas 632-633.

madre— de posible juridicidad penal de la acción abortiva dentro de un régimen permisivo; aunque es evidente que en el fondo se está discriminando al enfermo frente al sano, mal endémico de todos los siglos y que —aquí sí— constituye una gravísima paradoja precisamente en la sociedad moderna, que trata de eliminar precisamente esas injusticias históricas³⁵, y no menos en el caso español, en el que nuestra Constitución dedica su artículo 49 a establecer el deber de los poderes públicos de «prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos»³⁶.

4. *El aborto ético*

Por lo que hace al aborto denominado ético, el procedente de la violación, aquí ciertamente no existe otro justificante de la muerte del feto que el hecho de que la madre no lo desea. Se distingue, sin embargo, el supuesto fáctico de los demás casos de embarazo no querido por el hecho del dramatismo que acompañó al acto sexual que produjo la gravidez: se supondrá a partir de ese dato que para la madre el hijo, que lo es también del violador, le puede traumatizar, no solamente con el recuerdo del hecho violento, sino incluso como resultado de la repugnancia lógica que la mujer puede sentir a llevar en su seno y a compartir su vida con el ser que es también hijo de quien la sometió a la violación³⁷. Por otro lado, tampoco debe dejarse de tener en cuenta que el embarazo procede en este caso de una agresión constitutiva de delito, como expresamente requiere el artículo 417 bis³⁸. Por lo que, en un intento de comprensión del fenómeno de recepción del aborto en la sociedad actual, esta consideración puede explicar la presencia del tercer supuesto en la norma cuya constitucionalidad reconoció el Alto Tribunal.

Es evidente la minoración que por esta vía sufre la proclamación del universal derecho a la vida que establece el artículo 15 de la Constitu-

³⁵ Vid. al respecto G. LISELLA, «Infermità mentale e tutela della persona nella famiglia», en el vol. *a cura* de P. STANZIONE, *Persona e comunità familiare*, Napoli 1985, páginas 174 y sigs.

³⁶ Vid. las interesantes observaciones al respecto de este deber de los poderes públicos que hace Y. GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid 1990, págs. 385-387.

³⁷ Cabría analizar si en este tipo de supuesto en el que el padre no solamente no es querido, sino que es odiado por la madre, cabe cuestionar el nacimiento de una relación de filiación compartida. Pero, en todo caso, no se olvide que la doctrina denomina filiación a «la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo», ya que la filiación «es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra» (L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, tercera ed., Madrid 1983, pág. 311), por lo que la condición de madre nunca puede hacer quiebra desde esta perspectiva.

³⁸ Se ocupa de la agresión al cuerpo humano como una *violatio corporis*, y de sus consecuencias en terrenos como el sexual, A. R. CASTALDO, «AIDS e Diritto Penale: tra dommatica e politica criminale», en *Studi Urbinati*, nuova serie A, núm. 41-42, 1988-89/1989-90, pág. 40.

ción. Cade decir incluso que dicho texto concede de hecho más valor al derecho a la integridad física y moral, que no son objeto de reducción alguna, al haber asumido el propio artículo la tarea de fijar las garantías para su defensa. En este sentido, entra el Tribunal Constitucional a suplir la deficiencia del artículo constitucional, y crea una muralla de garantías que, al envolver la impunidad penal del aborto, reduce los riesgos de que la excepción aceptada al respeto que el derecho a la vida posee se transforme en un absoluto desconocimiento de éste. Pero no evita la impresión de una quiebra del derecho a la vida de un ser totalmente sano, inocente, y socialmente útil.

5. *La garantías de protección del derecho a la vida*

Es por estas razones por las que subraya SÁNCHEZ AGESTA que, para nuestro Tribunal Constitucional, el derecho al aborto es un «bien constitucionalmente protegido, en posible conflicto con la vida de la madre (aborto terapéutico), valores éticos (aborto ético) y la normalidad del hijo (aborto eugénico)»³⁹; expresiones sin duda discutibles, porque, si bien es admisible el considerar al embarazo con peligro para la vida o salud de la madre como algo en contraste con la punibilidad del aborto, no es correcto afirmar que ésta está en contraste con valores éticos o con la normalidad del nuevo ser. Pero no sorprende que la precisión en el uso de las palabras sufra a medida que se amplía el margen de la eticidad del aborto a costa de distanciarse de la eticidad de las razones que justifican la muerte provocada del feto. No deja de ser significativo el dato de que en Italia, como recuerda LARICCIA⁴⁰, el aborto era considerado como un delito «contro l'integrità della stirpe»⁴¹; es decir, la atención preferente del legislador se orientaba hacia el feto para defender su derecho a la vida, en contraste con la que hemos denominado tendencia predominante de la moderna sociedad secularizada.

Las garantías de que el Tribunal Constitucional rodea a los supuestos de aborto despenalizados, como indicábamos, vienen a cubrir la carencia del artículo 15 de la propia Constitución en relación con el derecho a la vida y en contraste con la protección que el citado artículo sí que presta al derecho a la integridad física y psíquica. No es impensable suponer que estamos ante el primer paso de lo que podrá ser en su día una cadena de problemas, que el mismo Tribunal va a tener que ir resolviendo para fi-

³⁹ L. SÁNCHEZ AGESTA, *o. c.*, pág. 129, nota 11.

⁴⁰ S. LARICCIA, *o. c.*, pág. 414.

⁴¹ Libro III, Título X, del Código penal italiano en su redacción vigente con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional de 18 de febrero de 1975, que declaraba la inconstitucionalidad parcial del artículo correspondiente del citado cuerpo legal, el 546, «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato... e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

jar los límites reales dentro de los cuáles la vida de los españoles está constitucionalmente protegida. No en vano ha recordado la doctrina que «también puede proyectarse este derecho sobre el suicidio y la esterilización»⁴², y no es difícil suponer que un día habrá de referirse a la eutanasia⁴³, temas todos en los que, como afirma NAVARRO en relación con el rechazo de tratamientos médicos, «se produce una inevitable concurrencia de aspectos jurídicos y deontológicos»⁴⁴.

VIII. LOS SUPUESTOS DE ABORTO NO CONTEMPLADOS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Un segundo punto que advertíamos que atraería nuestra atención era el de la posible modificación del artículo que ha despenalizado el aborto en nuestro ordenamiento, presumiblemente para ampliar el número de supuestos o bien para optar por otra vía distinta de tipificación de las situaciones en que el aborto se declara no punible⁴⁵.

1. *El Informe de la Fiscalía General del Estado*

Un Informe de la Fiscalía General del Estado de 13 de febrero de 1991 consideró que la legislación española sobre el aborto resulta insuficiente; según el mismo, al limitarse la despenalización únicamente a los tres supuestos del artículo 417 bis del Código penal, quedan fuera la mayoría de las causas que dan lugar a la interrupción del embarazo. Se hace en él referencia a la escasez de medios económicos para alimentar y educar al futuro hijo, y se supone que en tales casos se puede aplicar el artículo 8, 7.º, del Código penal que prevé la eximente de estado de necesidad, recurso que al autor del Informe le parece creador de una situación de injusticia, ya que las mujeres incurso en los tres supuestos despenalizados se verán libres de procedimientos penales, mientras en el otro u otros supuestos no despenalizados las embarazadas, después de haber su-

⁴² L. SÁNCHEZ AGESTA, *o. c.*, pág. 129.

⁴³ «El derecho a la vida no es derecho de libertad en sentido estricto. La vida se reconoce y se garantiza por el Derecho como un bien irrenunciable; no es el fruto de una decisión individual que se tutela de manera igual o como pudiera serlo la decisión contraria. Ciertamente se puede admitir que el deber del médico de mantener con vida al paciente puede dar lugar a sufrimientos prolongados e inútiles. Pero no por esto puede pensarse que existe un derecho al suicidio y ni siquiera se puede admitir una eutanasia en sentido estricto» (S. BASILE, *o. c.*, págs. 296-297).

⁴⁴ R. NAVARRO-VALLS, «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español», en VV.AA., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid 1989, pág. 896.

⁴⁵ Cuando se envía este trabajo a la imprenta, en noviembre de 1992, el Ministerio de Justicia ha puesto en marcha un nuevo proceso de modificación del Código Penal en relación con el aborto, que en trámites de discusión parlamentaria puede conducir a fórmulas cercanas al aborto libre.

frido los inconvenientes de una intervención médica rodeada de menores garantías, se podrán ver envueltas en un proceso cuyo final puede no resultarles favorable. Por todo lo cual plantea la Fiscalía la necesidad de ampliar las causas de despenalización.

2. *El Informe del Ministerio de Relaciones con las Cortes*

A su vez, un Informe al Congreso de los Diputados efectuado por el Ministerio de Relaciones con las Cortes, señala que el noventa y ocho por ciento de las interrupciones voluntarias del embarazo que se realizan en España tienen como causa el grave peligro para la salud física o psíquica de la embarazada; y que un cuarenta por ciento de las mujeres que abortan no tiene hijos, habiéndose comprobado que a mayor número de hijos disminuye en proporción el número de abortos de una mujer. Por lo que hace a la edad, el cuarenta por ciento de las embarazadas que acuden al aborto están comprendidas entre los 20 y los 24 años. La sanidad pública realizó el 3,80 de los abortos, incluyéndose en este porcentaje la práctica totalidad de los abortos de alto riesgo, bien por causas obstétricas, bien por elevada edad gestacional.

3. *El aborto por motivos económicos*

La mencionada actitud de la Fiscalía, sin duda alguna, apunta a la aceptación de un cuarto supuesto de aborto; el Informe al Congreso demuestra la escasa incidencia de los abortos realizados en virtud de los supuestos segundo y tercero, lo que también pudiera servir de apoyo a la opinión de la Fiscalía en favor de unir al llamado aborto terapéutico un nuevo tipo dotado de mayor incidencia social, el derivado de la imposibilidad de atender debidamente a la prole por motivos económicos⁴⁶.

Se trata de una de las dos opciones que se barajan a la hora de concebir una ley de aborto ampliamente despenalizadora. Tengamos ante los ojos el dato —corroborado por el mencionado Informe al Congreso— de que los casos reales en que se pueden aplicar los supuestos dos y tres del artículo 417 bis, no solamente son pocos, sino que han de ser y han de seguir siendo pocos necesariamente. No hay modo de obtener un aborto por violación si no ha habido violación causante del embarazo, y el supuesto es infrecuente, porque lo es en efecto y porque el artículo 417 bis, en su redacción definitiva, tomó precauciones para evitar el fraude de ley en este caso. Lo mismo sucede con el supuesto segundo, el aborto por enfermedad del feto, ya que igualmente el artículo 417 bis ha tomado precauciones bajo las exigencias a que lo sometió el Tribunal Constitucio-

⁴⁶ En esta línea se mueve el Ministerio de Justicia, como aludíamos en la nota 45.

nal, y son relativamente escasos, por fortuna, los casos en que el aborto es posible porque se den las circunstancias exigidas legalmente.

El noventa y ocho por ciento de abortos por el primer supuesto, o abortos terapéuticos, es suficientemente expresivo; aquí el fraude de ley o, si lo preferimos, la interpretación laxa de la ley es mucho más fácil, por muchas que sean las precauciones tomadas por el Alto Tribunal y reflejadas en el Código penal. El concepto de grave peligro para la salud física o psíquica de la madre puede ser extraordinariamente elástico⁴⁷, y los informes médicos y los deseos de las embarazadas pueden combinarse para obtener con cierta facilidad, si no un aborto libre, uno, al menos, menos gravoso que cuanto exigiría un escrupuloso respecto a la norma penal. Y es aquí donde puede unirse a este supuesto un cuarto —que sería segundo en incidencia social—: el de la falta de medios económicos. Su elasticidad, su extrema dificultad de comprobación, acercarían aún más el aborto reglado al aborto libre. Pero junto a ese peligro de carácter técnico, que pudiera cubrirse con una legislación muy precisa y un serio trabajo de los organismos de control, existe una consideración que conecta directamente con el tema de la eticidad de la norma, que nos ha ocupado en detalle páginas atrás.

El aborto por motivos económicos, en efecto, contiene una gravísima injusticia social. Significa sencillamente la protección legal al *nasciturus* dotado de medios de fortuna y el abandono, con daño definitivo para su vida, del *nasciturus* pobre. No cabe suponer una mayor contradicción interna del moderno *Welfare State*⁴⁸. Ante la dificultad en que éste se encuentra para resolver dignamente la vida de todos sus miembros, evitando que ninguno de ellos carezca de los medios económicos precisos para una vida digna⁴⁹, la aceptación del cuarto supuesto de aborto supone por parte del Estado optar por eliminar físicamente a aquellos a quienes no acierta a mantener, suministrando a su familia las posibilidades de empleo y subsidios necesarios⁵⁰. Mayor fracaso del Estado del bienestar es difícilmente concebible, y por supuesto entraría en juego un criterio de discriminación, el de la pobreza, que el legislador ni se atrevió a supo-

⁴⁷ Se ha puesto de relieve por algún autor lo extremadamente cuidadoso que se ha de ser en la consideración de la enfermedad como una causa de divorcio (R. WIETHOELTER, *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, apartado sobre «Divorcio en caso de enfermedad», Madrid 1991, págs. 143-145).

⁴⁸ Sobre el moderno Estado del bienestar y el pensamiento cristiano, puede verse M. Toso, *Chiesa e Welfare State* Roma 1987, *passim*.

⁴⁹ Acerca de las posibilidades del Estado del bienestar de actuar como un Estado asistencial, para resolver los problemas económicos y favorecer la obtención de un *status* digno de vida por parte de sus miembros, vid. F. ARDIGO, «Dello Stato assistenziale al Welfare State», en la obra dirigida por ROSSI y DONATI, *Welfare State. Problemi e alternative*, Milán 1985, pág. 35.

⁵⁰ A tal conclusión no puede menos de conducir el análisis de los datos que se derivan del tratamiento de estos problemas por el moderno Estado del bienestar.

ner como imaginable cuando redactó el artículo 14 de la Constitución⁵¹. Y, en nuestra opinión, sin ningún género de duda la introducción en el Código penal de tal supuesto de despenalización del aborto resultaría anticonstitucional, ya que el citado artículo 14 enumera supuestos —nacimiento, raza, sexo, religión— de no discriminación, pero prohíbe ésta de modo general y radical, absoluto, y no sólo por esas causas, al referirse además a «*cualquier* otra condición o circunstancia personal o social».

4. *La Ley de plazos*

Existe todavía otra forma de enfocar la despenalización del aborto, que resultaría sustitutiva de todos los supuestos para dar entrada a otra forma diferente de resolver el problema. Nos referimos a la llamada Ley de plazos, existente en diversos países bajo diversas modalidades⁵². Una Ley de plazos viene a regular el aborto según las diferentes fases de la gestación y, en principio, sin ninguna otra limitación; de hecho supone autorizar el aborto libre para un período primero —de longitud variable según determine la norma— del embarazo, transcurrido el cual se pasará al ya conocido sistema de los tres supuestos o del número de supuestos que fuese.

Nótese que el único fundamento posible⁵³ de una Ley de plazos tendría que ser la afirmación de que durante las primeras semanas o meses el feto no merece respeto a su vida, ya que ni es un feto enfermo, ni amenaza a la madre, ni procede de un acto sexual impuesto contra la voluntad de la embarazada. El feto es perfecto en sí mismo y en su concepción, pero no deseado y, como consecuencia del no deseo, se permite a la madre que lo elimine pero solamente mientras aún existe desde hace poco tiempo. ¿Por qué? Ha de haber una razón no caprichosa que fije la frontera entre el día último en que la vida del feto aún no merece respeto, y el día primera en que sí lo merece. Para quienes defienden este tipo de aborto, no puede ser cuestión de si el feto tiene ya o no tiene aún alma, según la vieja discusión de los teólogos sobre el momento

⁵¹ Cuando la doctrina, al tratar de la filiación, ha supuesto diversas situaciones de discriminación, nunca ha tomado en cuenta esta posibilidad en contradicción tanto con el ordenamiento como con la filosofía social que inspira al Estado del tiempo presente: vid., p. ej., M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona 1992, págs. 214 y sigs.

⁵² Vid. las abundantes referencias al Derecho comparado en la materia que incluye R. NAVARRO-VALLS en «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», *cit. passim*.

⁵³ La doctrina ha puesto de relieve la no admisibilidad ética de una concepción del bien común que se obtenga con el sacrificio de los derechos individuales, salvo en supuestos muy determinados (vid., entre otros, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Metología de las leyes*, Madrid 1991, págs. 476 y sigs.). Nótese que el sacrificio de la vida de la madre para salvar la del *nasciturus* es rechazada por los mismos que piden lo contrario, y que incluso piden la eliminación de éste para obtener la mera mayor comodidad de vida de la mujer.

de la animación; tampoco puede ser cuestión de si tiene vida, pues vida la tiene desde el momento mismo de la concepción; tampoco puede tratarse de si esa vida es distinta o no de la de la madre, pues tampoco puede ser eliminada médicamente parte alguna sana del cuerpo de la madre que no suponga una amenaza para la vida o la salud de ésta, y en el feto hay una vida real o potencialmente distinta de la materna —la ciencia médica más autorizada mantiene con seguridad que se trata de una vida *a se*— que se corta cuando ya existe y cuando su derecho a la vida es más que una expectativa de derecho. El aborto libre es el último paso del abandono del principio consagrado en el artículo 15 de la Constitución, y no parece haber camino, por restringido que sea el plazo, que pueda justificar la medida en nuestro ordenamiento y evitar su inconstitucionalidad⁵⁴.

IX. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

1. *Aborto y objeción de conciencia*

Hemos de tocar aún un último punto, que se refiere al núcleo central del problema examinado: el de la incidencia de la norma despenalizadora del aborto en el deber o posibilidad de los ciudadanos de actuar en conformidad con el ordenamiento. En concreto, se ha observado reiteradamente por la doctrina que en el tema del aborto tiene una incidencia excepcionalmente importante la cuestión de la objeción de conciencia.

Un exhaustivo trabajo del Profesor NAVARRO-VALLS, que es un estudio que se ha convertido ya en clásico y del que reiteradamente estamos haciendo uso en estas páginas⁵⁵, nos dispensa de llevar ahora a cabo un nuevo análisis de la cuestión en extensión y profundidad. NAVARRO reunió cuanta información era posible sobre la temática, sistematizándola y analizándola doctrinal y exegéticamente. Hay que dar por sentados los resultados que obtuvo y, remitiéndonos a ellos, apuntar aquí algunas observaciones que en todo caso nos parecen dignas de alguna atención.

Partamos de la base de que la objeción de conciencia no es un problema de naturaleza religiosa, y el interés que merece al eclesiástico arranca de un profundo compromiso del Estado con los derechos esenciales de los ciudadanos a la hora de imponer la obediencia a las normas ju-

⁵⁴ La doctrina civilista ha tomado en cuenta, en relación con el vigente ordenamiento, la posibilidad del pacto de exclusión de la prole, al que considera ineficaz pero no causante de la invalidez de las nupcias; no ha considerado, en cambio, el supuesto de admisibilidad del aborto libre como procedimiento pensable de supresión de los hijos. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Madrid 1989, pág. 62.

⁵⁵ R. NAVARRO-VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», *cit.*, págs. 257-310.

rídicas que integran el ordenamiento. Como la doctrina ha hecho notar, «la protección jurídica de la llamada objeción de conciencia interesa frontalmente al eclesiasticista como aspecto especialmente significativo de la tutela del interés religioso, de la dimensión individual de la libertad religiosa. Sin embargo, no puede olvidarse que este tema, como tantos otros que el eclesiasticista se ve obligado a tratar, es susceptible de enfoques igualmente importantes con la perspectiva de otras ciencias como la Sociología o la Filosofía Política. Aquí interesa desde un punto de vista jurídico-eclesiástico, aunque habrá de subrayarse que la objeción de conciencia ampara no sólo la libertad religiosa sino también las que, como hemos visto, VILADRICH y HERVADA denominan libertad ideológica, libertad de creencias o libertad de las conciencias. De esa forma, veremos que las motivaciones que subyacen en una objeción de conciencia, en un sentido amplio, pueden ser no sólo religiosas, sino también morales, éticas, filosóficas e incluso políticas»⁵⁶.

Cuando aún el *iter* de la reforma penal no estaba concluido, ya previó algún autor que la objeción de conciencia saltaría al primer plano de la atención de la doctrina una vez que la nueva legislación entrase en vigor. «La objeción de conciencia —escribía CUERDA RIEZU— no ha sido regulada en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, a pesar de que la doctrina se ha mostrado favorable a ella. La objeción de conciencia, no obstante, como negativa del médico a efectuar el aborto indicado, puede fundamentarse en la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución Española. No es aventurado imaginar que en la polémica sobre la despenalización del aborto éste va a ser uno de los caballos de batalla de las posturas antiabortistas, por lo que sería conveniente una regulación expresa»⁵⁷. En la misma línea pueden encontrarse asimismo otros autores⁵⁸.

2. *La objeción de conciencia al aborto y el Tribunal Constitucional*

El artículo 417 bis del Código penal, como sabemos, se redactó definitivamente sin dar acogida a la objeción de conciencia frente al derecho

⁵⁶ V. REINA y A. REINA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico español*, Barcelona 1983, pág. 377. Vid. también L. PRIETO SANCHÍS, en I. C. IBÁN y L. PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1985, pág. 106: «Para el Derecho, lo relevante es la protección de un imperativo de conciencia que se opone al cumplimiento de un cierto deber jurídico; no siempre sería fácil determinar si ese imperativo deriva de un acto de fe o de una concepción del mundo».

⁵⁷ A. CUERDA RIEZU, *o. c.*, pág. 382.

⁵⁸ El propio Cuerda recoge la opinión de A. GARCÍA ARÁN, «La objeción de conciencia del médico en relación a la interrupción del embarazo», en VV.AA., *El aborto. Un tema para debate*, Madrid 1982, págs. 117-129; A. BERISTAIN, «Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva», en *II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal*, Avila 1981, págs. 87-93.

que se reconocía, pero la exigencia de respeto a aquélla le llegó a los poderes públicos desde el propio Tribunal Constitucional.

NAVARRO-VALLS da así cuenta de este hecho: «Como es sabido, la consagración del juego de la objeción de conciencia en el ordenamiento español —aunque no por vía legal, sino jurisprudencial— se produce en un *obiter dictum* de la sentencia del 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional. Tal inciso trae su causa en una argumentación contenida en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Proyecto de Ley de 1983 por el Grupo Popular. En dicho recurso, los motivos de inconstitucionalidad alegados fueron siete. Y en el motivo séptimo, al aludirse a las ambigüedades cosntitucionales del Proyecto (que, al sentir de los recurrentes, suponían una violación del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9, 3, de la Constitución), se mencionaba entre ellas: «el médico autor del aborto se verá obligado a una tarea de calificación jurídica (conurrencia de un estado de necesidad, de un delito de violación) o de calificación médica (dictamen emitido por los médicos especialistas), que implican el ejercicio de funciones públicas o casi judiciales, pero no se prevé que dicho médico o en general el personal sanitario pueda abstenerse de intervenir por razones de objeción de conciencia, que la Constitución admite para el servicio militar (art. 30, 2); con mayor razón debe aplicarse a estos supuestos. Como contempla, por ejemplo, la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 (art. 9), y en cualquier caso amparable en el artículo 16 de la Constitución sobre libertad religiosa.» Refiriéndose a dicha argumentación, el Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 14, aduce: «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 Tribunal no se le oculta la especial relevancia de estas cuestiones..., pero las mismas son ajenas a la constitucionalidad del proyecto... No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercida 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 artículo 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»⁵⁹.

El legislador, invitado así a tomar en consideración el tema de la objeción de conciencia, prefirió concluir la redacción definitiva de la reforma penal sin dar acogida a aquélla. Le resultó, por tanto, más cómodo no tomar partido de modo directo, toda vez que al hacerlo tampoco cerraba el paso al ejercicio por parte de médicos y personal sanitario de un derecho que expresamente el Tribunal Constitucional reconocía como basado

⁵⁹ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 302-303.

en un precepto constitucional de inmediata aplicación. Y, por tanto, la posibilidad de objetar a la realización del aborto quedó abierta en nuestra práctica jurídica en relación con la aplicación de la normativa despenalizadora del aborto.

Sin embargo, era de preveer que la opción legislativa de no incluir en el artículo 417 bis del Código penal una mención y regulación de la objeción, traería problemas en la práctica, y así ha sido. La complejidad de la materia postulaba quedar resuelta mediante un desarrollo legislativo concreto de la general disposición establecida en el artículo 16 constitucional. Ya recordábamos líneas arriba la opinión de CUERDA, para quien en esta materia «sería conveniente una regulación expresa»⁶⁰. Los hechos han venido a darle la razón.

3. *La jurisprudencia ordinaria sobre la objeción de conciencia al aborto*

Como consecuencia del recurso hecho por determinado personal sanitario sobre el derecho a objetar frente a la práctica del aborto, los Tribunales ordinarios han tenido que pronunciarse ya sobre el tema, y la nueva jurisprudencia no está resultando uniforme por el momento. NAVARRO-VALLS da ya cuenta de una primera decisión jurisprudencial, recaída en la Audiencia Territorial de Valladolid sobre el caso de un grupo de enfermeras que, prestando sus servicios en un Hospital de la Seguridad Social, se vieron trasladadas a otro servicio al negarse a prestar su cooperación en dos abortos⁶¹. Al no haberse demostrado —según el Tribunal de Valladolid— que el traslado supusiese perjuicio grave para el interés general, la demanda no obtuvo favorable acogida⁶². Y si bien, cuando NAVARRO escribía su trabajo al respecto, el proceso no había aún concluido, posteriormente las enfermeras recurrieron al Tribunal Supremo, que dio la razón a la Audiencia mediante sentencia del 20 de enero de 1987, según la cual, en resumen de su contenido hecho por IGLESIAS ALTUNA⁶³, «El artículo 16 de la Constitución proclama y garantiza la libertad ideológica y religiosa, libertad de pensamiento no menoscabada ni negada por el traslado de las Ayudantes Técnico-Sanitarias a servicios distintos de los ginecológicos dentro del mismo centro médico. Efectivamente, existe en principio un fundamento notorio, expuesto por las mismas interesadas, para tal decisión y es, precisamente, su deseo de no intervenir en interrupciones voluntarias de embarazos (por lo demás, tan legítima como la contraria). Tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturba-

⁶⁰ A. CUERDA RIEZU, *o. c.*, pág. 382.

⁶¹ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 303-305, donde da detallada cuenta del caso.

⁶² R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 305.

⁶³ Vid. en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IV, 1988, pág. 719.

ción previsible del servicio cuando se presentaren tales casos. No cabe hablar, pues, de "represalia" si el cambio de destino se hace sin afectar al lugar de residencia (Ponferrada) al Hospital ("Camino de Santiago"), a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradados o disminuidos».

Diverso ha sido el resultado de un procedimiento seguido por similar causa ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en sentencia del 18 de diciembre de 1991 ha resuelto el caso planteado por un médico anestesista que sufrió igualmente un traslado de puesto de trabajo como consecuencia de su negativa a colaborar en el aborto, habiendo sido desestimado su recurso por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza y acogido en cambio favorablemente por el citado Tribunal Superior.

Según los fundamentos de derecho de esta tan reciente sentencia, «el traslado impuesto al actor tuvo como causa efectiva y determinante la negativa que había expresado de no intervenir en la práctica de abortos terapéuticos, acogiéndose a su derecho a la objeción de conciencia, y ello es así porque si se les consultó a los médicos objetores por la Dirección del Hospital Maternal "Miguel Servet" «que de su postura (sobre el tema de los abortos) dependía el que fuesen o no desplazados a otros centros del Hospital Miguel Servet», si como manifestó la Jefatura de Servicio, «no existen razones estrictamente médicas o profesionales que justifiquen el traslado», y finalmente si el Juzgador *a quo* reconoció en el fundamento séptimo de la sentencia, en lugar inadecuado aunque con valor de hecho probado, que «de la prueba practicada en el acto del juicio el número de anestesistas no objetores introducidos en el servicio puede parecer excesivo en relación al número de abortos realizados; intervenciones que cuantitativamente podrían considerarse ínfimas», de la apreciación conjunta de todos los hechos transcritos se obtiene la consecuencia, por el juego de la mencionada presunción *ad hominem* de que el traslado del Sr. Laborda respondió a una encubierta represalia llevada a cabo con patente vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas que reconocen los artículos 14 y 16, tal como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 y de 7 de mayo de 1987»; y continúa la sentencia con este interesante párrafo: «subrayando finalmente para perfilar y matizar en su exacta significación el tema debatido que por hallarnos ante una materia que constituye una verdadera piedra de toque para contrastar y columbrar la efectividad de un estado de derecho basado en el auténtico respeto al pluralismo ideológico que ampara la Constitución, las conductas sospechosas de encubrir un comportamiento antijurídico deben ser analizadas con especial rigor y cuidado para evitar, por todos los medios, que al socaire de actuaciones formalmente ajustadas al ordenamiento jurídico puedan filtrarse modos de proceder que reduzcan a papel mojado aquellas garantías destinadas a la protección

de los derechos fundamentales, como el cuestionado, que jalonan el nuevo orden jurídico instaurado por la Ley Fundamental de 1978, como uno de sus logros más relevantes en la trayectoria de nuestro constitucionalismo»⁶⁴.

La transcripción de esta sentencia tenía un evidente interés por su contraste con la precedente y la elevación doctrinal de su argumentación, sobre todo en estas últimas frases que de modo patente relacionan el ejercicio del derecho a oponerse a la exigencia de practicar abortos con el disfrute de derechos fundamentales superiores al ordenamiento y a la vez expresamente reconocidos por éste; hasta el punto de considerarse tal libertad del ejercicio de los derechos fundamentales un requisito clave para la tipificación del Estado de Derecho.

4. *¿Es necesaria o conveniente una regulación legal de la objeción de conciencia al aborto?*

La contradicción entre estos dos resoluciones jurisprudenciales, y las que se seguirán casi inevitablemente en el futuro, parecerían recomendar, como más arriba quedó apuntado, que se hubiese regulado con precisión la objeción de conciencia al aborto. Y nunca es tarde para hacerlo si se comprueba la necesidad o al menos la conveniencia de tal regulación. NAVARRO se interrogaba ya sobre «la conveniencia o no de regular específicamente esta forma de objeción»⁶⁵, y su respuesta positiva se basaba en estos argumentos⁶⁶: a) la propia sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que hizo notar que tal «regulación puede revestir singular interés»; b) la experiencia del Derecho Comparado; c) la tesis de que «toda despenalización del aborto lleva inseparablemente unida la admisión de un correlativo derecho a la objeción de conciencia»; d) el que «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16, 1, de la Constitución», según doctrina del propio Alto Tribunal; e) el hecho, también recogido en la sentencia de 11 de abril de 1985, de

⁶⁴ El texto del fallo es como sigue: «Fallamos que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de esta Capital, de 25 de febrero de 1991, en virtud de demanda formulada por D. Angel Laborda Alegre, contra el Instituto Nacional de la Salud y Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre cambio de puesto de trabajo, y en consecuencia debemos revocar y revocamos la expresada resolución, declarando la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas que determina la ineficacia de la resolución de la Subdirección Médica del Hospital general "Miguel Servet" del INSALUD de Zaragoza, por la que se impuso a D. Angel Laborda Alegre un traslado forzoso al Centro de Traumatología, separándolo de su puesto en el Hospital Maternal; condenando a las partes codemandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a que repongan al citado señor en su empleo de Médico Adjunto del Servicio de Anestesia y Reanimación en el Hospital maternal de la Ciudad Sanitaria "Miguel Servet" del INSALUD de Zaragoza».

⁶⁵ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 307.

⁶⁶ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 307-309.

que la vida del *nasciturus* «es un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional», pues «la vida del *nasciturus* ... es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución»; f) porque los objetores se mueven por un «escrúpulo de conciencia», que se orienta en la misma línea de protección a la vida que la propia Constitución; g) porque el espacio de autonomía reconocido a la gestante no puede traducirse en una paralela restricción de la autonomía personal del personal sanitario.

Pero, a renglón seguido de esta opinión favorable a una regulación de la objeción de conciencia al aborto, que garantice el derecho que en las razones que acabamos de recoger se contiene, advierte el autor precautoriamente⁶⁷ que «la regulación ordinaria de este derecho fundamental que analizamos no puede ser tan minuciosa que sofoque, de algún modo, su eventual ejercicio», por lo que sugiere una serie de extremos relativos a los sujetos, actividades susceptibles de objeción, forma de la declaración, límites y medidas antidiscriminatorias que, a su juicio, evitarían aquel peligro y asegurarían la libertad y seguridad en el ejercicio de la objeción⁶⁸.

Sin discutir ambos extremos —la oportunidad de una regulación y la precaución de que la misma no resulte ahogadora del mismo derecho que pretenda regular—, pueden hacerse sin embargo algunas observaciones sobre la objeción de conciencia al aborto que la enfoquen desde un distinto punto de vista.

5. *Naturaleza de la objeción de conciencia al aborto*

No conviene olvidar que siempre que se habla de objeción de conciencia se tiene ante los ojos un modelo de la misma que nació en torno al primer tema acerca del cual el problema de la objeción hubo de plantearse: el servicio militar. Esto no ha dejado de notarlo toda la doctrina⁶⁹. Pero en el caso del servicio militar, la situación es una ley general que

⁶⁷ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, pág. 309.

⁶⁸ R. NAVARRO-VALLS, *o. c.*, págs. 309-310.

⁶⁹ Vid., por ejemplo, las siguientes palabras escritas por L. SPINELLI en la «Presentazione» que bajo el título «L'Obiezione di Coscienza» sitúa al frente de un volumen de VV.AA., a cura di R. BOTTA, *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano 1991, pág. 1: «L'obiezione nasce da un contrasto di doveri, che porta ad un conflitto di coscienza: invero, il rapporto tra norma giuridica che prescrive l'obbligatorietà di un determinato adempimento, e la norma morale fatta propria da un soggetto che lo vieta». No hay duda que ésto puede decirse de la objeción de conciencia al servicio militar y de otras similares, en las que la ley general obliga a una conducta objetada, pero —como veremos— no de la objeción al aborto, en el que la ley general favorece a la vida y el aborto se presenta como una excepción que en ningún caso puede ser obligatoria.

obliga a prestarlo, y unos ciudadanos que se niegan al cumplimiento de dicha ley. La ley general atiende al bien común y sigue las líneas maestras inspiradoras del ordenamiento; p. ej., el artículo 30 de nuestra Constitución, que en su párrafo 1 establece que «Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España». La objeción, que el siguiente párrafo del mismo artículo reconoce, es una excepción a la que el legislador se ve obligado para respetar la libertad ideológica de los ciudadanos, pero como tal excepción ha de ser regulada cuidadosamente a efectos de evitar que se convierta en un fraude a la ley. Las garantías esenciales defienden a la norma general; las garantías que a su vez regulan el ejercicio del derecho excepcional de objeción han de cuidar de que éste no se transforme en una forma no fundamentada de simplemente eludir por comodidad o egoísmo el cumplimiento del deber constitucional. No es ese el planteamiento que corresponde a la objeción de conciencia al aborto. Ya la doctrina ha observado que en este caso «se trata de una objeción de naturaleza distinta a las restantes»⁷⁰, y agudamente observa GONZÁLEZ DEL VALLE que el médico que no quiere practicar un aborto no es un objetor de conciencia, sino todo lo contrario, alguien que «se niega a ser objetor»⁷¹, pues «el objetor, por así decirlo, no es el médico que se niega a practicar el aborto, sino la mujer que quiere que alguien se lo practique. Es ella y no el médico la que, en razón de sus personales circunstancias, quiere sustraerse a la ley general»⁷². Estimamos esta idea llena de posibilidades.

6. *La objeción al derecho a la vida*

El análisis detenido de la cuestión nos prueba que existe una ley general, en efecto, el artículo 15 de la Constitución, que proclama como un bien superior del ordenamiento el derecho a la vida. La doctrina —recuérdese nuestras citas al respecto líneas atrás— ha señalado cómo hay fundamentos serios para entender que la sustitución de la voz persona por la voz todos en el texto constitucional extiende la protección de tal derecho a la vida del feto. El propio Tribunal Constitucional lo corrobora así categóricamente en su sentencia de 11 de abril de 1985, según también hemos citado.

En consecuencia, la ley general es la que establece el derecho a la vida. ¿Cabe objetar contra la misma? Esa fue, en resumen, expresada de otra forma, la pregunta que se hizo al Tribunal Constitucional por el Grupo Popular al recurrir el proyecto de reforma penal que, precisamente, esta-

⁷⁰ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho Eclesiástico español*, Madrid 1989, págs. 218-219.

⁷¹ J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *o. c.*, pág. 220.

⁷² J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *o. c.*, pág. 213.

blecía excepciones al derecho a la vida del artículo 15. Y el Tribunal contestó que sí caben excepciones, es decir, que sí cabe objetar.

Que sí caben excepciones al derecho a la vida lo establecía ya el propio artículo 15 cuando declaraba que «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Ya con sólo esta salvedad, el derecho a la vida se señalada como fundamental, pero no como absoluto o indeclinable: hay bienes superiores al mismo, p. ej., la seguridad de la Patria en caso de guerra⁷³. Pues bien, el Tribunal Constitucional, a consulta del Grupo Popular, declaró que cabían otras excepciones, precisamente las del aborto en los tres supuestos recogidos en la reforma penal. La persona que desea acogerse a esas excepciones objeta en cierto modo a la ley general, no desea que ésta se cumpla siempre, y entiende que su conciencia le pide o le permite que no la observe y que prive de la vida a otro ser. La mujer, es, pues, el verdadero objetor. El facultativo que se niega a colaborar en el aborto solicitado tiene en cambio a su favor la ley general, desea cumplirla, y no quiere colaborar con el objetor, se niega a objetarla. No se niega a que haya abortos; reconoce el derecho de los objetores a abortar o colaborar en el aborto, pero él no quiere acogerse a esa excepción, sino a la norma general. Y pide que se le permita cumplir la norma general. En este sentido creemos entender la afirmación de GONZÁLEZ DEL VALLE de que el médico es alguien que se niega a objetar y que el verdadero objetor es la mujer embarazada que desea abortar.

7. *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*

Vamos a entrar más en el fondo de este razonamiento. Al dictar la reforma del Código penal, apoyado por el visto bueno del Tribunal Constitucional, el legislador ha creado un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Es un derecho, no una obligación⁷⁴. No puede ser una obligación porque iría contra un derecho fundamental reconocido en la Constitución. Es solamente un derecho. Es decir, todo español tiene derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Todo español —puesto que para el ejercicio de los derechos hay que encontrarse en condiciones jurídicas de ejercitarlos, y la frase «todo español» de cualquier artículo constitucional supone todo español en condiciones de actuar el derecho de que se trate— que pueda abortar (en los supuestos legales), puede hacerlo. ¿Quiénes son esos españoles? Las mujeres embarazadas y el personal sa-

⁷³ Vid. S. BASILE, *o. c.*, págs. 296-297.

⁷⁴ Obviamente no es aplicable al aborto lo que de la objeción de conciencia en general afirma L. SPINELLI, *o. c.*, pág. 1: «In definitiva, l'obiezione deriva dal contrasto tra due imperativi, che ugualmente vincolano il soggetto: l'imperativo giuridico cioè la norma, e l'imperativo della coscienza».

nitario preciso; éstos son los que tienen derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

El artículo 417 bis del Código penal no cuenta en concreto con que cada mujer o cada médico o auxiliar sanitario quiera o no hacer uso de ese derecho. Se limita a regular las condiciones en que las mujeres y el personal sanitario pueden efectuar, si quieren, el aborto, es decir, pueden ejercitar su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Ni la mujer sola aborta, ni el médico solo, puesto que el aborto, al menos el diseñado como no punible en el artículo 417 bis, es el resultado de la cooperación de una serie de personas. Todas ellas tienen derecho a, entre todas, dar lugar a una interrupción del embarazo; poseen ese derecho que les ha reconocido la ley. Pero tal interrupción del embarazo ha de ser voluntaria por parte de todos los cooperantes.

Hasta ahora se ha hablado, siempre, por la doctrina, de que la decisión de abortar es de la mujer; el personal sanitario ha sido presentado como cooperador a una decisión ajena. Se ha dejado de observar que incluso en el propio texto legal se encuentra previsto el aborto sin consentimiento expreso de la mujer, en caso de urgencia⁷⁵, situación en la que el médico que practica el aborto actúa por sí mismo sin contar ni con la voluntad de la mujer ni con el dictamen de otro facultativo. Es evidente que la interrupción voluntaria del embarazo es —en el campo cubierto por la reforma penal vigente— obra de varias voluntades simultáneas al mismo tiempo, y que incluso cuando es obra de una sola voluntad ésta no es precisamente la de la embarazada. Y la mujer puede, sin incurrir en conducta punible, prescindir a su vez de las precauciones que el artículo 417 bis le marca para abortar, pero sí incurrirían en pena los facultativos sanitarios que prescindieran de esas mismas precauciones o garantías, que nacieron además de una exigencia constitucional.

8. *Una alternativa a la noción de objeción de conciencia al aborto*

En definitiva, la interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que voluntaria y en tanto que obra de varios cooperantes, requiere de la voluntariedad de todos ellos⁷⁶. Por tanto, propiamente hablando, no existe o no hay que requerir que se regule la objeción de conciencia al aborto; éste es

⁷⁵ Recuérdese el texto del segundo párrafo del artículo 417 bis, 1, 1.º: «En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso».

⁷⁶ Agudamente señala, en efecto, G. CAPUTO que la objeción no es ni un derecho de resistencia ni una desobediencia civil (en «L'obiezione di coscienza: un'arma bifronte fra tolleranza e fondamentalismo», en VV.AA., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico, c.*, pág. 13); la distinción entre los varios supuestos limítrofes con la objeción, que Caputo apunta, ayuda a comprender mejor el carácter de excepcionalidad y voluntariedad dentro de la legalidad que ésta posee.

realizado voluntariamente por quienes deseen utilizar ese derecho legal, y nadie puede ser obligado contra su voluntad a ejercer un derecho que tiene y no desea utilizar, momento en el que la interrupción del embarazo no sería ya voluntaria y se habría desconocido el derecho fundamental de cada ciudadano a respetar el derecho a la vida como un bien superior del ordenamiento, que su conciencia no le permite violentar.

Ciertamente, el Estado, que ha establecido —con referéndum aprobatorio por parte del pueblo— la Constitución y en ella su artículo 15; el legislador que ha introducido el derecho al aborto como una excepción al carácter general y absoluto de aquel derecho; el Tribunal Constitucional que ha amparado la legalidad de la excepción e impuesto sus garantías, todos son responsables solidariamente del contenido vigente del ordenamiento en este punto. Responsabilidad que obliga a los órganos del Estado competentes a asegurar a cada ciudadano el libre ejercicio de su derecho a abortar o no abortar, a colaborar en la interrupción voluntaria de un embarazo o a no hacerlo. Es preciso, pues, que el Estado prevea que los hospitales dispongan de los servicios precisos para que ningún aborto voluntario y no punible quede sin realizar⁷⁷; y que prevea las medidas para que, sin consecuencia alguna ni de ninguna clase, el ciudadano que no desee intervenir en la interrupción voluntaria de un embarazo pueda proceder según su deseo. Cerrar a una mujer la posibilidad de abortar en los casos no punibles es una actitud del Estado contraria a derecho; cualquier alteración de su *status* económico, profesional, social, etc., para una persona que relacionada de algún modo con el aborto (no solamente médicos y auxiliares sanitarios, sino toda clase de profesionales cuya intervención pudiera resultar precisa) se negase a cooperar al mismo, violaría igualmente la norma jurídica y la Administración pública estaría obligada a corregir su conducta, así como en su caso los tribunales a imponer el respeto a la ley.

Solamente en esta perspectiva el médico —o la persona que sea— que entiende que su conciencia no le permite intervenir en la interrupción voluntaria del embarazo, aparecerá ante nuestros ojos en su verdadera luz: no es un objetor que se opone a cumplir la ley en su beneficio o en beneficio de sus convicciones personales —figura frecuentemente negativa y desfigurada ante la opinión pública, lo que es de lamentar, por el caso de tantos objetores de conciencia al servicio militar—, sino que es un ciu-

⁷⁷ En la interesante Proposición de Ley sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, que presentó el 26 de junio de 1981 el Grupo parlamentario Comunista (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, 14 de julio de 1982 *núm.* 145-I, págs. 259 y sigs.), se preveía que «Los directivos de las instituciones sanitarias públicas habilitarán los medios personales y materiales necesarios para garantizar la prestación del servicio a que se refiere esta Ley», medida tanto más necesaria y justificada cuanto que dicha proposición de Ley, superior en muchos puntos al artículo 417 bis, tal como quedó incorporado al Código Penal, sí que recoge la objeción de conciencia y la regula.

dadano que ejercita su derecho a actuar conforme a la ley general en lugar de acogerse a las excepciones previstas para la misma.

9. *Una observación final*

Y una última consideración, con la que concluimos: ¿por qué razón nadie piensa en el padre como parte a la hora de decidir el aborto? ¿Por qué es tomada en cuenta tan sólo la voluntad de la mujer, y se establece nada más que la decisión de ésta, con la cooperación sanitaria precisa, para determinar si ha de vivir o no el hijo, que no es solamente suyo ni va a cargar en vida solamente sobre ella? ⁷⁸. La relación biológica y legal del padre con el hijo no la ha tomado en cuenta, que sepamos, ni la legislación ni la doctrina ⁷⁹, y se esconde en ello una grave lesión de un derecho y una seria discriminación, que puede suponer —no faltan ya hoy ejemplos desgraciados— para el padre así discriminado un dramático trauma que nadie se ha preocupado hasta ahora de afrontar y resolver.

⁷⁸ Ciertamente que la mujer lleva sobre sí la carga del embarazo y del parto, pero no es normalmente esa la principal razón del aborto, sino la expectativas posteriores de vida, salvo en el caso del aborto terapéutico. Las cargas han de distribuirse en proporción; como ha escrito J. M. VALLET DE GOYTISOLO (*o. c.*, pág. 337): «la justicia, fuera de su ámbito conmutativo, no es la igualdad aritmética, y ni siquiera la geométrica o proporcional fuera del reparto de bienes o cargas comunes, sino que ... es lo adecuado al bien común». De todas formas, ya los romanos habían fijado para siempre el *ius suum cuique tribuere*.

⁷⁹ Alguna discreta alusión sí es posible encontrarla en la doctrina; p. ej., en A. BERTAIN IPIÑA, cuando escribe (*De leyes penales y de Dios legislador*, Madrid 1990, pág. 94): «Los motivos por los cuales algunos supuestos de aborto pueden o deben permitirse proceden de muy diversas consideraciones; sin olvidar, por ejemplo, el deseo de que la paternidad y maternidad se realicen y actúen de una manera responsable».