



# BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO

## GACETA DE MADRID

Año CCCXXIV

Lunes 30 de julio de 1984

Suplemento al núm. 181

### SUMARIO

	PAGINA		PAGINA
<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b>		Sala Segunda. Recurso de amparo número 92/1983. Sentencia número 78/1984, de 9 de julio.	A.12 12
Sala Segunda. Recurso de amparo número 765/1983. Sentencia número 75/1984, de 27 de junio.	A.1 1	Sala Segunda. Recurso de amparo número 485/1983. Sentencia número 79/1984, de 12 de julio.	A.14 14
Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 35/1983. Sentencia número 78/1984, de 29 de junio.	A.6 6	Corrección de errores en el texto de las sentencias del Tribunal Constitucional, publicadas en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 185, de 11 de julio de 1984.	B.2 16
Pleno. Conflicto positivo de competencia número 250/1982. Sentencia número 77/1984, de 3 de julio.	A.7 7		

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**17113** Sala Segunda. Recurso de amparo número 765/1983. Sentencia número 75/1984, de 27 de junio.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 765/83, promovido por doña X. Y. Z. y don H. Y. J., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia y asistidos por la Letrada doña Cristina Alberdi Alonso, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional en 10 de noviembre de 1981, en causa seguida a los mismos por delito de aborto; en dicho procedimiento ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.—Con fecha 20 de noviembre de 1983 tuvo entrada en este Tribunal un escrito presentado por la Procuradora doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia, en nombre y representación de doña Lourdes Buisán Pardiña y don José María Rasal Cadenas, interponiendo recurso de amparo contra la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983, en la que se declaraba no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 1981, por la que se les condenó a la pena de un mes y un día de arresto mayor y accesorias: a doña X. Y. Z., como autora de un delito de aborto previsto en el artículo 414.1.º del Código Penal (CP), y a don H. Y. J., como cómplice de un delito de aborto definido en el artículo 411.2.º del mismo texto legal; ambos delitos sancionables por aplicación de lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al haber acontecido los hechos en Gran Bretaña.

Segundo.—El Tribunal Supremo, en su sentencia, recoge la doctrina sentada por él mismo, en resolución de 11 de diciembre de 1980, con arreglo a la cual el artículo 339 de la LOPJ es aplicable a los delitos de aborto, pues la dificultad que entraña su exigencia de que la comisión del delito en país extranjero sea de un español contra otro español —al no ser el feto aún persona, con arreglo al artículo 29 del Código Civil (CC) en

relación con el 30, por lo que mal puede ostentar la nacionalidad española—, se salva con dos argumentos: 1) el de entender que marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley penal española, es perpetrar un claro fraude a la ley, expresamente repudiado por el artículo 6.4 del CC, de alcance general por su ubicación en el título preliminar, y 2) que la interpretación del artículo 339 de la LOPJ ha de hacerse en el contexto en que se aplican tanto el principio real (arts. 336 a 338) como el principio de personalidad (arts. 339 a 342), de modo que si el artículo 339 invoca este último principio para el sujeto activo del delito, para el sujeto paciente aplica el real, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, el embrión, en este caso, que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española.

Razonando en esta última línea, el Tribunal Supremo considera que, frente a la literalidad del artículo 339 de la LOPJ, se alzan todos los demás elementos de interpretación: el lógico, dado que si el nacido presupone al «nasciturus», la protección penal que la ley española dispensa al primero debe amparar al segundo; el sistemático, que pone en relación el artículo 339 con los que le preceden y subsiguen, de donde se desprende que el principio real se dispensa no solo por razón de la índole del delito (art. 338), sino también por razón del sujeto pasivo, alcanzando también al extranjero (art. 340), de modo que de no incluir al feto, con expectativa de ciudadanía española, se le haría de peor condición que al no nacional, con grave quebranto de un bien jurídico cuya defensa toma el Estado español en defecto de la madre, y el teleológico, que lleva al mismo resultado, pues si es el principio de protección y no el de personalidad el que juega en el caso contemplado, a igual conclusión se llega acudiendo al Código Penal que castiga el aborto como delito contra las personas, lo que indica que una es la personalidad en sentido jurídico penal y otra la contemplada en la esfera iusprivatista, y asimismo en el orden constitucional, en el que se proclama el derecho a la vida como fundamental, garantía objetiva que también alcanza al «nasciturus».

En suma, el Tribunal Supremo entiende que en el caso de autos juega el principio de personalidad, conjugado con el de protección por el artículo 339 de la LOPJ, excepciones ambas al de territorialidad; que, por otra parte, el feto concebido por madre española no es extranjero en tanto ésta conserve la nacionalidad patria, y, por último, que se da la concurrencia de los tres requisitos estatuidos por aquel precepto.

Tercero.—Contra la anterior sentencia, la representación de los demandantes promueve recurso de amparo por considerar que infringe los derechos que se reconocen en los artículos 10.1, 15, 17.1 y 18 de la Constitución, esto es, el libre desarrollo de

la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. A su juicio, la vulneración se ha producido porque, si bien la vida en formación constituye un bien jurídico, entra en colisión con el bien jurídico del que la mujer es titular, habiéndose preferido la protección del feto y desatendido los derechos constitucionales señalados; el derecho a la salud física y psíquica, al desarrollo de la personalidad y a la intimidad, que se encontraban en grave e inmediato peligro, al existir una evidente situación de enfrentamiento entre ellos y el bien jurídico de la vida en formación.

Mantienen asimismo que se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica, al extender la jurisdicción penal el ámbito de aplicación de la legislación punitiva española a un delito cometido en un país extranjero —en el que los hechos castigados no son constitutivos de delito—, sin que se pueda decir que se trata de uno cometido por un español contra otro español, ya que el feto no puede tener nacionalidad.

Por todo lo cual, suplican se dicte sentencia declarando la nulidad de la del Tribunal Supremo y absolviendo a los demandantes.

Cuarto.—Admitida a trámite la demanda, se recabaron las actuaciones y fueron emplazadas las partes, dándose vista al Ministerio Fiscal y a los recurrentes, para que en el plazo de veinte días pudieran presentar las alegaciones que estimaren pertinentes.

Quinto.—El Fiscal, en escrito de 29 de marzo de 1984, aduce sustancialmente lo siguiente:

a) En cuanto a la presunta conculcación de los artículos 17.1 y 18.1 de la Constitución, entiendo que no se ha verificado porque los derechos en ellos contenidos tienen sus limitaciones; en concreto, en este caso, el límite está constituido por la protección de una vida intrauterina, que es un valor constitucional. b) Tampoco considera que se haya infringido el artículo 15 de la Constitución, pues no existe prueba alguna de la que pueda inferirse que el embarazo implicara riesgo alguno para la vida o salud de la recurrente. c) El artículo 10.1 no se refiere a libertades o derechos susceptibles de protección en esta vía. d) Por último, afirma que la demanda de amparo, si bien no cita expresamente el artículo 25.1 de la Constitución, alega que la sentencia en ella impugnada vulnera el principio de legalidad, por lo que resulta oportuno referirse a este problema. Tras un análisis de la sentencia sostiene el Ministerio Fiscal, sin embargo, que dicho principio no ha sido violado, por cuanto los hechos imputados a los recurrentes están tipificados en los artículos 411 y 414 del CP y la determinación de si el aborto es delito cometido contra español o no, es un mero problema de interpretación de las leyes. En definitiva, se adhiere a la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, y postula que se dicte sentencia denegando el amparo solicitado.

Sexto.—Los recurrentes, por su parte, en escrito de 4 de abril de 1984, insisten en las argumentaciones expuestas en la demanda.

Séptimo.—Por providencia de 8 de mayo pasado se señaló para deliberación y votación del recurso el día 8 de los corrientes, quedando la misma concluida el 20.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—El presente recurso se fundamenta, en primer término, en la supuesta vulneración de los artículos 10.1, 15, 17.1 y 18.1 de la Constitución Española, vulneración que hay que entender se imputa, en primer lugar, a la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 10 de noviembre de 1981, confirmada en todos sus términos por la del Tribunal Supremo contra la que el presente recurso formalmente se dirige, pues como es lógico, dada la identidad de ambas decisiones, la violación de los indicados derechos fundamentales, de existir, sólo pudo ser realizada por la que fue primera en el tiempo.

Esta contestación obliga a considerar, en primer lugar si, desde el punto de vista de esta fundamentación, el presente recurso reúne los requisitos que para su tramitación exige el artículo 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOT). No ofrece duda alguna la concurrencia de los que mencionan los párrafos a) y b), puesto que la hipotética vulneración de los derechos constitucionalmente garantizados resulta directamente de la decisión judicial, no de los hechos que la originan, y que frente a ella se ha recurrido en casación, agotando así todos los recursos utilizables. Tampoco ofrece dudas, no obstante, el incumplimiento del requisito que impone el artículo 44.1.c) de invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Es cierto que, en el presente caso, en el acto de la vista del recurso de casación se invocó formalmente, al objeto de preparar este recurso de amparo, la vulneración de los artículos 14, 15 y 18.1 de la Constitución, dos de los cuales (el 15 y el 18.1) se alegan también en el presente recurso (en el que se menciona igualmente el 17 y, por el contrario, no se hace referencia alguna al 14), pero ni el acto de la vista es el primer momento en el que, una vez conocida la vulneración, hubo lugar para alegar su existencia, ni, sobre todo, guarda la invocación hecha relación alguna con el motivo único del recurso de casación, apareciendo en consecuencia como un ritualismo vacío, destinado a dar cumplimiento a lo que sin duda se entiende

como una pura y vacía formalidad. Una invocación meramente aparental de este género no satisface en modo alguno a la exigencia del artículo 44.1.c) de la LOTC.

La razón de ser que abona dicha exigencia (y, con ella, la interpretación puramente teleológica que del precepto que le impone hace este Tribunal) estriba, en efecto, en la necesidad de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama. Esa finalidad de la norma resulta burlada cuando la cuestión sometida ante el órgano judicial que sustancia el recurso se plantea en términos tales que éste no tiene ocasión de resolver sobre la posible existencia de una vulneración por el órgano inferior de unos derechos fundamentales que se mencionan de modo puramente lateral y cuya invocación se hace sólo, explícitamente, para preparar formalmente el posterior recurso de amparo.

El incumplimiento del requisito impuesto por el artículo 44.1.c) de la LOTC debería llevar en este punto a la declaración de inadmisibilidad del presente recurso de amparo si los artículos constitucionales que explícitamente se mencionan en él como vulnerados fueran los únicos que sirven de fundamento a la pretensión deducida. No es ello así, sin embargo, como veremos en el punto siguiente.

Segundo.—Aunque la dirección letrada haya omitido toda referencia al artículo 25.1 de la Constitución, es claro, como acertadamente manifiesta el Ministerio Fiscal, que lo que particulariza el presente recurso es el hecho de que el aborto sancionado por las sentencias impugnadas tuvo lugar en Londres, de manera que la norma penal fue aplicada a hechos acaecidos fuera del territorio español. Esta aplicación extraterritorial de la norma penal, destacada en la demanda y que fue realmente la que sirvió de base al motivo único del recurso de casación obliga a entender, con el Ministerio Fiscal, que aunque no cite expresamente el artículo 25.1 de la Constitución, la demanda de amparo alega su vulneración, que el Ministerio Fiscal no cree se haya producido, por entender que los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de aplicación al caso no afectan a la tipicidad, sino a las condiciones de perseguibilidad de los delitos y deben ser interpretados adecuadamente por la jurisdicción ordinaria competente.

Habiendo sido esta cuestión la debatida en el recurso de casación, es también evidente que respecto de esta fundamentación de la demanda no operan las causas de inadmisibilidad que analizábamos en el número anterior y que, en consecuencia, es necesario resolver sobre el fondo de la petición que se nos hace.

El hecho de que aun en ausencia de cita expresa particularizada, sea la cuestión de la supuesta vulneración del principio de legalidad penal la que centra el debate de las partes, como fue el centro del debate en el recurso de casación, nos dispensa de suscitarla haciendo uso de la facultad que nos confiere el artículo 84 de la LOTC. A ella dedicamos, en consecuencia, las consideraciones que siguen.

Tercero.—La sentencia de 15 de octubre de 1983 comienza afirmando que la interpretación judicial, cuyo norte y guía es la justicia material, no tiene otro valladar que el dogma de la legalidad, que en el campo punitivo adquiere su máxima exigencia como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano, de manera que si se produce una laguna ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía «in malam partem», no quedando en ese caso al Tribunal penal otro recurso que el de acudir al Gobierno en la forma prevista en el artículo 2.º, 1.º del CP.

Sostiene la Sala, sin embargo, a continuación que habrá que agotar los caminos hermenéuticos hasta encontrar la «ratio legis» del precepto que aparentemente no cubre el supuesto que se lleva a su conocimiento, que no siempre se desprende de su mera enunciación textual, consideración que entiende perfectamente válida para los casos de aplicación de la ley española en el extranjero, cuando en éste se comete el delito de aborto por españoles.

Este Tribunal ha declarado ya (sentencia número 89, de 2 de noviembre de 1983) que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento. También ha afirmado, sin embargo (ibidem), que una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal.

En el asunto que nos ocupa, la interpretación y aplicación que los recurrentes juzgan violatoria del derecho fundamental que les garantiza el artículo 25.1 de la Constitución no tiene por objeto el precepto penal que establece el tipo o determina la pena, esto es, no el artículo 414 del CP, sino aquel otro que, en términos generales, determina el ámbito de validez de las normas penales y que constituye, por tanto, lo que en la sentencia de casación se denomina «verdadera condición objetiva de punibilidad». Es obvio que el principio de legalidad pena

mo «garantía de seguridad jurídica para el ciudadano» cubre también los preceptos de esta naturaleza y que, por consiguiente, es indispensable analizar, para resolver acerca de la existencia o inexistencia de la violación que se alega, la interpretación y aplicación que las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo han hecho del artículo 339 de la vetersable Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cuarto.—La sentencia de la Audiencia Nacional considera sancionable por ella la conducta delictiva de los procesados por aplicación de lo dispuesto en los artículos 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación y concordancia con los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículos 8, 17, 29 y 30 del Código Civil, así como la Constitución de 1978, como establece con claridad meridiana la sentencia del más Alto Tribunal de 20 de diciembre de 1980.

A esta misma sentencia se refiere también el Tribunal Supremo, que sintetiza su razonamiento en las dos conclusiones siguientes: 1.ª, la de entender que el marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir a ley española es perpetrar un claro fraude de ley, hoy expresamente repudiado en el artículo 6.4 del Código Civil, y 2.ª, la de considerar que el artículo 339 de la LOPJ no excluye la punibilidad del aborto realizado por españoles en el extranjero, pues dicho artículo combina el principio de personalidad (respecto del sujeto activo del delito) con el real o de protección (respecto del sujeto pasivo).

Estas dos líneas argumentales son las que han de ser exploradas para resolver acerca de la corrección o incorrección constitucional de la interpretación impugnada.

Quinto.—La existencia de un fraude de ley que, como tal, no puede impedir la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (art. 6.4 del Código Civil) aparece sólo sumariamente apuntada en la sentencia de 15 de octubre de 1983 y más extensamente argumentada en la de 20 de diciembre de 1980, a la que aquélla se remite.

El fraude de ley existiría en el presente caso, de acuerdo con lo que en esa exposición más desarrollada se dice, porque al amparo de una norma de cobertura (la del art. 339 de la LOPJ), que se limita a señalar los requisitos de procedibilidad, se logra eludir otra (la de los artículos 411.2 y 414 del CP), que es la norma esquivada o defraudada y, en general, colocarse en frente de todo el ordenamiento jurídico que «atiende desde todos los frentes, incluido el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible».

La doctrina ha señalado la dudosa exactitud de identificar como norma de cobertura la del artículo 339 de la LOPJ y no, como parece más lógico, la del artículo 333 del mismo cuerpo legal que, en coincidencia con lo que dispone el artículo 8.1 del Código Civil, establece la territorialidad de las leyes penales, principio general que excepciona, para el supuesto allí contemplado, el mencionado artículo 339.

La objeción que no carece de trascendencia, puede ser provisionalmente dejada de lado porque la cuestión que en primer término hay que dilucidar es, claro está, la de la posibilidad de aplicar a una situación como la que analizamos la noción del «fraude de ley» o, en términos más generales, la de la compatibilidad entre esta figura y el principio de legalidad penal que consagra el artículo 25.1 de la Constitución.

Dicha figura implica la existencia de «actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él» (art. 6.4 Código Civil). Para que quepa hablar de fraude se requiere, por tanto, como supuesto inexcusable, la utilización de una norma cuya consecuencia jurídica, juzgada favorable o conveniente por quien recurre a ella, se intenta producir. En una situación como la que analizamos, sin embargo, la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de juridicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan por tanto los supuestos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley ni más en general cabe hacer uso de esta figura en la aplicación de la ley penal, pues la territorialidad de ésta (art. 8.1 del Código Civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley.

La ineluctabilidad de esta conclusión se patentiza por el resultado absurdo a que la contraria llevaría, pues en efecto si toda conducta punible en España, pero realizada por españoles en el extranjero, hubiera de conceptuarse como fraude de ley, resultarían manifiestamente superfluas todas las reglas que la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 335 a 341, incluido, claro está, el 339) establece para ampliar la punibilidad a hechos cometidos más allá de nuestras fronteras.

Las anteriores consideraciones bastan para poner de relieve que las sentencias impugnadas se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados. No bastarían, sin embargo, para invalidarlas, si el defecto no acarrearase como consecuencia una lesión en un derecho fundamental de los recurrentes, cuya garantía en último término está encomendada a este Tribunal.

El derecho en cuestión no puede ser otro que el de no ser condenados por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, derecho que el artículo 25.1 de la Constitución consagra. Tal derecho, que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera, como las propias sentencias impunadas declaran, la aplicación analógica «in pejus» de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude de ley se extendiese a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica.

Sexto.—La conclusión a que en el punto anterior se llega basta para fundamentar la estimación del presente recurso, pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal.

En las sentencias impugnadas hay, además del argumento del fraude de ley, otro argumento, en rigor incompatible con él, mediante el cual se intenta demostrar que, correctamente interpretado, el artículo 339 de la LOPJ hace también perseguibles y punibles en España los abortos voluntarios de españolas en el extranjero o, dicho de otro modo, que la punibilidad de los delitos cometidos en el extranjero por españoles contra otros españoles se extiende también al delito de aborto porque el feto ha de ser considerado como español.

Es claro que en este argumento la supuesta norma de cobertura pasa a convertirse en norma defraudada, destruyendo así uno de los supuestos del argumento anterior y que todo su desarrollo evidencia la naturaleza analógica del razonamiento que lleva a atribuir nacionalidad española al feto.

Establecida ya la improcedencia en este ámbito del fraude de ley, y destruida por tanto la posibilidad de la aplicación analógica, no es necesario entrar en el análisis detallado del razonamiento, hay sin embargo un extremo en él que nos parece indispensable aclarar, pues la interpretación teleológica que en él se intenta presentar la peculiaridad de que el telos no se extrae o deduce de la norma a interpretar (el art. 339 de la LOPJ), sino de las normas del Código Penal que castigan el aborto como delito contra las personas y, sobre todo, del artículo 15 de la Constitución que consagra el derecho a la vida como un «derecho primordial y fundamental ante el cual deben ceder ficciones y presunciones de derecho privado».

La debilidad de una interpretación teleológica en la que el telos es extrínseco a la norma o a la institución de que ésta forma parte es por sí misma evidente, pero, sin insistir en ello, ni alargarnos sobre la deducción telética hecha a partir de la incardinación sistemática del delito de aborto en el Código Penal, es imprescindible hacer alguna observación sobre la construcción basada en el artículo 15 de la Constitución.

No hay inconveniente en reconocer, de acuerdo con lo que allí se dice, que, según este precepto, la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros deberes sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga. Ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que, sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de la sanción penal. La naturaleza fundamental de un derecho, el derecho a la vida o cualquier otro, no permite prescindir de las ficciones o presunciones de derecho privado, ni de ninguna de las categorías jurídicas que a través de una obra de siglos nuestra civilización ha ido construyendo para asegurar la libertad en la sociedad. Y no permite, desde luego, prescindir en el presente caso del derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito perseguible en España según la legislación vigente.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo y, en consecuencia:

Primero.—Anular la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983 y, la que ésta confirma, dictada por la Audiencia Nacional el 10 de noviembre de 1981.

Segundo.—Reconocer el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero. Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 27 de junio de 1984.—Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Rubio Llorente, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Antonio Truyol Serra, Francisco Pera Verdaguer. Firmados y rubricados.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente*

Comparto sin reservas tanto el fallo como la fundamentación de la sentencia, por lo cual he votado a favor de la misma. No obstante, entiendo que, además de los argumentos contenidos en los fundamentos jurídicos, el fallo hubiera debido basarse en los siguientes argumentos:

El Tribunal Supremo en el considerando tercero de la sentencia impugnada (Sala Segunda, 15 de octubre de 1983) afirma que si bien es cierto que el artículo 339 de la LOPJ invoca «el principio de personalidad» para el sujeto activo del delito cometido en suelo extranjero por un español contra otro español, «no es menos cierto que respecto del sujeto paciente de la actividad delictiva aplica el (principio) de protección, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, en nuestro caso el embrión que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española: es decir, que se trata de una vida española, que por su estado de dependencia sigue la condición de la madre española...». Que el embrión, y luego el feto, son presupuestos biológicos sucesivos e indispensables para el nacimiento de una persona humana a la cual corresponderá, según las reglas a menudo conflictivas del Derecho internacional privado y las del Derecho interno, una u otra nacionalidad y, en su caso, la española, es algo que aquí no discutimos. Sin embargo, que ese embrión sea «una vida española» constituye una afirmación que no es posible compartir. En el artículo 15 de la CE «todos» es un significante incompleto que reclama un sustantivo susceptible de tener derecho a la integridad moral y de no poder ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes puesto que «todos» actúa como sujeto de los distintos predicados enunciados en el inciso primero de tal artículo. Una interpretación sistemática del mismo precepto constitucional que lo ponga en relación con los artículos 27.1 y 28.1, así como la comparación entre los incisos iniciales de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 de la CE evidencian que «todos» equivale a «todas las personas», y que la persona humana es el verdadero titular de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 15 de la CE. El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera «*spes hominis*». El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que «el nacimiento determina la personalidad». Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La «*fictio iuris*» en favor del «*nasciturus*» contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona. Por lo que concierne a la nacionalidad española, el artículo 11.1 CE dice que se adquiere «de acuerdo con lo establecido por la Ley», lo que equivale a una remisión, entre otros preceptos, al citado artículo 29, inciso primero, del Código Civil. Antes del nacimiento no hay persona ni hay nacionalidad atribuible a lo que, después, será persona. No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de «vida española», salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico, vocado a la precisión, por el metafórico. El aborto, aunque sea delito en todo caso (afirmación cuestionable en España después de la Constitución, dada la muy dudosa constitucionalidad del artículo 411 del Código Penal, que aquí no es posible examinar), y aunque lo cometa un español en otro país, jamás puede ser cometido contra otro español (entendiendo por tal al feto), porque el embrión o el feto de madre española no tiene nacionalidad española puesto que no es persona. La interpretación del 339 LOPJ realizada por la Sala Segunda en el párrafo antes transcrito no es admisible a la luz de la Constitución, que es la norma desde la cual (y no desde la sedicente «justicia material») hay que interpretar el resto del ordenamiento jurídico.

Dada en Madrid a 28 de junio de 1984.—Francisco Tomás y Valiente.—Firmado y rubricado.

**VOTO PARTICULAR QUE EN EL RECURSO DE AMPARO NUMERO 785/83 FORMULA EL MAGISTRADO DON FRANCISCO PERA VERDAGUER.**

El Magistrado que suscribe, Francisco Pera Verdaguer, que mostró oportunamente su discrepancia respecto de la sentencia dictada en este recurso constitucional de amparo número 785/83, deducido por doña X. Y. Z. y don H. Y. J., la formaliza mediante el siguiente voto particular, comprensivo de los razonamientos que en su sentir deben conducir a la denegación del amparo solicitado.

Acerca de la necesidad de la invocación ante los Tribunales ordinarios del derecho pretendidamente vulnerado, éste constitucional afirmó—incluso para inadmitir a trámite recursos—que el artículo 44.1.c) de su Ley Orgánica exige, como requisito para poder entablar el amparo, cuando la violación de los derechos y libertades tenga su origen en un acto u omisión de un órgano judicial, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como,

una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello, siendo el objeto de este requisito el de facilitar a Jueces y Tribunales la oportunidad de pronunciarse sobre las posibles infracciones de aquellos derechos y libertades, oportunidad de la que no dispuso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pues en el recurso de casación interpuesto por los demandantes de amparo no se invocó la infracción del artículo 25 de la Constitución Española, como pudo haberse hecho, ya que la violación de tal artículo, de haber existido, se habría producido en la sentencia de la Audiencia (autos de las Salas Primera y Segunda de 30 de mayo y 6 de junio de 1984, recursos de amparo números 135/84 y 215/84).

En el presente recurso constitucional de amparo consta, igualmente que en los precitados recursos, que de haberse vulnerado el artículo 25 de la CE lo habría sido en la sentencia dictada por la Audiencia, no obstante lo cual la parte que se estima lesionada, al recurrir en casación la fundamenta en la aplicación indebida del artículo 414 del Código Penal, pero omite del modo más absoluto la cita del referido artículo 25, así como argüir sobre el quebrantamiento del principio de legalidad, siendo que pudo—de acuerdo con la doctrina legal y criterio de aplicación que acabamos de invocar—hasta integrar un exclusivo motivo de casación fundado en esa repetida circunstancia, y sin que parezca prudente, merced a abstracciones y consideraciones generalizadas, entender que existió una invocación implícita, reputándola suficiente a estos fines para derivar el planteamiento de la cuestión debatida hacia el campo o ámbito del principio de legalidad; y ello mayormente porque no parece adecuado que en este delicado tema de la revisión de las sentencias de los Tribunales ordinarios—en este caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo—se lleguen a anular las de aquel Supremo órgano al socaire de planteamientos implícitos o presumibles, o sobreentendidos, siendo lo cierto que la cuestión propiamente dicha no fue suscitada, ni debatida, ante aquella jurisdicción ordinaria, ante la que no se formuló ni una sola alegación—ni por lo tanto la Sala Segunda aborda la materia—referente a si la sentencia de instancia violó o no el principio de legalidad.

A juicio del Magistrado que formula este voto particular es absolutamente insuficiente—a los fines que quedan apuntados—razonar tomando como base que en definitiva la cuestión fue objeto de atención en la sentencia aquí impugnada, puesto que la lectura de la misma evidencia que todo el tratamiento del tema, por supuesto congruentemente con los planteamientos que tuvo a bien realizar la recurrente en casación, se circunscribió a la interpretación de la legalidad ordinaria, incluida en los pertinentes preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 retores del principio de extraterritorialidad de la Ley penal—condiciones de perseguibilidad para muchos—, sin ni siquiera llegar a rozar la posibilidad de que de algún modo todo ello afectara al citado principio de legalidad establecido de antiguo en nuestro ordenamiento y constitucionalizado en el artículo 25 del texto fundamental.

Si debemos atribuir algún sentido a lo mandado en el artículo 44.1.c) de LOTC sin desvirtuarlo hasta el punto que pretendemos haber puesto de relieve y evitar que el Tribunal Supremo llegue a dictar resoluciones que luego se esterilizan so pretexto de haber incidido en violaciones de derechos fundamentales de las que no trató, pese a que legalmente pudo y debió tener noticia merced a las alegaciones de las partes que tampoco las acusaron, resulta de todo punto imposible compartir la tesis que la mayoritaria sentencia refleja y de la que por ello disintimos.

La LOTC establece en su artículo 50 una serie de motivos de inadmisibilidad del recurso de amparo, afectantes al plazo, defectos en la demanda, omisión de documentarla, carencia de contenido, derechos no protegibles o tema prejuzgado, más sin pretender establecer tratamientos diferenciados, no parece aventurado afirmar que posibles criterios de flexibilidad y antiformalismo admisible y aún aconsejables en determinados supuestos, deben hallar mayor obstáculo cuando se trata del incumplimiento radical de la exigencia a que repetidamente nos venimos refiriendo.

Entiende este Magistrado que la exigencia de la invocación formal del derecho constitucional vulnerado por órganos judiciales cobra especial relieve, y que, por paradójico que parezca, es precisamente el término «formal» que utiliza el legislador, el que aparta aquella «invocación» de lo que pueda asemejarse a un puro formalismo retórico y menospreciable, pues no se trata de la exigencia de un trámite o del empleo de una fórmula en realidad inocua a los fines que la norma pretende, sino bien al contrario, de la necesidad de que el órgano judicial, presuntamente violador de derechos fundamentales de la persona, cuando su misión alcanza incluso prioritariamente a velar por su respeto, sea oportunamente advertido de todo ello y tenga posibilidad—y deber—bien de rectificar, dando satisfacción al agraviado, bien de persistir conscientemente en su posición, pero nunca posibilitando que se dicte una sentencia—incluso como en este caso por el órgano Supremo jurisdiccional—sometida a la eventualidad de que sea anulada por un motivo que permaneció siempre ausente del debate. En realidad así lo ha aceptado el Tribunal Constitucional en las resoluciones que anotamos al inicio de esta fundamentación.

Cabe todavía añadir que desde otra perspectiva un aspecto en cierto modo similar aflora asimismo en el presente caso, y no

otro que el de resolverse el recurso de amparo sobre razones, motivaciones y pretensiones a las que la parte recurrente permaneció ajena, siguiendo su conducta anterior, puesto que se limitó a citar como vulnerados y a argumentar referentemente a los derechos a la vida e integridad de la madre, salud de la misma, desarrollo de la personalidad, libertad de

las personas e intimidad, establecidos en los artículos 15 en relación con el 43, 10.1, 17.1 y 18.1 todos de la Constitución Española, sin referirse tampoco ante nosotros al artículo 25 ni a su contenido.

Dada en Madrid a 2 de julio de 1984.—Francisco Pera Verdaguér.—Firmado y rubricado.

**17114** *Plano. Recurso de inconstitucionalidad número 35/1983. Sentencia número 78/1984, de 29 de junio.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente; don Jerónimo Arozamena Sierra, don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begoñe Cantón, don Luis Díez-Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Angel Escudero del Corral don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguér, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

en el recurso de inconstitucionalidad número 35/1983, promovido por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra el artículo 3.1, a), de la Ley 11/1982, de 8 de octubre, del Parlamento de Cataluña, de creación del Instituto Cartográfico de Cataluña. Ha sido parte el Parlamento de Cataluña, representado por su Presidente, y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, representado por el Abogado don Manuel María Vicens Matas, y ponente el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. ANTECEDENTES

1. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 3.1, a), de la Ley 11/1982, de 8 de octubre, del Parlamento de Cataluña, sobre creación del Institut Cartogràfic de Catalunya, con invocación del artículo 161.2 de la Constitución, pidiendo que, tras los trámites procedentes, este Tribunal declare inconstitucional y nulo dicho precepto legal. Las alegaciones del recurrente en apoyo de su pretensión son en síntesis las siguientes:

La actividad cartográfica, al margen de su condición puramente instrumental al servicio de muy variados fines, posee un núcleo ante el que nos encontramos con un auténtico servicio público. Desde su creación por Decreto de 12 de septiembre de 1970, el entonces denominado Instituto Geográfico (hoy, y tras sucesivos cambios de denominación, Dirección General del Instituto Geográfico Nacional, por Reales Decretos 2768/1976, de 4 de diciembre, y 2761/1977, de 20 de octubre, más la Orden de 30 de abril de 1982) ha tenido, entre otras competencias, la de elaboración y revisión de los Mapas Topográficos Nacionales, lo que queda especialmente de manifiesto en los artículos 1 y 5 del Decreto de 13 de marzo de 1958 que aprobó el Reglamento del Instituto (no alterado por los citados Reales Decretos 2768/1976 y 2761/1977). De estas y de otras normas complementarias se desprende la configuración de un auténtico servicio público cartográfico asumido por la Administración pública, ejercido por la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional (en adelante IGN) y principalmente conectado con la confección y constante actualización de los Mapas Topográficos Nacionales y del Catastro Topográfico Parcelario.

Ahora bien, los resultados de la actividad cartográfica están sometidos en ciertos casos a regímenes jurídicos de singular intervención administrativa. Destacan en este sentido las medidas adoptadas en relación con fines de defensa nacional relacionados con el Consejo Superior Geográfico y con el Servicio de Coordinación Cartográfica de las Fuerzas Armadas. Así, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 28 de abril de 1978, modificada parcialmente por otra de 15 de marzo de 1979, establece la exigencia de previa autorización del Consejo Superior Geográfico, para: a) la realización de trabajos de levantamiento topográfico y fotométrico a cualquier escala siempre que el territorio afectado tenga una extensión superior a 1.000 hectáreas; b) las publicaciones cartográficas si la escala de los mapas está comprendida entre 1:500.000 (para mapas cartográficos) y entre 1:5.000 y 1:100.000 (para mapas temáticos). Todo ello al margen de otras medidas relacionadas con materias reservadas o con zonas clasificadas como «de interés para la defensa nacional» o como «de seguridad». En consecuencia, con carácter general los levantamientos topográficos y fotométricos respecto a territorios de cierta extensión y la publicación de trabajos cartográficos de determinadas escalas, por su directa repercusión en la defensa nacional, están sometidos a un régimen de autorización previa.

De otra parte, España está sometida en materia de cartografía a determinadas responsabilidades asumidas en el orden internacional, tanto en una línea de coordinación internacional sobre aspectos técnicos como en lo concerniente a acuerdos con

otras naciones, ya de carácter general, ya para proyectos concretos.

Existe, pues, siempre según el Abogado del Estado, una «preocupación por la unidad cartográfica de España», una incidencia de los trabajos cartográficos en la defensa nacional y, finalmente, una importante proyección internacional de esta actividad.

Pasando a otro orden de problemas el Abogado del Estado afirma que ni en los artículos 148 y 149.1 de la CE, ni en el Estatuto de Cataluña (en adelante EAC), se hace referencia a la actividad cartográfica. Ello determina que, dejando al margen la actividad reflexiva, medial o instrumental de la cartografía y ciñéndose al núcleo de tal actividad que se sustantiva como servicio público, el silencio de la Constitución implique la atribución de tal competencia al Estado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE. Es cierto que la ordenación del territorio, la agricultura, el comercio, la industria, la investigación o la educación —materias todas sobre las que es titular de competencias la Comunidad Autónoma de Cataluña— pueden requerir una determinada instrumentación cartográfica. Pero la extensión de los títulos competenciales que correspondan a la Comunidad Autónoma sobre la instrumentación cartográfica que en cada caso sea precisa no es lo que aquí se está cuestionando. La competencia del Estado que fundamenta el recurso es la que se encuentra configurada como servicio público cartográfico. Acotando el problema a la cartografía de base, sobre la cual se construyen la cartografía derivada y la temática, se elabora cada vez con un mayor grado de detalle a medida que lo permiten los progresos técnicos, pero en todo caso implica los conceptos de unicidad, homogeneidad y soporte común. Su repercusión sobre la defensa nacional, al menos cuando se hace a determinada escala (Ordenes ya citadas de 28 de abril de 1978 y de 15 de marzo de 1979) es notoria. Eso y las repercusiones sobre relaciones internacionales determinan el carácter exclusivo y excluyente con que corresponde al Estado la cartografía de base.

El Abogado del Estado examina por último la Ley 11/1982, de 8 de octubre, del Parlamento de Cataluña, y señala que el silencio del EAC al respecto permitiría cuestionar la viabilidad de la Ley en su conjunto y la constitucionalidad misma de la creación del Institut Cartogràfic de Catalunya. Sin embargo, atendiendo al carácter frecuentemente instrumental de la cartografía y en tal sentido a la inclusión de la misma en el título competencial concerniente a la materia de la que en cada caso se trate, debe entenderse viable que en el uso de su potestad autoorganizadora la Comunidad establezca un ente que, en su ámbito gestione centralizadamente «la actividad cartográfica medial». A pesar de ello el artículo 3 de la Ley asigna al nuevo Ente «competencias propias de los servicios estatales». En efecto, siendo la cartografía de base el núcleo del servicio público cartográfico, es de exclusiva competencia estatal. La inconstitucionalidad del precepto no se salva por la salvedad contenida en la disposición final primera de la Ley del Parlamento, por lo cual se postula terminantemente la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3.1, a), de la misma. En cuanto a las funciones recogidas en las letras b, c, d y e del artículo 3.1, así como respecto a los preceptos 4.1 y 11.2 de la Ley impugnada, el Abogado del Estado solicita del Tribunal la declaración de que el respeto de las competencias estatales (disposición final 1.ª) determina que las tareas de coordinación del Institut Cartogràfic de Catalunya en ningún caso puedan constituir impedimento para el ejercicio por los Organismos estatales de sus respectivas funciones.

2. El Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso, publicar la formalización del mismo en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial de la Generalidad», dar traslado del recurso a los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, así como al Parlamento de Cataluña y al Consejo Ejecutivo de la Generalidad y, finalmente, comunicar a los Presidentes de estos dos órganos la suspensión del artículo 3.1, a), de la Ley 11/1982, de 8 de octubre.

Comparecieron dentro de plazo el Consejo Ejecutivo y el Parlamento, aquél por medio de representante, éste a través de su Presidente. Por providencia de 15 de febrero de 1983 se otorgó al representante del Consejo Ejecutivo la prórroga del plazo para alegaciones por él solicitada. Dentro de plazo presentaron sus respectivas alegaciones el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña.

3. El Presidente del Parlamento de Cataluña concluye su escrito de alegaciones pidiendo al Tribunal que desestime el recurso contra el artículo 3.1, a), de la Ley 11/1982, de 8 de octubre, declarando su validez por ser perfectamente ajustado a la Constitución. Funda su petición en los siguientes razones.

Cualquiera que sea la noción de servicio público que se sustente, en ningún caso implica necesariamente una situación fáctica de monopolio. Que una Administración Pública ejerza una