

## RESUMEN ACTIVIDAD ACADÉMICA

---

### ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA CONSIDERACIÓN DEL NASCITURUS COMO PERSONA \*

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Académico de Número de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España  
[jrzapata@telefonica.net](mailto:jrzapata@telefonica.net)

#### 1.- PLANTEAMIENTO

---

Como ha afirmado Peter Häberle<sup>1</sup> las decisiones en las cuestiones más delicadas, como son las que afectan a la vida, deben ser adoptadas en cada Estado tras un debate interdisciplinar, porque afectan a la medicina, la ética, la antropología y la teología, además del Derecho.

Un debate en esta Real Academia de Doctores es interdisciplinar y, por ello, el lugar idóneo para un tema arduo como el que abordamos.

Dice el artículo 29 del Código Civil que *«el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente»* y ese artículo, el 30, que *«la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»*.

Así es, desde el Derecho Romano, para lo que el Título II del Libro I de nuestro Código denomina el *"nacimiento de la personalidad civil"*. Como recordaba a fines del siglo XIX el gran maestro de romanistas Rudolf Sohm, el embrión, antes del parto, no era considerado todavía persona en Roma, sino una simple parte de las entrañas maternas<sup>2</sup>.

El apotegma que se mantiene en nuestro Código civil: *«nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur»* no quiere decir que el concebido –nasciturus– tenga ya capacidad jurídica sino tan solo que, en ciertas condiciones, la capacidad jurídica del

---

\* Sesión académica de la RADE celebrada el 13-03-2024 con el título *Consideración del nasciturus como persona*.

<sup>1</sup> Peter Häberle, *«Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft»* en P Kirchhof (ed) *“Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”*, I, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, p 815

<sup>2</sup> Según el conocido fragmento de Ulpiano en el Digesto *«partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum»* apud Rodolfo Sohm, *«Instituciones de Derecho privado romano»*, 17ª edición, Madrid, trad de W. Roces, Librería de Victoriano Suárez, 1928, p. 147

–*natus*– nacido vivo, se retrotrae al tiempo de su concepción y, por ejemplo, puede heredar a su padre, si estaba concebido cuando se produce la herencia de éste<sup>3</sup>.

El *nasciturus* no es por ello una persona para el Derecho sucesorio ni, en general, para el Derecho civil, pero sin embargo se protege en todos los Derechos constitucionales, y en el Derecho de la Unión Europea, por lo que debemos discutir su *status* para el Derecho Constitucional, que debe interpretarse necesariamente en España conforme al Derecho de la Unión Europea.

El artículo 15 de nuestra Constitución (CE) se abre con la consagración del *derecho fundamental a la vida*, lo que nos conduce a conclusiones no coincidentes con la significación de la personalidad en el derecho civil, porque obliga a otorgar una significación constitucional a las cuestiones de la situación del «*nasciturus*», el aborto, la biomedicina y los medios de reproducción asistida<sup>4</sup>.

## 2.- ¿QUÉ ES LA VIDA HUMANA?

---

Para responder a esta pregunta en Derecho sigue siendo válida la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril (que llamaré en lo sucesivo *Aborto I*). Esa sentencia constitucional (STC 53/1985) fue dictada en un recurso previo de inconstitucionalidad planteado sobre el proyecto de reforma del entonces artículo 417 bis del Código Penal, hoy derogado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, en materia de despenalización parcial del aborto siguiendo el denominado *sistema de indicaciones*.

Las tres indicaciones de despenalización del aborto sometidas a la consideración del TC español en la Sentencia 53/1985 fueron las indicaciones llamadas **terapéutica, ética y eugenésica**, que fueron declaradas constitucionales.

La STC 53/1985 fue dictada en un recurso previo de inconstitucionalidad existente en su época contra proyectos de leyes orgánicas no estatutarias, en el que se examinó la

---

<sup>3</sup> Conf. Sohm, R., op. loc. cit. Precisa el autor que al *nasciturus* cabe nombrarle un curador –«*curator ventris*»– que, de antemano provea a sus intereses en previsión de su capacidad jurídica y hereditaria futura al y la madre encinta de un hijo póstumo puede exigir que se le señalen alimentos durante el periodo de su embarazo, a cuenta de la porción hereditaria que haya de corresponder a ese hijo. Las leyes romanas conferían a la madre, en garantía de ese derecho, la facultad de entrar en la posesión provisional de los bienes de la herencia: «*missio in possessionem ventris nomine*»

<sup>4</sup> He escrito sobre estas cuestiones expresando las mismas ideas en mi «*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*» en sus distintas ediciones, a las que haré referencia expresa cuando sea necesario; la última es la 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2023, p. 467 ss.

constitucionalidad de un proyecto de ley de reforma del Código Penal en el que se declaraba no punible el aborto en determinados supuestos, que respondían a esas indicaciones.

El tribunal, tras analizar cada una de las tres indicaciones en las que se declaraba no punible el aborto, afirmó que ninguna de ellas podía estimarse contraria a la Constitución (FJ 11 de la sentencia), si bien cuestionó la suficiencia de las medidas de garantía previstas en el proyecto de ley e indicó al legislador una serie de garantías adicionales de protección efectiva del *nasciturus* que debería prever para satisfacer las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 CE (FJ 12 de la resolución).

Se trataba de supuestos de conflicto entre la vida del nasciturus con otros bienes constitucionales o con verdaderos derechos fundamentales de la gestante, como su misma vida o integridad física y moral (así, en la *indicación terapéutica*, en caso de riesgo para la vida o de «grave peligro» para la salud de la embarazada). El Tribunal entendió que ninguno de los derechos y bienes en conflicto tienen valor absoluto, por lo que el legislador se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos o precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. El legislador puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pueda representar una carga insoportable o ser inexigible para la mujer (es el caso de las *indicaciones ética*, en caso de violación, y *eugenésica*, en caso de graves taras físicas o psíquicas en el feto).

La doctrina de la STC 53/1985 sigue siendo fundamental hoy. Aunque el Tribunal Constitucional ha adoptado en España un sistema de plazos, contrario al sistema de indicaciones, la doctrina de la STC 53/1985 sigue siendo válida en el aspecto esencial de su definición de la vida humana y en la afirmación de la misma como principio y valor esencial del ordenamiento constitucional español. No ha sido negada esa doctrina por la STC 44/2023, de 9 mayo (*Aborto II*) en las afirmaciones esenciales que siguen.

La vida humana es, en la doctrina del Tribunal Constitucional:

Un devenir, un proceso que empieza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo, sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen reflejo en el *status* jurídico-público y privado del sujeto vital (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5 —*Aborto I*—).

### 3.- TITULARIDAD Y ÁMBITO DEL DERECHO A LA VIDA

---

El derecho constitucional a la vida comprende a «*todos*», es decir, a todas las personas físicas o naturales, con independencia de su nacionalidad.

El derecho a la vida se protege en el Título I del Libro II del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) mediante los tipos delictivos de las diversas formas de homicidio (arts. 138 a 143 CP) desde el instante del nacimiento mismo (a diferencia del Derecho civil) y hasta la muerte del sujeto.

El derecho a la vida exige respeto por parte de los poderes públicos.

### 4.- LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA ANTES DEL NACIMIENTO: DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL ABORTO

---

Es evidente, sin embargo, que, como he dicho, antes del nacimiento no existe la personalidad, y no se puede ser titular del derecho a la vida.

El *nasciturus* no es persona en el sentido civil del término y no puede ser, por ello, titular de derechos en la configuración dogmática clásica del Derecho privado ni, según la STC 53/1985 y la actual STC 44/2023, del derecho fundamental a la vida, por lo que —ante la definición antes ofrecida de la vida como un proceso que se inicia antes del nacimiento con la gestación— se plantea el problema de cómo se protege constitucionalmente al *nasciturus* o la vida en gestación.

La STC 53/1985 no precisa una *fecha de inicio* de la protección constitucional de la vida, limitándose a afirmar que comienza con la gestación, que es un devenir en el que se genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

La vida del *nasciturus* debe ser protegida constitucionalmente por el Estado, aunque el embrión carece de un derecho subjetivo de defensa sobre su propia vida, por no ser persona.

Esa cuestión, no fácil, se resuelve porque el TC español sigue desde 1981 la «*teoría dual*» de impronta germánica que configura los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos en sentido genuino y clásico, sino también como normas constitucionales que integran valores y principios objetivos del ordenamiento. Por eso debe recibir protección constitucional el feto no nacido en la legislación del Estado: el *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el artículo 15 de nuestra Constitución, lo que ya había afirmado el TC en forma incidental en la Sentencia 75/1984, de 27 de junio (*Aborto en el extranjero*).

## 5.- ¿PERSONALIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS?

---

La STC 53/1985 no ha dado el paso, sin duda posible, de crear una capacidad autónoma en materia de derechos fundamentales distinta de la capacidad tradicional de Derecho civil y, en esa línea, atribuir al *nasciturus* la capacidad de ser titular del derecho fundamental a la vida, al igual que sería titular de un derecho a su misma integridad, en cuanto que el Código Penal castiga las lesiones inferidas a un feto (arts. 157 y 158).

Tal paso no habría llevado a consecuencias muy distintas respecto de la despenalización del aborto de las que admitió la STC 53/1985 y habría tenido el mérito de una mayor coherencia en la construcción dogmática, configurando el conflicto entre el derecho a la vida del «*nasciturus*» y los derechos fundamentales de la gestante (a la vida, a la intimidad o al libre desenvolvimiento de la personalidad) como una «*colisión de derechos fundamentales*», que se saldaría también con la despenalización del aborto en virtud del principio de la compensación más moderada.

Es de digno de ser observado que la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1985, de 31 de mayo, habla (FJ 5) del «derecho» del *nasciturus* a la vida, con un término no casual, como revela un expresivo voto particular a dicha sentencia<sup>5</sup>.

La protección constitucional del *nasciturus* implica para el Estado, según la STC 53/1985, dos obligaciones:

- a) Abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación.
- b) Establecer un sistema legal para la defensa de la vida, que, dado el carácter fundamental de ésta, debe incluir, como última garantía, la protección mediante normas penales.

Que la protección constitucional de la vida prenatal existe en España lo confirma que el artículo 145 del Código Penal de 1995 sigue tipificando hoy como delito el aborto practicado con consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos en la ley. La pena prevista para la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause era, alternativamente, la de prisión (seis meses a un año) o la de multa de seis a veinticuatro meses.

Tras la reforma del artículo 145.2 CP por la LO 2/2010, de 3 de marzo, la pena es la de multa de seis a veinticuatro meses.

---

<sup>5</sup> Cfr. J Rodríguez-Zapata «*Teoría y práctica del Derecho Constitucional*» 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 467.

El artículo 145.3 CP establece que, en todo caso, el Juez o Tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Ello no significa que dicha protección deba tener carácter absoluto. Puede, y aún debe, en determinados supuestos estar sujeta a limitaciones.

La cuestión que se ha suscitado hasta ahora en la jurisprudencia fue examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del *nasciturus* de la protección penal, siendo por ello constitucionalmente lícita la despenalización del aborto. Según la concepción de la STC 53/1985, el Estado debe proteger al no nacido con normas penales. Por ello el sistema español era incompatible con el sistema de plazos, en el que el no nacido se convierte en algo disponible, que depende de la voluntad de la madre hasta que llegó la Ley orgánica 2/2010, que desencadenó la desprotección total del «*nasciturus*» que existe en la actualidad en España.

## 6.- SISTEMA DE PLAZOS: ORIGEN HISTÓRICO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

---

El factor «tiempo» es irrelevante para la vida del embrión, que se encuentra vivo en un proceso que conduce irreversiblemente al nacimiento desde el mismo momento de la concepción, o de su individualización como ser humano en el caso de uso de técnicas de reproducción asistida.

Esta afirmación era desconocida hasta avances recientes de la medicina. Se sostenía —desde Aristóteles— que los concebidos carecían de alma hasta los cuarenta o noventa días de gestación. De estas creencias surgió el sistema de plazos en materia de aborto. Su origen legal está en el *common law* británico —que se acepta haber sido trasladado y extendido a América por los peregrinos del *Mayflower*—, que no condenaba el aborto antes del *quickening* (momento en el que la madre «percibe» que el feto se mueve), lo que ocurre entre las dieciséis y las dieciocho semanas de gestación (antes el feto también se mueve, como se sabe hoy, pero la madre no lo percibe porque no llega a activar su percepción sensorial). Se habla así, en la tradición angloamericana, de *quick foetus*, o del feto «que se mueve» porque se creía que el feto estaba animado antes de que mostrase su llegada a la vida mediante el *quickening*. El *quickening* era considerado como el momento en que el alma entraba en el feto.

Por eso, antes del movimiento, o de la animación, se entendía, como afirmó ULPIANO en Derecho Romano, que el embrión era parte de la madre (*pars* o *portio viscerum matris*), por lo que el aborto se consideraba jurídicamente irrelevante dada, además, la dificultad de probar en Derecho en aquellos tiempos que la mujer estaba embarazada antes.

Los médicos practicaban abortos en los siglos xviii y xix como un simple método anticonceptivo, irrelevante jurídicamente. La preocupación de los médicos por observar en sus pacientes la *mala praxis* de abortos practicados por no médicos, en una época en la que no existían antibióticos, llevó a la aprobación de las leyes antiabortistas a partir de 1860, cuando se percibió, además, lo absurdo del *quickenning* y de la creencia de que el alma bajase al *nasciturus* en un determinado momento por los avances de la medicina. A finales del siglo xix el aborto era ilegal en todos los Estados Unidos.

Es a partir de la catástrofe de la talidomida, fármaco —prescrito a las embarazadas para aliviar molestias en los tres primeros meses de embarazo— que provocó miles de malformaciones irreversibles en niños de todo el mundo, cuando en los años sesenta del siglo pasado se empieza a hablar de *indicación eugenésica* y se levanta un movimiento por la despenalización del aborto, que se adoptó por los movimientos feministas a partir de 1965 llegando a la legislación y a las resoluciones de los máximos tribunales en los años setenta del siglo pasado

## 7.- DE “ROE vs. WADE” A “DOBBS vs. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANITATION”

---

Es entonces cuando, en Estados Unidos, las Sentencias del Tribunal Supremo en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* (1973) afirman la profunda controversia emocional y de sentimientos que existe en la cuestión del aborto, que divide incluso a los médicos y que dimana de las profundas convicciones éticas y religiosas a que afecta el problema. Sentaron la doctrina esencial de que el derecho a la intimidad personal incluye el derecho fundamental de la mujer a adoptar libremente la decisión de abortar. Al configurar el aborto como un derecho constitucional de la embarazada lo convierte en una cuestión de derecho federal, que limita, en consecuencia, los poderes que restan a los Estados miembros.

Al enjuiciar leyes de los Estados de Tejas y Georgia en la materia, el Tribunal determinó que en los primeros tres meses la decisión debe ser encargada al ginecólogo de la embarazada; en los tres meses siguientes cada Estado puede regular el procedimiento de aborto, en ejercicio de su competencia de proteger la salud de la mujer. Por último, en el período posterior a la viabilidad del feto, el Estado, en la promoción de su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo desea, regular e incluso prohibir el aborto excepto en los casos en que sea necesario, de acuerdo con un criterio médico adecuado, para preservar la vida y la salud de la madre. *Roe v. Wade* se aprobó en circunstancias muy polémicas sobre la ponencia del juez Blackmun, que han trascendido al exterior del Tribunal <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Woodward Bob y Armstrong, Scott «*The brethren. Inside the Supreme Court*», 1979, Simon & Schuster, Nueva York, p. 197 ss.; 275 ss., sobre el origen del sistema de plazos).

La incorporación al Tribunal Supremo en la Presidencia Reagan de los jueces Sandra Day O'Connor y Antonin Scalia abrió un largo proceso<sup>7</sup> que ha dado lugar a la rectificación total del *Roe v. Wade* en 2022.

En «*Dobbs versus Jackson Women's Health Organization*» de 24 de junio de 2022, el Tribunal Supremo ha anulado finalmente («*overruled*») la doctrina del *Roe v. Wade*, que califica de escandalosamente errónea.

«*We [...] hold that the Constitution does not confer a right to abortion. Roe and Casey must be overruled [...].*»

Con esta declaración enfática el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha puesto en crisis la concepción del aborto como un derecho. Declara que la Constitución norteamericana no ha reconocido nunca el derecho a procurarse un aborto, antes de la innovación que se inventó en el *Roe v. Wade* de 1973. El aborto no es una cuestión de derecho federal, sino algo que compete únicamente a cada uno de los Estados miembros, que son los que pueden regular o prohibir el aborto, lo que les había sido arrebatado en la sentencia *Roe v. Wade*.

Por esos motivos *Dobbs versus Jackson* ordena devolver al pueblo de los Estados miembros y a sus representantes legítimos la autoridad para regular o prohibir el aborto.

La sentencia *Dobbs v. Jackson* ha sido muy criticada desde algunos sectores, y fue objeto de una filtración muy grave de su contenido en el periodo las *mid term elections* (elecciones de medio mandato). Sin embargo, su fundamentación es sólida y está llamada a alcanzar tanto impacto internacional en todo el mundo como el que supuso el *Roe v. Wade* en el siglo pasado. Se cuestionará a partir de ahora en todo el mundo el llamado «*derecho constitucional a abortar*».

---

<sup>7</sup> Toobin, Jeffrey, «*The Nine: Inside the secret world of the Supreme Court*», Doubleday, Nueva York, 2007, p. 36 ss.; 328 ss. En *Webster v. Reproductive Health Services*, de 1989, el Tribunal declaró la competencia de los Estados miembros para adoptar leyes restrictivas del aborto. En el enjuiciamiento posterior de dichas leyes («*Hodgson v. Minnesota I y II*», «*Ohio v. Akron Reproductive Health*») el Tribunal ha admitido, desde 1990 a 1992, la regularidad constitucional de leyes de Minnesota que obligan a las menores a informar a sus padres antes de obtener un aborto, por intermedio de un juez, o la prohibición de anuncios de clínicas que lo practican. El Tribunal ha abandonado la doctrina de *Roe v. Wade* en materia de plazos, pero entiende que las normas estatales restrictivas del aborto son admisibles en la medida en que no impongan a la mujer un obstáculo indebido (*undue burden*) en su derecho a escoger libremente si desea seguir adelante con su embarazo o abortar, derecho fundamental que el Tribunal basa, en 1992, en la libertad personal de la embarazada («*Planned Parenthood of Pennsylvania v. Gov. Robert P. Casey*»). En el año 2000, en «*Sternberg v. Carhart*» el Tribunal declaró inconstitucional una ley del Estado de Nebraska que prohibía el procedimiento del *partial-birth abortion* porque su lenguaje era demasiado impreciso.



## 8.- LA SITUACIÓN EN ALEMANIA Y FRANCIA

---

Coincide casi en el tiempo con el *Roe v. Wade* la primera Sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVG) sobre el aborto — *Schwangerschaftsabbruch I* — dictada el 23 de febrero de 1975, con declaraciones contrapuestas a lo decidido en Estados Unidos. Mientras en Estados Unidos se discute la constitucionalidad de imponer restricciones legales a la práctica del aborto, que se consiente, en Alemania se discute la constitucionalidad de relajar restricciones penales al mismo, que no se consiente.

En la doctrina de la Sentencia alemana de 1975 ( *Schwangerschaftsabbruch I* ) se inspira — sin duda alguna— la española STC 53/1985, incluso en sus votos particulares.

El BVG retrasó la protección constitucional de la vida hasta la anidación (*nidation*) o fijación del óvulo fecundado, que se produce catorce días después de la concepción. Con esta visión se eliminaban los problemas que, en la época, suscitaba la fecundación *in vitro* o ciertos métodos anticonceptivos, como *the morning-after pill* que carecen de relieve en el día de hoy.

Establece un sistema de indicaciones (*Indikationslösung*), con conclusiones ya vistas al exponer nuestro sistema de indicaciones, inspirado en el Derecho alemán. La experiencia nacionalsocialista alemana de las «vidas indignas de ser vividas» estuvo presente en la reacción antitotalitaria que representan los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, así como en la repugnancia a la indicación *eugenésica* —visible en las Sentencias – «*Schwangerschaftsabbruch I* y *Schwangerschaftsabbruch II*» —, que también ha quedado reflejada en la jurisprudencia española.

En la antigua República Democrática de Alemania regía en cambio, en aquella época, un sistema de plazos (*Fristenregelungslösung*) que permitía abortar a la embarazada, bajo control médico, en las primeras doce semanas de gestación. Tras la reunificación alemana (*Einigungsvertrag*, de 31 de agosto de 1990), era condición necesaria eliminar el contraste entre los dos sistemas, lo que verificó el legislador con la *Schwangeren-und Familienhilfegesetz* de 1992. La Sentencia del BVG de 28 de mayo de 1993 — *Schwangerschaftsabbruch II*—, de aborto previo consejo médico, mezcla los dos sistemas que regían en la RDA y la RFA y ha añadido la necesidad de un consejo orientado expresamente a la vida y controlado por el Estado (*Beratungslösung*); al hacerlo, declaró inconstitucionales las modificaciones del Código Penal de 1992 <sup>8</sup>y dio lugar a la Ley de 1995 (*Schwangeren-und Familienhilfedänderungsgesetz*), más restrictiva que la Sentencia de 1993. El Tribunal Constitucional declara que la vida prenatal, que se desarrolla en el seno de la madre, es vida humana y, como tal, está protegida por los artículos 1.1 (*dignidad*

---

<sup>8</sup> Cfr. Rodríguez-Zapata, J. «Teoría y práctica» cit., 5ª ed, p.481

*humana*) y 2.2 (*derecho a la vida*) de la Ley fundamental desde los catorce días siguientes a la implantación del embrión en el seno de la mujer, sin perjuicio de que también sea *vida humana* —y protegida en su dignidad por el artículo 1.1 de la Ley Fundamental— antes de esa implantación.

La vida prenatal está protegida por sí misma, en los artículos 1.1 y 2.2, con independencia de la madre. La protección de la vida prenatal es una obligación para el Estado, que éste debe ejercer de forma efectiva y suficiente. Es obligación del legislador establecer un conjunto de medidas preventivas y represivas que sean suficientes, en su conjunto, para proteger la vida no nacida. La ley penal no debe ser el único procedimiento ni el medio primario de protección, pero sí es la *ultima ratio* de protección. Si hay otros medios adecuados para proteger la vida prenatal, no es inconstitucional que el Estado recurra a esos medios, pero el último bastión de protección que fija el Tribunal a la dignidad humana es advertir que «la mujer que interrumpe su embarazo después de recibir consejo realiza una acción no permitida por el ordenamiento jurídico».

El Estado, por ello, rechaza el aborto. El Estado puede —en una primera fase de embarazo— pasar del sistema de indicaciones a otro sistema de ayudas financieras y sociales para la mujer embarazada —que el Estado debe revisar periódicamente— y con un énfasis especial en el consejo. Ese consejo —controlado por el Estado— debe ser orientado en forma expresa a la vida, y estimular a la madre a tener su hijo, requisitos que no cumplía la ley de 1992, que se declara inconstitucional. El derecho del *nasciturus* a nacer prevalece sobre el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, porque la vida del feto se extingue siempre totalmente y el derecho de la mujer sólo se ve afectado parcialmente por un embarazo no deseado. El aborto significa siempre la muerte del *nasciturus*, por lo que carece de todo sentido hablar de una colisión equivalente de derechos. Por ello la madre tiene la obligación de llevar a término su embarazo. Las cargas ordinarias de un embarazo no son suficientes para liberarla de ese deber, salvo que hagan recaer sobre ella una carga insostenible, lo que abre otra vez el camino a que el legislador establezca indicaciones en tal sentido

La extrema reacción que ha producido en todo el mundo la sentencia «Dobbs versus Jackson Women’s Health Organization» ha llevado en Francia a reaccionar en contra en forma contraria al Derecho de la Unión Europea y del CEDH.

A instancias de Macron, el artículo 34 de la Constitución francesa garantiza el aborto como un derecho fundamental al establecer que

«la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse», según la ley constitucional de 8 de marzo de 2024 relativa a la libertad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo.

El presidente Macron anunció su voluntad de introducir este derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero su voluntad desconoce la dificultad de modificar el Derecho primario en un aspecto tan sensible y que en la Unión Europea tal innovación sería contraria al sentido general de la propia Carta. Se pueden traer a colación, en contra, los artículos 1, 2.1, 3.2, 10.2 ó 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **9.- Y EL SUPUESTO DERECHO FEDERAL EUROPEO ¿TIENE FUNDAMENTO ALGUNO LA REFORMA EN FRANCIA Y LA POLÍTICA SEGUIDA POR MACRON?**

---

A mi entender, no. Basta atender al sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 en un caso en el que se discutía la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas: Caso Oliver Brüstle (C-34/10)

En dicho asunto el Tribunal declaró que:

De la exposición de motivos de la Directiva Europea 98/44/CE, de Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas se desprende que, si bien ésta tiene por objeto fomentar las inversiones en el ámbito de la biotecnología, la explotación de la materia biológica de origen humano «debe inscribirse en el marco del respeto de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana». El considerando decimosexto de la Directiva destaca, en especial, que «el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas». Y esta es que «constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

La misma doctrina se mantiene en las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001 (Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea) (Asunto C-377/98) y de 16 de junio de 2005, (Comisión/Italia, C-456/03, Rec. p. I-5335) afirmando que corresponde al Tribunal de Justicia, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona (§70) y que el artículo 6 de la Directiva proporciona una garantía adicional, por cuanto califica

como contrarios al orden público o a la moralidad y, por tanto, no patentables los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad (§§ 76-77). De estas disposiciones resulta que, por lo que respecta a la materia viva de origen humano, la Directiva limita el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana.

El respeto de la dignidad humana queda, en principio, garantizado por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva, que prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable.

Sin entrar en cuestiones éticas, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993 —Aborto II— también arroja luz sobre estos problemas, al enfocarlos desde la perspectiva de la dignidad humana (art. 10.1 CE). La dignidad humana es dignidad de la persona y protege la dignidad del género humano. Alcanza, así, al cadáver de personas fallecidas y sin duda a la vida humana prenatal. No puede interpretarse en un sentido formal o estricto, como muestra la STC 138/2005, de 26 de mayo, que vincula a la dignidad humana el derecho de un hijo a conocer su paternidad biológica mediante pruebas de paternidad (FJ 4).

Las normas de derechos fundamentales son, además de normas de derechos subjetivos, normas objetivas que expresan los valores esenciales del ordenamiento constitucional. En todos los procesos de biomedicina se trata de vida humana —y de vida humana digna— aunque nos encontremos en fases previas a la aceptación e implantación de embriones en el útero de una mujer y, por ello, ante el inicio de un proceso de gestación propiamente dicho. En esos procesos de gestación aparece, desde luego, de acuerdo con la doctrina de la STC 53/1985, el *nasciturus* como bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE, como declara la STC 212/1996, de 19 de diciembre. Eso en modo alguno excluye —como alcanza a reconocer esa misma Sentencia en su FJ 8— que la dignidad humana del artículo 10.1 CE entre en juego en estos procesos. Las normas de los artículos 10.1 y 15 CE impiden patrimonializar o cosificar el material genético a que se refiere la Ley 14/2006, y hacen entrar en juego la reserva de ley del artículo 53.1 CE.

La potencialidad y continuidad de los procesos biológicos y la individualización en ellos de un ser humano como individuo deben determinar la aplicación de la protección objetiva del derecho a la vida del artículo 15 CE, antes de la implantación del embrión en la mujer receptora, en conexión con la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE. La fijación en el seno materno determina la aparición de la tutela del Código Penal, pero no la iniciación del

proceso de la vida, que se ha producido antes mediante las técnicas de reproducción asistida y es, desde la individualización, un continuo de vida humana que desembocará en el nacimiento y en la adquisición de la personalidad. Es desacertada, a la luz de lo expuesto, la doctrina de la STC 116/1999, de 17 de junio, como razona con acierto el voto particular de Manuel Jiménez de Parga a dicha Sentencia.

No existe un derecho constitucional a una descendencia sana; afirmarlo traería a colación la experiencia de las «vidas indignas de ser vividas» del nacionalsocialismo: debe cuestionarse por ello la constitucionalidad de la selección embrionaria de preembriones, que admite el artículo 12 de la Ley 14/2006.

El Título V del Libro II del Código Penal de 1995 tipifica los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 CP).

Sus pronunciamientos coinciden con la jurisprudencia del TEDH, que declara que el derecho a la vida privada garantizado por el art. 8 del CEDH no confiere el derecho a abortar. El derecho a la vida privada de la mujer embarazada debe ser ponderado siempre con otros derechos y bienes en conflicto, incluyendo los del no nacido (sentencias del TEDH *Vo c. Francia* §§ 76, 80-85; *Tysiac c. Polonia*, §§ 106 ss.; *A, B y C c. Irlanda*, § 213; y *P. y S. c. Polonia*, §§ 96 ss).

## 10.- LA SITUACIÓN EN ESPAÑA; DEL ABORTO A LA I.V.E.Y DEL NASCITURUS A LA VIDA PRENATAL

---

De la doctrina de la STC 53/1985 se desprende, a mi juicio, la inconstitucionalidad del «sistema de plazos» en el Derecho español, ya que la vida es un valor fundamental que se protege desde el principio de la gestación y que no se encuentra a disposición de la embarazada.

Los sistemas que se basan en los plazos son aquellos que parten del *derecho* de la embarazada a interrumpir su propio embarazo y dificultan el aborto únicamente por necesidades médicas y para proteger la vida o la integridad de la gestante, siendo por ello incompatibles con la concepción que expresa la STC 53/1985.

Se recogen sin embargo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modificada por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

El sistema de esas dos leyes orgánicas constituye el Derecho vigente en España. Establecen un *sistema de plazos*, que sustituye al sistema de supuestos o indicaciones, que había regido desde el año 1985.

El nuevo modelo de plazos distingue tres periodos en el desarrollo del embarazo.

En el primero, que abarca las primeras catorce semanas de gestación, la mujer puede abortar libremente. En el periodo intermedio hasta la vigésimo segunda semana de gestación (momento que el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010 considera como «umbral de la viabilidad fetal») el aborto es legítimo si concurre alguna de estas dos indicaciones médicamente acreditadas: «grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada» (indicación terapéutica) o «riesgo de graves anomalías del feto» (indicación eugenésica, a la que se prefiere denominar, desde 2023, embriopática). Más allá de la vigésimo segunda semana de gestación, el aborto también se admite con carácter excepcional en dos casos de indicación eugenésica, clínicamente diagnosticados: inviabilidad del feto (anomalías fetales incompatibles con la vida) o padecimiento de enfermedad extremadamente grave e incurable del feto.

Sobrevino una reforma de la propia ley del aborto, operada por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que ha venido a desconocer la obligación del Estado de tutelar constitucionalmente la vida del *nasciturus*– que ahora se empieza a denominar *vida prenatal* –. La ley vigente elimina los dos requisitos que exigía la Ley de 2010:

- a) Que se hubiera informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
- b) Que hubiera transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la práctica del aborto.

La reforma de 2023 ha vuelto a disponer, como en la Ley 2/1010, que las mujeres menores de edad puedan abortar a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales, extremo que había sido suprimido por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre.

## 11.- LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2023: ABORTO II

---

El Tribunal Constitucional desestimó íntegramente el recurso interpuesto contra la ley de interrupción voluntaria del embarazo –ahora, en acrónimo, IVE– en la sentencia 44/2023, dictada el 9 de mayo de 2023: sentencia *Aborto II*.

*Aborto II* subraya que el embarazo es un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer, en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos sus sistemas corporales (FJ 2). Afirma que el parto constituye un evento doloroso y arriesgado que, en gran parte de las ocasiones, demanda la

práctica de algún tipo de intervención quirúrgica en el cuerpo de la madre, ya sea de menor entidad (episiotomía) o de mayor relevancia médica (cesárea). A las alteraciones estrictamente físicas del cuerpo se unen cambios relevantes a nivel psico-emocional; de hecho, el embarazo aparece identificado en la literatura científica como un potente estresor, y puede llegar a derivar en síntomas de depresión perinatal. Partiendo de tales premisas, el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos.

*Aborto II* declara, en ese contexto, que el legislador no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer y al libre desarrollo de su personalidad al regular el aborto. Una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo, al margen de sus propias facultades decisorias, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE (FJ 3).

Entiende que el aborto es una manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida y que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Afirma que toda restricción de la libertad de la mujer para adoptar por sí misma la decisión de abortar incide sobre su libertad, proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico en art. 1.1 CE (FJ 3).

La sentencia valida el llamado «*derecho a una maternidad libremente elegida*» del artículo 3.1 a) 2º de la Ley orgánica 2/2010 (FJ 8), lo que aboca a *Aborto II* a desconocer el derecho a la vida del no nacido. La sentencia no trata nunca la protección de la dignidad humana del no nacido ni precisa de qué protección debe gozar como bien esencial jurídicamente protegido, por el valor objetivo del artículo 15 CE.

La sentencia hace reflexiones de organizaciones internacionales o de simposios carentes de consistencia constitucional y ajenos al derecho fundamental a la vida. No contempla en ningún momento que esté razonado sobre el no nacido como un ser concreto y digno, con una individualidad biológica única e irrepetible.

*Aborto II* describe el nuevo sistema de plazos y afirma que es conforme con la CE y la doctrina del TC con razonamientos muy escuetos. La STC 44/2023 afirma que el sistema de plazos supone no solo un mecanismo de protección de la vida prenatal sino también, y recíprocamente, una medida restrictiva de los derechos de la mujer, que se traduce en la exigencia de que, con

posterioridad a la semana catorce de gestación, concurren circunstancias adicionales a la libre voluntad de la mujer para la interrupción legal del embarazo.

Para las primeras catorce semanas la sentencia se limita a afirmar que la vida prenatal «se encuentra todavía en un estado muy embrionario y, consiguientemente, hipotético o potencial» (*sic* en FJ 5). Da por suficiente, para ese periodo esencial, un modelo social, asistencial y sanitario de carácter preventivo consistente en políticas públicas de promoción de una sexualidad responsable y segura, de las técnicas planificación familiar y de políticas de apoyo a la maternidad que contribuyan a reducir el recurso a la interrupción voluntaria del embarazo.

El FJ 9 de *Aborto II* restringe el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario y lo reduce a algo excepcional, en términos inquietantes para un Estado social y democrático de Derecho. «El personal sanitario puede objetar o no, pero si decide hacerlo, tal decisión conlleva la exteriorización de sus reservas ideológicas, religiosas o morales hacia la práctica del aborto. La renuncia a mantener estas reservas en la intimidad personal es un presupuesto necesario para ejercicio del derecho que no colisiona con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 CE».

También merece una valoración crítica el FJ 10 sobre *perspectiva de género* e imposición de una práctica clínica de la IVE en la formación de profesionales sanitarios. Se afecta la libertad de cátedra y se confunden postulados feministas con razonamientos de derechos fundamentales esenciales.

La STC 44/2023 deberá ser corregida en el futuro porque desconoce la dignidad humana de la vida prenatal, desprotege el derecho a la vida en formación del artículo 15 CE y conculca el derecho a la objeción de conciencia y la libertad de cátedra.

Es esclarecedor adoptar, como contrapunto a *Aborto II*, el razonamiento constitucional serio del Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia de 28 de mayo de 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

La embarazada ante el aborto se encuentra, según dicho Tribunal (BVG), en una grave situación de conflicto en la que debe ser apoyada y asesorada por el Estado.

La madre futura y su hijo en devenir se encuentran en una relación que hace que la vida del hijo esté en peligro frente a su propia madre; esa situación impide que en un Estado de Derecho se pueda confiar a una madre que se encuentra frente a su hijo en una situación de «dualidad en la unidad» («Zweiheit in Einheit») la potestad de ser al mismo tiempo juez y parte de su propia situación y la de decidir por sí misma si prosigue su embarazo o mata al no nacido (BVG 88, 203). De esa reflexión deriva la imposición de la necesidad de consejo



a la embarazada, la de un tiempo de espera antes de decidir y la de ayudas a la maternidad de la embarazada, que se declaran imprescindibles en el sistema alemán de plazos.

## 12.- CONCLUSIÓN

---

Norberto Bobbio pone de relieve la contradicción de que la izquierda se afirme por definición partidaria de los débiles pero que sin embargo sea primordialmente abortista. En la relación entre la madre y el hijo a nacer, se pregunta: ¿No es acaso el más débil el segundo? La reforma del aborto en la España de 2023 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023, que la ha avalado, pone de manifiesto esa contradicción.

El derecho a la vida prenatal es ejemplo paradigmático de un derecho fundamental o de una libertad que solo se puede ejercer con otro, o por medio de otro. En este caso el derecho a vivir del artículo 15 CE –libertad de existencia– solo se puede ejercer por el *nasciturus* con su madre, o a través de su madre. Desconocer ese aspecto obvio y desproteger la vida humana en formación es el error histórico y grave en que ha incurrido de la sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 sobre el aborto<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Bobbio, N., «Derecha e izquierda: Razones y significados de una distinción política», 2ª Ed. Taurus, 2014.