

Fecha 2008-02-03 10:00:00 Tema Vida

Aborto y Jurisprudencia Constitucional

El Derecho se ha mostrado vacilante a la hora de definir claramente el alcance de eso que llamamos derecho a la vida, que más que un derecho constituye un requisito, una condición previa para vivir, el soporte de todos los derechos al que, siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional, cabría calificar como “el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”

<http://www.elestadodelderecho.com/default.aspx?idsec=33&id=127> Aborto y Jurisprudencia Constitucional José Gabaldón 16/01/2008

I. Introducción. El derecho a vivir:

El Derecho se ha mostrado vacilante a la hora de definir claramente el alcance de eso que llamamos derecho a la vida, que más que un derecho constituye un requisito, una condición previa para vivir, el soporte de todos los derechos al que, siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional, cabría calificar como “el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. Cabe pues la duda de si se trata de un derecho o una condición previa y superior al derecho mismo, el entero edificio jurídico se basa en el derecho a la vida y el derecho a vivir es un presupuesto para la legitimidad del orden legal y civil. Este derecho no es conferido por el poder, sino que es previo. El respeto a la dignidad se basa sólo en ser hombre (cf. a 10-1 de la Constitución Española) y resulta discriminado quien queda excluido de la protección y seguridad aunque una mayoría sancione su incapacidad para asumir el vínculo jurídico (así, los no nacidos, los esclavos...).

No cabe hablar de la dignidad de la persona sino con referencia, precisamente, al ser humano, a quien la propia Constitución llama persona (art. 10-1) para reconocer su dignidad y el alcance de esta. y no distingue momentos en el desarrollo vital. Lo cual algo más que lleva a la consideración de que tan sujeto de dignidad es el ser “non nato” como la madre y constituye algo más que un llamado “bien constitucionalmente protegido”.

II. Sentencias de Tribunales de otros países:

La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. de 1.973, caso Roe V. Wade. Establecía que el “nasciturus” no siendo una persona constitucional, sólo se le protegía a partir de que fuese viable o capaz de vivir con independencia de la madre en caso de nacimiento

prematureo.

La decimocuarta enmienda (1868) es el punto crucial de la Sentencia. Dice que “ningún estado debe privar de la vida, de la libertad o de la propiedad a ninguna persona sin un procedimiento judicial establecido por la ley; ni tampoco debe negar a ninguna persona, dentro de su jurisdicción, la igual protección de la ley”. El núcleo del fundamento de la citada Sentencia consiste en la afirmación de que una ley o cualquier otra intervención del Estado que prohíba a la mujer disponer libremente del “nasciturus” constituiría una violación ilícita de su derecho constitucional a la “privacy”.

Las críticas a esta sentencia han preguntado por qué, en una cuestión que concierne a la vida, la argumentación se ha limitado al texto de la 14ª enmienda, que no trata de posibles derechos del “nasciturus”; y por qué el derecho a la “privacy” es absoluto y no puede ser limitado por un posible derecho de aquél. Es decir, que se resolvió atendiendo al significado del texto y no a la realidad del comienzo de la existencia de un ser humano, ya no negado ni siquiera por los más incondicionales partidarios de la libertad en materia de aborto.

En un caso ulterior (1988. Webster v, Reproductive Health Services) la Corte Suprema decidió que los Estados Unidos pueden llegar a una diversa valoración, tanto del right of privacy como de la vida del nasciturus, concediendo al estado de Missouri que pudiese incluir en la ley la fórmula “la vida de cada ser humano comienza en la concepción”, lo cual se ha entendido como una revisión parcial de la doctrina anterior. Tampoco una posterior oportunidad de revisar la doctrina citada tuvo efectividad. La Sentencia de 1992 (Planned Parenthood vs. Casey) la revisa sólo en parte (declara la constitucionalidad de algunos procedimientos que someten la libertad de abortar a algunos controles y restricciones pero sin impedirla). El Tribunal se ajusta, finalmente, al precedente de la Sentencia primera.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Sentencia de 25 de febrero de 1975) afirma, refiriéndose a la frase “todos tienen derecho a la vida” (la misma que en la sentencia de España) del art. 22 de su Constitución, que el término “todos” se refiere a cada uno de los individuos humanos vivos, y por tanto, también al ser humano todavía no nacido. Su derecho a la vida prima sobre el derecho a la autodeterminación de la madre. El “nasciturus” no es un ser todavía no humano en vías de desarrollo hacia un estado humano, sino un hombre que se está desarrollando como hombre.

La posterior Sentencia (de 28 de mayo de 1993) corrobora que a la vida humana del no nacido corresponde, por razón de su dignidad humana, desde el comienzo del embarazo, un derecho a la vida que ha de ser

defendido como un bien jurídico independiente incluso frente a su madre, así como el deber del Estado de proteger esa vida. En atención a los derechos fundamentales de la mujer, está permitido que el legislador establezca, en casos de excepción, indicaciones; no imponer el deber jurídico de la gestación (caso de serio peligro para la vida de la madre o grave peligro de su salud); y se refiere también a una reglamentación de la consulta orientativa en relación con la comprobación de la existencia de esas indicaciones.

III. La Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional Español en casos de aborto.

El motivo fundamental del debate sobre la doctrina aplicada por el Tribunal ha consistido en el alcance del artículo 15 de la Constitución (“todos tienen derecho a la vida”) en orden a la protección de la vida del “nasciturus” y las llamadas indicaciones o supuestos de despenalización del aborto. Porque, conviene anticiparlo, el aborto constituía delito y sigue siendo delito, si bien se establece su punibilidad sólo “fuera de los casos permitidos por la ley”, y estos son, desde la ley objeto de aquella Sentencia, los que constituyen las indicaciones: grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (aborto llamado terapéutico); que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación (el llamado legal); que se presuma que el feto ha de nacer con graves taras físicas o psíquicas (o aborto eugenésico). En estos dos últimos, la posibilidad despenalizadora se limita a las 12 y las 22 primeras semanas de gestación, respectivamente y se exige la comprobación previa y la práctica en centros sanitarios autorizados.

La Sentencia declaró inconstitucional el proyecto de Ley Orgánica (se trataba entonces del recurso previo de inconstitucionalidad) pero “no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12”.

Se trata así nada más y nada menos que de la verdadera protección constitucional de la vida del no nacido, pues como dice la Sentencia “no es posible resolver constitucionalmente el problema” sin “partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto.”

La argumentación parte de la existencia de vida protegible pero se debate entre una genérica protección a la vida y la afirmación de que el no nacido, distinto de la madre y que tiene vida humana, que “es una realidad desde el momento de la gestación”, no es considerado como persona ni, en consecuencia, titular de derecho alguno y tampoco del

derecho fundamental a la vida. Se hace una confusa referencia al “momento a partir del cual el “nasciturus” es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana”. Afirmación que recuerda el fundamento de la S. del Tribunal norteamericano, y es contradictoria con la anterior afirmación, en cuanto se dijo que era una realidad viva y viviente, vida humana e individuo humano dotado de una vida en desarrollo pero que no tiene otro origen conocido más que el de la fecundación del gameto femenino. Volviendo al punto sustancial de la Sentencia del T.S. de los Estados Unidos, este consiste en la afirmación de que el “nasciturus” no es una persona constitucional. Deriva ello de que el texto de la 14ª enmienda comienza con las palabras “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos...” a las que llama ciudadanos, es decir, que se trata de derechos del ciudadano, derechos que nunca en ninguna parte se han reconocido al “nasciturus”. (Al respecto se ha hecho notar que el contexto que dio lugar a la 14ª enmienda se refería a la exclusión del linchamiento). La cuestión, también en los Estados Unidos, es la de si se quiere proteger la vida de los no nacidos u optar por un “absolutismo” de los nacidos en relación con los no nacidos.

Se echa de ver en la Sentencia de nuestro Tribunal un esfuerzo interpretativo jurídico formal como en la S. de Estados Unidos para no atribuir al reconocimiento de la existencia de vida humana individual su consecuencia relevante: el derecho a la titularidad del derecho fundamental a la vida aunque el ser viviente no sea capaz de ejercerlo por sí (supuesto este último que es común en derecho).

No llega a concluir, en vista de su propia argumentación, como hizo el Tribunal alemán, que al “nasciturus” corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero sí en todo caso (y lo considera decisivo para la cuestión objeto del recurso) que “la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”. No vacila en afirmar incluso que esa protección, obligada por el art. 15 C.E., comporta para el E. dos obligaciones, decisivas para la vida de aquél ser: “abstenerse de interrumpir ni obstaculizar el proceso natural de gestación” y “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” y en consecuencia, que “incluya también, como última garantía, las normas penales”. Aclara, sin duda como inicial justificación a cuanto sigue, que “ello no significa que esa protección no ha de revestir carácter absoluto...” ya que en determinados supuestos debe estar sujeto a limitaciones”. Pero, finalmente, esa garantía se contrapone al libre desarrollo de la personalidad de la madre junto a otros derechos de la misma que, evidentemente, no resisten por sí mismos su ponderación con la enunciada protección a la vida.

Al referirse al debate parlamentario constitucional sobre aquel precepto

cuya final decisión fue la de utilizar el término “todos” en lugar del propuesto “todas las personas”, se acepta en la Sentencia que “tenía la finalidad de incluir al “nasciturus”, reconociendo así una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa de aquél”. Pero calificando sólo la protección de la vida como “un bien o valor de obligada protección constitucional para que no aparezca como un derecho sin titular. El concepto de personalidad, que lleva consigo la titularidad de los derechos, es un concepto formal, una creación del derecho, capaz incluso de atribuir este carácter a sujetos no humanos como son las personas jurídicas colectivas, pero que aquí no sirve para afirmar el derecho a vivir a quién es ya, según la propia Sentencia, vida humana, individuo humano.

¿Cuál es la razón de que, admitiendo la existencia de un individuo humano distinto de la madre y dotado de vida en desarrollo, el intérprete de la Constitución se haya detenido en esta idea formal que lleva a interpretar la norma constitucional por una ley ordinaria en lugar de abordar, con los mismos datos que reconoce, un concepto constitucional de personalidad jurídica capaz de dotar al ser humano de su principal virtualidad jurídica: la de ser titular de su derecho a vivir?

Salvo que se acogiera, lo que tampoco es explícito, la explicación de algunos, según la cual hubiera de relativizarse el valor de la vida para interpretar que no toda vida es igual objeto de protección, o, al menos, de protección penal.

Los constituyentes eran conscientes de que el precepto “todos tienen derecho a la vida”: había de referirse a los titulares de ese derecho. Temían que la expresión “la persona” se prestara a una interpretación jurídico-civil capaz de marginar a los no nacidos. Pero no llegaron a la solución radical, o sea la conexión entre personalidad jurídica y titularidad de derechos. Consecuencia a la que sí hubiera podido acceder el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la norma suprema, apoyándose precisamente en el criterio conocido (y por él admitido) de los propios constituyentes.

Se perdió así la oportunidad de definir constitucionalmente el concepto de persona jurídica, para no tener ya que remitirlo a la ley ordinaria, a partir del libre desarrollo de la personalidad. (art. 10.1. C.E.)

Acerca de los conflictos de derechos que, en la Sentencia, se traducen como limitaciones al bien de la vida y supuestos de despenalización, el efecto general más llamativo es la extensión de su número y contenido derivado de la prevalencia de los derechos fundamentales de la madre respecto de lo que ya no se considera como un derecho fundamental del “nasciturus”, sino como un simple bien protegido.

La colisión con los derechos de la madre se plantea como la de un “bien constitucionalmente protegido” con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación a los que el principio de libre desarrollo de la personalidad otorga prevalencia en la ponderación con el bien de la vida, sin advertir que aquél principio, aplicable a la persona (no a un ente cualquiera con personalidad jurídica) es el que determina la prevalencia del libre desarrollo del nasciturus como persona antropológica frente al derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad, aún reforzada con otros derechos de entidad menor al del desarrollo del ser humano viviente.

La prevalencia de la vida de la madre, en el terreno jurídico admitida en general, ni siquiera exigiría algo tan llamativo como un efecto despenalizador, ya que la doctrina y el derecho penal positivo ofrecen instrumentos suficientes para lograr el mismo fin. Pero el conjunto de las restantes indicaciones despenalizadoras plantea problemas más graves. Así, el efecto sobre la dimensión pedagógica o normalizadora de la norma penal, al adquirir sus excepciones rango normativo como consecuencia de la renuncia del legislador a penar ciertas conductas por la falta de exigibilidad de las mismas o la carga insoportable que representan, lo cual puede elevar situaciones anormales al rango de excepciones dándoles así carácter de normalidad, inexorablemente acaba normalizando esas conductas. Por ello, un sistema de indicaciones alienta la demanda de un sistema de plazos (algunos de ellos ya insertos en las indicaciones) para suprimir trabas legales, con el efecto práctico de ir eliminando la repulsa social a las conductas abortivas, o sea ir planteando como socialmente normal lo que ya no está jurídicamente impedido. Con el cambio consiguiente en los valores socialmente vigentes y precisamente en perjuicio de ese valor que el Tribunal ha considerado digno de una particular protección constitucional.

Pero es que, además, la despenalización llega a atribuir a terceros (los médicos) deberes específicos de intervención en la práctica de abortos que incluso pueden llevarles a refugiarse en lo excepcional (la objeción de conciencia) articulando posturas de rechazo que incluso contribuyen así a convertir la práctica en norma.

José Gabaldón López es Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional y Presidente de Honor del Foro Español de la Familia

Este artículo proviene de Foro Español de la Familia:

<http://www.forofamilia.org>

La dirección de esta noticia es:

<http://www.forofamilia.org/modules.php?name=Noticias&file=article&sid=457>