

Revista de revistas

«THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW»

Volumen XXXV, número 3, verano de 1987 (Estados Unidos)

STITH, Richard: «*New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law*», pp. 513 a 558.

La sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, en materia de aborto, ha tenido una indudable repercusión fuera de nuestras fronteras, especialmente en aquellos países, como la República Federal Alemana o los Estados Unidos, cuyas doctrinas penales se encuentran más sensibilizadas ante la regulación jurídica del aborto.

En el ámbito norteamericano (notablemente menos conocido que el alemán en nuestro país), existe una amplia construcción teórica y jurisprudencial sobre la admisibilidad jurídica del aborto. Basándose en ella y realizando interesantes comparaciones con la situación alemana (fundamentalmente desde la Sentencia de su Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 1975), Richard Stith, profesor de la Universidad de Valparaíso (Indiana), ha realizado un extenso análisis de la referida sentencia española, con cuyo motivo se extiende sobre los aspectos más controvertidos de estas construcciones jurisprudenciales sobre el aborto (entre las que incorpora, aunque sucintamente, interesantes referencias italianas, austriacas y portuguesas).

El punto de partida de esa construcción teórica resulta realmente atractivo, aunque su desarrollo posterior queda empobrecido por otro tipo de consideraciones no exclusivamente jurídicas: en tanto que el debate sobre el aborto se ha planteado en Estados Unidos en términos individualistas (partidarios de los derechos individuales de los concebidos *versus* partidarios de los derechos individuales de la mujer), en Alemania y en España son preferentes las perspectivas sociales o comunitarias, destacando en concreto el autor cómo en España el «status» del feto se corresponde con el de un valor público, de trascendencia constitucional.

Estos presupuestos, de índole más cultural que política, permiten situar en sus justos términos las diferencias jurídicas existentes entre las resoluciones jurisprudenciales que, en cada uno de estos países, han delimitado el grado de admisibilidad jurídica del aborto. Así, en Estados Unidos, en donde el feto se concibe tanto como una persona titular de derechos (por los partidarios de la tesis represiva) cuanto como una parte sujeta a una persona titular de derechos (defensores

de la teoría despenalizadora), la sentencia del Tribunal Supremo *Roe v. Wade*, de 1973, dio respaldo jurídico al aborto libre al proclamar el valor de la elección personal y al ver en ese valor una prohibición a la acción estatal antiabortista. En España, por su parte, la vida se entiende como un valor constitucional «superior», «fundamental» y «central», y el feto, que incardina este valor, se convierte en un bien jurídico protegido, correspondiendo al Gobierno el deber positivo de proteger al *nasciturus* a través de la determinación de sanciones penales para quienes persigan su destrucción.

Ahora bien, elaborando su tesis desde estos criterios, Stith no puede ocultar su sorpresa cuando constata que, aunque en España la protección legal del feto se fundamenta en la protección de un valor público, de la comunidad (lo que justifica la inconstitucionalidad del aborto libre), esta protección desaparece cuando la continuidad del embarazo resulta inexigible («too much to demand») desde una perspectiva estrictamente individual. En esta aparente contradicción basa el autor una amplia crítica a la tesis de la inexigibilidad a la que, entre otros calificativos semejantes, considera superficial, y ello porque la especificación estatal de un conjunto de supuestos en los que el aborto no se castiga (porque constituyen un límite al ámbito de sacrificio que los valores constitucionales exigen) es, en opinión de Stith, ambigua, porque no considera los especiales deberes de sacrificio que derivan de la relación paterno-filial.

Junto a esta idea, el artículo analiza otras cuestiones relevantes en la regulación jurídica del aborto: la consideración legal de la vida prenatal, criticando la tesis del valor cultural de la comunidad, sostenida por Arroyo Zapatero; la naturaleza jurídica de los supuestos de impunidad en el aborto, entendiendo con la doctrina mayoritaria, que éstos son casos de exclusión de la culpabilidad (excusa) y que, por ello, no justifican la conducta (no puede mantenerse que la preferencia de los valores propios sobre los establecidos por la comunidad convierta esa conducta en jurídica). Esta opción le obliga a considerar, obviamente, y entre derivados de esta tesis, el problema de la admisibilidad de la no cooperación médica al aborto o la impunidad de las conductas de los supuestos de terceros que impiden la causación de un aborto.

ESTEBAN MESTRE DELGADO