

Argumentario Jurídico

Julio Banacloche

Lo primero, que generalmente se tiene en consideración para ver si es necesaria o no una modificación legislativa, es la que se refiere a la aplicación de la norma, es decir, a la eficacia. Si es una norma que no se aplica con carácter general, no está respondiendo a la necesidad para la cual se creó; si, por el contrario, se aplica, lo normal es entender que está funcionando adecuadamente.

Si miramos las cifras aportadas por el Ministerio de Sanidad, no se puede decir que en España esta Ley se esté aplicando. Cualquier observador extranjero que viniera a España y observara como se están aplicando estos casos, no diría que es una norma que no se está aplicando. Un parámetro jurídico para abordar la necesidad de la reforma no se aplicaría en este caso.

El segundo criterio que se puede utilizar es si esa legislación que se está aplicando es defectuosa o que tiene una serie de problemas, lagunas o dudas que están generando una situación de inseguridad.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, lo que determina la inseguridad en la aplicación es la aplicación ordinaria de esa legislación por parte de los tribunales de justicia. ¿Cuándo se dice que una norma es insegura? Cuando existen dudas en la jurisprudencia a la hora de aplicarla, cuando existen criterios dispares, cuando se plantean graves dudas de interpretación.

No existe esa inseguridad, no existen esas dudas, no existen esos problemas que se alegan de inseguridad jurídica a este respecto.

En España, tenemos una institución que vela por detectar cuáles son esas situaciones donde existe una inseguridad jurídica y donde es necesario, por lo tanto introducir una reforma legal, la Fiscalía General del Estado, que es quien se tiene que preocupar de determinar si un asunto está generando inseguridad o no en el ámbito del Derecho Penal.

Las memorias de la Fiscalía de los últimos cuatro años, incluida la de 2008, no se menciona como relevante el delito del aborto, pero es más, cuando se analizan las futuras propuestas de reforma legislativa, precisamente en esos casos en los que existen dudas o inseguridades jurídicas, no aparece, ni siquiera en la última memoria de 2008. La Fiscalía General del Estado no considera que ésa sea una cuestión actualmente relevante desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Es más, esta cuestión de la seguridad o inseguridad jurídica de los supuestos de despenalización del aborto, ya se planteó en el recurso que resuelve el Tribunal Constitucional con la sentencia 53/1985. Leo textualmente lo que dijo el Tribunal Constitucional en relación con este asunto "...aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación".

Reflexiones en torno a la Subcomisión del Aborto

La regulación actual no genera inseguridad, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no existen razones que avalen una modificación actual de la legislación en materia de aborto.

La Comisión, los juristas, yo mismo, todos los que interpretamos la norma, no partimos de cero, sino que ya sabemos lo que ha dicho el Tribunal Constitucional a la hora de aplicar el artículo 15. ¿A qué es lo que, en principio, el jurista español se tiene que ajustar?. Esa sentencia tiene fundamentalmente dos puntos. El primer punto dice que la vida del feto es una vida humana, textualmente "la vida humana es un devenir, es un proceso que comienza con la gestación" y la atribuye al *nasciturus*; y segundo, que es una vida distinta a la vida de la madre. La gestación ha generado un *tercium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. La vida del *nasciturus* es una vida por un lado humana y por otro lado una vida propia, distinta de la de la madre, el Constitucional restringe los derechos fundamentales a las personas, y por tanto la vida humana no nacida no es titular de derecho fundamental, pero eso no quita que no sea un valor humano protegible y además muy protegible porque, como se sabe, el artículo 15 es el primero de los derechos fundamentales, por lo que tiene una protección especial. La vida humana del feto es protegible.

Lo segundo que dice es que el Estado tiene una obligación de protegerla, y leo textualmente "... esto implica al Estado, con carácter general, la obligación de abstenerse de interrumpir u 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". El fundamento jurídico 9 establece, que el sistema que rija en España, según el Tribunal Constitucional, no puede desconocer en absoluto los derechos de los sujetos que están directamente implicados en un aborto, por un lado la mujer y por otro el *nasciturus*, "... se trata de graves conflictos de características singulares que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*, ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición en todo caso de un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional".

El *nasciturus* goza de protección porque al tener vida humana es un valor central del ordenamiento jurídico.

La ley de plazos, por definición, depende de la exclusiva voluntad de la madre, depende de que la madre decida abortar. Precisamente, por esta cuestión de quedar exclusivamente en la voluntad de la madre aparece el elemento de desprotección absoluta de la vida del feto, y esto es lo que el fundamento jurídico 9 de la sentencia de 1985 no admite. Creo que con la doctrina del Tribunal Constitucional en la mano no se puede admitir una ley de plazos en el sistema constitucional español.

Es importante conocer lo que sucede en otros países, pero ni condiciona ni puede condicionar el sistema de orden público constitucional español, que viene fijado por el único que en nuestro sistema constitucional tiene la posibilidad de fijarlo, el Tribunal Constitucional.

Reflexiones en torno a la Subcomisión del Aborto

Concluiría, el sistema actual de indicaciones es un sistema que está permitido a pesar de que realmente afecta al artículo 15 de la Constitución en cuanto que supone un conflicto y una ponderación de valores equivalentes, y sin embargo, un sistema de plazos en el sistema español no podría admitirse porque vulneraría el artículo 15, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

La sentencia 53/1985, y en uno de sus fundamentos jurídicos dice textualmente que efectivamente el personal médico y sanitario que participa o puede ser llamado a participar en un aborto tiene derecho a poder objetar que deriva directamente de la Constitución al ampararse en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1, están ejercitando un derecho fundamental, y por lo tanto tienen toda la protección que corresponde al ejercicio de los derechos fundamentales, por tanto no podría obligárseles en ningún caso a participar en un aborto, y tampoco pueden afectar a lo que la jurisprudencia del constitucional ha denominado principio de proporcionalidad. Es decir, cualquier tipo de restricción que se quiera plantear tendría que respetar los principios básicos de necesidad, de mínima intervención y de proporcionalidad en sentido estricto, que son los que dice la doctrina del Tribunal Constitucional, que debemos respetar.

Otras cuestiones que se han sugerido como por ejemplo hacer una especie de registro, a mi juicio podría afectar a ese principio de proporcionalidad, que es el que rige todas las restricciones relativas a los derechos fundamentales.

En relación con el consentimiento informado, me parece que es esencial en los casos en los cuales una mujer aborta dentro de los supuestos contemplados en la ley que se le comuniquen las opciones o las posibilidades al margen del propio aborto. No estoy tan seguro si se le informa de las consecuencias que el aborto pudiera llegar a tener en un futuro. Dependerá de la legislación cuál es el contenido de ese consentimiento informado. La ley de derechos del paciente, de 2002, exige que se le comuniquen las consecuencias que pueden llegar a tener esas situaciones. Lo digo pensando en posibles demandas que se pueden plantear a la Administración del Estado ante una indebida o defectuosa información para aquellas mujeres, que no sé si son muchas o son pocas porque es un tema que excede del ámbito jurídico y por tanto no quiero entrar.

Cuando se afirma que en España no está protegida la confidencialidad de las mujeres que abortan, a la vista de los datos que se tienen, no es cierto, solamente se han dado a conocer esos datos en los casos en que ha habido abiertas diligencias, pero en el mismo sentido que se conocen los datos de las mujeres que son objeto de agresión sexual o que son objeto de una violación o de unos malos tratos, porque lo exige el proceso penal.

Yo tengo que decir que lo que determina jurídicamente la modificación de una norma, y no es la voluntad política, que es la que la lleva a cabo, es un planteamiento técnico jurídico. Y en lo técnico jurídico, lo que determina que una norma se cambie es que no está cumpliendo la finalidad para la que se creó, que no es eficaz, o que se está cumpliendo defectuosamente. Cuando se está planteando una reforma hay que dar los datos que justifiquen la reforma desde el punto de vista de técnica jurídica, repito, no de oportunidad política.

Si a mí se me dice que hay que proteger esa confidencialidad, yo estoy totalmente de acuerdo, ¿eso exige hoy en día, preguntado como jurista, una

Reflexiones en torno a la Subcomisión del Aborto

reforma? Yo digo que no, que está protegida y si usted me dice que sí porque se ha vulnerado me gustaría saber dónde se ha vulnerado, en qué caso concreto.

¿Es el sistema de indicaciones que tenemos nosotros el más frecuente? No. No es el más frecuente. ¿Existe en algunos países democráticos? Sí, existe en algunos países democráticos. ¿Por qué? Porque la cuestión del aborto se deja a los órdenes jurídicos nacionales. El Derecho Comparado no determina nada en relación con ese punto, es más, un francés, un alemán o un inglés que viniera a España y analizara nuestro sistema, podría concluir exactamente lo mismo respecto al orden público constitucional español.

La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el que ha determinado cuál es el criterio fundamental en relación con este punto. La última sentencia en esta materia es de 20 de marzo de 2007, en el asunto *Tysiak v. Polonia*, y se plantea por parte de una mujer polaca que iba a abortar, su derecho al aborto, y lo lleva ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se plantea si existe un derecho al aborto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que el tribunal no debe indagar en este caso si el convenio garantiza un derecho al aborto. No entra en eso porque es jurisprudencia tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es quien interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la cuestión relativa a la regulación en materia de aborto depende de cada ordenamiento nacional.

¿Interesa a la Comisión saber lo que pasa en otros países? Sí. ¿Eso es relevante en España en esta materia concreta? No. ¿Por qué? Porque esta es una materia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que depende del orden público constitucional.

El aborto en España tiene que ser necesariamente delito en el sentido de que una despenalización total y absoluta no existe en ningún país y además tampoco lo admitiría el artículo 15 de nuestra Constitución.

José Gabaldón

Voy a empezar recordando el enunciado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: todo individuo tiene derecho a la vida; todo individuo dice la declaración universal. Y el artículo 16 de nuestra Constitución, que se identifica, en mi opinión, plenamente con esta fórmula, dice: todos tienen derecho a la vida. ¿A qué todos se refiere nuestra Constitución?. Así interpretó esa misma expresión el Tribunal Constitucional alemán cuando dijo que todos es sencillamente todos los seres humanos vivos.

Quiero recordar la fuerza jurídica que reconoce nuestra Constitución a los derechos fundamentales: vinculan, dice, a todos los poderes públicos y solo por ley puede regularse su ejercicio, pero respetando en todo caso su contenido esencial.

¿Vamos a pretender acaso que todos ya no sean todos, sino quienes determine la aplicación de una ley que autoriza o pretende autorizar a interrumpir el desarrollo biológico de algunos, precisamente ahora, cuando el mundo científico asegura ya, con pruebas terminantes, que la vida empieza inmediatamente después de la fecundación?

En la sentencia 53/1985, de 11 de abril, se recordaba un principio general. Los derechos fundamentales, son el fundamento del orden como norma prescriptiva. Los derechos fundamentales incluyen también deberes positivos por parte del Estado, y por eso la sentencia sigue diciendo y sigue hablando 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 protegida, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y a las de los valores que representan.

De estas afirmaciones extraía el tribunal, la doctrina aplicable al derecho a la vida con una afirmación que a mí me parece clave: la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación y en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana; va tomando forma, pero es una realidad vital desde el momento de la gestación.

Dice el tribunal: la gestación ha generado un *tercium* existencialmente distinto de la madre, así centró un criterio interpretativo acerca del derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Otro ser distinto de la madre se ha originado con la gestación y, respecto del cual, el Estado tiene obligación de protegerlo. Ciento es que luego la sentencia distingue dos momentos en aquel devenir.

En la ley el *nasciturus* es bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental, implica, y estas son dos afirmaciones textuales de la sentencia del Tribunal Constitucional, obligaciones del Estado: primera, abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; segunda, establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, de la vida, y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también como última garantía las normas penales, puesto que la obligación del Estado, no permite, una ley que otorgue a un tercero, aunque sea la madre, el pretendido derecho al aborto, ni libre ni sometido a ciertos plazos. Esos supuestos, formulados como excepciones no modifican la doctrina

Reflexiones en torno a la Subcomisión del Aborto

general de la sentencia. El Estado tiene la obligación de proteger la vida del ser humano desde su origen en la fecundación y de hacerlo de modo positivo, legislando a favor de la vida y protegiéndola frente a posibles atentados, incluso penalmente.

Si se llegase a atribuir a una persona la facultad legal de disponer de la vida de otra, se estaría legislando directamente en contra de aquel derecho fundamental.

Es el Tribunal Constitucional quien ha dicho que el Estado tiene el deber de proteger y de no interrumpir el curso de la gestación, no existe una cuestión que se resuelva con prejuicios o dogmas ideológicos radicales. Montesquieu dijo: no se considera ley cualquier expresión formulada por los poderes del Estado, sino las relaciones que siguen necesariamente de la naturaleza de las cosas, en tanto que no pueden considerarse leyes los bandazos del déspota.

Creo recordar que lo he dicho ya, porque de alguna manera cuando hay ya un ser humano vivo, aunque formalmente, y a esto naturalmente se ha referido el segundo compareciente, el segundo opinante, naturalmente que se ha venido sosteniendo que efectivamente no teniendo el *nasciturus* todavía la personalidad jurídica, que al fin y al cabo es un atributo formal, no olvidemos que la personalidad jurídica se atribuye formalmente por una norma jurídica, incluso a personas que no son individuos, sino que son personas colectivas. Pero que además en nuestro derecho es curioso, porque si nos atenemos a que un ser vivo para defender su derecho a la vida tenga que tener personalidad jurídica, estaremos en la definición de la personalidad jurídica, tendrá que esperar a 24 horas desprendido del seno materno, tener figura humana, que es lo que dice el Código Civil.

El no nacido tiene todos los derechos como si hubiera nacido. Norma que, por cierto, no la estableció el Código Civil nuestro ni el francés, que viene del derecho romano. Por eso el Tribunal Constitucional defendió la vida como un bien jurídico universal, y entonces aplicó esta defensa a todos los seres vivos, incluido el que no había nacido.

¿Cuál ha sido el mayor avance de la cultura jurídica en nuestros tiempos? Ha sido ni más ni menos que el reconocimiento de los derechos fundamentales, el admitir que en los estados existe un Tribunal Constitucional para garantía de la estructura del Estado, de las normas fundamentales y, en particular, de los derechos fundamentales, y un tribunal creado justamente para eso, un tribunal creado para la defensa de los derechos fundamentales, para la defensa de la Constitución.

Hay países como Alemania, donde después de que el Tribunal Constitucional dijo lo que dijo en aquel momento, dando a la madre todas las posibilidades de información, todas las posibilidades de defensa y todas las posibilidades de amparo para el ser que lleva dentro.

La mujer no es madre cuando da a luz, la mujer es madre cuando engendra al nuevo hijo, y ello lo sabe. Esto no es de derecho, y basta que transcurran muy poquitos días para que no solamente se de cuenta, sino que físicamente aquel ser le está llamando a ella la atención.

Reflexiones en torno a la Subcomisión del Aborto

Sabemos que por regla general la mujer no quiere abortar porque sí, puede que haya alguna suelta, qué le vamos a hacer, pero no quiere la mujer abortar.

Pero a lo que me quería referir es que efectivamente eso es un drama y donde el problema, el punto de inflexión está no en la libertad de dar a una persona la facultad de prescindir de la otra vida, es hijo, la resolución no está ahí, sino la de proteger suficientemente esa situación de la mujer y proteger suficientemente luego el hijo una vez nacido. La mujer embarazada tiene que ser protegida, pero en cuanto a mujer embarazada, no en cuanto a la que se le abre la perspectiva de prescindir del hijo.

Cuando el Estado interviene en la intimidad de las personas estamos mal, porque está interviniendo donde no debe.