

Valparaiso University

From the Selected Works of Richard Stith

1994

Nueva Teoria Constitucional y Penal Sobre el Aborto en el Derecho Espanol

Richard Stith



Available at: https://works.bepress.com/richard_stith/36/

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
(C H I L E)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACION DE LA
FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES



Valparaíso
Nº 39
Primer y Segundo Semestre
de 1994

NUEVA TEORIA CONSTITUCIONAL Y PENAL SOBRE EL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

RICHARD STITH *

Valparaíso University School of Law, Indiana, USA.

La discusión sobre el aborto en Estados Unidos es un choque de individualismos: los que proponen los derechos individuales para las personas concebidas no nacidas se enfrentan contra los partidarios de los derechos individuales para las mujeres. Aunque la izquierda toma partido casi exclusivamente con los últimos⁽¹⁾, es difícil discernir algo más que una relación táctica entre temas relacio-

* El autor agradece la ayuda de los profesores Antonio Carlos Pereira, Antonio García Cuadrado, Juan Carlos Manríquez, Cole Durham, Mary Ann Glendo, John Gorby, Donald Kommers and Postts, tanto como a Paige Cunningham. Este artículo se publicó en inglés en *35 American Journal of Comparative Law*, 513-558 (1987).

1. Mark Tushnet, ex coordinador y todavía frecuente orador por el movimiento izquierdista de Estudios Críticos Legales, ha denominado al derecho a la elección reproductora "un tipo izquierdista de derecho al que, se dice, los izquierdistas deben reconocer como 'no' relativo, a menos que pierdan sus credenciales políticas" (Tushnet, *Un ensayo sobre derechos*, 62 *Tex L. Rev.* 1363, 1984). Observen, sin embargo, que Tushnet continúa argumentando que semejante derecho no tendría más sentido incluso para izquierdistas en una sociedad un poco diferente de la nuestra. Ver también *infra*, n. 21.

dados con el aborto y el objetivo socialista de decisiones basadas en la comunidad (2).

No ocurre así en el derecho europeo. La importante sentencia de 1975 de Alemania Occidental ordenaba leyes contra el aborto desde una perspectiva dramáticamente comunitaria (3), como ha sido tan hábilmente indicado por Donald Kommers (4). La sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985 (5), que estaba fuertemente influenciada por la alemana (6), es en muchos

2. Quintano Ripollés, en su análisis histórico de la legislación del aborto, queda perplejo por el hecho de que a nivel político los socialistas europeos han tendido por mucho tiempo a favorecer más el aborto electivo, a pesar del "individualismo" que ve representado en tal postura. Teoriza que el uso explícito pasado de las leyes antiaborto para incrementar las armas y las fuerzas laborales de las naciones capitalistas puede haber provocado que los socialistas se opongan a tales leyes. Añadiría que los compromisos de la izquierda para la igualdad sexual podrían también apuntar en este sentido, pero ni el descenso demográfico ni la igualdad de la mujer parecen necesariamente llevar más lejos el desarrollo del socialismo. *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 504-505 (1962).

3. Sentencia de 25 de febrero de 1975, 39 BverfGE 1.

4. Kommers, *Aborto y Constitución: Estados Unidos y Alemania Occidental*, 25 *Am. J. Camp. L.*, 255, 280-284 (1977).

5. S.T.C. 53/1985, de 11 de abril (pleno). La versión oficial fue publicada primero en el *B.O.E.*, núm. 119 10 (suplemento 18-5-1985), pero he citado aquí la más clara y quizá la más accesible del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 49, 1985, 515.

6. No creo que esa afirmación sea controvertida. La sentencia española se refiere a la de Alemania en repetidas ocasiones en resumidos argumentos del abogado defensor. *Id.*, en 521, 523, 526, 527. En los debates de la Comisión de Justicia e Interior del 25 de febrero de 1983, el jefe de oposición Ruiz Gallardón se refirió a las declaraciones repetidas del Gobierno que la ley alemana había sido una inspiración para la presente proposición de despenalización del aborto. La respuesta del Ministro de Justicia, Ledesma Bartret, no negó esta afirmación (Cortes Generales, Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, núm. 18, 1983-6). De acuerdo con Ernst Benda, ex presidente del Tribunal Constitucional de Alemania, el Tribunal Constitucional español ha sido diseñado con la misma base que el alemán. Ver *La jurisdicción constitucional en Alemania*, 19 *Col. J. Transnat* 61 *L. 1* (1981).

(pero no en todos) aspectos aún más social que esa anterior. Verdaderamente, puede que no sea excesivo decir que la Jurisprudencia social constitucional de Occidente puede encontrar un punto de referencia en esta sentencia española. La ideología socialista tiene una relación con el aborto después de todo, pero de forma bastante diferente a aquélla, que se podría, superficialmente, haber esperado.

El punto clave, que será desarrollado posteriormente, es que el Tribunal español no considera al feto una persona que posee derechos, como sostienen las personas a favor de la vida no nacida en Estados Unidos, ni tampoco algo únicamente sujeto a la voluntad de una persona que posee derechos, como sostienen los que están a favor de la libertad de abortar. En su lugar, se trata a la vida del no nacido como un bien jurídico protegido constitucionalmente. La naturaleza de esta condición o *status* del feto en España como valor público será clarificada en este comentario, y se comparará su condición con aquélla de la vida no nacida de acuerdo a los más altos Tribunales de Alemania y de Estados Unidos.

Se verá posteriormente que el uso de este valor para pedir la prohibición del aborto electivo va íntimamente ligado en España, más explícitamente que en Alemania, al ideal colectivo de "Estado social". La doctrina constitucional de Estados Unidos, siendo mucho más individualista, bien podría no haber requerido tal resultado, incluso si el Tribunal Supremo hubiese reconocido que el feto tiene un valor público muy alto.

Sin embargo, las sentencias española y alemana contienen algo sorprendente: al mismo tiempo que basan la protección de la vida del feto en la importancia de valores públicos, se apartan de esta protección cuando la continuación del embarazo es demasiado exigir (inexigible y "unzumutbar", en palabras de los Tribunales español y alemán, respectivamente) de la mujer embarazada. Señalaré que en casos tan difíciles; el aborto puede estar comprendido en la categoría penal paradójica por la cual las conductas de los individuos están legalmente justificadas (no meramente excusadas) para hacer eso que desde el punto de vista de valores jurídicos públicos sigue injustificado. Este contraempuje de la doctrina individualista puede ser tan importante como la expansión social que se da en la misma sentencia. Las referencias a Alemania y Estados Unidos dejarán esto claro una vez más.

Antes de pasar al análisis del caso, sin embargo, estaría bien definir con mayor precisión las categorías básicas que he estado y estaré usando: en la medida en que una "comunidad" (o socialismo) existe, los valores públicos compartidos son efectivamente perseguidos por todos. Siempre y cuando esos valores existan en estados de ser, más que en conductas consideradas correctas en sí mismas, las normas no son importantes. Por ejemplo, si unos vecinos hubieran de reunirse para construir un granero común, sería estúpido establecer por escrito normas garantizando los derechos subjetivos de reclamación del individuo por los martillos. Sin duda, habrá unas líneas de actuación temporales que serán como normas, para mejor coordinación, pero la meta común sería usar los martillos allá donde más se necesitaran. Ningún individuo insistiría en usar el martillo en su turno correspondiente si un vecino podría hacer un mejor uso de él para el objetivo común.

En contraposición, en la medida en que una sociedad es "individualista", no hay valores públicos. Todas las metas son personales y privadas, y los seres humanos se relacionan solamente en la medida necesaria para conseguir sus valores privados. Consecuentemente, las normas son muy importantes aquí. Por ejemplo: si un número de individuos están construyendo sus propios graneros separados, y hay escasez de herramientas, seguramente establecerán una serie de normas para compartir los martillos. Estas normas se diferenciarán de las líneas de actuación temporales, seguidas por los vecinos del caso anterior, no sólo en su contenido, sino también en su falta de flexibilidad. Los planes privados requieren certeza (seguridad) sobre normas, requieren derechos. Eso es particularmente así si los otros interesados son competidores o incluso enemigos, de forma que ninguno está dispuesto a renunciar a su turno con el martillo, incluso si ya se le acabaron los clavos.

A nivel constitucional, un Tribunal podría imponer uno u otro de estos modelos. Podría insistir en que el Estado pidiera que todos trabajasen juntos por un objetivo común (ej., la vida) o podría insistir que ese Estado se abstuviera de coordinar propuestas comunes al objeto de promover los valores privados de los individuos. O, desde luego, podría no hacer nada y dejar que todo el tema quedara en manos de los legisladores.

Cronología y sumario de la sentencia.

Antes del proyecto de ley aquí en cuestión, el Código Penal español no eximía explícitamente de sanción ningún aborto⁽⁷⁾. Sin embargo, la defensa general del estado de necesidad incluye una exención para actos realizados con el fin de evitar daños iguales o mayores que el daño causado⁽⁸⁾, lo que haría que no fuera punible al menos el aborto necesario para preservar la vida de la madre⁽⁹⁾.

Justamente después de la victoria electoral del PSOE en 1982, la cual dio al partido una mayoría absoluta en el Parlamento español, el nuevo Gobierno propuso un anexo a la Ley del Aborto anterior⁽¹⁰⁾ declarando el aborto no punible en ciertas circunstancias. Como se aprobó por el Congreso de los Diputados el 6 de octubre de 1983 y por el Senado el 30 de noviembre de 1983, el proyecto de ley decía:

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

- 1) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada;
- 2) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado; y

7. Código Penal, arts. 411-417.

8. Código Penal, art. 8.7.

9. Un escrito suplementario de los suplicantes en contra del aborto (fecha el 3 de enero de 1983 —*sic*)— indica además que, en la práctica, nunca se castigó un aborto cuando es realizado por alguna de las razones enunciadas en el proyecto de Ley de Despenalización del Aborto del Gobierno, encontradas en *infra*, nota 11 y texto que acompaña. Por tanto, argumenta el escrito, la reforma legal no sirve para nada si no es para preparar el camino a un aborto completamente electivo.

10. El anexo fue insertado al final de las secciones existentes en el aborto y numerado como el art. 417 bis.

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

La Constitución española postfranquista de 1978 estableció por primera vez un Tribunal Constitucional con el poder de revisión judicial de leyes⁽¹²⁾. Consecuente con la tradición europea kelseniana, una petición alegando inconstitucionalidad puede ser interpuesta por ciertas personas autorizadas, sin necesidad de esperar un daño concreto⁽¹³⁾. Una ley de 1979 de inferior rango a la Constitución, derogada en 1985, estableció el derecho de estas mismas personas para insistir en que el Tribunal oyera tal petición antes que ciertos proyectos de ley inconstitucionales, según se afirma, pudieran entrar en vigor⁽¹⁴⁾.

El 2 de diciembre de 1983, la última clase de petición fue registrada en nombre de 54 diputados pertenecientes al partido conservador AP. Después de recibir una serie de suplementos y respuestas durante el primer semestre de 1984, el Tribunal Constitucional, finalmente, anunció su decisión el 11 de abril de 1985. El proyecto de reforma del aborto fue declarado, en ciertos detalles, inconstitucional por violación del artículo 15 de la Constitución, que dice:

11. Este es el proyecto de ley tal como aparece en la opinión del Tribunal Constitucional (S.T.C. 53/1985, de 11 de abril), publicado en el *B.J.C.*, *supra*, n. 5, 531, el cual es modificado un poco en las letras mayúsculas y puntuación de la versión anterior impresa en el *B.O.E.*, *supra*, n. 5.

12. El Tribunal Constitucional está compuesto de doce miembros (cuatro elegidos por tres quintas partes del Congreso, cuatro por tres quintas partes del Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial), como autoriza el art. 159.1 de la Constitución de 1978. Los miembros son elegidos para período de nueve años, los cuales son escalonados en ciclos de tres años (art. 159.3).

13. Art. 162.1a) de la Constitución de 1978.

14. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, art. 79.2. Derogada por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio (*B.O.E.*, núm. 137, de 8 de junio).

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”. Aunque los 12 miembros del Tribunal estaban divididos en igual número a favor y en contra de esta declaración, la práctica española, en efecto, permitió una segunda votación de desempate por el presidente del Tribunal, don Manuel García Pelayo y Alonso, un ex soldado de la República española, que llegó a ser un jurista internacionalmente conocido durante su años fuera de España⁽¹⁵⁾.

Después de un desarrollo prolongado de los argumentos presentados por los recurrentes y por la apelación gubernamental, el Tribunal construye su posición sobre 12 fundamentos jurídicos, terminando con la conclusión de inconstitucionalidad. Cinco opiniones disidentes, una de las cuales tiene dos autores, siguen.

El argumento del Tribunal, en breve síntesis, es éste: la vida humana es un valor constitucional superior —fundamento jurídico (en adelante llamado F.J.) 3— y un Estado social tal como España tiene un deber de asegurarlo por ley (F.J. 4). Esta vida es una realidad distinta de la madre desde el principio de la gestación, y por lo tanto, el *nasciturus*⁽¹⁶⁾ debe ser considerado un “bien jurídico”

15. El voto no fue exactamente de socialistas contra conservadores. De los seis miembros de la “mayoría”, dos fueron esos nominados por el Consejo General del Poder Judicial. El presidente del Tribunal había sido propuesto por el P.S.O.E. Los otros tres fueron originalmente propuestos por el viejo partido centrista U.C.D., el cual desapareció virtualmente en las elecciones de 1982. La única mujer del Tribunal Constitucional fue coautora de la sentencia (“El Tribunal de los 12”, *El País*, 12 de abril de 1985, p. 13). Detalles bibliográficos y cronológicos adicionales pueden ser encontrados en la misma página. Ver también “Así votaron los doce magistrados”, *Ya*, 12 de abril de 1985, p. 5, y *Diario 16*, 12 de abril de 1985, pp. 6-7.

16. La palabra latina *nasciturus* fue traducida al inglés como el que está por nacer (“the one to be born”), a pesar de lo extraño que resulta hablar del “ser a nacer” acabando quizá en aborto. *Fetus* no fue una palabra aceptable, porque el Tribunal Constitucional español podía hacer uso —y en ciertas ocasiones usó del equivalente “feto”—. Dejar el término no traducido no sería tampoco apropiado, ya que la palabra latina no tendría la misma sensibilidad en inglés como la tiene en castellano. *Nasciturus* sugeriría un ser relacionado con el nacimiento para el lector español culto, a causa tanto de su clara unión a la palabra “nacer” como de su más frecuente uso en contextos de Derecho civil, donde, de hecho, la expectativa del nacimiento está constantemente presente.

con protección otorgada por la Constitución. La historia legislativa indica que los constituyentes intentaron este resultado (F.J. 5), aunque ni el derecho español ni el internacional exigen la conclusión de que el *nasciturus* posee un derecho subjetivo personal a esta protección (FF.JJ. 5, 6 y 7). Tal protección debe ser efectiva y, si es necesario, debe incluir sanciones penales, aunque no necesite ser absoluta (F.J. 7).

La Constitución también garantiza la dignidad personal, la cual incluye derechos tales como el desarrollo libre de la personalidad, la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar (F.J. 8). Cuando los valores constitucionales entran en conflicto el legislador debe ponderarlos e intentar armonizarlos, o, si es necesario, especificar las condiciones bajo las cuales uno puede prevalecer. Debe también no olvidar los límites de lo que es razonablemente exigible por la ley penal. Al poner en práctica sus criterios, no necesita recurrir solamente a las exenciones generalizadas de punibilidad encontradas en el artículo 8 del Código Penal, sino que puede usar una técnica diferente para ciertos delitos tales como el aborto (F.J. 9).

Una vez resueltos los problemas de imprecisión legal —indicando, por ejemplo, que un “peligro grave” es aquel que implica una disminución importante y permanente de salud física o psíquica (F.J. 10)— el Tribunal aplica los principios anteriores al proyecto en cuestión. No hay nada inconstitucional en permitir la destrucción de la vida del no nacido cuando la vida de la madre está en juego. En caso de “grave peligro” para la salud, el propio derecho de la madre a la vida y a la integridad física se ve afectado; no castigar el aborto aquí es constitucional, especialmente a la luz de lo que es exigible por la ley penal. La violación rompe la dignidad personal en su más alto grado, y la ley claramente no puede exigir que la víctima soporte sus consecuencias. Para el caso de taras físicas o psíquicas del feto, el recurso a las sanciones penales contra el aborto impondría una conducta más allá de aquella que es normalmente exigible de una madre (F.J. 11).

La constitucionalidad de la no punibilidad del aborto en tales supuestos ha sido así establecido, de acuerdo al Tribunal. Sin embargo, el Estado sigue teniendo la obligación de garantizar la vida y

salud tanto de la mujer como del *nasciturus*. Debe, por lo tanto, asegurarse que ni el uno ni el otro estén desprotegidos más que lo que las situaciones previstas puedan requerir. Para la protección de la mujer, el Estado debería proveer que el aborto se realizara en centros de salud públicos o privados autorizados para esta finalidad. Para la protección del *nasciturus*, para estar seguro de que el primer tipo de circunstancias existe (grave peligro para la salud o vida de la madre), la Constitución exige que se obtenga la opinión de un médico especialista antes del aborto. Del mismo modo, se debe conseguir las opiniones de los dos especialistas sobre cualquier incapacidad del feto antes de cualquier aborto. Tales cambios, sin excluir otros posibles, permitirían que el proyecto de ley fuera finalmente promulgado (F.J. 12) ⁽¹⁷⁾.

En las dos últimas fundamentaciones de la sentencia, el Tribunal declina pedir la participación paterna en la decisión del aborto (F.J. 13) o entrar en temas de derecho civil subsidiario, tales como la implicación del aborto no punible en el seguro social. Señala, no obstante, que la objeción de conciencia al aborto está protegida por la Constitución (F.J. 14).

La vida prenatal como valor jurídico para la comunidad.

El Tribunal Constitucional español encuentra que no se ha mostrado que el *nasciturus* posea ningún derecho constitucional. Al

17. El Gobierno no tardó en obedecer a la demanda del Tribunal Constitucional. El 12 de julio de 1985 se publicó un nuevo decreto en el B.O.E. (Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal). El cambio significativo es como sigue: la nueva ley contiene un párrafo preliminar requiriendo que el aborto sea realizado en un centro de salud acreditado y requiere de un segundo dictamen médico anterior confirmando que un aborto es necesario para evitar un grave daño a la vida o salud (lo cual incluye ahora explícitamente la salud psíquica) de la embarazada. La ley, sin embargo, no requiere la segunda opinión (ni el expreso consentimiento de la mujer) en una emergencia. Una nueva sección indica, de acuerdo con una observación del Tribunal Constitucional, que la embarazada no será castigada aun cuando un aborto (de otra forma no punible) se dé en violación de los requisitos de un centro de salud o de las opiniones médicas confirmatorias. Las regulaciones que establecen las normas de acreditación se convirtieron en un foco de controversia bajo la nueva ley.

mismo tiempo, el feto está protegido por la Constitución, y concretamente está protegido por la frase "Todos tienen derecho a la vida...". Centrémonos más detalladamente en los razonamientos y resultados de estas, aparentemente contradictorias, conclusiones del Tribunal.

La idea de que nuestros deberes jurídicos objetivos corresponden necesariamente a los derechos subjetivos de los otros no es universal⁽¹⁸⁾, siendo tal y como lo conocemos un desarrollo del tardío nominalismo escolástico y el individualismo de la Ilustración. Algunas culturas aparentemente no tienen necesidad de reificar los beneficios del orden jurídico y atribuir la posesión de estos beneficios abstractos (en primer lugar, el poder de optar a hacer reclamaciones) individuales o sujetos (por consiguiente, "subjetivo"). Aún hoy, generalmente, pensamos en la ley penal como una serie de deberes que no responden a reclamaciones individuales. Ciertamente, tengo obligación de no robar a mi vecino, pero sólo el Estado, no mi vecino, tiene el derecho de insistir en que no lo haga, bajo pena de sanción penal. Analíticamente, la idea de que los deberes no suponen derechos es defendida hoy por un número importante de filó-

18. Ver, por ejemplo, Lacruz Verdejo, *El Derecho subjetivo*, 3 Elementos de Derecho civil, Parte General, 77-87 (1984). Ver también Benn, *Derechos*, en 7 Enciclopedias Phil., 195 (1967); Menditt, *Derechos*, 3-8 (1982); y Hart, "Bentham sobre los derechos penales" en Simpson, *Ensayos Oxford en Jurisprudencia* (1973). *Las mejores historias cortas en inglés de la idea del derecho subjetivo pueden ser* Finnis, *Derecho natural y Derechos naturales* (1980); y Golding, "El concepto del Derecho: un esbozo histórico", en Bandman y Bandman, *Bioethics y Derechos Humanos* (1978). Ver también lo más refinado de Golding, *Justicia y derechos: un estudio de relación*; Shelp, *Justicia y salud* (1981).

19. El profesor Michel Villey ha defendido la tesis de que William de Ockham fue de los primeros que conceptualizó completamente los derechos subjetivos sobre la propiedad. Ockham así lo hizo, de acuerdo con Villey, al objeto de permitir a los franciscanos que renunciaban más fácilmente a tales derechos y así cumplir con sus radicales votos de pobreza. Al mismo tiempo que renunciaran a las reclamaciones civiles a la propiedad, podrían continuar administrándola y usándola en un sentido físico. Ver Villey, "Droit subjectif", en *Seize essais de philosophie du droit* 140 (1969).

sofos⁽²⁰⁾. El ascenso de la teoría jurídica socialista ha ejercido también presión contra la idea de los derechos de reclamación individual como un principio del orden jurídico⁽²¹⁾.

Las protecciones legales europeas recibidas, concedidas al feto, no se pueden introducir fácilmente en esta ideología moderna de derechos subjetivos⁽²²⁾. De los muchos países que siguen tradiciones continentales, aparentemente sólo Argentina ha adoptado el principio del reconocimiento de la personalidad civil desde el momento de la concepción⁽²³⁾. La imagen de la persona como contratante y litigante ciertamente no aparece aplicable a la vida del no nacido.

20. Ver, por ejemplo, las buenas argumentaciones y citas en Weiss, *Los peligros de la condición de persona* 89 *Ethics* 66 (October 1978), y en Hauerwas, *Veracidad y tragedia* 177 ff (1977). Ver también Feinberg, *Derechos, justicia y las limitaciones de la libertad* 135-139, 144 (1980). La proporción inversa, que la ausencia de derechos no necesita imponer la ausencia de deberes, ha sido expresada bien y relevantemente en Montague, *Dos conceptos de derechos* 9 *Phil. and Pub. Affairs* 372, 384 (1980): "Supongo que hay un sentido en el cual yo negaría que aquellos incapaces de actuar intencionalmente tienen derechos, pero no veo que el obrar así tenga consecuencias moralmente objetables. No es como si, por ejemplo, por negar que los niños tengan derecho a defenderse a sí mismo está autorizando infanticidio; lo que he dicho aquí implica solamente que la inmoralidad del infanticidio no puede ser basada en los derechos del niño. El infanticidio, así como cosas tales como la crueldad para con los animales y la experimentación no terapéutica en los niños, animales y retrasados no tuvieron ningún derecho (ejercitable)".

21. Lacruz Verdejo, p. 85; Marx, *La cuestión judía*, Escritura Temprana, 211, esp. 230-231, 1975; Sandel, *Liberalismo y límites de la justicia*, 1982. El socialista Marx Tuhnet y Louis M. Seidman han abogado explícitamente por la permisibilidad de la protección fetal sobre una base no de derechos en *Comentario sobre Tooley "aborto e infanticidio"* 96 *Ethics* 350 (January 1986). El nuevo tratado de Mirjan Damaska, que contrasta el estado reactivo y el activista, es un contexto teórico particularmente rico dentro del cual se puede comprender la ausencia relativa de derechos en el derecho socialista. Ver *Las caras de la justicia y la autoridad del Estado* 83 (1986).

22. Lacruz Verdejo, id., 93-94.

23. Quintano Ripollés, *supra* n. 2, p. 447. Pero Jiménez de Asúa arguye que el feto todavía no cuenta como una "persona visible", según la ley argentina. *Tratado de Derecho Penal*, 988 n. 36 (1962).

Desde luego, los niños después de su nacimiento poseen igualmente estos rasgos de personalidad legal sólo "en potencia", pero se les da condición de persona (aunque el ejercicio de aquélla sea necesariamente a través de un representante, así que la exclusión de los fetos se mantiene problemáticamente⁽²⁴⁾). En cualquier caso, antes de 1985, muchos o la mayoría de los teóricos jurídicos españoles concedían al feto un *status* inferior al de una persona, quizá incluso inferior al reconocido en Francia o Italia⁽²⁵⁾.

La estrategia antiaborto durante los debates constitucionales habrá reforzado la condición de no persona del feto. Temerosos de que la frase "Todas las personas tienen derecho a la vida..." se pudiera leer para proteger solamente a aquellos que bajo el Código Civil tenían personalidad, esto es, los que habían nacido y eran capaces de sobrevivir veinticuatro horas⁽²⁶⁾, los oponentes al aborto la sustituyeron por la frase "Todos tienen derecho a la vida..." con el único propósito de proteger al no nacido del aborto⁽²⁷⁾. Resultaba difícil pa-

24. La existencia de personas infantes puede soportar la afirmación de que la potencialidad es suficiente para la condición de persona y, por tanto, que los no nacidos son igualmente personas. Ver *Enciclopedia jurídica española*, 709. Ver también Rawls, *Teoría de la justicia*, 509 (1971), manteniendo que la racionalidad potencial debe ser la base para un reconocimiento no arbitrario de derechos. Ver también *infra*, n. 43, y texto que acompaña para el argumento del alto tribunal alemán. Resoluciones contrarias son posibles. Es común hoy para el filósofo relacionado con el aborto acabar aprobando el infanticidio. Ver, por ejemplo, los autores Tooley y Warren, citados por Weiss, *supra*, n. 20.

25. Quintano Ripollés, *supra*, n. 2, en 471 ff. Ver también Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte Especial, 100, n. 42 (7ª ed., 1979), argumentando que el feticidio nunca ha sido considerado homicidio. Ver generalmente Cuello Calón, *Derecho penal*, 522, 1972. No todos los datos jurídicos son claros. Por ejemplo, a efectos civiles, el niño prenatal es condicionalmente considerado nacido y poseedor de derechos, siempre que finalmente salga viable del útero (art. 29 del Código Civil). En la ley penal, el Código Penal prohíbe el aborto consensual bajo el título "Delitos contra las personas" (Código Penal, Título VIII).

26. Código Civil, arts. 29-30.

27. *Diario de sesiones del Congreso*, núm. 105, 6 de julio de 1978, en 3952 ff. Ver también el resumen de estos debates en el F.J. 5 de la sentencia actualmente en consideración.

ra un Tribunal decir que un feto es una persona constitucional cuando la palabra "persona" había sido sacada de la Constitución para asegurarse la inclusión de fetos.

El Tribunal Constitucional, de hecho, no discute el tema de la personalidad jurídica como tal. En su lugar, considera el tema parecido (de no ser últimamente idéntico en el derecho moderno) de si los fetos son "titulares" esto es, portadores o poseedores de un derecho constitucional subjetivo a la vida. Encuentra que no lo son, conclusión conforme a la corriente principal de la tradición jurídica española.

El tribunal, sin embargo, tuvo que enfrentarse con la opinión aparentemente unánime de las asociaciones médicas españolas de que el niño no nacido es un ser humano vivo⁽²⁸⁾. De los materiales disponibles, el Gobierno no parece haber disputado el hecho físico de la vida humana antes del nacimiento. En su lugar, enfocó el tema de manera puramente formalística, argumentando que las normas jurídicas son independientes de los hechos no jurídicos —una posición difícil a tomar cuando se llega a documentos como las Constituciones—, que están pensadas para limitar el orden jurídico en atención a una realidad física preferida socialmente. Además, el Tribunal reconoció que la sustitución de "todas las personas" por "todos" se había hecho con la intención de proteger la vida naciente. ¿Cómo pudo el Tribunal conceptualizar el *status jurídico* de seres humanos que viven pero no han nacido?

La doctrina jurídica española tradicional puede haber ofrecido algo de ayuda. Según el derecho español, no todos los bienes jurídicos tienen que pertenecer a los individuos o inclusión al Estado, en la

28. Los demandantes presentaron informes de varias asociaciones médicas a este efecto, y el Gobierno no presentó ninguno en contrario, o al menos ninguno que el Tribunal pensara que valía la pena mencionar. Ver *B.J.C.*, *supra*, n. 5, 525. Ver también "El proyecto de Ley de Vida Humana" - S. 158, "Informe al Comité sobre la Judicatura, Senado de EE.UU.", Subcomité de Separación de Poderes, 97º Congreso (1981), argumentando que hay un consenso científico respecto al hecho de que la vida empieza con la concepción, pero no hay un acuerdo en cuanto al valor que debe darse a esa vida. El reporte de EE.UU. fue citado por los demandantes españoles en su escrito explicativo, fechado el 3 de enero de 1983 (*sic*), en 7.

forma de la propiedad. Los bienes de dominio público y los bienes comunales han sido reconocidos como tales durante largo tiempo⁽²⁹⁾. Se ha argumentado que es la sociedad, más que el feto o la madre, el titular de la protección otorgada al no nacido⁽³⁰⁾. Los antiabortistas habían sostenido que incluso sin un derecho subjetivo, el feto puede ser objeto de protección por una norma objetiva como "bien social"⁽³¹⁾. El Tribunal Supremo español (que no tiene el poder de revisión judicial ni tampoco de interpretación constitucional dado al Tribunal Constitucional) llegó a afirmar en su sentencia de 11 de enero de 1984 que:

"La vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico de la comunidad y no un bien jurídico individual..."⁽³²⁾.

Incluso los portavoces a favor del derecho al aborto estuvieron dispuestos a conceder que los no nacidos son un bien jurídico de la comunidad⁽³³⁾. Algunos interpretaron que tal concesión significaba, sin embargo, que de lo que la sociedad poseía podía liberarse a través de sus representantes en la asamblea legislativa, y así que la despenalización legislativa del aborto fuera constitucional.

29. Lacruz Verdejo, *supra*, n. 18, en 42 ff., especialmente 51-55.

30. Quintano Ripollés, *supra*, n. 2, en 477, indica que hay apoyo para las tres posibilidades.

31. Díaz Fuentes llama al feto "bien social" en el *Diario de Sesiones del Congreso*, n. 105, 5 octubre 1983, en 2943. Oscar Alzaga es citado por Cerezo Mir en la n. 46 de su ensayo "La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español", en *La reforma penal* (1982), al efecto de que el feto sea protegido por una norma objetiva aun sin tener un derecho subjetivo.

32. T.S., Sala 2ª, 15 octubre 1983, recogida en *La Ley*, 11 enero 1984, en 1. Revocada en base a otros razonamientos por el Tribunal Constitucional (Sala 2ª), 75/1984, 27 de junio, recogida en *La Ley*, 24 octubre 1984, en 1.

33. Sotillo Martí expresó su conformidad con el Tribunal Constitucional alemán en que la vida dentro del útero es un bien jurídico protegido por la Constitución (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesiones informativas de Comisiones, n. 61, 7 septiembre 1983, en 2139).

mente permisible⁽³⁴⁾. Quizá por esta razón, los escritores antiaborto en este caso se resisten a la idea de que el ser al nacer sea solamente un bien jurídico más que un poseedor del derecho a la vida⁽³⁵⁾.

Al igual que el Tribunal Supremo español en la cita anterior, el Tribunal Constitucional adopta el concepto tradicional de "el no nacido" como un bien jurídico protegido y lo inserta en el "sistema de valores" constitucional (FF.JJ. 3, 4 y 9). Como la Constitución emana de la comunidad, parecería (aunque el Tribunal Constitucional no utiliza estas mismas palabras) que los no nacidos son un bien o valor jurídico "de la comunidad". Pero a causa de la superioridad de la Constitución respecto a la legislación ordinaria, la comunidad ha asumido un compromiso tal hacia el valor de la vida del no nacido que ya no conserva un derecho para disponer libremente de esa vida a través de la legislación. Se podría ver a la comunidad también como si estuviera simplemente reconociendo un valor inherente, preexistente y obligatorio, en tal vida. En cualquier caso, podría decirse que el ser al nacer ha llegado a ser no tanto un bien "de" la comunidad, en el sentido de propiedad, sino un bien "para" la comunidad, un bien al cual la comunidad dirige.

Es importante señalar que la misma idea de que existe un orden de valores objetivo en la Constitución es comunitaria más que

34. El artículo de Luis Arroyo Zapatero discutido luego en n. 69 desarrolla la idea de que lo que la comunidad da, la comunidad puede quitar. Arroyo Zapatero, "Prohibición del Aborto y Constitución", *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, 195 (1980). El resumen del Tribunal Constitucional sobre los argumentos del Gobierno indica que éste admitió la existencia del no nacido como un bien jurídico, pero pretendía que las Cortes tuvieran discrecionalidad sobre su forma de protección. *B.J.C.*, *supra*, n. 5, en 526-28. Cuatro de los disidentes a la sentencia final reconocieron que la vida antes de nacer es o tiene algún tipo de valor jurídico.

35. Ver, por ejemplo, el sumario del Tribunal, *B.J.C.*, id., en 523, del argumento de los demandantes de que la vida es un derecho fundamental o un valor absoluto más que un mero bien jurídico. La opinión en contra del aborto publicada ya había rechazado argumentos como aquellos de Arroyo Zapatero. Ver Federico Trillo-Figueroa, "La legalización del aborto en el Derecho comparado", 113, y Federico Díez Moreno, "El proyecto de ley del aborto desde la perspectiva constitucional", 181-89, en *En defensa de la vida* (1983).

individualista, ya que hace al bien, al menos en parte, público más que privado. Tal orden (esto es, no sólo una lista, sino también una jerarquía) de valores explícitos e implícitos ordena no sólo una mínima serie de normas formales que el Gobierno y los ciudadanos deben observar, sino una serie de metas a las que deben aspirar, particularmente cuando se combinan con la idea del estado social tratado más adelante en este comentario.

Dentro de este orden de valores, la vida no es sólo un valor, según el Tribunal español, sino que es un "valor superior" (F.J. 3), un "valor fundamental" (F.J. 5), y un "valor central" (F.J. 9). El Tribunal llega a esta conclusión observando que la vida es un presupuesto para todos los demás derechos, y reflexionando sobre la posición del derecho a la vida a la cabeza de la lista de protecciones constitucionales (F.J. 3). Los nacidos se suponen "encarnan" (F.J. 5) este valor, tanto porque los redactores de la Constitución aparentemente intentaron que el no nacido estuviese protegido por el derecho a la vida de ese documento, como por el hecho, observado por el Tribunal, de que la vida humana es una "realidad desde el inicio de la gestación" (F.J. 5).

Al mismo tiempo que el Tribunal otorga al feto un *status* alto como "bien jurídico constitucionalmente protegido" (F.J. 7), contrapesa su conclusión negándose a considerar que los no nacidos "poseen" el derecho a la vida, como lo comentado anteriormente, y por la curiosa e inexplicable observación de que al nacer, no antes o después, el feto adquiere "plena individualidad humana" (F.J. 5). Además, una cuidadosa lectura de la opinión mostrará que el Tribunal no reconoce nunca explícitamente que el feto esté entre los "todos" a los que se refieren en la frase "Todos tienen el derecho a la vida...".

Tratemos de entender este argumento por medio de una hipótesis irrespetuosa, pero ligeramente análoga. Supongamos que la Constitución de Estados Unidos contuviera la siguiente expresión: "Todas las águilas calvas, como el símbolo sagrado de la nación, tienen derecho a la vida". Supongamos también que los redactores de esta cláusula hubiesen insertado la palabra "todas" con la concreta finalidad de proteger las águilas embrionarias así como las águilas ya incubadas. ¿Tendríamos que concluir que dentro de un huevo hay

un águila, o que un embrión de ave tiene sus propios derechos subjetivos constitucionales, para considerar a los huevos de águila como constitucionalmente protegidos? Pienso que no. Tal protección podría estar basada simplemente en nuestra opinión de que un significado y propósito importante de la Constitución se vería frustrado si las tortillas de águila se pusieran de moda.

El resultado concreto de elevar el valor del feto por parte del Tribunal es éste: El Tribunal afirma la superioridad, o incluso la igualdad, de los derechos de la madre sobre el valor jurídico del feto a lo sumo sólo en aquellas situaciones cubiertas en la primera despenalización legal, esto es, cuando se pone en grave peligro la vida o salud de la madre, ambos valores encontrados en el mismo artículo constitucional en el que se protege al no nacido (F.J. 12). Para defender las otras dos despenalizaciones, el Tribunal, en cambio, vuelve a la doctrina de no exigibilidad comentada al final de este artículo.

Quizá de forma aún más importante, el Tribunal implícitamente sostiene que *el aborto electivo (o "libre") es inconstitucional*. Lo hace indicando que la obligación de proteger al feto requiere que el Estado se asegure de antemano (por medio de una segunda opinión médica) de que no se practique ningún aborto excepto cuando la madre se vea realmente amenazada. El contenido exacto del requerimiento del Tribunal no es importante aquí. El punto clave es éste: si la Constitución permitiera el aborto electivo, no habría ningún valor constitucional relacionado con la vida que se habría infringido cuando el aborto se practicara fuera de las disposiciones legales. A través de insistir en que se hagan cumplir estas disposiciones *para proteger al no nacido*, el Tribunal ha sostenido claramente que la completa despenalización del aborto es inconstitucional³⁶. Como valor público fundamental, la vida humana en desarrollo no se puede convertir en propiedad puramente privada.

36. El Tribunal español puede haberse inspirado de algún modo en una expresión similar de la sentencia constitucional italiana sobre el aborto de 1975, aunque parecería que la anterior terminología aparece en una postura procesal no concluyente: "Es obligación del legislador... prohibir la consecución de un aborto sin una detallada comprobación de la realidad y gravedad del daño o peligro que pudiera correr la madre como resultado de la conti-

El Tribunal no sólo se arregló para hacer esta declaración en un caso donde el aborto electivo no fuera ni siquiera un problema, sino que lo hizo de tal forma que muy probablemente fuera consentida por el Gobierno promotor de la despenalización del aborto. Sólo pidió adiciones técnicas, pequeñas, al proyecto de ley, las cuales estuvieron pronto disponibles. Si hubiese exigido más, si hubiese declarado un más amplio derecho a la vida, el Gobierno podría muy bien haberse negado a consentir, provocando una crisis constitucional⁽³⁷⁾.

Un elemento esencial en el argumento anterior del Tribunal no ha sido completamente estudiado todavía —la idea de que en un Estado social los valores constitucionales configuran no sólo límites negativos a la acción gubernamental, sino también moldean el necesario contenido positivo de esa acción. Este elemento ha sido puesto a fin de desarrollar más claramente la idea de que el feto tiene valor constitucional en primer lugar, que la Constitución española abarca valores públicos comunes (aquí la vida del no nacido) en vez de únicamente los derechos de los individuos. Después de un vistazo mucho más breve a cómo Alemania y Estados Unidos conciben el feto, y algunas observaciones críticas por mi parte, volvere-

nuación del embarazo. Por tanto, la legalidad del aborto debe estar sujeta a una evaluación previa de la existencia de las circunstancias que lo justifican". Carmosina et al., Corte Costituzionale. Sentencia de 18 febrero 1975, n. 27, (1975), 20 giur. Const. 117.

37. Alfonso Guerra, vicepresidente del Gobierno del P.S.O.E., el 26 de marzo de 1985 (dieciséis días antes de que el Tribunal anunciara su sentencia), declaró que si su proyecto de Ley fuera decretado no válido, el Gobierno se vería forzado a poner en marcha un "mecanismo para indultos" para aquellos que consigan los abortos. El Tribunal mismo, dijo, se encontraría ante una "situación socialmente difícil", y expresó su pesar de que doce personas no elegidas impidieran el deseo de 350 elegidas. Continuó oponiéndose a la separación de poderes, considerándolo como una reliquia de la época de Montesquieu, y prometió reformar las normas rectoras del Tribunal. Estas declaraciones colocaron a los jueces bajo una "intolerable presión", según los partidos de la oposición. *ABC*, 12 abril 1985, 53). La elegante autodefensa del Tribunal le recuerda a uno la de *Barbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

mos a esta discusión de la interacción del valor fetal y el Estado social.

La sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania Occidental de 1975 sobre el aborto tiene una notable semejanza al fallo español de 1985, no sorprendentemente puesto que, como se mencionó anteriormente, el primero sirvió en muchos aspectos de modelo para el segundo.

Centrándonos en la expresión constitucional: "Todos tienen derecho a la vida..." (Jeder hat das Recht auf Leben...) (38). El Tribunal alemán encuentra innecesario considerar al ser no nacido una persona o un "poseedor" de un derecho subjetivo (39), para incluirlo dentro de la protección de la Ley Fundamental. Obsérvese, sin embargo, que al Tribunal no le asusta el hacer referencia a "el derecho a la vida" del no nacido. Solamente evita la cuestión de si el niño es el "portador" (o "poseedor") de este derecho. Quizá el Tribunal está pensando en "derechos" de bienestar constitucionales, positivos y similares para adultos, los cuales no necesitan forzosamente dar pie a reclamaciones individuales presentables en un tribunal. Para volver a nuestro supuesto hipotético, un análisis similar encontraría que las águilas calvas no necesitan tener personalidad de ley civil con acceso a tribunales para recibir la protección constitucional. Tanto esta garantía de derecho a la vida como el valor constitucional explícito de "dignidad humana" (40) lleva al Tribunal a dictaminar que toda vida humana, incluyendo la vida prenatal, es parte de la "ordenación objetiva de valores" de la Ley Fundamental (41). Incluso el disenso está de acuerdo en que el Estado tiene un deber constitucional de proteger la vida del no nacido, y aún afirma que

38. Ley Fundamental (Grundgesetz), art. 2, sec. 2, frase 1.

39. (1975) 39 BVerfGE 1, 41.

40. Ley Fundamental, art. 1, sec. 1, frase 1. Observar que el equivalente constitucional español aquí (art. 10, sec. 1, frase 1) se refiere a "la dignidad de la persona" en lugar de "la dignidad humana" y desempeñó sólo un papel de poca importancia en la sentencia de Madrid.

41. (1975) 39 BVerfGE, 1, 41. Para discusión, véase Gerstein & Lowry, *supra*, n. 4, 862, 867, y los materiales allí citados.

la existencia de este deber no es disputada ("unbestritten")⁽⁴²⁾, argumentando más adelante, sin embargo, que el deber no necesita ser hecho efectivo mediante sanciones penales.

La sentencia alemana está un poco más "a favor de la vida" en sus razonamientos que la española. Como la española, observa que la vida humana es una continuidad, pero, a diferencia de ésta, no ve que la "plena individualidad humana" se dé con el nacimiento. Afirma:

"El proceso de desarrollo... es un proceso continuo que no muestra una demarcación pronunciada y que no permite una división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, aparecen por primera vez bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección... de la Ley Fundamental no se puede limitar ni al ser humano 'realizado' después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es independientemente capaz de vivir"⁽⁴³⁾.

Además, específicamente sostiene que la palabra constitucional "todos" incluye "todos los que viven" y que no se puede hacer ninguna distinción, con relación al derecho a la vida, entre la vida del no nacido y del nacido⁽⁴⁵⁾. Así, se podría argumentar que en Alemania el feto es en todo excepto en el nombre constitucional-

42. (1975) 39 BVerfGE 1, 68 (disidencia).

43. (1975) BVerfGE 1, 37. El Tribunal parece razonar que mientras que se proteja la vida de los recién nacidos, cuyo desarrollo humano está significativamente incompleto, resultaría contradictorio no proteger también seres no desarrollados antes del nacimiento. Aún más, la coherencia requiere una teoría de protección que o valore la vida humana orgánica misma o valore la potencialidad en vías de desarrollo de los "fenómenos específicos a la personalidad humana", pues éstas son las únicas fuentes de valor inherente que el niño posee al nacer. En otras palabras, el Tribunal defiende que si consideramos a los recién nacidos en sí dignos de protección, nuestras teorías normativas nos exigen también proteger la vida incluso durante las primeras semanas de embarazo. Ver discusión más adelante, *infra*, texto que acompaña nn. 63-72.

44. *Ibidem*.

45. *Ibidem*.

mente una persona con derechos, y de esa forma está más cerca que en España de ser un poseedor jurídico pleno de derechos subjetivos. O, puesto de otra forma, Alemania es más individualista y España más comunitaria en sus razones respectivas para el respeto a la vida del no nacido.

Otra forma de comprender las dos sentencias, sin embargo, sería que ambas llaman al *nasciturus* "valor jurídico" o "bien jurídico" (Rechtsgut), más que un individuo que posee derechos, aunque la expresión alemana es más fuerte en lo que concierne al alto rango de ese valor jurídico objetivo. En ambas naciones, la vida humana del no nacido es un objeto más que un sujeto de protección constitucional, es un valor público de la comunidad más que una reclamación privada del feto o de la madre⁽⁴⁶⁾. El interés del Tribunal alemán por requerir la enseñanza y el asesoramiento estatal en apoyo a la vida prenatal también tiene un carácter fuertemente comunitario detrás de él⁽⁴⁷⁾. El Tribunal claramente espera construir un consenso de valor común en lugar de solamente un equilibrio de intereses individuales.

El resultado explícito de tal reconocimiento del valor fetal en Alemania, como ése implícito en España, es una afirmación de que el aborto electivo es inconstitucional, incluso en los tres primeros

46. Pero observen que el Tribunal alemán, a pesar de su uso del término "valor", insiste en que tal valor no puede ser sumado, que cada vida en particular debe ser protegida —incluso si el sacrificio de algunos pudiera llevar a la preservación de un número mayor— (1975) 39 BVerfGE 1, 58-59. El rechazo a ese sumar es una desviación de la valoración ordinaria y se da más en discurso informado por derechos subjetivos. ¿Hay formas de evitar la insensibilidad de la valoración hacia los particulares, sin apelar al egoísmo de los derechos? Pienso que las hay, en las ideas de respeto o reverencia (que quizá puedan ser los motivos fundamentales de la sentencia alemana). Véase mi crítica de valoración "Toward freedom from Value", 38, *The Jurist*, 48 (1978), y mi breve crítica de derechos en *Pensando en la ecología*, XLV (1), *The Cresset*, 7 (1981).

47. (1975) 39 BVerfGE 1, 50, 57-58, 61-64. Para una excelente introducción a la jurisprudencia constitucional alemana de valores, véase Benda, "Nuevas tendencias en el desarrollo de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana", 11 *John Marshall, J. de Prac. y Proc.*, 1, 6-9 (1977). El doctor Benda en ese tiempo era presidente del Tribunal Constitucional.

meses de gestación⁽⁴⁸⁾. La nueva vida, la próxima generación no nacida, es la preocupación en cierto sentido de toda la comunidad, no sólo de las mujeres embarazadas. No obstante, como en Madrid, el Tribunal de Karlsruhe mitiga la fuerza de esta conclusión sosteniendo que existen límites a lo que la comunidad puede pedir de los individuos para contribuir a este valor común, y que, como resultado, las leyes pueden permitir el aborto en distintas situaciones de relativa adversidad⁽⁴⁹⁾. Este contraempuje individualista será estudiado más adelante.

La sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 1973 sobre el aborto, *Roe v. Wade*, es sorprendentemente en muchos aspectos similar a las sentencias española y alemana. Como ellas, aunque mucho más firmemente, rechaza reconocer que el no nacido posea condición de persona o derechos constitucionales. Y precisamente después de su conclusión de condición de no persona, en una parte de su sentencia inadvertida por la mayoría de los comentarios, nuestro Tribunal crea una categoría jurídica muy similar a ésta en la cual el feto es situado en las opiniones europeas: vida humana no personal. Esto es, el Tribunal de Estados Unidos indica que su conclusión de condición de no persona no resuelve todavía la contienda de que existe un interés estatal apremiante de proteger la vida desde el momento de la concepción. No responde a esta contienda argumentando que no habría ningún interés estatal decisivo en proteger tal vida no personal, si es que ésta existiera, sino más bien indicando las dudas del Tribunal respecto a si el feto es humano y está vivo en un sentido extraconstitucional⁽⁵¹⁾. Presumiblemente, si el

48. (1975) 39 BVerfGE 1, 68.

49. Hablando muy *grosso modo*, el Tribunal indica que el aborto no necesita estar penado cuando la vida o salud de la madre está en juego, o ella ha sido violada, o el niño padece un daño grave en su salud, o hay otra adversidad social equivalente, puesto que cada una de estas situaciones puede hacer que la continuación del embarazo no sea exigible por medio de la ley penal. (1975) 39 BVerfGE 1, 48-50.

50. *Roe v. Wade*, 410 EE., 113, 156-58 (1973).

51. *Id.*, 159-62. Véase también *infra*, n. 53.

Tribunal hubiera estado seguro de la existencia de un feto humano con vida, habría encontrado una fuerte preocupación pública por la protección del feto, similar a la encontrada por los Tribunales español y alemán. En otras palabras, el Tribunal de Estados Unidos crea la misma categoría (vida humana no personal imbuida de un alto valor público) presentada por esos otros Tribunales, pero cuestiona la existencia del feto humano y vivo, y por lo tanto deja la categoría vacía.

Puede muy bien ser esta única diferencia, no una diferencia de categorías constitucionales, sino un desacuerdo sobre el hecho de la vida humana real, la que explica las tremendamente disparatadas conclusiones sobre el aborto a los dos lados del Atlántico. Pues no es sólo España y Alemania las que están de acuerdo en que la vida humana existe antes del nacimiento. Los otros cuatro Tribunales constitucionales europeos que han considerado este asunto parecen haber llegado a esta misma conclusión⁽⁵²⁾, y ninguno ha visto ade-

52. La misteriosa opinión francesa (permitiendo que la legislatura deje muchos abortos antes de las diez semanas de gestación sin pena) contiene la frase: "Considerando que la ley (permitiendo el aborto) referida a este Conseil Constitutionnel no autoriza ninguna violación del principio de respeto para cada ser humano desde el mismo comienzo de la vida..., salvo en caso de necesidad..." (Sentencia del 15 de enero de 1975, *A.J.D.A.*, 134). La sentencia italiana referida en n. 36, *supra*, observa que el art. 2 de la Constitución garantiza la inviolabilidad de los derechos del hombre, "entre los cuales debe situarse, aunque con características particulares exclusivas de él, la situación jurídica del feto (*conceptio*)" y más adelante enfatiza la protección obligatoria para "la vida del feto" incluso mientras declara que un embrión no es todavía persona, y que los abortos por razones serias de salud de la madre deben ser permitidos. Corte Costituzionale, Sentencia 18 febrero 1978, n. 27 (1975), 98 "Foro It I" (Giurisprudencia Costituzionale e Civile), 515, 516. Incluso la sentencia austriaca, la única que sostiene que el aborto jurídicamente libre en los tres primeros meses de embarazo es constitucional, parece reconocer "que a través de toda la duración del embarazo, tanto la vida de la madre como la vida humana a nacer constituyen vida constante", afirmando que la legislatura es constitucionalmente libre para proteger el feto haciendo que el aborto sea punible, y se le requiere que lo haga después de la viabilidad si es punible el infanticidio postnatal. Sentencia de 11 octubre 1974, Tribunal Constitucional (1974), "Erkaerungen des Verfassungsgerichtshofs", 221, 234-35, G 8/74. La sentencia portuguesa de 19 marzo 1984 sostiene unánimemente que el principio constitucional de inviolabilidad de la vida humana abarca "la vida

cuado reconocer un derecho constitucional al aborto de forma tan radical como ésta de *Roe v. Wade*. Por lo general, se ha dejado al aborto en el dominio legislativo.

Aunque la mayoría en *Roe* no considera que el niño no nacido sea humano y que viva, sostiene que el feto sí tiene algo de valor público, no como vida sino como "vida en potencia" (53). Uno podría decir que Europa considera al niño no nacido como una *vida humana actual*, aunque sólo una *persona jurídica potencial*, mientras los Estados Unidos lo tratan como una *vida potencial*. Sin embargo, hay una semejanza funcional en estos dos conceptos, en que ambos reconocen que el feto es un valor digno de preocupación pública, como "bien jurídico" y como "interés estatal", respectivamente.

Pero no olvidemos que las sentencias española y alemana no quedaron con la afirmación de que el feto es un "bien jurídico". Esas opiniones ligaron la vida del no nacido al orden de valores constitucionales, mientras que *Roe* no. Quizá el Tribunal de Estados Unidos pudiera haber llegado a otra conclusión. Aunque nues-

humana intrauterina" incluso aunque a continuación afirme que una limitada desprotección a esa vida sea constitucional. 344 *Boletim do Ministerio da Justiça*, 197, 216, 230 (marzo 1985). Así, las otras cuatro sentencias nacionales europeas parecen reconocer actual (en vez de sólo potencial) vida humana en el no nacido y permitir e incluso exigir alguna medida de protección para esa vida, con el grado preciso de protección para esa vida otorgado en su mayor parte por la legislación. Véase generalmente Reis, *Das Lebensrecht des Ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem* (1984). Mary Ann Glendon, en su trabajo recién publicado por Harvard University Press, *Aborto y divorcio en el Derecho occidental* (1987), revisa la legislación sobre el aborto de veinte naciones occidentales y las encuentra a todas mucho más benévolas que la sentencia norteamericana en cuanto a la vida fetal.

53. *Roe v. Wade*, 410 U.S., llama al feto, por ejemplo, "vida en potencia", (150, 154), "vida prenatal" (151, 155), "vida fetal" (163) y "la potencialidad de la vida humana" (162, 164), la última refiriéndose al período de *después* de la viabilidad. También afirma: "Nosotros no necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo empieza la vida" (159), y "...un interés estatal legítimo no necesita incidir en la aceptación de la creencia de que la vida empieza en la concepción o en algún otro momento anterior al nacimiento" (150). Juntando todo esto, se llega a la conclusión de que el Tribunal no sabe si la "vida" (en el sentido de vida "humana") existe antes del nacimiento, pero sí su potencialidad (en la forma de vida "prenatal" o "fetal").

tra doctrina constitucional no reconoce una plena jerarquía de valores explícitos o implícitos en nuestra Constitución (54), el Tribunal Supremo ha ido más allá de la aplicación literal de un conjunto de leyes inconexas. Ha distinguido el valor de "la vida privada", por ejemplo, aunque vinculando este valor a derechos subjetivos. ¿Podría haber mirado nuestro Tribunal las diversas referencias directas o indirectas a la vida en nuestra Ley Fundamental para dar algún *status* constitucional por lo menos atenuado a lo que llama "vida potencial"? ¿O sería tal compromiso hacia los valores demasiado extraño a nuestro enfoque sobre los derechos? De cualquier modo, en partes de Europa la vida prenatal ha llegado a ser algo que el Estado *debe* respetar, mientras en América es sólo algo que el Estado *puede* respetar, incluso en los últimos momentos antes del nacimiento (55).

Roe trata al no nacido no como objeto de un compromiso comunitario a nivel constitucional, y sólo como objeto optativo de tal compromiso a nivel legislativo. E incluso esta última opción está fuertemente limitada. El interés del Estado en la vida potencial sin *status* constitucional decae por completo antes de la viabilidad, cuando existe confrontación con el derecho a la vida privada de una mujer embarazada (56). E incluso en el último período antes del nacimiento, cuando el interés del Estado es nominalmente "apremiante", no puede apremiar mucho (57). El aborto destructivo del feto debe permitirse, incluso justo antes del nacimiento, si promueve lo

54. Cfr. el intento de Walter Murphy de construir tal sistema alrededor de la idea de "dignidad humana". "Una ordenación de los valores constitucionales", 53, *S. Cal. L. Rev.*, 703, 744 ff. (1980). Cfr. también los trabajos de los profesores Lawrence Tribe y Frank Michelman.

55. Incluso después de la viabilidad, el feto necesita ser protegido por el Estado solamente "(si) el Estado está interesado en proteger la vida fetal" (*Roe*, 163) y "si elige" (*Roe*, 164-65).

56. Antes de la viabilidad, el aborto se puede limitar sólo en interés de la salud de la madre, no en interés de la vida fetal. *Id.*, 163-64.

57. *Id.*

que el Tribunal llama "salud" ⁽⁵⁸⁾, pero lo que define ampliamente a fin de incluir virtualmente todos y cada uno de los motivos significativos que una mujer pueda tener para abortar en el tercer trimestre ⁽⁵⁹⁾. Donald Kómmers, contrastando los casos americanos y alemanes, ha descrito bien el resultado en nuestro país:

"Una mujer está de esta manera autorizada a desligarse de la comunidad mientras ésta se vuelve impotente de actuar en su defensa común para el propósito de salvaguardar los valores compartidos" ⁽⁶⁰⁾.

El resultado de Roe ordenando el aborto electivo virtualmente durante todo el embarazo difícilmente puede estar más opuesto a las sentencias española y alemana que prohíben el aborto electivo incluso en los primeros meses del embarazo. Y aquel resultado está también alejado de otros de naciones europeas que dado el gran, pero no personal, valor público de la vida prenatal, dejan el tema del aborto casi por entero a la legislación ⁽⁶¹⁾.

¿Qué probabilidad hay de que el derecho norteamericano sobre el aborto pueda algún día acercarse a la corriente principal de

58. Id., 165. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo *Thornburgh v. A.C.O.C.* 106 S. Ct. 2169, 2183, 90 L. Ed. 2d 779, 799 (1986) (ediciones previas a la final) vuelve a poner énfasis en que incluso después de la viabilidad, no puede haber "ningún balanceo entre la salud de la mujer y una mayor probabilidad de supervivencia del feto".

59. El caso compañero de Roe, *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973), que debería "leerse junto" al anterior (de acuerdo a Roe, 165), define la salud como relativa a "todos los factores relevantes al bienestar". La opinión del Tribunal Supremo *Thornburgh*, id., no se refiere a esta definición, pero el Tribunal de Apelaciones si lo hizo en la sentencia bajo revisión. Esta sentencia establece que "está claro en los casos del Tribunal Supremo que 'salud' se tiene que definir ampliamente. Como el Tribunal estableció en *Doe*, los factores relativos a la salud incluyen aquellos que son 'físicos, emocionales, psicológicos, familiares y también la edad de la mujer'" (cita de *Doe*). El Tribunal de Apelación dice además que una ley que penalizara abortos postviales que se hicieran para evitar el "posible impacto psicológico o emocional en la madre del niño no nacido", sería claramente inconstitucional.

60. Kommers, *Aborto y Constitución*, *supra*, n. 4, 282.

61. Véase *supra*, n. 52.

la jurisprudencia occidental? Quizá bastante. La juez O'Connor, disidente en el caso de Akron en 1983, indica el deseo de encontrar un interés apremiante del Estado de proteger el feto durante todo el embarazo, a pesar de que no hay ninguna evidencia de que ella reconocería la condición de persona constitucional antes del nacimiento ⁽⁶²⁾. Si ella fundara su postura no simplemente en el peso de la potencialidad sentido por los jueces, sino en el hecho y valor de la vida *actual*, o de la dignidad *constitucional* incluso de la vida potencial, entonces los dos lados del Atlántico se acercarían mucho más.

Crítica a la vida fetal como valor jurídico.

Los derechos individuales de los fetos no son la única alternativa a los derechos individuales para las mujeres embarazadas. El compromiso comunitario por la vida humana no nacida provee otro modo de enfocar el problema del aborto, un modo que yo personalmente considero superior ⁽⁶³⁾. Si tú y yo reconocemos los derechos de alguien, no estamos condicionados por cariño hacia él o ella, tampoco sentimos entre nosotros un vínculo de amistad. Por el contrario, si nosotros de común acuerdo nos comprometemos a cuidar a otro, las bases se asientan por el cariño hacia el objeto que nos concierne y por la comunidad entre nosotros mismos. Las actitudes española y alemana hacia el no nacido están mucho más cercanas que

62. Ciudad de Akron v. Centro de Reproducción Humana de Akron, 462 U.S. 416, 459-466 (1983). Ella reafirmó su postura, otra vez disidente, en *Thornburgh*, 106 S. Ct. 2169, 2214, 90 L., Ed. 2d 779, 836-37.

63. Así he argumentado en "Una crítica a los derechos de aborto", 3.4, *Democracia*, 60 (otoño 1983), y por implicación en mi ataque más amplio a los derechos titulado "Crítica a la equidad", 16 *Valparaíso Univ. Rev. L.*, 459 (1982). Véase también mi "Generosidad: un deber sin un derecho", en la cual exploro más la naturaleza de relaciones sin derechos entre personas. Conferencia sobre el Derecho y la Ordenación de Nuestra Convivencia (Nueva York, abril 1987). Pero cfr. mis reservas en lo que concierne al enfoque de "valor" a la dignidad humana en el artículo citado *supra*, al final de mi n. 46. También me preocupa la nueva separación de los conceptos "ser humano" y "persona jurídica".

las posturas basadas en los derechos de los que están a favor de la vida o a favor del aborto libre, al sentimiento real de los padres hacia los niños pequeños. Los padres sienten que los niños no son ni su propiedad privada ni individuos que negocian sus derechos a distancia. En cambio, y por muchos años, un bebé es el valor compartido de la vida en común.

Pero esta nueva perspectiva no contesta a la pregunta de cómo de grande es el peso que el niño tiene antes y después del nacimiento, en la práctica ordinaria o en el derecho. Y aquí opino que hay una antinomia para la cual puede no haber solución.

Por un lado, en los primeros meses del embarazo, frecuentemente el feto no está sentido como presente, como un ente separado, y el aborto no está considerado como un homicidio. Por otro lado, un niño recién nacido es considerado un ser humano, y por ello se considera que posee lo que la sentencia alemana llama valor "inherente" ("selbständig"). Esto es, el valor del recién nacido se percibe como *inherente* a su condición de ser humano, y no como ilusión a los ojos de sus observadores paternos o judiciales.

¿Cómo se pueden cuadrar estas dos percepciones? Obviamente, suponiendo que el recién nacido es un ser diferente al feto. El cambio de ser puede basarse bien en un salto biológico cualitativo o en la infusión de un alma espiritual.

Nuestro aprieto actual surge porque no podemos por más tiempo afirmar públicamente ninguna de las dos bases de esa suposición de discontinuidad en el ser⁽⁶⁶⁾. La vida humana, de acuerdo a la ciencia moderna, es una continuidad, y como el Tribunal alemán indica, los rasgos (por ejemplo, la autoconsciencia), por los cuales

64. Quintano Ripollés, *supra*, n. 2, 503, asiente que esto es generalmente el caso, por lo menos, hasta 1962 (el año de esa edición de su tratado).

65. (1975) 39 BVerfGE 1, 67.

66. El reciente asentimiento del ministro Stevens en pro del aborto electivo en el caso Thornburgh demuestra tanto la importancia como la futilidad de dicha pretensión de discontinuidad. Afirma que la permisibilidad del aborto requiere que haya "una diferencia fundamental y reconocida entre un feto y un ser humano", pero ni siquiera alude a fundamento alguno de tal distinción. 106 S. Ct. 2169, 2188.

muchos valoran especialmente nuestra especie, no se desarrollan hasta mucho tiempo después del nacimiento. Tampoco la religión puede ser el fundamento de un supuesto cambio de existencia en una sociedad secular o pluralista.

De este modo, la creencia en el valor inherente de la vida después del nacimiento, así como el compromiso a ese valor, requiere en nuestros días (aunque no se requería en tiempos de nuestros bisabuelos), protección también para el niño antes del nacimiento⁽⁶⁷⁾, porque nuestro derecho no puede por más tiempo proclamar convincentemente que existe una diferencia cualitativa entre el nacido y el no nacido. Dicho de otra forma, si nosotros como comunidad legisladora permitimos abortos más o menos casuales, estamos haciendo no creíble nuestro compromiso al valor inherente de todo ser humano incluso después del nacimiento.

Mas al mismo tiempo como individuos privados envueltos los primeros meses de un embarazo, puede que continuemos sin *sentir* la presencia de otra vida humana. Consecuentemente, el aborto puede parecer moralmente permitido, y nuestro interés jurídico puede ser solamente que no nos atrape la policía.

Hay una forma obvia de hacer frente a esta disonancia: una fuerte protección legal nominal para la vida fetal unida a un gran número de abortos ilegales⁽⁶⁸⁾. Otras soluciones que conceden al feto algún tipo de *status* intermedio, tratan de mezclar aceite y agua. No están en armonía ni con la intuición de que el valor del recién nacido es grande e inherente ni tampoco con la intuición de que el aborto en los primeros meses concierne sólo a la mujer embarazada.

67. Y durante todo el embarazo, según el argumento del Tribunal alemán, *supra*, n. 43.

68. El modelo de ilegalidad nominal puede verse como un tipo de excusa, parecido a los discutidos más adelante bajo el título: "La doctrina de la no exigibilidad". Los trabajos de Guido Calabresi enfatizan la frecuente utilidad de una diferencia entre la ley como ideal y la ley puesta en práctica; por ejemplo, *Ideales, creencias, actitudes y la ley*, 88 (1985), donde contrasta la prohibición oficial de eutanasia con la práctica misma de los jurados.

Un brillante e influyente artículo de Arroyo Zapatero⁽⁶⁹⁾, que se publicó en España en 1980, trata de romper este nudo gordiano. Propone que el interés por la vida no nacida sea tratado como un tipo de valor cultural de la comunidad⁽⁷⁰⁾. Esta vida deberá recibir protección no por su propio bien, sino por bien de la comunidad que se preocupa de ella. Se hace acordar de la idea común de que prevenimos la crueldad con los animales no para protegerlos a ellos, sino para proteger la sensibilidad de la sociedad humana. En los primeros meses del embarazo, cuando tal preocupación sentida es mínima, pero los importantes derechos maternos ya están en juego, pocas, de haber alguna, prohibiciones sobre el aborto serían apropiadas⁽⁷²⁾. Según la propuesta de Arroyo, no necesitamos intentar armonizar nuestras intuiciones pre y postnatales acerca de la vida, porque se valoran sólo estas intuiciones (y no la vida misma).

La solución de Arroyo fracasa porque nosotros, como científicos jurídicos, como legisladores y como jueces, no estamos fuera de la comunidad. No nos preocupamos en promover una solidaridad ética o una sensibilidad que nosotros mismos no compartimos. Somos miembros de la comunidad que valora la vida humana, y como tal nos preocupamos por proteger coherentemente aquella que valoramos, no por afirmar el valor de nuestros sentimientos irracionales de valoración. A alguien de Marte quizá le gustáramos lo suficiente como para que quisiera conservarnos con todo nuestro esplendor contradictorio, pero nosotros mismos nos sentimos obligados a buscar caminos para resolver más que para sostener nuestras contradicciones.

69. Arroyo Zapatero, *supra*, n. 34. La Sentencia sobre el aborto de la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982 trata la vida fetal como un valor cultural de la comunidad. De acuerdo con Santiago Mir Puig z9 *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, 1982), esta base para la protección fetal se introdujo en España por el artículo de Arroyo Zapatero y fue tomada por el Tribunal de Bilbao. Véase más adelante, *supra*, n. 35.

70. *Supra*, n. 34, 209 ff.

71. Véase generalmente Lord Devlin, *El cumplimiento de moral* (1965), por una sugerencia parecida con respecto a otro problema ético jurídico.

72. *Supra*, n. 34, 217 ff.

Nuestra creencia en el valor humano inherente postnatal no puede, lógicamente, coexistir con el aborto legal libre o casi libre, pero tampoco puede la sola lógica inducir a una mujer en aprietos a no abortar. Quizá esta creencia desaparezca algún día o se empuje a un punto donde haya un cambio cualitativo (en vez de un cambio de lugar solamente, como pasa en el nacimiento) entre los seres humanos jóvenes —digamos a la edad en que un niño es por primera vez autoconsciente o en que llega a la pubertad—. En este caso, podríamos sostener el valor inherente de esta nueva clase de ser sin extender este valor a las etapas infantiles o prenatales de la vida. O, al contrario, nuestros avances tecnológicos, como el ultrasonido, pueden quizá abrir "ventanas" en el útero de tal forma que la intuición de valor inherente pueda ocurrir y tener un efecto moral en la mujer embarazada incluso en los primeros meses de embarazo. Pero a menos que evolucionemos en uno de estos dos caminos, no puedo prever una solución totalmente satisfactoria al dilema jurídico del aborto.

El Tribunal Constitucional y el Estado social.

Por el momento a este comentario le preocupa el comprender los diferentes grados de valor público reconocidos en la vida prenatal en España, Alemania y Estados Unidos. Hemos analizado y criticado los intentos de concebir al feto como algo distinto a una persona constitucional y a una propiedad privada. Volvemos ahora a otra importante forma en la cual España y Alemania son más comunitarias que los Estados Unidos en su tratamiento de la vida fetal como un valor constitucional.

La concepción clásica de los derechos fundamentales constitucionales es de derechos contra el Estado. El derecho de libertad de expresión significaría, por ejemplo, que el Estado no puede castigar a un individuo por el contenido de lo que él o ella ha dicho. Pero ese derecho en solitario no daría a un empleado el derecho a no ser castigado por el patrón al hablar. Un derecho constitucional que fuera establecido para proteger a un empleado en esta circunstancia (posiblemente a través de una acción de responsabilidad civil) tendría "Drittwirkung", es decir, eficacia contra terceros.

El derecho a la libre expresión puede ser interpretado aún más ampliamente. Este, y otras disposiciones constitucionales relacionadas con él, pueden parecer simplemente especificaciones de una más profunda visión positiva de la buena sociedad. En este caso hipotético, este valor profundo podría ser la discusión libre y abierta. Desde este valor, pueden derivarse nuevos derechos específicos, por ejemplo, el derecho de leer además de hablar lo que uno desee, con o sin "Drittwirkung".

Aún más: un Tribunal podría sostener que ni el anterior ni los nuevos derechos *qua* reglas son lo que es esencial. Lo que realmente importa es que exista al final un fomento efectivo de discusión libre y abierta, y que la totalidad de la comunidad, en toda su legislación y actividad, trabaje junta en pro de este fin compartido. Así, por ejemplo, un Estado pudiera encontrarse con el deber de subvencionar las pequeñas imprentas, o penalizar la censura privada, o predicar la libertad de pensamiento; o, de otra manera, actuar en las formas que el tribunal constitucional encontrara efectivas para fomentar la discusión libre y abierta.

Esta última visión comunitaria está estrechamente relacionada con la demanda constitucional española de un "Estado social" (73). Aunque estas mismas ideas están presentes en la insistencia del Tribunal alemán de que el Estado protege la vida fetal, la opinión española se distingue por la claridad de su visión y de su conexión "social". El Fundamento Jurídico 4 dice lo siguiente:

"Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo, inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto —en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos— que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes

73. Art. 1.1 leen la parte "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho...". Otros artículos posteriores desarrollan esta demanda. El art. 9.2 enfatiza la efectividad como un requerimiento constitucional.

positivos por parte de éste (*vide* al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el fundamento del orden jurídico y de la paz social. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa" (74).

Dicha concepción es socialista y no individualista, porque en ella el Estado debe responsabilizarse de los resultados sociales de sus leyes, en vez de simplemente establecer reglas mínimas de conducta, permitiendo que dentro de esas reglas los poderosos exploten a los débiles en favor de los intereses privados.

No se debe olvidar que la pregunta en España era si el castigo al aborto es un deber constitucional. Afirmar el alto valor constitucional de la vida fetal pudiera no ser en sí suficiente para hacer algo más que prohibir los abortos promovidos por el Estado y, por supuesto, permitir (pero no exigir) la legislación antiaborto. La protección efectiva de este valor constitucional tuvo que llegar a ser una obligación del Estado, y las sanciones penales tuvieron que ser vis-

74. B.J.C., *supra*, n. 5, 532.

tas como empíricamente eficaces, por lo menos en parte, para que tuviera éxito la petición de inconstitucionalidad en contra del proyecto de despenalización parcial del aborto.

Los escritos en contra del aborto en este caso no descuidaron el promover la doctrina del Estado social casi tan destacadamente como el valor de la vida del no nacido⁽⁷⁵⁾. De forma un tanto curiosa, los escritos del Gobierno socialista abogaban en su lugar por la idea individualista clásica de derechos constitucionales, en la cual tales derechos son solamente límites a la acción estatal y no requieren actos penales coactivos del Estado⁽⁷⁶⁾.

A pesar de estos argumentos "socialistas", el Tribunal afirmó una fuerte doctrina del Estado social y la aplicó al valor constitucional fundamental "encarnado" en la vida del no nacido (F.J. 5), concluyendo:

"Partiendo de las consideraciones efectuadas en el F.J. 4, esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales" (F.J. 7).

Observen la sutileza requerida por el valor constitucional de la vida. Mientras que se pueden permitir algunos abortos, de acuerdo con el asombroso individualismo tratado abajo, otros abortos deben ser penalizados. Pero *ex postfacto* la pena no es suficiente, según lo visto anteriormente en la "Cronología y Resumen de la Sen-

75. Escrito el 2 de diciembre de 1983, 9, 16-18. Una putativa violación del art. 1.1, la disposición del Estado social, es el segundo motivo de inconstitucionalidad presentado por los demandantes, justo después de su discusión del art. 15, el derecho a la vida. En la página 17, apelan sabiamente a la autoridad de los trabajos de García Pelayo (entonces presidente del Tribunal) sobre la naturaleza del Estado social. Cfr., por ejemplo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977).

76. B.J.C., *supra*, n. 5, 526. La sentencia alemana queda fuertemente criticada.

tencia". Para proteger adecuadamente a la vida no nacida, las leyes penales deben además pedir *ex ante* que un especialista médico certifique que existe una razón en particular antes de que se lleve a cabo el aborto.

Los disidentes en España, como se podría esperar, se oponen a que el Tribunal actúe como un legislador. Pero nadie argumenta claramente que es el concepto del Estado social el culpable. La mayoría se opone a que el Tribunal comunique previamente el tipo de protección que quiere, en lugar de esperar a atacar o sostener cualquiera que sea la respuesta legislativa a la sentencia actual de inconstitucionalidad. También rechaza la pretendida necesidad constitucional de utilizar sanciones penales aquí y de perfeccionar la protección concedida al feto. El intento del Tribunal de descubrir y aplicar principios obligatorios o valores abstractos latentes en las normas constitucionales da lugar a cierta crítica, pero no el uso de valores para explicar las obligaciones positivas del Estado en vez de solamente los derechos negativos de defensa contra el Estado.

Las opiniones de la mayoría alemana y de la disidencia producen un entendimiento más amplio de la interacción del valor de la vida prenatal y de las ideas subyacentes al Estado social. El Tribunal no sólo pide al Gobierno la penalización del aborto electivo, para cumplir con su obligación de proteger efectivamente al que nace, sino que también exige que el Estado enseñe el valor de la vida en la legislación y en consejos individuales⁽⁷⁷⁾. Este énfasis penetrante en la función pedagógica de la ley es el aspecto más chocantemente comunitario de la sentencia alemana, mientras que es extraña su ausencia de la española. Seguramente la educación pública es la más profunda diferencia entre un derecho comunitario basado en valores y un derecho individualista basado en reglas. No importa cuántas reglas constitucionales o legislativas deriven de valores públicos, una comunidad de valores compartidos no surge excepto en la medida en que los individuos aspiren a estos valores antes que sólo a la sumisión de las reglas. De lo contrario, incluso el más elaborado laberinto de reglas es sólo un complicado juego jugado por el bien de los intereses privados.

77. Véanse las citas *supra*, n. 47. Contraste Thornburgh, 106, S. Ct. 2169, 2178-81, donde está prohibido para el Estado el aconsejar desalentando el aborto.

La disidencia alemana reconoce las dificultades inherentes del esfuerzo del Tribunal de hacer observar los valores constitucionales:

"Como derechos de defensa, los derechos fundamentales tienen relativamente un contenido reconocible y claro; en su interpretación y aplicación, las opiniones judiciales han desarrollado factibles y, generalmente, reconocidos criterios para el control de las usurpaciones del Estado —por ejemplo, el principio de la proporcionalidad—. Por el contrario, es regularmente una cuestión de lo más compleja el cómo una sentencia de valor ha de ser entendida mediante medidas positivas de la legislación. Las valoraciones necesariamente generales pueden quizá caracterizarse como mandatos constitucionales que bien son asignados para señalar o indicar la dirección de todos los asuntos del Estado, pero sí dirigidos necesariamente hacia la transposición a las regulaciones obligatorias. Basadas en la determinación de las circunstancias actuales, del concreto marco de objetivos y su prioridad y de la conveniencia de significados y caminos concebibles, diferentes soluciones son posibles. Esta decisión, que frecuentemente presupone compromisos y tiene lugar en el curso de pruebas tentativas, pertenece de acuerdo al principio de separación de poderes y al principio democrático, a la responsabilidad de los legisladores directamente legitimados por el pueblo" (78).

La solución de la disidencia parece, no obstante, reafirmar más que solucionar los problemas que se han mencionado. Impulsa al Tribunal a "enfrentarse con la legislación sólo cuando esta última ha ignorado completamente una importante valoración o cuando su naturaleza y modo de realización es obviamente defectuosa" (79).

Esta última expresión o lenguaje le recuerda a uno un poco los test "base racional" e "interés estatal" del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Pero observen esta diferencia importante: excepto para un número limitado de objetivos no permisibles (como la promoción del racismo), la legislación de Estados Unidos puede aspirar a cualquier interés del Estado. O, donde la protección igualitaria o los derechos fundamentales están envueltos, puede apuntar hacia cual-

78. (1975) 39 VerfGE 1, 71-72.

79. (1975) 39 BVerfGE 1, 73.

quier interés "apremiante" del Estado. No hay, excepto muy en general y por inferencia negativa, un orden de valores constitucionales que el Gobierno debe promover positivamente. De hecho, nuestros Estados pueden algunas veces apuntar hacia valores opuestos a estos subyacentes en la Constitución como lo ha interpretado el Tribunal.

Una ojeada a las sentencias referentes a abortos en Estados Unidos de los últimos diez años nos hará ver el contraste entre la doctrina americana y la europea. La original sentencia de Roe proclamó el valor de la elección privada respecto al aborto, y vio en este valor una prohibición de actos de estado, impidiendo el aborto. Sin embargo, el Estado no está obligado a utilizar sus fondos (80) o sus hospitales (81) de forma neutral para promover la elección. En cambio, puede apoyar el nacimiento por encima del aborto, incluso donde sus motivos sean las mismas filosofías de valor condenadas por Roe como base para penalizar el aborto (82). En posterior extrapolación sobre esta conclusión, el Tribunal de Estados Unidos apeló específicamente al constitucionalismo clásico de derechos de defensa solamente más que al nuevo énfasis comunitario sobre los derechos al apoyo estatal positivo (83). En este último caso, el Tribunal determinó que incluso los abortos por "salud" no necesitan ser costeados por el Estado, a pesar del hecho de que en Roe la salud materna, ampliamente interpretada, era constitucionalmente más importante que la vida fetal, incluso después de la viabilidad. Las sentencias de valor de nuestra Constitución no obligan en sí a las legislaturas y no necesitan ser enseñadas a los ciudadanos *a fortiori*.

Con todo esto no se pretende decir que no existe un camino posible para que un Tribunal Supremo de Estados Unidos en contra del aborto pida leyes penales para él. El Tribunal podría intentar encontrar alguna acción estatal (por ejemplo, financiera) envuelta en abortos privados despenalizados para prohibirlos. O podría encontrar la acción del Estado en el hacer cumplir los contratos relacio-

80. Maher v. Roe, 432, U.S. 464, 474 (1977).

81. Poelker v. Doe, 432, U.S. 519, 521 (1977).

82. Id.

83. Harris v. McRoe, 448 U.S. 297, 317-18 (1980).

nados con el aborto o las leyes que impidan las manifestaciones de brazos caídos en clínicas donde se practique el aborto, la cual haría de hecho el aborto inasequible. O podría sostener que la igualdad humana, la protección igualitaria, ordena alguna medida de protección hacia el no nacido siempre y cuando el acabar con la vida de los recién nacidos siga siendo ilegal. (O podría ir por otro sentido e insistir en que la protección igualitaria para aquellos que acaben con la vida humana requiere que el infanticidio no sea penalizado siempre y cuando el aborto no esté penalizado). Pero no podría, sin un cambio ideológico profundo, apelar al deber social del Estado de promover el valor constitucional de respeto a la vida.

Crítica al papel del Tribunal en el Estado social.

A pesar de ser simpatizante tanto del socialismo como de la protección a la vida no nacida, no puedo estar de acuerdo con uno de los principales fundamentos de las sentencias de los Tribunales Constitucionales de España y Alemania.

Mi crítica no se refiere a la idea de un orden de principios implícitos en las normas y utilizados para, por analogía, derivar nuevas normas. Este razonamiento analógico, a pesar de lo indeterminado que pueda ser, me parece una parte necesaria de la honrada y razonable evolución del orden público. Es la base de los grandes logros del derecho común norteamericano y de la ciencia jurídica europea. No me opongo tampoco a la calidad positiva de estos valores. Pienso que la convivencia humana tiene mucho más significado si sostenemos algunos, aunque no todos, objetivos en común. Me gustaría pensar que hay bienes comunes que muchas de nuestras leyes persiguen y que son y deben ser enseñadas a todos nosotros. Entre ellos está la vida, base de la no violencia.

Mi objeción se refiere a la institución de la revisión judicial constitucional. Incluso aquí me preocupa menos cuando sólo están en juego los derechos de defensa. Con tal que un Tribunal pueda jugar sólo un papel negativo, tendría que trabajar muy duro para alcanzar un dominio pleno sobre el derecho. Pero cuando la revisión judicial

84. Id., 316, 325-26.

se combina con los vagos valores y deberes positivos del Estado social, entonces el poder de los jueces supremos se puede extender en exceso.

Puede que no sobreviva el Estado de Derecho mismo, como dijo el Gobierno español en su escrito⁽⁸⁵⁾. Todo el problema, desde mi punto de vista, radica en la palabra "efectiva" invocada tanto en España como en Alemania. Para que los valores sean eficazmente fomentados, deben ser escrutados resultados empíricos más que únicamente normas. Las normas en los niveles constitucionales y legislativos deben cambiarse cuando sea necesario para lograr resultados, incluso *ex facto* en casos particulares. Así es como los constructores del granero común manejarían las reglas establecidas para el uso del martillo. Sería incluso inconstitucional no cambiar las normas cuando produjeran resultados contrarios a los valores básicos⁽⁸⁶⁾.

Aunque quisiera, con algo de trepidación, afirmar tal comunidad (o mejor, comunidades) sin normas como ideal a promover, estoy profundamente preocupado porque haya un poder casi ilimitado sobre el desarrollo y contenido de dicha comunidad en la discreción potencialmente arbitraria de cualquier grupo pequeño de personas.

La revisión judicial y el Estado social no deben combinarse. Quizá la revisión judicial no debiera existir incluso para derechos de defensa. Esta revisión judicial implica una hostilidad entre la comunidad legisladora y el individuo que idealmente debiera ser superada mediante la educación y formas más participativas de democracia

85. B.J.C., *supra*, n. 5, 527-28.

86. El utilitarismo de reglas no tiene una respuesta adecuada aquí, pues contiene una antinomia. Incluso si necesitáramos normas rígidas para proteger nuestros valores, ¿por qué deben seguirse tales normas si parece seguro que van a producir un desvalor? Un sistema jurídico totalmente preocupado por las consecuencias no podría evitar revisar constantemente sus normas. Podría evitar la anarquía incapacitando a ciudadanos o jueces ordinarios de ignorar las normas, pero debería hacer disponible una revisión centralizada para todos los casos en que uno podría argumentar que una norma nueva podría promover más eficazmente los valores en juego. Para un excelente examen de las soluciones propuestas para este dilema general en lo moral y en lo jurídico, ver Alexander, "Buscando el bien, indirectamente", 95, *Etica*, 315 (enero 1985).

más que acomodada. Pero en cualquier caso, la revisión judicial no debiera extenderse a las obligaciones positivas y programáticas establecidas o implícitas en la Constitución. Estos principios deberían ser el punto de arranque del razonamiento público de todos los ciudadanos, no la prerrogativa privilegiada de un grupo reducido de juristas⁽⁸⁷⁾.

La doctrina de la inexigibilidad de otra conducta.

La vida es un valor constitucional "superior", "fundamental" y "central" en España, y el feto "encarna" este valor. El Gobierno tiene la obligación positiva de proteger la vida del no nacido por medio de penas por su destrucción. No obstante, el Tribunal Constitucional permite el aborto en todas las circunstancias que se recogen en el proyecto de ley bajo revisión: grave peligro para la vida o salud de la madre, violación y probabilidad de un niño gravemente disminuido. ¿Cómo realiza el Tribunal tal cambio de política?

Se podría haber esperado que el Tribunal, en línea con su perspectiva comunitaria, mirara el bien común y argumentara que la protección a la vida no nacida no es, o no siempre conduce al valor constitucional más alto. Pero de hecho en ningún lugar afirma que otros valores sean más importantes que la vida fetal.

Menciona dos teorías por las cuales el proyecto de ley en cues-

87. No creo que deba despreciarse un deber o derecho constitucional no ejecutado por los jueces como "simplemente un programa político constitucional". Véase la discusión de "programáticas" estipulaciones constitucionales en Italia en Campelletti, Merryman y Perillo, *El sistema jurídico italiano*, 58 (1967). Desde las deliberaciones de jurados hasta aquellas de los Tribunales Supremos solemos confiar en la ejecución de buena fe de los principios jurídicamente obligatorios. No veo por qué a los representantes electos se les debería tener menos confianza. La Constitución española misma distingue entre "derechos" y "deberes" (arts. 14-38) y "principios rectores de la política social y económica" (arts. 39-52), haciendo que aquéllos "vinculan" y éstos sólo "informarán" (art. 53). Quizá valores (tales como "la vida") latentes en estos derechos y deberes deberían ser considerados como meros "principios rectores", aunque yo me inclino más a que deberían ser considerados vinculantes en conciencia para la legislación, pero no exigibles por los tribunales (por lo menos no contra las leyes).

ción se puede justificar: la elección legislativa entre valores en conflicto y la doctrina de la no exigibilidad (F.J. 9). Esta última, sin embargo, es la única referencia clara en la mayoría de las situaciones consideradas. El Tribunal apela primariamente a la idea de que una continuación del embarazo en tales circunstancias es demasiado para que la justicia penal la demande de un individuo. Incluso si dichos abortos causan más daño que bien a los valores de la comunidad, el Estado no necesita penarlos, porque hay un límite a lo que los individuos deben sacrificar en favor de los valores constitucionales.

La doctrina de la no exigibilidad en España tiene su origen en la doctrina social alemana, donde fue originalmente concebida como una defensa extra-estatutaria al delito desde una perspectiva individualista⁽⁸⁸⁾. Se puede inferir del Código Penal español en varios puntos, particularmente en el artículo 8 al que se refiere el Tribunal específicamente en su opinión⁽⁸⁹⁾. Este artículo admite la defen-

88. Uno de los primeros usos de este concepto en Derecho penal se dio en el famoso caso Leinenfanger de 1897, sentencia del Reichsgericht. El Tribunal alemán fue más allá del Código Penal para argumentar que, a pesar de que la omisión en cuestión "considerando el bien común... se podría exigir del actor", también hay que preguntar si se podría exigir del acusado bajo estas circunstancias. 30 RGST 25-28, como se recoge en Jiménez de Asúa, *supra*, n. 23, 935.

89. El art. 8 del Código Penal español exime a varias personas de responsabilidad penal, incluyendo a los dementes y a los niños. El punto 4 del art. 8 añade una excepción para "El que obra en defensa de su persona o derechos, propios o ajenos", siempre que concurren agresión ilegítima, necesidad racional del medio y falta de provocación. El punto clave exceptúa "al que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona...", siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. El punto 9 recoge a aquellos que obran violentados por una "fuerza irresistible", y el punto 10, al que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. El art. 8 contiene de este modo ideas tanto de "excusar" o de "no culpabilidad" (lo que podría llamarse, "necesidad por orden de cosas") como de "justificación" (lo que podría llamarse "necesidad por orden de ideas"). Luis Jiménez de Asúa (*Tratado de Derecho Penal*, 196, 2ª ed., 1962, 1977) considera el

sa jurídica del estado de necesidad cuando un acto de otra manera ilegal se realiza para evitar un daño mayor o igual. La doctrina de la no exigibilidad es considerada por la opinión mayoritaria en España como la base de esta situación de daño igual⁽⁹⁰⁾. Es demasiado exigir de una persona que sacrifique un interés personal simplemente porque otro tenga un interés igual. Un ejemplo concreto de la influencia de esta doctrina lo encontramos en el artículo 18 del Código Penal, donde se exime a los familiares más próximos de la punibilidad por encubrir a un delincuente. Aquí también se puede decir que el derecho penal no puede exigir al cónyuge o padres del delincuente que rehusen encubrirle, a pesar de la prohibición general de dicha conducta⁽⁹¹⁾.

Como parecerá evidente posteriormente, es muy importante entender si esta doctrina es una justificación o una excusa, es decir, si elimina la antijuridicidad o solamente la culpabilidad. ¿Es la carga personal causa por la cual se convierte un acto ilícito en lícito o sólo significa que el acusado puede ser no culpado (o incluso, simplemente no castigado) por el acto aún ilícito?

La teoría dominante⁽⁹²⁾ en España parece tratar de la doctrina de la no exigibilidad como sólo una excusa. Bajo esta proposición, nadie se justifica en favorecer su propio interés, o en favore-

miedo y la necesidad bajo la idea de bienes iguales en conflicto para ser eximentes originarias en la idea de no exigibilidad. Añade otros ejemplos del Código Penal español, incluyendo al encubridor por vínculos familiares (art. 18) y la omisión de socorro (art. 489). Algunas opiniones españolas también apoyan la no exigibilidad como una eximente que existe fuera del Código Penal, por ejemplo, Ricardo de Angel Yaguez *et. al.*, *Ley del Aborto*, 100-101 (1985).

90. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Parte General, 556, 609-19 (1973).

91. La racionalidad de esta defensa es discutida, pero la opinión dominante de hoy parece fundamentarse en la no exigibilidad. Ver Jiménez de Asúa, *supra*, n. 23, 1014, y Rodríguez Devesa, *supra*, n. 90, 618-19.

92. Jiménez de Asúa, *supra*, n. 23, 932 ff, y Rodríguez Devesa, *supra*, n. 90, 609 ff, los dos consideran la no exigibilidad bajo la categoría general de excusas o causas de exculpación y afirman que éste sea el punto de vista dominante.

cer a su propio cónyuge encima de los valores establecidos por la comunidad; pero no obstante, estos actos antisociales no están castigados cuando el sujeto en algún sentido no puede actuar de otro modo. Un acto que es injusto pero inevitable, o al menos no evitable por el derecho penal, no debe ser penalizado. Nótese que si hay de tal modo una mera excusa por el acto, la legítima defensa contra el acto queda posible, y hay un número significativo de otras consecuencias que estudiaremos más adelante.

Otra parte de la doctrina española puede llevar a la idea de no exigibilidad como una justificación⁽⁹³⁾. Se puede argumentar que cuando nadie, o nadie excepto un héroe, es capaz de cumplir cierto mandato legal, los actos u omisiones que violen dicha norma pierden su condición de injustos incluso si no evitan mal mayor que el que causan. Además, se puede apreciar en la ley española, que la teoría de la no exigibilidad parece resultar a veces en una completa justificación, en el sentido de una certificación legal de la falta de antijuridicidad. Los deberes de la ley penal de impedir un delito (art. 338 bis) de socorrer (art. 489 bis) y de auxiliar (art. 589 [2]) vinculan únicamente cuando pueden ser observados sin riesgo propio o ajeno. La omisión de actos peligrosos está aquí justificada, por lo menos en el sentido especial de estar excluida de los tipos de estos delitos, a pesar de que el artículo 8 ni la perdonaría —porque para evitar un daño propio leve se permite un daño mayor para otros—.

Algunos legisladores, apoyando la promulgación de la nueva ley del aborto, apelaron frecuentemente al principio de la no exigibi-

93. Jiménez de Asúa, n. 23, 967-969, discute a algunos penalistas que consideran la no exigibilidad de una conducta distinta como una causa de justificación. Rodríguez Devesa parece utilizar la noción de no exigibilidad como un concepto general que recoge tanto las causas de justificación como las causas de exculpación, además de utilizar dicha noción como un concepto específico del no merecimiento de culpa (*supra*, n. 90, 609-611). Nótese que el mero hecho que esté involucrado un balance objetivo de intereses no es necesariamente una consideración que nos conduce a la no exigibilidad como una causa de justificación. Como ha resaltado George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 804 (1978), esperamos que la gente sea capaz de hacer mayores sacrificios cuando hay más en juego. Podemos perdonar a alguien que rompe a otro una pierna para no perder la propia, pero no si vuela una ciudad por el mismo motivo.

bilidad —a menudo como excusa⁽⁹⁴⁾—. También el escrito del Gobierno en este pleito habla de la no exigibilidad como simple fuente de la exculpabilidad⁽⁹⁵⁾. Las únicas disensiones que mencionan este asunto con algún detalle vinculan la idea de la no exigibilidad a ésta de excusa legal, de falta de culpabilidad⁽⁹⁶⁾.

En algunos de los argumentos esgrimidos, sin embargo, existe una corriente subterránea de razonamiento justificador⁽⁹⁷⁾, y, en por lo menos una ocasión, legisladores en apoyo de la legislación despenalizadora insistieron claramente en que los abortos en cuestión habían de ser considerados como lícitos y no simplemente como no culpables⁽⁹⁸⁾.

94. El Ministro socialista de Justicia, Ledesma Bartret, sostuvo el 25 de febrero de 1983 que la no exigibilidad de continuar con el embarazo en estas circunstancias es una causa de "inculpabilidad" por abortar (*supra*, n. 6, 17). El 25 de mayo de ese mismo año, Sáenz Cosculluela, hablando "en nombre del grupo socialista", sostuvo que la Ley del Aborto no "legaliza", sino que expresa una "desaprobación genérica" al aborto, mientras que establece una "excusa" para el aborto terapéutico y se niega a "inculpar" abortos cuando el embarazo no puede ser exigido (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, N° 10, 1850). Otra vez, el 4 de octubre de 1983, el miembro del P.S.O.E. Sotillo Martí sostuvo, a favor de la despenalización de algunos abortos, que donde otra conducta no es exigible, un acto carece de merecimiento de culpa (*id.*, N° 61, 2888).

95. *B.J.C.*, *supra*, n. 5, 529-530).

96. Francisco Tomás y Valiente insiste en que la Ley del Aborto no abarca ni una despenalización ni una legalización del aborto, sino que es simplemente una declaración de impunidad en determinadas situaciones ("manteniendo intacto el tipo delictivo"). Un juez, no un médico, así debería decidir cuándo esos requerimientos situacionales se han cumplido, ya que los actos regulados por el artículo 417 "continúan siendo delictivos". Añade, sin embargo, que la norma básica que prohíbe el aborto le parece de dudosa constitucionalidad (*id.*, 539). Véase también la menos clara conexión a la no culpabilidad en la opinión de Jerónimo Arozamena Sierra (*id.*, 537).

97. Jerónimo Arozamena Sierra, *id.* También Sotillo Martí, *supra*, n. 94, y el escrito del Gobierno, *supra*, n. 95.

98. Así argumentaron los defensores del proyecto de ley López Riaño y Sotillo Martí el 7 de septiembre de 1983, *supra*, n. 33, 212 y 2140-2141.

La propia opinión del Tribunal Constitucional desafortunadamente está lejos de ser clara. Ni en su discusión general acerca de la inexigibilidad (F.J. 11) la califica de excusa o justificación. La opinión, sin embargo, no trata explícitamente ningún aborto como justificado, en el sentido de ser la mejor solución, la que maximiza el valor resultante. Excepto en el caso del tratamiento del Tribunal Supremo al aborto para salvar la vida de la madre y quizá para evitar un grave daño a su salud (donde posiblemente se está tratando al niño como un agresor en contra del cual la madre tiene derecho a la legítima defensa) el Tribunal Supremo contempla abiertamente sólo la idea de que la continuación de algunos embarazos sería exigir demasiado de una mujer. En relación con embarazos producidos por violación, el Tribunal Supremo menciona los valores reconocidos constitucionalmente de una mujer que han sido dañados por ese acto de violencia. Pero no nos sugiere que negarle a ella la posibilidad de abortar tendría un posterior y general efecto negativo en los valores en juego. En lugar de eso, razona que obligarla a soportar las consecuencias de la violación no le es exigible. En el caso de aborto por probables y graves impedimentos del niño, el Tribunal está aún más claro. La base de la no punibilidad de estos abortos, de acuerdo al Tribunal, es que requerir la continuación del embarazo sería una imposición sobre la madre por encima de lo que es normal y razonablemente exigible. Que los padres soporten la inseguridad inevitable atendiendo a tal embarazo es demasiado exigir. Es difícil de imaginar que evitar tal ansiedad paternal es constitucionalmente un valor fundamental equiparable a la vida en el ordenamiento jurídico español, y por ello el Tribunal Supremo puede de todos modos apelar exclusivamente a la inexigibilidad para apoyar esta porción de la ley en cuestión⁽⁹⁹⁾.

99. A pesar de la directiva explícita de la Constitución, encontrada en el artículo 49, que el Estado proteja a los disminuidos, el Tribunal no discute las posibles repercusiones que la legalización de tales abortos pueda tener en las futuras actitudes y acciones públicas y paternas con relación a aquellos nacidos con impedimentos graves. Pero este punto es asimismo ignorado en los escritos de los abogados. Para una investigación indicando un impacto negativo, véase Fletcher, "Actitudes hacia los nuevos nacidos con malformaciones", 2.1, *Hastings Center Studies*, 21 (enero 1974). Tampoco sugiere

Una vez más, el a menudo no comentado transfondo para todos estos argumentos es la teoría jurídica. Fue en Alemania donde la idea de la inexigibilidad surgió primero doctrinalmente⁽¹⁰⁰⁾. Allí es utilizada para explicar “la necesidad excusante”, la cual está estructurada de forma diferente a la defensa de necesidad en España⁽¹⁰¹⁾. El proyecto mismo de ley de despenalización del aborto alemán permitía un aborto tras dos semanas de gestación si el peligro para la vida o salud materna o la probabilidad de defecto serio del feto era tan grande que no se podía exigir otra alternativa⁽¹⁰²⁾.

No sorprende, por tanto, que el Tribunal Constitucional alemán también use la doctrina de no exigibilidad para tratar el tema del aborto. El Tribunal parece basar su permisión de abortar en los casos límites exclusivamente sobre esta idea —incluso cuando el embarazo continuado supusiera una amenaza para la vida o salud de la mujer—⁽¹⁰³⁾. Se aplica la doctrina sin discusión al caso de los llamados abortos eugenésico y sociales⁽¹⁰⁴⁾. Desafortunadamente, el Tri-

el Tribunal en ningún lugar la noción ahora común en los EE.UU. de que la vida con incapacidades serias puede tener relativamente poco valor o incluso ser un desvalor. Tal creencia, obviamente, inclinaría la balanza a favor de los intereses paternos.

100. Para discusión de la naturaleza y contexto del concepto alemán (e, indirectamente, del español) de *Unzumutbarkeit*, véase Fletcher, *supra*, n. 93, 833 ff., y Albin Eser, “Justificación y excusa”, 24, *Am. J. Comp. L.*, 642 (1976). Véase también Jiménez de Asúa, *supra*, n. 23, 930 ff.

101. El Código Penal alemán separa la necesidad en dos artículos, 34 y 35, y titula el primero “Necesidad justificante” y el segundo “Necesidad excusante”. De acuerdo a lo último, ciertas personas son excusadas cuando actúan ilegalmente para evitar un peligro a la vida, miembros o libertad, a menos que se pudiese exigir que aceptasen el riesgo del que se trate. Véase, por ejemplo, Dreher and Troendle, *Strafgesetzbuch*, 188, 196 (42ª ed., 1985).

102. El actual proyecto era más complejo que este resumen. Véase (1975) 39 BVerfGE 1, 4-6.

103. (1975) 39 BVerfGE 1, 48-50. Véase también *supra*, n. 49.

104. Id., indicando la aprobación de los argumentos gubernamentales anteriores a favor de la no punibilidad de los abortos basados en la incapacidad del feto y la violación de la mujer.

bunal manda señales mixtas en la cuestión de si la inexigibilidad hace todos estos abortos justificados o meramente excusados⁽¹⁰⁵⁾.

Los comentarios españoles sobre el fallo constitucional alemán previo al proceso de reforma español eran generalmente críticos. Los comentaristas, tanto a favor⁽¹⁰⁶⁾ como en contra⁽¹⁰⁷⁾ de los derechos extensos del aborto, encontraron dificultad en comprender cómo la inexigibilidad podía permitir el aborto ante la fuerte afirmación del Tribunal Constitucional alemán sobre el deber del Estado de proteger la vida del no nacido. Se argumentó que a lo sumo el razonamiento del Tribunal llevaría sólo a excusar tales abortos, y no a justificarlos.

La ley penal de los Estados Unidos no contiene una defensa explícita de la inexigibilidad. Nuestra defensa de fuerza irresistible, o de compulsión, que es considerada generalmente como una excusa, es quizá la analogía más próxima, pero esa defensa está más limitada que el artículo 8 español o la “necesidad excusante” de Alemania⁽¹⁰⁸⁾. No puede ser aplicada al aborto porque nadie está amenazando dañar a la madre a menos que aborte. No existe para nosotros un principio penal o constitucional comprensivo que asegure que na-

105. Por ejemplo, el Tribunal indica que incluso donde el aborto no sea punible se espera que el Estado recuerde a la mujer “su deber fundamental (*Pflicht*) de respetar el derecho a la vida del no nacido, que la anime a continuar el embarazo” (id.). Pero el Tribunal insiste más adelante en que la ley distinga los casos de aborto justificados de los reprochables (*verwerflich*) (1975) 39 BVerfGE 1, 58. Clasificando estos *remarks* a la luz de los principios básicos que gobiernan la sentencia, el comentario Dreher and Troendle concluye que la sentencia del Tribunal Constitucional apunta en la dirección del concepto de excusa: *supra*, n. 101, prenota 9 a 218, 999-1000.

106. Rodríguez Devesa, *supra*, n. 25, 99. Participó posteriormente en el libro *Defensa de la vida*, *supra*, n. 35, oponiéndose al proyecto de Ley de Despenalización del Aborto.

107. Arroyo Zapatero, *supra*, n. 34, 205.

108. *Supra*, n. 101. El artículo 35 del Código Penal alemán se limita a excusar a aquellos que se protegen a sí mismos o a los de cerca de ellos. Pero hay también un cierto apoyo a la no exigibilidad como una defensa estatutaria.

die sea castigado por cometer una acción siempre que no cometerla sea "demasiado exigir".

A pesar de nuestra restringida teoría de excusas, sin embargo, puede ser argumentado que algo como la inexigibilidad se extiende por nuestro derecho, a menudo en forma de justificación. Después de todo, excepto en Vermont, nosotros no requerimos nunca rescate de extraños, ni siquiera cuando esto no traiga consigo ningún riesgo. Ha sido sugerido que es demasiado restrictivo imponer a todo el mundo que sean buenos samaritanos⁽¹⁰⁹⁾. También permitimos en ocasiones una respuesta violenta a agresiones incluso donde el retirarse es posible y especialmente donde retirarse traería consigo algún tipo de riesgo⁽¹¹⁰⁾. ¿Estamos quizá diciendo que es demasiado pedir a las víctimas que actúen contra su propio interés para proteger los intereses del agresor, incluso cuando el daño concreto causado por la resistencia es mucho mayor que el causado por retirarse?

Roe v. Wade obviamente no necesitaba esgrimir ninguna línea de argumentación como las anteriores. Su negación a los valores constitucionales en el niño no nacido significaba que no tenía que buscar justificación o excusa para el aborto más allá del derecho a la privacidad (intimidad). Pero ha habido algunos profesores que han querido justificar el resultado del caso Roe, el aborto electivo, apelando a nuestra allegada tradición del "mal samaritarismo"⁽¹¹¹⁾. El aporte específico de estos argumentos es que incluso si al feto se le reconoce como ser humano y persona que posee un derecho constitucional a la vida, el aborto electivo sería lícito porque nuestra ley no exige a los individuos socorrer o prestar ayuda a otro con un coste sustancial para ellos mismos. A pesar de que estas líneas de pensamiento no se aunan precisamente en la doctrina de inexigibilidad europea, seguramente estamos trabajando aquí con algo parecido. Si somos in-

109. Calabresi, *supra*, n. 68, 102-103 así indica.

110. Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo del Instituto de Derecho Americano. 304(2) b) ii).

111. Véase, por ejemplo, Regan, "Volviendo a escribir Roe v. Wade", 77, *Mich. L. Rev.*, 1569 (1979), y Thompson, "Una defensa del aborto", 1, *Philos. and. Pub. Affairs*, 47 (1971).

dividualistas coherentes y creemos en el dejar hacer y dejar morir, ha de parecernos a muchos de nosotros "demasiado para exigir" de una mujer embarazada que ella sola soporte enormes sacrificios, cuestión a la que volveré al final de este comentario.

Crítica a la doctrina de la inexigibilidad.

Hay tres puntos finales que me gustaría tratar con cierta extensión. El primero es que el concepto de la no exigibilidad, incluso aceptándolo como punto de partida para un razonamiento jurídico, es incapaz de servir por lo que quieren sus partidarios, a saber el dar a por lo menos algunos abortos el completo apoyo del derecho. El segundo es que la no exigibilidad es de hecho inaceptable como primer principio de razonamiento, ya que nos oscurece casi tanto como nos aclara. El tercero es que, a pesar de sus deficiencias, la doctrina se percibe como extremadamente útil para mostrarnos que el dilema del aborto es una manifestación de la tensión entre la comunidad y el individuo y que la solución al dilema depende por ello de una relajación de esta tensión.

Como hemos visto, hay dos formas de entender el ordenamiento constitucional español y alemán sobre el aborto: una, que el legislador pueda tratar algunos abortos como excusados, otra, que él puede tratarlos como justificados. Mi argumento personal es que bajo ambas hipótesis existe una tensión en la ley, pero sólo en el segundo caso esta tensión se aproxima a la contradicción.

La primera hipótesis (excusa) me parece la interpretación más plausible de la sentencia del Tribunal español. La inexigibilidad es ordinariamente tratada en España⁽¹¹²⁾ y Alemania⁽¹¹³⁾ en forma de excusa. Dado que ambos tribunales se niegan a afirmar que el no nacido tenga sustancialmente menos valor jurídico que la madre, resulta dura el ver cómo cualquier aborto (excepto quizá en el caso de peligro para la vida materna) puede ser justificado⁽¹¹⁴⁾. Y la ley es-

112. *Supra*, n. 92.

113. Albin Eser, *supra*, n. 100, 627, 637. Este ensayo es también una introducción útil a la estructura básica de la teoría penal alemana.

114. Véase generalmente la discusión Dreher and Troendle, citada, *supra*, n. 105.

pañola en cuestión se parece más al artículo 18 del Código Penal (excusando a miembros de la familia que esconden al delincuente) que al 489 bis (declarando la obligación de socorrer solamente cuando no exista riesgo para uno mismo). Como el primero y no como el segundo, la ley de despenalización del aborto no altera expresamente el tipo del delito, sino sólo exceptúa la imposición de la pena en algunos casos. Esta diferencia pienso que debería ser entendida como excusa *versus* justificación, como ha sido razonado.

Podemos darle un significado bastante preciso a la no exigibilidad como excusa. Las penas están fijadas de acuerdo con lo que es ordinariamente necesario para la disuasión, y han de ser no excesivas en proporción a la culpabilidad última. Pero entonces los individuos que tengan que hacer inusuales y grandes sacrificios para cumplir con la ley, no pueden ser forzosos a hacerlo. Tales personas son a la vez menos culpables (porque el daño neto causado por la ofensa que se excusa es menor que el causado por una ofensa ordinaria, en la que ningún daño es al mismo tiempo evitado) y menos disuasibles (a causa del gran daño personal que resultaría de la no omisión de la ofensa). De este modo, dentro de los límites fijados por el principio de proporcionalidad (F.J. 10), parece no existir pena adecuada para disuadir a individuos de actos evitantes de graves daños personales. Sin un suficiente motivo disuasivo, el "tipo ideal" de individuo racional interesado en sí mismo puede ser literalmente incapaz de cumplir con la ley. Y donde la amenaza de castigo no consigue su propósito, no debe existir. Tal cumplimiento así no puede ser exigido⁽¹¹⁵⁾ por penas *es post facto*, y su falta por ello debe ser excusado por la ley, incluso si ésta tiene un efecto neto negativo en cuanto a valores públicos.

El concepto de excusa encaja mejor que el de justificación dentro del "ethos comunitario" de la sentencia española. Es quizá lógicamente consistente, pero ciertamente sería un cambio dentro de la ideología del Tribunal español el enfatizar los deberes en búsqueda de valores comunes en un primer momento y en un segundo momento declarar que los individuos están justificados legalmente para des-

115. Esto es, se le puede "exigir" el cumplimiento en el sentido de "pedir", pero no en el sentido de "compeler".

truir esos valores. Por contraste, no habría nada de extraño en una jurisprudencia socialista desarrollada reconociendo que los seres humanos no están (por el momento) tan integrados y solidarios como para ser capaces en todas las circunstancias de dar tanta importancia a los intereses de los demás como dan a los suyos propios. La ley penal, por lo menos, debiera excusar tan injustificada preferencia hacia sí misma.

Pero, por muchas razones, la excusa sin más no puede legalizar plenamente el aborto. La excusa se aplica solamente a la persona que tendría que sacrificarse para cumplir con la ley. No se puede aplicar a terceras personas. Específicamente, parecería no aplicable al facultativo que lleve a cabo el aborto, no más que la excusa de compulsión se aplicaría a las personas que ayudan a una persona amenazada de cometer algún delito. El razonamiento más sólido del Gobierno a favorecer su proyecto de ley, la no exigibilidad como excusa, tiene poco sentido, ya que esa ley eximiría claramente de pena a todas las partes, no sólo a la madre, en relación con ciertos abortos. La dificultad de excusar también al médico que lleva a cabo la intervención se consideró ya en 1982 en un artículo jurídico español convincente⁽¹¹⁶⁾. Si el escrito antiabortista hubiera contenido algo más que una excesivamente corta referencia a ese punto⁽¹¹⁷⁾, quizá el Tribunal no hubiera pasado por alto completamente ese tropiezo, en su extenso resumen de los razonamientos.

Por supuesto, la omisión de castigo al médico ha sido ya aprobada. Eso es lo que el Tribunal mantiene, e importa poco en la práctica si, o cómo, tal conclusión se apoya en un buen razonamiento (por lo menos hasta que una argumentación completa le conduzca a una diferente conclusión). El principio de legalidad, el principio de la no imposición de un castigo sin violación previa de un precepto legal, parecería excluir cualquier pena para el doctor que practique el aborto en los supuestos admitidos. Pero esto no resuelve nuestro problema en su totalidad. Si el aborto es únicamente excusado en el

116. Cerezo Mir, *supra*, n. 31.

117. El escrito suplementario de los demandantes del 3 de enero de 1983 (*sic.*), a16.

Derecho penal, ¿cuál sería su *status* legal en el Derecho Civil? ⁽¹¹⁸⁾. Así, por ejemplo, ¿podría un padre pedir indemnización por su hijo abortado? Pareciera que sí. ¿Podría pedir indemnización al médico por su negligencia al fallar en el aborto de su hijo tarado? Pareciera que no. ¿Deben o incluso pueden los programas de seguros de estado social sufragar la comisión de actos todavía considerados ilícitos? ¿Y cuál es el *status* legal de un contrato de dispensa de abortivos si el aborto permanente legalmente no justificado? ⁽¹¹⁹⁾.

Aún más significativo es si el aborto permanece siempre ilícito, aunque sea a veces excusado, ¿no podría una tercera parte intervenir para evitar el aborto, para proteger al feto, especialmente si lo hicieran de una forma no violenta y mínimamente impositiva? El estado de necesidad en Estados Unidos no ha obtenido grandes éxitos como defensa impidiendo la convicción de aquellos que usan estas tácticas de Gandhi en las clínicas abortivas ⁽¹²⁰⁾. Pero en Es-

118. La sentencia del Tribunal español, en F.J. 14, evita explícitamente resolver los temas de ley civil surgidos de la no punibilidad del aborto. B.J.C., *supra*, n. 5, 536. (No todos los temas que aquí trato fueron, sin embargo, expuestos en los escritos de los demandantes). Rodríguez Devesa, *supra*, n. 90, 557, 616, señala que la responsabilidad civil permanece para los actos penales excusados. Véase también Jiménez de Asúa, *supra*, n. 89, 201-202. Jonas and Gorby, en su comentario 9 *John Marshall J.P.P.*, 551 (1976), y Dreher y Troendle *supra*, n. 105, dejan claro que la legitimidad de los pagos del seguro social para los abortos no penados pero posiblemente todavía ilícitos es un tema vivo en Alemania. Véase también el excelente trabajo y argumento de Kluth, quien concluye que el aborto continúa siendo ilícito y, por tanto, no puede ser un deber en la ley civil ("Zur Rechtsnatur der indizierten Abtreibung", 5, Z. f. ges. FamR, 440, 1985).

119. Véase el Código Civil español, art. 1275, el cual priva a los contratos para una causa ilícita de cualquier efecto. Se define una causa ilícita como una opuesta a las leyes o a la moral. Cfr. el Código Civil alemán, artículo 134. El estudioso español quizás más importante a favor del aborto parece estar de acuerdo en que la inexigibilidad en sí no puede hacer lícito el aborto, por ello él quiere cambiar el razonamiento que han usado hasta ahora los tribunales europeos. Véase Luis Arroyo Zapatero, "La indicación eugenésica", Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (1985).

120. Véase, por ejemplo, Centro de Salud Reproductivo Sigma v. Estado, 297 Md. 660, 467 A.2d 483 (1983); Ciudad de St. Louis v. Klocker,

paña se puede apelar a la idea del artículo 8 de necesidad (preservando el valor jurídico más importante) sin problemas constitucionales. Terceras partes intervinientes no violentas pueden alegar legítima defensa; tal y como el cajero de un banco puede defender a un compañero de un atracador que actúa excusado por compulsión ⁽¹²¹⁾. También podríamos apuntar que en España una persona

637 S.W. 2d 174 (Mo. App., 1982); Cleveland v. Municipality of Anchorage, 631 P. 2d 1073 (Alaska, 1981); People v. Krizka, 92 Ill. App. 3d 288, 48 Ill. Dec. 141, 416 N.E., 2d 36 (1980); Gaetano v. EE.UU., 406 A. 2d 1291 (D.C. App. 1979). Estos Tribunales de la era post Roe se han negado generalmente incluso a escuchar los argumentos de necesidades concernientes al hecho y valor de la vida prenatal. Sus opiniones son fascinantes a la luz de los modelos constitucionales desarrollados anteriormente en este artículo. Se pudiera haber pensado que los tribunales americanos interpretarían el derecho constitucional de Roe al aborto solamente como una "norma" contra la intervención del "Estado", particularmente después de los casos Maher y Harris (véase *supra*, nn. 80 y 83, y el texto que acompaña). La intervención privada y particular en clínicas abortivas (para proteger lo que la evidencia ofrecida supuestamente mostraría que es vida humana con un importante valor ético, estatutario o de derecho común) seguiría sin estar afectada por Roe y así posiblemente justificada. Pero, de hecho, virtualmente todas las sentencias de los tribunales tratan a Roe como imponiendo un juicio de "valor" negativo con respecto al feto, sobre todo el orden jurídico, bastante análogo al valor positivo impuesto en España y Alemania. La analogía está justa: en esos países europeos el alto valor de la vida fetal requiere que el Estado penalice aquella conducta que destruya al feto. En los EE.UU. el bajo valor de la vida fetal requiere que el Estado no se abstenga de penalizar aquella conducta que impida la destrucción fetal.

121. Tanto Rodríguez Devesa (*supra*, n. 90, 557, 616) como Jiménez de Asúa, (*supra*, n. 89, 201-202) dejan claro que la defensa es legítima frente a actos que son meramente excusados. El primero aplica específicamente este principio a la ley que excusa a un padre que esconde a un fugitivo (619). La fraseología explícita del artículo 8.4, refiriéndose a la defensa "de la persona o derechos", quizás no se podría aplicar a la defensa del "bien jurídico" de la vida no nacida, pero el artículo 8.7 parece ofrecer un claro apoyo a las intervenciones clínicas abortivas. Este permite acciones contra los bienes para evitar un mal "ajeno". Véase la fraseología precisa *supra*, n. 89. Desde luego, también habría que sopesar el daño causado por la intervención frente al valor de cualquier vida fetal salvada. En España, este cálculo está ordinariamente basado en una comparación de los castigos penales usuales por, digamos, intrusión y aborto. Rodríguez Devesa, *supra*, n. 90, 546. El resultado

está justificada para impedir que otra destruya algo de la propiedad de la otra que posee utilidad social (122).

Estos argumentos no son simplemente técnicos o sofisticados. Decir que alguien no merece una pena por una acción excusada, porque no se puede exigir que se comportara de otra manera, no quiere decir que el Estado apoye o que incluso no impida esa acción. Debe recordarse que la no exigibilidad es una doctrina de carácter penal; existen acciones que son consideradas como inexigibles por medio de penas *es post factum*. La sentencia del Tribunal español sobre la doctrina de la no exigibilidad cuestiona el castigo como respuesta a veces inadecuada, lo cual no conlleva a que la norma violada misma sea puesta en entredicho. El Tribunal señala incluso que el deber del Estado de proteger el bien jurídico de la vida continúa subsistiendo en otras áreas. Si el Estado permite pleitos civiles contra los abortistas, deniega de sufragar los abortos, no reconoce contratos, y no castiga las intervenciones en las clínicas abortistas, no está imponiendo castigo a las mujeres que han tenido un aborto. No hay nada incoherente en un sistema legal que declara todos los abortos fuera de la ley, pero que excusa a algunas mujeres, basándose en la convicción de que obedecer a la ley es a veces inexigible a un ser humano en situación de gran angustia o aflicción. Por el contrario, un sistema sería incoherente si penara actos (es decir, las intervenciones (123) para fomentar actos excusados (es decir, los abortos).

de esta balanza podría muy bien variar dependiendo de los medios y consecuencias de las intervenciones a favor del feto. La fraseología del Código Penal alemán está incluso más a favor de tales defensas. Además de los argumentos de necesidad en los artículos 34 y 35 del Código Penal, *supra*, n. 101, artículos 32 y 33, parecerían dar otro argumento de justificación y excusa para las intervenciones clínicas no violentas. Estas defensas "Notwehr" están disponibles para aquellos que actúen para proteger "a otro" contra un ataque ilícito, y la sentencia del Tribunal alemán parece potencialmente abierta a una interpretación del niño no nacido como "otro". Véase *supra*, nn. 38-46, y texto que acompaña.

122. Rodríguez Devesa, *id.*, 554.

123. Si la intervención no violenta fuera siempre infructuosa (en el sentido de que las mujeres deseando abortar simplemente irían a otra clínica), la justificación de necesidad para las intervenciones perdería mucha de su fuer-

Que éste sea el estado actual de la ley española implican varias fuentes. Los partidarios de la despenalización del aborto y al menos uno de los disidentes del Alto Tribunal, argumentaron que los abortos en cuestión no estaban siendo "legalizados", como hemos apuntado anteriormente (124). Los que están en contra del aborto ahora leen la sentencia del Tribunal para decir que el aborto no ha llegado a ser "lícito" (125). De significar tales afirmaciones algo, indican una situación legal muy próxima a aquella que se ha descrito y muy lejana de un derecho legal al aborto.

¿Se puede crear un caso para una interpretación contraria, una interpretación de la sentencia española que declara que los abortos no exigibles no son excusados, sino justificados, y que la ley confirmada es de hecho una de justificación? El argumento más obvio en favor de esta interpretación es político. Pudiera tener poco sentido un proyecto de ley que mantiene a las mujeres fuera de la cárcel, pero que incide muy poco en la disponibilidad real de los abortos. De permanecer el aborto completamente ilícito, las clínicas se encontrarán con unas cargas de tal calibre que pueden encontrar desventajoso el operar. Un argumento más jurídico sería que el concepto de excusa difícilmente puede explicar la aprobación del Tribunal de la no imposición de castigo al médico que practique el aborto (126). Y

za. Pero el mero hecho de que la continuación del embarazo sea inexigible por medio de una pena *posterior* no muestra, sin más, que la intervención *anterior* no puede ser afectiva y pedida normativamente. Seguramente un sistema legal podría abolir apropiadamente las penas para algunos o todos los suicidios (intentados), pensando en la excusa de la no exigibilidad, sin que suponga la abolición de defensa para aquellos que intervienen para impedir los suicidios.

124. *Supra*, nn. 94 y 96. Pero cfr. *supra*, n. 98.

125. Así argumenta Federico Trillo-Figueroa en su reciente respuesta, no publicada, al Tribunal, que se titula *En defensa de la vida* (el mismo título que llevaba el libro anterior a la sentencia referido *supra*, n. 35, y al que él había contribuido). El comentario antiaborto "Ley del Aborto", *supra*, n. 89, 91 ff., 327, también afirma y supone la continua ilicitud de casi todos los abortos.

126. El comentario Dreher y Troendle, sin embargo, apenas encuentra problema tratando la exención del médico como excusa basada en razones

la analogía de la Ley de Aborto con la del fugitivo no es perfecta. En este último supuesto únicamente algunos actores (esto es, miembros de la familia) están exentos de castigo. En el primer supuesto, el mismo acto de abortar se declara no punible. Quizá el tipo delictivo de aborto se encuentre reducido después de todo, aunque no por la expresión directa utilizada en el Código Penal, 489 bis, pidiendo rescate ⁽¹²⁷⁾.

Existe una innegable atracción en la interpretación a modo de justificación de la doctrina de la no exigibilidad. El valorar los intereses de los demás siempre al nivel de los propios es un ideal heroico y santo. *Exigir* el cumplimiento de ese ideal sería claramente demasiado. Pero incluso *pedir* un comportamiento heroico puede parecer mucho. ¿No tenemos el derecho a no ser héroes sin incurrir en desaprobación legal? Unos pocos portavoces de la despenalización del aborto esgrimiendo precisamente esta afirmación, aduciendo que tener un niño después de una violación, o bien uno que probablemente sea seriamente incapacitado, es actuar heroicamente, y no únicamente de acuerdo con las leyes. Mencionaron la analogía del derecho a la legítima defensa, que otorga a los intereses de la víctima

de salud pública. Esto es, para que los abortos excusados sean realizados en condiciones de seguridad se permite a los médicos que los realicen, sin por ello dar a entender que la ley favorece o es incluso neutral en la cuestión de si los abortos se deberían dar (*supra*, n. 101, prenota 9.ª al art. 218, 1001-1002). La ley española tiene una similar y amplia categoría de excusa, llamada la "excusa absolutoria", la cual podría usar la ley para comprender el *status* del médico que practica el aborto. Véase Jiménez de Asúa, *supra*, nn. 23 y 89. Pero cfr. Nathanson, *Aborting America*, 193-194 (1979), quien argumenta que la llegada de los antibióticos y de los nuevos medios abortivos hace que el aborto ilegal no sea ya más un problema de salud pública importante incluso si se considera al abortista médico penalmente responsable.

127. A pesar de su propia conclusión de que el aborto es solamente excusado, el comentario Dreher y Troendle, *id.*, deja claro que la opinión dominante en Alemania es que los abortos no penados han de ser considerados justificados. Véase generalmente Eser, "Reforma de la Ley del Aborto alemana: primeras experiencias", 34, *Am. J. Comp. L.*, n. 369, 375, n. 40 y texto que acompaña (1986); y Gropp, *Der straflose Schwangerschaftsabbruch* (1981). Los argumentos del último virtualmente ignoran la necesidad de integrar la teoría constitucional y penal, mientras el argumento Dreher y Troendle se construye sobre un intento de llegar a tal integración.

prioridad sobre los de su agresor, y también la analogía legal de omitir el rescate a otras personas en situación de riesgo personal ⁽¹²⁸⁾. En esas ocasiones, también la ley reconoce un aparente derecho de no sacrificar un interés personal menor por el bien de los intereses mayores de otros. Los principios comunitarios de la defensa de la necesidad dan vía libre en esta ocasión a un profundo individualismo.

Tal teoría político-legal se encuentra en evidente desarmonía con el espíritu de dedicarse a objetivos comunes. En lugar de éste, parecería estar fundada en razones de "contrato social". Personas con intereses esencialmente privados se juntan solamente porque precisan un mínimo de defensa y cooperación mutua. Acceden a aceptar una cierta carga, pero no más, por el bien de su empresa en común. Una vez que ellos hayan hecho la contribución máxima esperada, tienen derecho a negarse a realizar pagos posteriores. Donde un acto o una omisión es necesario para evitar una contribución excesiva a valores públicos comunes, ese acto u omisión está legalmente justificado.

Es una cosa extraña este híbrido de estado social y contrato social. Desde el punto de vista de los valores comunitarios, el acto u omisión está mal. El resultado es una neta pérdida de valor. Desde el punto de vista del individuo, el acto está bien. El no héroe razona que una persona no tendría que tener que dar a la sociedad nada más que lo que uno piense que pueda necesitar de la sociedad. Ya que él o ella nunca va a ser un feto que necesita ayuda materna, ¿por qué se debería sentir obligado a conceder tal ayuda? ⁽¹²⁹⁾.

128. El 25 de mayo de 1983, en el Congreso de los Diputados, el portavoz del P.S.O.E., Sáenz Cosculluela, argumentó que la ley valora la vida de uno mismo más que la de otro y que la ley no puede exigir heroísmo de la mujer embarazada (*supra*, n. 94, 1853, 1854). El 7 de septiembre de 1983, Sotillo Martí abogó por el proyecto de ley de despenalización del aborto apelando al hecho de que la ley no siempre exige que rescatemos a otros, aunque pueda ser nuestro deber moral el hacerlo. De nuevo, el 5 de octubre de 1983, argumentó que requerir la continuación del embarazo en las difíciles condiciones cubiertas por la ley propuesta sería exigir heroísmo, lo que el Código Penal no hace cuando se llega al rescate (*supra*, nn. 33 y 31, 2138, 2946).

129. Alguien que piense de esta forma pasa por alto el hecho de que él o ella ya ha necesitado y recibido ayuda como feto. Sin embargo, tal pen-

La idea de la no exigibilidad puede, de esta forma, considerarse una justificación de algunos abortos, a pesar de que los valores de la comunidad así sufran. El aborto está, de alguna manera, justificado y no justificado al mismo tiempo. La comunidad permite abortos sin decir que los abortos debieran ocurrir.

¿Qué concepto jurídico puede explicar el permiso para no ser heroico respecto al aborto, a la omisión de socorro o a otras situaciones análogas? Seguramente, no el concepto de pretensión o deber. El hecho de que alguien no viole ningún deber legal negándose a maximizar el bien común no significa que otros violen un deber legal usando otros medios que el derecho penal para fomentar ese bien. En otras palabras, cualquier permiso español o alemán para abortar debiera ser clasificado como "libertad" (130), más que como "derecho". El Estado no insta bajo pena a que un embarazo continúe, pero tampoco puede una mujer embarazada insistir en demandar apoyo o protección para abortar. En esta perspectiva, el aborto sería objetivamente legal, no solamente excusado, pero sería legalizado solamente como una libertad y no como una reclamación sobre la comunidad. Tal entendimiento es similar a una vieja forma de mirar la situación legal llamada "necesidad", que devuelve a todas las partes implicadas a un "estado natural", donde los deberes y reclamaciones legales en su más amplio sentido no existen todavía (131).

Pero si el aborto es solamente una libertad, un permiso, traerá consigo únicamente la abstención de la prohibición penal, y la doctrina de la necesidad todavía podría justificar intervenciones para impedir abortos (132). La defensa de la necesidad siempre involucra

samiento parece dominante en las sentencias en cuestión. En ningún lugar tratan del deber de apoyar la nueva vida como un asunto de simple reciprocidad por los beneficios que todos han recibido anteriormente.

130. Se hace referencia aquí al concepto que Hohfeld llama "privilegio". Véase generalmente Hohfeld, *Concepciones legales fundamentales* (1919) (sic.).

131. Véase discusión en Rodríguez Devesa, *supra*, n. 90, 555.

132. Y los daños civiles por aborto podrían todavía ser recuperables por un padre. Incluso un acto que esté justificado por la ley penal puede incurrir en responsabilidad por los daños civiles. Véase el Código Penal, artículo 20, y los comentarios siguientes de Jiménez de Asúa, por ejemplo, *supra*, n. 89, 198-199.

interferencia con la que normalmente se permite. Incluso si uno no está obligado a proporcionar su abrigo a un niño que se está congelando de frío, el niño puede estar excusado y aún justificado si lo toma. O, mejor, imagínese un espectador que no sabe nadar que contempla, sin poder ayudar, cómo un niño desconocido está ahogándose en el fondo de la piscina. Un buen nadador pasa por la escena, pero se niega a ayudarlo porque tiene un resfriado y no quiere arriesgarse a que se le complique su dolencia. El espectador bloquea el camino del nadador y le quita su sombrero, diciéndole que no se lo devolverá mientras no salve al niño. ¿Condenería un Tribunal al agresor no nadador por atentar contra la integridad física del nadador y por el robo del sombrero? Sospecho que no. De este modo, incluso asumiendo que el nadador está justificado legalmente para negarse a ayudar al niño, podemos pensar que también lo está el espectador para forzarle. Que no utilicemos la ley penal para coaccionar a la gente a hacer sacrificios no significa que no deseemos que esos sacrificios sean hechos y que estemos dispuestos a usar penas para asegurar que ningún sacrificio se realice. Si un embarazo es comparable al socorro de un niño, y ambos supuestos se presentan como inexigibles por medio de penas criminales, entonces el aborto no ha conseguido todavía el pleno apoyo de la ley. Particularmente bajo una jurisprudencia de "efectivos" valores comunitarios, parecería que el Tribunal debiera ignorar las reglas dondequiera que los actos fomenten un mayor valor constitucional. Y, por lo menos en el supuesto de aborto para evitar el nacimiento de un niño anormal, sería muy difícil para un Tribunal español decir que prevenir tal aborto por medio no violento no está de acuerdo con el orden constitucional de valores. En el lado del feto están los valores de la vida humana y de la protección a los incapacitados, mientras que el Tribunal no señala ningún valor constitucional en el lado del aborto.

Los problemas teóricos y prácticos de esta conclusión a la que hemos llegado son obvias. El aborto, incluso si es tan legal como el no socorro a riesgo propio, puede no ser fácilmente accesible, porque la no cooperación con, e incluso la intervención en contra de, la práctica del aborto se puede justificar desde la perspectiva de la defensa del estado de necesidad. Estos problemas no aparecen frecuentemente en el supuesto paralelo de omisión de socorro, porque el no soco-

rrer no implica por lo común la participación de terceras partes, y la intervención de terceras no impide el no socorrer. Por contra, el aborto casi necesariamente implica a terceras partes y al sistema judicial por ende que juzgue a esas partes.

Si la idea de la no exigibilidad estuviera limitada exclusivamente a la excusa o disculpa de mujeres que se someten a abortos, no nos llevaría a resultados tan anómalos y encontraría un apoyo casi universal. La mayoría de los Estados en Norteamérica, por ejemplo, *de facto* e incluso *de iure* (133), no castigaban a mujeres por abortar aún anteriormente al caso "Roe v. Wade". Pero sí procesaban a las abortistas. El valor vida y el valor orden son compatibles con las excusas que son simple y llanamente excusas, con el deseo de no utilizar la ley penal contra las mujeres, pero no con la promoción de la práctica abortiva.

Alternativamente, nosotros podemos mantener un sentido justificatorio de la no exigibilidad de gestar un niño, significando que la comunidad apoya el derecho de no realizar sacrificios indebidos. Pero podemos hacer esto sólo a costa de devaluar la vida humana (o de separar la vida fetal de la vida postnatal). Si la vida antes del nacimiento tiene poco valor, el aborto hace poco o nada de daño, y, por ello, los contratos para tal fin debieran ser llevados a efecto, y nadie está justificado para impedirlo.

En otras palabras, o el aborto permanece como un delito (aunque sea uno por lo cual muchas o todas las mujeres no se castigan) o se ve el aborto como medio de promover el bien común (en el supuesto que la vida humana prenatal no cuenta como parte de ese bien). Sólo estas dos teorías son internamente coherentes en la teoría y en la práctica.

¿Es la doctrina de la no exigibilidad el mejor lugar para comenzar a buscar solución? Un buen argumento puede ser que esta doctrina no es un punto de arranque muy útil (en ninguna parte del

133. Véase Wohlers, *Mujeres y aborto*, publicado sin fecha por el Centro Americano para Bioética. El autor examina la ley y la jurisprudencia de la era pre-Roe y concluye que las mujeres fueron casi siempre eximidas de pena por una u otra.

mundo), ya que oscurece casi tanto como esclarece en las dimensiones legalmente significativas del embarazo, bajo ciertas circunstancias, puede exigírsele a una mujer, es dar importancia exclusivamente al carácter positivo y sacrificial del embarazo. En otras palabras, nos hace pensar en el embarazo como un acto de dar y en el aborto como una omisión o cese de dar. Pero, ciertamente, en muchos aspectos el aborto es también un acto positivo por la madre o su agente, y la continuación del embarazo es una omisión. De alguna forma, esto establece una diferencia. Es claramente más incorrecto jurídicamente, si no moralmente, echar fuera, al frío helador, a alguien que entró sin permiso a nuestra casa que no dejarle entrar. El aborto, como mínimo, es como el acto de expulsión, y el embarazo después de la concepción no requiere ningún acto posterior. La gestación es automática, siempre y cuando se omita el terminarla. Este hecho marca una diferencia, por lo menos psicológicamente. Es más duro pagar impuestos que soportar el descuento anticipado de ellos. Donar sangre a un pariente todos los días durante nueve meses podría sentirse como un sacrificio mayor que lo parecido que ocurre en el seno materno. El poder de la doctrina de la no exigibilidad es precisamente que, en todos los contextos (y no únicamente en relación con el aborto), nos hace tratar como omisión lo que podría ser considerado como acto. No nos preguntamos: ¿debería haber robado el banco?, sino: ¿podemos exigirle que tenga sus piernas rotas por los que le trataron de forzar a que robara el banco? Yo no estoy sugiriendo que un embarazo sea sólo una omisión y el aborto sólo un acto, sino únicamente que hay importantes consideraciones en ambos lados, y que la cuestión de la no exigibilidad tiende a hacernos pasar por encima la mitad de los argumentos.

Este hincapié excesivo en la omisión de sacrificio también lleva nuestro punto de mira fuera de inmediatas intenciones y nos conduce a especular a veces erróneamente sobre últimos motivos; algo que haríamos probablemente menos si considerásemos únicamente el acto en sí. En el contexto del aborto, por ejemplo, muchos escriben como si el evitar las cargas del embarazo fuera el objetivo principal de los abortos (134), aunque el mismo fallo Roe pone especial énfasis

134. Véase, por ejemplo, Regan y Thompson, *supra*, n. 111, y Calabresi, *supra*, n. 68, aunque el último, en la pág. 114, observa que la finalidad puede ser también el matar al feto.

en las cargas postnatales⁽¹³⁵⁾. Pero el deseo de separarse una misma del feto antes o después del nacimiento no es el único propósito del aborto. Si lo fuera, la adopción hubiera sido mencionada por Roe como una vía alternativa para evitar las posteriores cargas que él apunta. Claramente, mucha gente que aborta quiere no únicamente el evitar las cargas pesadas del embarazo y del posterior cuidado del niño, sino el no ser madre bajo ningún concepto. El motivo clave entonces es evitar la difícil y pesada decisión sobre la adopción. La intención concreta es matar el feto. Un acto legal, con intención letal, es mucho más difícil de justificar o excusar que la omisión de una actuación heroica. La no exigibilidad nos hace olvidar la primera manera de entender el aborto y contemplar sólo la segunda.

Además, como la no exigibilidad nos hace apartarnos del propósito de un acto en otras circunstancias ilegal, tiende a hacernos olvidar los principios que promueve la ley particular en cuestión. Si nos preguntamos, ¿podemos obligar a la gente a matar y arriesgarse a morir?, podremos contestar no. Pero si nos preguntamos si la supervivencia nacional justifica el servicio militar, podemos contestar sí. Si la "vida nueva" ha de ser tratada como un valor público fundamental, como asevera el Tribunal español, no puede desvincularse de la pregunta: ¿cuánto se puede exigir?⁽¹³⁶⁾ Pero no se menciona en las discusiones del Tribunal sobre la exigibilidad.

La no exigibilidad también, me parece, tiende a hacernos pensar en términos generales, ¿deberíamos sacrificar nuestras piernas?, ¿se debe esperar de una persona bajo la amenaza de pena que soporte a un niño anormal? Las respuestas genéricas pueden ser negativas. Pero debemos referirnos también a varias fuentes de donde emana un deber especial de hacer sacrificios. La no exigibilidad como concepto no alude por ella misma⁽¹³⁷⁾ a estas fuentes.

135. Roe v. Wade, 410 U.S., 113, 153 (1973).

136. Véase el argumento de George Fletcher (*supra*, n. 93) de que incluso el razonamiento de la excusa debe implicar un contrapeso del valor.

137. Pero la exigibilidad, como encontrada en el Código Penal alemán, artículo 35, requiere una investigación de las relaciones sociales especiales.

Así, algunos comentaristas norteamericanos han pretendido demostrar que, incluso si el feto fuera una persona, la ley no debería imponer la carga de soportarlo a la madre, no más que una persona tendría que soportar a un famoso violinista que necesitara transfusiones de sangre durante nueve meses⁽¹³⁸⁾. Pero si el feto es persona, no es únicamente una persona, sino que también es un hijo, y este hecho marca todas las diferencias.

Es cierto que el Tribunal español utiliza las cargas normales de todos los padres como estándar de lo que puede ser exigido⁽¹³⁹⁾, lo cual, sin duda, es superior al estándar de los ciudadanos en general. Pero, ¿están los padres únicamente obligados a soportar las cargas "normales"? Esta pregunta no ha sido claramente contestada. A pesar de que el Tribunal español utiliza el artículo 8 como un apoyo para su sentencia, nunca discute esa parte del artículo 8 la cual niega la utilización de la defensa de necesidad a una que tenga una especial obligación para sacrificarse ella misma.

Tampoco se han explorado las muchas posibles fuentes de los deberes de los padres. ¿Existe un deber resultante de ser la causa sexual de una situación en la que el feto está en peligro? O implica el acto del coito un tácito consentimiento de cuidar de la vida resultante de tal acto?⁽¹⁴⁰⁾ ¿Importa que, si uno fuera todavía un feto, entraría en un contrato social de dejar nacer a otros fetos para poder nacer uno mismo bajo parecidas circunstancias? Más que a un cuidadoso análisis de la fuerza de cada uno de los factores, la no exigibilidad (por lo menos en la forma de exposición de los tribunales español y alemán) conlleva a una global y superficial valoración.

Sin embargo, la cuestión de la exigibilidad no debiera ser pa-

138. *Supra*, n. 111. El violinista es creación de Thompson.

139. Véase F.J. 11, B.J.C., *supra*, n. 5, 535. Nótese que el concepto de "hijo" puede ser más fundamental que el de "persona". Han existido culturas en que los hijos menores no eran todavía personas, pero sí gozaban de respeto moral y jurídico.

140. La ley española crea otra excepción a la defensa de necesidad del artículo 8 para aquellos que intencionadamente causan el estado de necesidad.

sada toda por alto. La mayoría de las fuentes de obligación citadas anteriormente concluyen que la mujer lleva consigo mayores cargas que el hombre. Esto es, las cargas incluso del embarazo ordinario (prescindiendo de los embarazos difíciles), son mayores de las que nuestras leyes esperan de gente no embarazada durante la mayor parte de sus vidas y esas cargas recaen desigualmente en un solo sexo⁽¹⁴¹⁾. Hemos de sentirnos incómodos al exigir que solamente las mujeres soporten tales cargas.

Hay dos formas, en mi opinión, de superar esta incomodidad, y ambas nos retrotraen al concepto de Estado social. Como el Tribunal español apuntó (F.J. 11) en relación con la carga de tener hijos anormales, el auxilio de la comunidad puede convertir en mucho menores los sacrificios inherentes al embarazo y a la maternidad, hasta el punto donde puedan ser exigibles por la ley. Si la vida del no nacido es uno de los valores más altos de la comunidad, se debería compartir la carga de gestar y criar esa vida por medio no únicamente de servicios sociales de apoyo antes y después del nacimiento, sino incluso de especiales beneficios y privilegios para las madres⁽¹⁴²⁾, incluyendo madres que dan sus hijos a la adopción. Eso es lo que frecuentemente se hace en gratitud a los jóvenes que han sido militares.

En segundo lugar, la comunidad no debe abstenerse de pedir sacrificios importantes de otros, además de las mujeres, que tengan una habilidad especial para contribuir a lo que valoramos en común. Desde la imposición tributaria y la regulación de negocios hasta la donación de sangre, un alto estándar de expectación debe ser fijado y secundado por algún tipo de penas para casos de faltas inexcusables

141. Véase generalmente Calabresi, *supra*, n. 68, especialmente en 101 ff.

142. Glendon, *supra*, n. 52, indica que casi todos los países occidentales dan subsidios de natalidad, cuidados al niño, permisos pagados, apoyo a la paternidad, subsidios a la familia y similares en mayor grado que en EE.UU. Quizá es parcialmente por esta razón que las cargas al menos de un embarazo y maternidad normales no parecen inexigibles en Alemania y España.

de cumplir con ese estándar. Sólo entonces parecerán obviamente exigibles los sacrificios que trae el embarazo. Es en algún nivel un tanto extraño, incluso a pesar de ser lógicamente consistente, el tomar posición en contra del aborto por una parte y a favor de una sociedad y economía "laissez-faire" por otra.