

# Estudio jurisprudencial sobre la protección del nasciturus en España.

Autor: Equipo jurídico del CJTM

## I.- Jurisprudencia constitucional sobre la defensa de la vida del nasciturus

Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada en sus Sentencias de 16 de abril de 1985 ( Ref. 53/1985) y 3 de junio de 1985 (Ref. 70/1985) en el recurso de inconstitucionalidad 800/1983, interpuesto por D. José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 diputados de las Cortes Generales contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal y en el recurso de amparo promovido por diversas recurrentes contra la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1983, en causa seguida por delito de aborto, cabe establecer los siguientes afirmaciones :

1º.- La vida del *nasciturus* entendido como “tertium” existencialmente distinto de la madre, es un bien constitucionalmente protegido. El Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del “nasciturus” . Dicha protección implica la asunción por el Estado de una doble actuación positiva:

- a) la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación,
- b) la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su protección efectiva.

Sobre el concepto de la vida, el TC sienta la afirmación que es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica, un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en ella, va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana.

2º.- No existen en nuestro Ordenamiento Constitucional derechos ilimitados o absolutos, ya que todo derecho esta limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses.

En caso de que la vida del nasciturus, en cuanto bien constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la CE, entre en conflicto con los derechos a la vida y a la dignidad de la mujer embarazada, produciéndose una confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego, el interprete constitucional en su labor de ponderación debe tratar primero de armonizarlos y en otro caso, fijará las *condiciones y requisitos* en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

3º.- El aborto voluntario, fuera de los supuestos previstos en la Ley no estaría justificado en su despenalización por cuanto impone la libre voluntad de la mujer embarazada impidiendo la vida en gestación sin que estemos en presencia de un grave conflicto entre la pervivencia de los derechos de la mujer y la protección de la vida del feto que no pueda solucionarse de ninguna otra forma más que con la eliminación del nasciturus.

## Estudio jurisprudencial sobre la protección del nasciturus en España.

En otras palabras, sólo cabe reconocer, de acuerdo con la interpretación constitucional, una prevalencia de los derechos de la mujer sobre la vida del nasciturus si concurren unas situaciones singulares, excepcionales y tasadas. En caso contrario, admitir una prevalencia incondicional de los derechos de la mujer (.....) supondría la negación de la protección del nasciturus, a la que está obligado a garantizar el Estado en cuanto bien jurídico reconocido que encarna la vida como valor central del propio ordenamiento.

Así, de acuerdo con los tres supuestos tasados en los que el delito de aborto no es punible en España, el conflicto o situación de necesidad que se produce entre la vida del nasciturus y el derecho a la vida o salud o derechos de la mujer embarazada que no puede solucionarse de otra manera, exige una cuidadosa y responsable ponderación de los bienes e intereses del modo siguiente:

- aborto terapéutico : el derecho a la vida o la preservación de la salud de la madre prevalecen sobre la vida del nasciturus,
- aborto ético: prevalece el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal,
- aborto eugenésico: la sanción penal entrañaría una conducta que excede de lo exigible a la madre y a la familia<sup>1</sup>. Este supuesto para el Tribunal podría, en un futuro, evitarse.

4º.- La práctica del aborto libre sin cortapisas, fuera del aborto justificado en ciertos supuestos con carácter excepcional, bajo el sistema de indicaciones contemplado en el Código Penal, de admitirse supondría una despenalización total del aborto, contraria a la Constitución ya que el artículo 15 impone la obligación al Estado de garantizar la vida humana, incluida la del nasciturus.

5º.- El aborto como un remedio inevitable y las alternativas a la mujer embarazada. En este extremo cabe alegar lo señalado en el FJ 14 de la sentencia en la cual el Tribunal afirma la relevancia del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico –lo que constituye un requisito del consentimiento válido- sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar

6º.- Objeción de conciencia del personal médico y sanitario. En el FJ 14 *in fine* de la STC se reconoce que existe el derecho a la objeción de conciencia y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no la regulación sobre su ejercicio. La libertad de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el Art. 16.1 de la CE que es, como otros artículos relativos a los dº fundamentales, directamente aplicable por los poderes e instituciones e invocado por los ciudadanos ante los Tribunales.

---

<sup>1</sup> Dice el FJ..... “ En la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización “

# Estudio jurisprudencial sobre la protección del nasciturus en España.

## II Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de aborto (periodo 1991 a 2001)

De la Jurisprudencia analizada podemos extraer las siguientes consideraciones :

- *El delito de aborto como tipo penal controvertido y contradictorio* : en la Sentencia del TS, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de enero de 1991 (Recurso nº 2222/1988, ponente D. José Augusto de Vega Ruiz) en el FJ TERCERO partiendo de la estimación de que el delito de aborto es una de las infracciones más **debatidas** en el Dº Penal, pues su punición choca frontalmente con quienes defienden la atipicidad y admisibilidad de las conductas productoras de dicho resultado y **altamente contradictoria** en el Dº Penal , dado que pese a su relevancia y al elevado número de abortos producidos, el número de asuntos que llegan a los Tribunales de esta naturaleza es muy reducido, se concluye y reproducimos textualmente que *“La razón puede estar en la confrontación radical de criterios en cuanto a su permisibilidad, legal o moral, y sobre todo en la duda del legislador a la hora de buscar un equilibrio justo que sirva para contentar, cosa difícil, a los que defienden antagónicas posturas. En medio está el derecho a la vida por encima de cualquier disquisición. En medio, está, especialmente por parte de la mujer, la defensa de un derecho de disposición del propio cuerpo en razón a intereses especialmente graves y en relación a profundas consideraciones que exceden del puro Derecho Penal. Es posiblemente el problema moral de siempre para buscar el contenido y los límites, absolutos o relativos, de la moral natural. Es quizás el contenido e interpretación del artículo 15 de la Constitución al proclamar el derecho a la vida”*. Junto a estas declaraciones sobre el tipo controvertido del delito de aborto se deslinda en el Fundamento de Derecho CUARTO entre el **aborto natural** , no punible, en cuanto destrucción del feto en el claustro materno o su expulsión prematuramente provocada, por agentes o causas naturales, no buscadas intencionadamente y el **aborto criminal** causado de propósito, con o sin consentimiento de la mujer, con o sin empleo de violencia, intimidación , amenaza o engaño.

- *el sistema de indicaciones en cuanto constitutivo de un conflicto de intereses o estado de necesidad como exención de la punibilidad del delito de aborto*: en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de diciembre de 1992 (Recurso nº 5198/90, ponente D. Roberto Hernández Hernández ) y de 31 de marzo de 1999 (ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar) se reconoce que las situaciones contempladas constitutivas del sistema de las indicaciones son acordes con la voluntad inequívoca del legislador de respetar la vida que esta por nacer y que, como figura humana digna, merece rigurosa , efectiva y amplia protección penal, cuando el *conflicto o colisión de intereses* se origina por encontrarse la madre embarazada en grave peligro para su vida o su salud física o psíquica (FJ CUARTO). Tales indicaciones o supuestos de legitimidad que poseen la naturaleza de causas justificativas de la “necesidad” de la interrupción del embarazo deben ponerse en evidencia en un dictamen emitido previamente a la intervención , por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto conforme a la regulación establecida en el artículo 417 bis del CP, que determine la colisión de intereses entre la salud (física o psíquica) de la madre y el interés de viabilidad del nasciturus.

## Estudio jurisprudencial sobre la protección del nasciturus en España.

-*criterios que sirven para caracterizar al sujeto pasivo del aborto:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de octubre de 1996 (Recurso nº 2491/1995, ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater) en el Fundamento de Derecho SEGUNDO la Sala, entre los criterios que se sirve la doctrina para caracterizar al sujeto pasivo del aborto se inclina por el que concede mayor amplitud, de manera que es indiferente que la muerte del feto tenga lugar dentro del útero o después de la expulsión, o incluso entre una y otra situación. El criterio secular que marca la distinción entre aborto y el homicidio sustentado en la vida posterior a la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical se interpreta por la Sala del alto Tribunal como producto de la noción de vida del siglo XIX conforme a la cual el *nasciturus* sólo tenía una esperanza de vida, caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido y lo entiende sumamente discutible de acuerdo con los conceptos biológicos o jurídicos actuales, pues afirma que ***“biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe, desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen”***.

- *sobre la delimitación jurídico-penal del embrión o feto y su condición independiente de la mujer (el feto no es mulieris portio).* La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal (Recurso nº 2252/2001, ponente D. José Aparicio Calvo-Rubio) que reproducimos en lo que interesa del Fundamento de derecho CUARTO recuerda ***“que los arts. 29 y 30 del CC se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar su integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto pro cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad, manteniendo la idea pretendida de la “mulieris portio” es desconocer las realidades indicadas.”***

Esta doctrina es invocada con anterioridad en la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999 (Recurso 3823/1997) al recoger lo declarado en la STC 53/1985 respecto que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando cuerpo generándose un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en ella.

En este mismo Fundamento de Derecho, relevante para el reconocimiento jurídico del feto o embrión, se precisa que “el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto” añadiendo que no existe en Dº Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, si bien no cabe duda que la conceptualización como persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de la Constitución.

En definitiva, que es el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, el bien jurídico protegido, de manera que no es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro, sino la salud e integridad física de una “persona” el *otro*, al que se refiere el artículo 420 del Cº P. Conforme a ello, la muerte de un niño, como sucedió en el caso

## Estudio jurisprudencial sobre la protección del nasciturus en España.

enjuiciado por esta sentencia, que vivió varias horas y murió como consecuencia de una desafortunada técnica utilizada en su nacimiento, colma cumplidamente las exigencias típicas del Art. 621.2º del Cº Penal (delito de homicidio/lesiones a “otro”), porque ya era una persona penalmente protegible.