

EL FETO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL OCCIDENTAL

Richard Stith

Profesor de Derecho
Universidad de Valparaíso y Valparaíso University
(Indiana, U.S.A.)

La jurisprudencia constitucional de nuestro tiempo se sacude y se trastorna alrededor de una pregunta profunda: ¿Cuáles son los límites de la comunidad humana y cómo se los define? El caso concreto de que se trata es el *status* del feto, que tiene que definirse para resolver el problema de la posible constitucionalidad del aborto. Pero, como veremos, la solución a que llegamos en este problema tendrá repercusiones de suma importancia en todo el marco jurídico.

Para esquematizar lo que está en juego he resumido la jurisprudencia de los tribunales constitucionales occidentales alrededor de tres conceptos distintos del feto. Y he escogido la sentencia que me parece pertenecer más puramente al concepto respectivo.

Los tres conceptos son éstos: el feto como potencia, el feto como valor y el feto como persona, ejemplificados, respectivamente, por los tribunales de U.S.A., de España y de Alemania Federal. En cada caso hago primero un resumen del razonamiento del tribunal y después una evaluación crítica.

Primer concepto (de U.S.A.): El feto no es ni vivo ni humano en vientre materno, salvo in potentia

El fallo *Roe V. Wade*, decidido en enero de 1973, es lejos el más radical de todas las sentencias que se examinan aquí. Asevera que no se sabe si hay vida humana actual en cualquier etapa de la gestación. Durante todos los nueve meses del embarazo normal dice que se puede afirmar como hecho solamente la potencia de la vida humana. *Roe V. Wade*, 410, U.S. 113, 159-62 (1973).

De este principio llega a la conclusión de que el aborto no daña ningún valor constitucional y que dados los intereses fundamentales de lo que el fallo llama "la madre", hay libertad de abortar en cualquier momento, hasta el nacimiento mismo del niño. Esta libertad no se puede limitar en ninguna forma por interés del feto en los primeros dos trimestres del embarazo. En el último trimestre, cuando ya puede nacer vivo, y por lo tanto tiene más "potencia", se puede exigir que no se aborte sin que sea necesario para preservar la "salud" materna. Esto es, los Estados norteamericanos pueden (si quieren) proteger al feto sólo en los últimos tres meses y allí sólo cuando el aborto no conduzca a la salud materna. Id., 165.

Más: el tribunal estadounidense define claramente la palabra "salud" como "bienestar", e indica que abarca también el bienestar "psíquico" y "familiar". *Doe V. Bolton* 410, U.S. 179, 192 (1973). Así, la posibilidad de una restricción legal del aborto aun en los últimos meses antes del nacimiento resulta prácticamente nominal.

Análisis crítico del primer concepto

Hay dos problemas fundamentales con la posición de la jurisprudencia norteamericana: uno fáctico y el otro jurídico.

El problema fáctico es muy simple: no tiene ningún sentido biológico dudarse de que hay un feto vivo y humano durante todo el embarazo normal. Después del descubrimiento del óvulo y del estoscopio en el siglo XIX, la ciencia ha ido comprobando cada día más que el

feto vive y que pertenece ya a nuestra especie desde el principio.

Se sabe, por ejemplo, que el latido del corazón y las ondas cerebrales (los dos signos vitales jurídicamente más importantes) comienzan ya en las primeras semanas después de la concepción. Y se ríe hoy en día de las antiguas teorías según las cuales el embrión pasaba por otras especies (como el de pez) antes de llegar al nuestro. Hoy se sabe que somos el mismo organismo vivo, con el mismo latido continuo del corazón, que éramos dentro del seno materno.

A esta conclusión (de que hay un ser humano ya actualmente vivo durante más o menos todo el embarazo) han llegado todos los otros tribunales constitucionales que han enfrentado directamente la cuestión del *status* del feto. Así, los tribunales español y alemán, que examinamos después. La opinión francesa contiene la frase: "Considerando que la ley referida a este Conseil Constitutionnel no autoriza ninguna violación del principio de respeto para cada ser humano desde el mismo comienzo de la vida... salvo en caso de necesidad..." Sentencia del 15 de enero de 1975, A.J.D.A., 134. La sentencia italiana observa que el art. 2º de la Constitución garantiza la inviolabilidad de los derechos del hombre, "entre los cuales debe situarse, aunque con características particulares exclusivas de él, la situación jurídica del concebido", y más adelante enfatiza la protección obligatoria para la "vida del feto". Corte Costituzionale, Sentencia 18 febrero 1978, n. 27 (1975), 98, "Foro It. I" (Giurisprudenza Costituzionale e Civile), 515, 516. Incluso la sentencia austríaca, la única europea que sostiene que el aborto electivo en los tres primeros meses de embarazo sea constitucional, parece reconocer "que a través de toda la duración del embarazo, tanto la vida de la madre como la vida humana a nacer constituyen vida constante", afirmando que la legislatura es constitucionalmente libre para proteger el feto haciendo que el aborto sea punible, y la igualdad requiere que lo haga después de la viabilidad si es punible el infanticidio postnatal. Sentencia de 11 octubre 1974, Tribunal Constitucional (1974), "Erkaerungen des Verfassungsgerichtshofs", 221, 234-35, G

8/74. La sentencia portuguesa de 19 marzo 1984 sostiene unánimemente que el principio constitucional de inviolabilidad de la vida humana abarca "la vida humana intrauterina". Véase generalmente Reis, *Das Lebensrecht des Ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem* (1984).

Aún más hondo es el problema jurídico: *Roe V. Wade* hace del concepto constitucional de ser humano (y por ello también de persona) algo incoherente y arbitrario. Pero un concepto arbitrario no hace juego con una toma de posición constitucional de que existe un valor "inherente" en el ser humano, como dice el Tribunal alemán, usando la palabra "selbständig" (1975), 39 BVerfGE 1,67. Esta toma de posición es la que está a la base de la protección de los derechos humanos incluso después del nacimiento.

Veámoslo desde más cerca: El fallo norteamericano deja parecer que hay un ser actualmente humano y vivo inmediatamente después del nacimiento, pero solamente lo potencia una hora antes. Mas la única diferencia entre los dos es la de *lugar*, y el lugar no es algo "inherente" en el ser de algo. Por ejemplo, *Roe* indicaría que un niño nacido temprano a los siete meses sería ya un ser humano vivo con dignidad constitucional y que, sin embargo, su primo más desarrollado pero todavía no nacido a los nueve (o más) meses no lo es. Mas no se puede afirmar que aquél tenga una dignidad constitucional "inherente" y a la vez dejar de reconocer la vida y la dignidad humana de éste, pues la única ventaja que aquél tiene es de haberse cambiado de lugar. No es solamente que el concepto norteamericano de la vida y dignidad humana sea erróneo. Es más, no existe concepto alguno, sino solamente una aseveración incoherente y arbitraria, lo que implica la ausencia de un compromiso de reconocer y proteger la dignidad inherente en el ser humano.

En suma, si el tribunal estadounidense reconociera un valor constitucional inherente en el recién nacido (puesto allí ya sea por el ordenamiento constitucional positivo o sea por el derecho natural), tendría que reconocerlo también en el que está por nacer. Por lo tanto, el hecho que no lo reconoce en éste indica

que el valor jurídico incluso de los ya nacidos es algo meramente nominal que puede ser retirado en otra ocasión. Los derechos humanos como límites del orden jurídico desaparecen.

Dudo mucho de que los ministros de la Ilustrísima Corte en U.S.A. hayan querido caer en un abismo jurídico tan hondo. Es mucho más probable que nunca se les ocurrió tomar muy en serio el problema del aborto. Hay que acordarse de la larga tradición norteamericana del llamado "realismo jurídico", es decir, de la interpretación totalmente libre. En forma simplificada, se puede decir que esta tradición aconseja primero buscar el resultado que sea pragmáticamente lo mejor, y sólo después fabricar (o dejar que fabriquen los ayudantes de la Corte) el razonamiento. Los ministros norteamericanos ya acostumbrados de tratar así tan instrumentalmente con conceptos jurídicos menos importantes aplicaron el mismo tratamiento al concepto clave de la vida humana. Llegaron a lo que les parecía una solución práctica del dilema del aborto sin darse cuenta de las consecuencias abrumadoras de no buscar un concepto coherente del ser humano.

Segundo concepto (de España): El feto es un "valor" o "bien jurídico" protegido por la Constitución

El fallo del Tribunal Constitucional español de 1985 derogó un proyecto de ley hecho por el gobierno por no guardar suficientemente la vida humana no nacida, la cual está protegida por el inciso constitucional "Todos tienen derecho a la vida", Constitución española de 1978, art. 15. Deja implícito pero claro que el aborto electivo (es decir, a pedido, libre) no es constitucional, y también que hay un deber de parte del Estado Social de proteger al feto. Pero, nótese bien, no lo hace porque el feto es ya persona jurídica sino porque él "encarna" el "valor" central constitucional de la vida humana. S.T.C. 53/1985 de 11 de abril (B.O.E. 119-10; B.J.C. 49-1985-515). Partiendo de la base fáctica ya mencionada, de que hay un ser vivo y humano que está en gestación, el Tribunal aclara que la protección del feto tiene que ser uno de los fines más im-

portantes de los esfuerzos comunitarios del Estado Social. Parece querer así evitar la necesidad de contestar la pregunta si el feto es persona jurídica con derechos constitucionales.

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

El resultado concreto de reconocer un valor alto en el feto es este: El Tribunal afirma la superioridad, o incluso la igualdad, de los derechos de la madre sobre el valor jurídico del feto a lo sumo sólo cuando se pone en grave peligro la vida o salud de la madre, ambos valores encontrados en el mismo artículo constitucional en el que se protege al no nacido (F.J.12). Para defender otras despenalizaciones, el Tribunal, en cambio, vuelve a la doctrina de no exigibilidad.

Es muy interesante ver cómo una toma de posición jurídica a la izquierda lleva al Tribunal a insistir en que se penalice el aborto cuando la continuación del embarazo ha sido exigible de la mujer:

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

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

"Partiendo de las consideraciones efectuadas en el F.J. 4, esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de es-

tablecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales". (F.J. 7).

Análisis crítico del segundo concepto

A pesar de que la sentencia española no cae en la irracionalidad biológica ni en la incoherencia jurídica de la norteamericana, tiene dos problemas muy difíciles.

Primero, es poca ayuda para los derechos humanos un concepto coherente y completo del ser humano si al mismo tiempo se niega a extender los conceptos jurídicos de "persona" y de "derecho" a todos los seres humanos. El fallo español deja abierto que haya seres humanos, vivos y actuales, que pueden no tener derechos. Parece así volver a una etapa ya superada de la civilización occidental, en que solamente algunos hombres tenían personalidad jurídica completa; los otros, siendo mujeres, niños o hasta esclavos. Unos tenían derecho y otros solamente valores. Puede entenderse la sentencia española como otro atentado, aunque sea menos grave que la norteamericana, contra la igualdad humana como base del orden jurídico.

Peor aún: dudo de que el concepto de "valor" pueda proteger mucho a la vida humana y creo incluso que puede llevarnos hasta matar.

¿Cómo puede ser eso? Hay numerosos ejemplos: el valor de la vida humana nos puede conducir a la pena de muerte para los asesinos. El valor de la vida humana nos hace matar al agresor, sea él particular o soldado. Más raro pero también lógico: el valor de la vida nos hace comerle a uno de nuestros compañeros en el bote salvavidas, siempre y cuando sea absolutamente necesario para salvar más de una vida.

El problema radica en que un valor es una *meta*, una existencia que queremos. No nos indica exactamente la conducta que sea necesario para llegar a la meta. En cambio, un derecho es una relación humana, una conducta o una omisión ya exigida específicamente. El

“valor de la vida” puede avanzarse a veces a través de la muerte, el “derecho a la vida”, nunca.

Si ponemos el valor de la vida como fundamento constitucional, y sobre todo si decimos que el valor tiene que ser “efectivo” (como dice el Tribunal español), puede llevarnos incluso a afirmar que sería anticonstitucional si el Estado *no* matara a los asesinos, o si él castigara a los que comen a otro para salvar sus propias vidas. [La crítica mía de los valores se desarrolla más a fondo en “Toward Freedom from Value”, 38 *The Jurist* 48 (1978)].

*Tercer concepto (de Alemania Federal):
El feto es un ser humano con un derecho
constitucional a la vida*

El fallo alemán de 1975 es el fallo que llega más cerca de este último concepto, que da al feto pleno reconocimiento constitucional como miembro de la comunidad humana. Sin embargo, no afirma un derecho “subjetivo” del feto, y su razonamiento por lo tanto se radica muchas veces en la misma necesidad de fomentar los valores comunes en un Estado Social que hemos ya discutido.

Centrándonos en la expresión constitucional: “Todos tienen derecho a la vida...” (Jeder hat das Recht auf Leben...) [Ley Fundamental (Grundgesetz), art. 2, sec. 2, frase 1^a]; el tribunal alemán encuentra innecesario considerar al ser no nacido una persona o un “poseedor” de un derecho subjetivo; [(1975) 39 BVerfGE 1, 41], para incluirlo dentro de la protección de la Ley Fundamental. Obsérvese, sin embargo, que el Tribunal hace referencia explícita al “derecho a la vida” del no nacido. Solamente evita la cuestión de si el niño es el “portador” (o “poseedor”) de este derecho. Quizás el Tribunal está pensando en “derechos” de bienestar constitucionales, positivos y similares para adultos, los cuales no necesitan forzosamente dar pie a reclamaciones individuales presentables en un tribunal. Tanto esta garantía de derecho a la vida como también el valor constitucional explícito de “dignidad humana” [Ley Fundamental, art. 1, frase 1], lleva al Tribunal a dictaminar que toda vida humana, inclu-

yendo la vida prenatal, es parte de la “ordenación objetiva de valores” de la Ley Fundamental [(1975) 39 BVerfGE 1, 41]. Incluso la opinión disidente está de acuerdo en que el Estado tiene un deber constitucional de proteger la vida del no nacido, y aun afirma que la existencia de este deber es “no disputada” (“unbestritten”) [(1975) 39 BVerfGE 1, 68 (abweichende Meinung)], argumentando más adelante, sin embargo, que el deber no necesita ser hecho efectivo mediante sanciones penales.

El tribunal razona:

“El proceso de desarrollo... es un proceso continuo que no muestra una demarcación pronunciada y que no permite una división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, aparecen por primera vez bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección... de la Ley Fundamental no se puede limitar ni al ser humano “realizado” después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es independientemente capaz de vivir”. [(1975) 39 BVerfGE 1, 37]¹.

¹ El Tribunal parece estar de acuerdo con lo que se ha dicho arriba en este comentario. Mientras que se proteja la vida de los recién nacidos, cuyo desarrollo humano está significativamente incompleto, resultaría contradictorio no proteger también seres no desarrollados antes del nacimiento. Aún más, la coherencia requiere una *teoría* de protección que o bien valore la vida humana orgánica misma o valore la potencialidad en vías de desarrollo de los “fenómenos específicos a la personalidad humana”, pues éstas son las únicas fuentes de valor “inherentes” que el niño posee al nacer. En otras palabras, el Tribunal defiende que si consideramos a los recién nacidos en sí dignos de protección, nuestras teorías normativas nos exigen también proteger la vida incluso durante las primeras semanas de embarazo.

Además, el Tribunal específicamente sostiene que la palabra constitucional "todos" incluye "todos los que viven" y que no se puede hacer ninguna distinción, con relación al derecho a la vida, entre la vida del no nacido y la del nacido. Obsérvese también que el Tribunal alemán, a pesar de su uso del término "valor", insiste en que tal valor no puede ser sumado, que cada vida en particular debe ser protegida —incluso si el sacrificio de algunos pudiera llevar a la preservación de un número mayor— (1975) 39 BVerfGE 1, 58-59. El rechazo a ese sumario es una desviación de la valoración ordinaria y se da más en el discurso informado por derechos, como hemos argumentado.

Así, se puede argumentar que en Alemania el feto es constitucionalmente una persona con derechos, y de esa forma está más cerca que en España de ser un poseedor pleno de derechos subjetivos.

Análisis crítico del tercer concepto

Este tercer concepto por lo menos evita los problemas muy serios de los otros dos. Pero quedo con algo de la misma inquietud frente al frecuente uso del Tribunal alemán de la palabra "valor" (*Rechtsgut*) para el feto. Existe una tensión con el otro lenguaje de derechos. Así se sigue la posible caída en la desigualdad humana y en el matar constitucionalmente apoyado.

No veo la necesidad de evitar la afirmación clara del derecho subjetivo constitucional del feto a la vida. No debemos tener miedo de ser consistentes. La consistencia no conllevaría a ninguna práctica absolutista o irracional. Todos los derechos humanos tienen que depender de los recursos sociales y económicos, y ningún derecho hace obligatorio castigos penales inefectivos. Más aún, el razona-

miento de los tribunales español y alemán acerca de la inexigibilidad de la continuación del embarazo en ciertos casos límites (razonamiento que no hemos podido desarrollar aquí) vale tanto si estamos hablando de conflictos de derechos subjetivos como si estamos hablando de conflictos entre derechos y valores constitucionales. La mujer que se aborta puede seguir siendo a veces exculpada por la inexigibilidad, porque ésta es un eximente que en ningún caso indica que no hay antijuridicidad².

Reconozco la sabiduría y la buena voluntad de los tribunales español y alemán, y estoy seguro que en sus manos no caeríamos en el abismo. Pero como jurista quisiera tener una base más firme para la igualdad y dignidad jurídica de cada ser humano. Y esta firmeza no veo aparte de una afirmación constitucional clara que los derechos subjetivos se extienden a todas las vidas humanas³.

² El artículo 19, 1. de la Constitución Política de Chile de 1980 parece estar más cerca de esta idea del "derecho" de no nacido que de aquel de su "valor". El inciso que lo protege sigue a uno que habla del "derecho a la vida" y está entre dos que protegen claramente a personas. El contenido del inciso ("la ley protege la vida del que está por nacer") hace muy difícil que se conceptualice el feto como un "valor" y no como un individuo protegido.

³ Para una crítica más desarrollada, vea R. Stith "New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law", XXXV *The American Journal of Comparative Law* 513-58 (Summer 1987). Publicado después (todavía en inglés) en *Persona y Derecho* (Pamplona: EUNSA, 1988). Traducción a aparecer en la *Revista de Derecho Público* (Madrid: EDERSA, 1989).