

defensa de los entes públicos, pueden ceder exigencias establecidas con carácter general, o no ser las mismas de aplicación.

Más en concreto, por lo que importa a la defensa de los entes autonómicos, o de sus órganos, está legalmente consagrada la calificación de los mismos como «Administración Pública», y así lo proclama —por lo que a este recurso afecta—, el artículo 43.1, del Estatuto de Andalucía, expresivo de que la Comunidad Autónoma es Administración Pública, a los efectos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que es tanto como decir —en el aspecto que aquí importa— que, en cuanto a la defensa del ente, cabrá que la misma sea asumida por la abogacía del Estado, liberado éste, por supuesto, de la exigencia de su adscripción a un Colegio de Abogados, para lograr la debida habilitación legal, pues así resulta del artículo 46.2, del Decreto de 27 de julio de 1943, aprobatorio del Reglamento de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, y del Cuerpo de Abogados del Estado, expresivo de que, por el hecho de su nombramiento, destino y posesión, quedan habilitados, tanto en la Administración, como en los Tribunales, para el ejercicio de todas las funciones, y para el desempeño de todos los servicios propios de su cargo.

En realidad, cabe decir, que la relación funcional que vincula, en supuestos como el de autos, a quienes defienden como Letrados a estos entes, viene a privar de la razón de ser del sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos, con lo que, en definitiva, interpretando en tal sentido la normativa, a todo ello atinente, es permisible dar, en este aspecto, a la defensa de las Comunidades Autónomas un tratamiento parejo a la del Estado.

12356 Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 733/1983.—Sentencia núm. 70/1985, de 31 de mayo.

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 promovido por doña Josefa Perales Sofín, doña María Covadonga Martínez Terceño, doña Faustina Herrezuelo Morales, doña Asunción Taboada Andrade y don José Seara González, representados por la Procuradora doña Felisa López Sánchez, bajo la dirección de Abogado, contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en 11 de octubre de 1983 resolviendo recurso de casación contra la de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de marzo de 1982 en causa seguida por delitos de aborto.

En el proceso ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Pera Verdaguer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Primero.—Con fecha 7 de noviembre de 1983 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito presentado por la Procuradora doña Felisa López Sánchez, en nombre y representación de doña Josefa Perales Sofín, doña Covadonga Martínez Terceño, doña Faustina Herrezuelo Morales, doña Anunciación Taboada Andrade y don José Seara González interponiendo recurso de amparo contra la Sentencia dictada el 11 de octubre de 1983 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolviendo recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya el 24 de marzo de 1982 en la causa sumario núm. 178/1976 por delitos de aborto; Sentencia, ésta última, que absolvió, entre otras, a doña Covadonga Martínez Terceño y doña Anunciación Taboada Andrade, por no constar acreditado su previo estado de embarazo y doña Faustina Herrezuelo Morales, por la aplicación de la eximente número 7 del art. 8 del Código Penal, y condenó a don José Seara González como inductor de un delito de aborto en grado de frustración.

Recurrida en casación la Sentencia por el Ministerio Fiscal y por la representación de don José Seara González la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que dictó el día 11 de octubre de 1983; condenó a los demandantes doña Asunción Taboada Andrade y doña María Covadonga Martínez Terceño a la pena de 20.000 pesetas de multa con arresto sustitutorio de quince días, a doña Faustina Herrezuelo Morales a dos penas iguales a la anterior y a don José Seara González a la misma pena y otra de un mes y un día de arresto mayor.

En suma, se estima que el artículo 50. de la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 21 de julio de 1983, permite reputar cumplidas las exigencias relativas a la habilitación del Letrado al que se encomienda la defensa, y que, en otro caso en que la interpretación contraria afecte a la efectiva dispensación de la tutela judicial, establecida en el artículo 24.1, de la C. E., como puede ser la privación de un recurso ante un Tribunal superior, será tanto como vulnerar ese derecho fundamental.

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 solicitado por la Junta de Andalucía, y declarar la nulidad de los autos dictados por el Tribunal Central de Trabajo, en 8 de mayo y 15 de junio de 1984, en el Recurso número 636, de tal año, debiendo tenerse por interpuesto el recurso de duplicación a que dichas resoluciones se contraen.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 30 de mayo de 1985.—Jerónimo Arozamena Sierra.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Francisco Tomás y Valiente.—Antonio Truyol Serra.—Francisco Pera Verdaguer.—Firmados y rubricados.

Los demandantes estiman que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo es contraria a la Constitución por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, el Tribunal Supremo ha aplicado el art. 52.2 del Código Penal, entendiendo que éste abarca tanto los supuestos de inidoneidad de medios como los de objeto imposible —ausencia de objeto o bien jurídico, supuesto este último al que corresponde el presente caso, lo cual significa, como había reconocido la Sala de la Audiencia de Vizcaya— que distingue entre inidoneidad del medio y ausencia de objeto, considerando no punible este último una hipertrofia del catálogo de conductas punibles que vulnera los principios de legalidad, mínima intervención de *in dubio pro reo*, consideran lesionado el art. 24 de la C. E.

b) En segundo lugar el Tribunal Supremo ha interpretado la exigencia de extrema necesidad negando su aplicación, sin tener en cuenta preceptos constitucionales que han de estar presentes en la misma, en concreto sin respeto al derecho a la integridad física y moral, a la salud, a la libertad y seguridad, a la dignidad, a la intimidad personal y familiar y a la libertad ideológica y religiosa (arts. 15, 16.1, 17.1, 18.1).

c) En tercer lugar estiman violado el principio de igualdad porque con identidad de hechos probados otras procesadas no fueron condenadas.

Solicitan que declaremos la nulidad de la Sentencia del T.S. y la inconstitucionalidad del párrafo 2.º del art. 52 del Código Penal.

Segundo.—El recurso de amparo fue admitido a trámite por providencia de 25 de enero de 1984 recabándose las actuaciones judiciales; recibidas las cuales, se acordó por providencia de 29 de febrero dar vista de las mismas a la representación de los recurrentes y al Ministerio Fiscal para que formularan sus alegaciones conforme al art. 52 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

La representación demandante ha ratificado cuanto expuso en su demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal expone que carece de solidez la fundamentación de la primera alegación de la demanda, relativa a la supuesta infracción del derecho a la presunción de inocencia que supone la construcción legal de delito imposible equiparado por el párrafo segundo del art. 52 del Código Penal al grado imperfecto de comisión que constituye la tentativa. Porque —argumenta el Ministerio Fiscal— cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre la oportunidad de dicha equiparación —cuestión reservada, en principio, a la libre opción del legislador— lo que no es cierto, en absoluto, es que por obra de la misma se invierta la carga de la prueba de suerte que, quien resulte acusado de delito imposible por inexistencia de objeto, deba ser tenido por culpable en tanto no demuestre, lo contrario; es obvio que, en este caso como en cualquier otro en que una persona sea acusada de delito, será el acusado quien tenga que asumir el *onus probandi* y desvirtuar la inicial presunción de inocencia del acusado, para lo cual en el caso concreto del aborto que no pudo llegar a ejecutarse por no estar la mujer encinta —o no constar suficientemente que lo estuviese, que para lo que aquí interesa sería igual— quien formularse la acusación tendría que probar, en términos que convenciesen al Tribunal, que el acusado o acusada dio comienzo a la ejecución de actos externos inequívocos.

camente enderezados a la producción de un aborto con el propósito deliberado —o al menos, con el dolo eventual— de interrumpir un embarazo que creía o suponía cierto. Y si tal prueba no se llevase a cabo, no se alcanza qué presunción de culpabilidad podría actuar contra el acusado conculcando y conculcando su derecho a la presunción de inocencia.

Se refiere seguidamente el Fiscal a la alusión que hace la demandada a la supuesta incompatibilidad entre la punibilidad del delito imposible por inexistencia de objeto o bien jurídico protegido y el principio de legalidad, tema que ha sido objeto de un amplio tratamiento y de diversa solución en la Sentencia de la Audiencia Provincial y en la del Tribunal Supremo. Y aunque, a primera vista, se trata de un problema de estricta legalidad —la interpretación del párrafo segundo del art. 52 del Código Penal— que no procedería abordar en sede constitucional una vez decidido por el órgano jurisdiccional superior, hace el Fiscal referencia al grado y medida en que el principio de legalidad puede verse afectado por el castigo del delito cuya producción es imposible por la pura y simple inexistencia del objeto protegido por la norma penal: lo que garantiza el principio de legalidad constitucionalizado en el art. 25.1 de la Constitución (C.E.) es, de una parte, la seguridad jurídica de quienes, como consecuencia de aquél, no podrán ser condenados o sancionados sino en virtud de normas legales que hayan tipificado los actos que se les imputan, antes de su producción, como delitos, faltas o infracciones administrativas y, de otro, que nadie podrá ser condenado sino por una acción o una omisión, es decir, por un hecho visible y concreto, no por un pensamiento, un deseo o una tendencia; pues bien, que si una norma legal previa como el art. 52, párrafo segundo, del Código Penal establece la punibilidad del delito imposible y la agresión ideada —aunque condenada al fracaso— del bien jurídico protegido se pone en marcha, como aconteció en los casos que han dado origen a este recurso, mediante actos exteriores de sentido unívoco, no hay motivo alguno para atribuir a la Sentencia que condenó tales actos como delito imposible una violación del principio de legalidad. Y, concluye el Ministerio Fiscal, si ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio de legalidad han sido, en forma alguna, agravados por la aplicación del mencionado precepto penal, es clara la improcedencia de que esta Sala haga uso de la facultad que le concede el art. 55.2 de la L. O. T. C. en orden a la eventual declaración de inconstitucionalidad del referido art. 52, párrafo segundo, del Código Penal.

Examina después el Fiscal las invocaciones que se hacen en el recurso del derecho a la libertad y del derecho a la intimidad personal y familiar, consagrados por los arts. 17.1 y 18.1 de la C.E. específicamente aplicable a los demandantes siendo aplicable al único varón que figura como actor sólo lo hasta ahora expuesto, con la invocación del derecho genérico de libertad se rechaza por las demandantes la corrección constitucional de la condena que se les ha impuesto, por entender que la misma implica una negación del que creen su absoluto derecho a decidir —y a actuar de acuerdo con lo decidido— en relación con su futura maternidad lo que implicaría su derecho a poner término a su embarazo a su libre voluntad, fundamentación que cede ante la inexistencia de derechos ilimitados como ese alto Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones. En este caso, los derechos de la mujer gestante a la libertad personal y a la intimidad tienen un límite, en la perspectiva que ahora interesa, en la protegibilidad de la vida intrauterina que, como las propias demandantes reconocen, es un bien o valor constitucional; siendo de tener en cuenta que la alegación de las demandantes enfrenta a la vida intrauterina no con el posible derecho de la mujer gestante a salvaguardar otros bienes o valores puestos en peligro por aquélla, sino simplemente con el supuesto derecho de la mujer a destruir según su libre voluntad dicha vida.

La cuestión adquiere perfiles muy distintos cuando el derecho fundamental que se toma en cuenta —de los alegados en la demanda— es el derecho a la integridad física y moral proclamado en el art. 15 de la Constitución, puesto en relación con el art. 43.1 que reconoce el derecho a la protección de la salud. Podemos prescindir de este último derecho-prestación no susceptible de tutela por la vía especial del amparo y que no cabe confundir, por otra parte, con «el derecho a la salud» que puede entenderse comprendido, sin esfuerzo, en el derecho a la integridad física y moral que proclama el art. 15. De todas formas, parece evidente que el posible conflicto entre el mantenimiento de la vida intrauterina y el derecho a la salud de la madre gestante es sustancialmente diverso al mero enfrentamiento entre la primera y la desnuda voluntad contraria de la segunda. Porque, si bien aparece probado que dos de las demandantes, doña Anunciación Taboada y doña Faustina Herrezuelo, padecían cuando cometieron el hecho alguna anomalía orgánica —la primera, la que deriva de un determinado factor Rh; la segunda, lo que vagamente se califica en la Sentencia de instancia como «delicado estado de salud»— es lo cierto que tales anomalías ni fueron consideradas especialmente relevantes para la absolución por la Audiencia Provincial ni —lo que es más impor-

tante— fueron desconocidas en su fallo condenatorio por el Tribunal Supremo, sino valoradas por éste como insuficientes para exculpar las conductas enjuiciadas, por no estimar debidamente acreditada su gravedad. Y es esta una apreciación que parece ha de competir exclusivamente al órgano jurisdiccional, por mandato del art. 117.3 de la C.E.

Por motivos análogos excluye el Fiscal el planteamiento en esta sede constitucional de la valoración que el Tribunal penal haya hecho de las circunstancias socio-económicas que rodeaban a las acusadas y que, eventualmente, pudieron influir en su decisión de abortar, apreciación en la cual hay que respetar el criterio judicial: oponiéndose al Ministerio Fiscal —sobre todo— porque sería un pronunciamiento para el que este Tribunal no está investido de competencia por los arts. 161 de la C.E. y 2.º de nuestra Ley Orgánica— a la petición deducida en la demanda de que se declare la inconstitucionalidad de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en relación con la aplicación al delito de aborto de la circunstancia eximente número 7 del art. 8.º del Código Penal.

Por último, expone y razona el Ministerio Fiscal la inaplicabilidad al presente caso de la libertad ideológica y religiosa que garantiza el art. 16.1 C.E., así como el principio de igualdad consagrado en el 14 C.E. y que los demandantes exponen contrastando la legislación española con la de otros países.

Tercero.—Por providencia de 9 de mayo de 1984 se acordó tener por concluido el trámite de alegaciones y no acceder a la petición de vista oral que había formulado la representación actora por haberse tramitado el recurso mediante alegaciones escritas conforme al art. 52.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal; señalándose para deliberación y votación del recurso el día 6 de junio de aquel año, quedando en suspenso la deliberación por seguirse ante el Tribunal Pleno el recurso previo 800/1983 pendiente a la razón de deliberación y fallo y producido éste el 11 de abril del año actual, se señaló de nuevo para la deliberación y votación el día 22 de mayo.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—Se sostiene en la demanda de amparo que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1983 infringe el derecho a la presunción de inocencia, garantizado en el art. 24.2 de la Constitución Española, al aceptar y aplicar —en este caso concreto respecto del delito de aborto— la construcción legal del delito imposible, equiparado por el párrafo segundo del art. 52 del Código Penal al grado imperfecto de comisión que constituye la tentativa, y en aquel sentido se alega esencialmente que tal vulneración acaece toda vez que se produce de tal modo una inversión de la carga de la prueba y se prescinde de la necesidad de excluir presunciones de culpabilidad.

Se trata de una tesis de escasa consistencia ya que de ningún modo se invierte la carga de la prueba hasta el punto de que —según apunta el Ministerio Fiscal— quien resulte acusado de delito imposible por inexistencia de objeto deba ser tenido por culpable en tanto no demuestre lo contrario, ya que en tal caso, parejamente a lo que sucede en cualquier otro en que una persona sea acusada de la comisión de un delito, será el que tal sostenga quien deba asumir el *onus probandi*, desvirtuando la inicial presunción de inocencia del acusado, lo que, referido al concreto caso del aborto que no puede llegar a ejecutarse por no estar embarazada la mujer, quien formule la acusación tendrá que aportar ante el Tribunal prueba suficiente de que el acusado dio comienzo a la ejecución de actos externos inequívocamente enderezados a la producción de un aborto con el propósito deliberado —o al menos con dolo eventual— de interrumpir un embarazo que creía o suponía cierto, y de no llevarse a cabo tal prueba ninguna imputación de culpabilidad podría actuar contra el acusado, pues de otro modo sí que se violaría su derecho a la presunción de inocencia.

Por suficientemente conocidas es ocioso referirse aquí a las múltiples argumentaciones, y aun teorías, en justificación unas y en denuesto otras, de la punibilidad del delito imposible, pero si es conveniente recordar que dentro del segundo grupo, en el que hallamos una notable gama de puntos de vista y consiguientes razonamientos, ni uno sólo busca apoyo en que mediante la aceptación de tan cuestionado instituto no ya se vulnera el derecho a la presunción de inocencia o se invierte el principio referente a la carga de la prueba, sino ni siquiera que tangencial o indirectamente guarden entre sí relación o conexión alguna.

Segundo.—En cierto modo como de pasada se alude en el escrito de la parte recurrente, y sin expresa cita del art. 25.1 de la C.E., a la posible vulneración del principio de legalidad en el supuesto de admitirse la punibilidad del delito imposible por inexistencia de objeto o bien jurídico protegido, punto de vista que no puede compartirse ya que lo constitucionalmente garantizado en aquella norma lo es en bien de la libertad del ciudadano al no permitirse sanciones o condenas sino en virtud de normas legales que hayan tipificado los actos que se imputen al sujeto, antes de su produc-

ción, como delitos, faltas o infracciones administrativas, amén de no poder ser condenado sino por una acción u omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamientos, deseos o tendencias, y todo esto queda por entero salvaguardado y respetado en el caso que suscita el actual recurso de amparo, ya que el Tribunal Penal se limitó en este aspecto a aplicar una norma —el art. 52.2 del Código sustantivo— que establece la punibilidad del delito imposible, norma desde luego preexistente a la producción de los hechos enjuiciados, constando igualmente la realidad de la inequívoca producción de una serie de actos exteriores de sentido unívoco.

Tercero.—Es lo cierto que en orden a la pertinencia de que nuestra positiva legislación penal admita o no la punibilidad del delito imposible, equiparándolo en el art. 52.2 de la norma básica de aquel ordenamiento al grado imperfecto de comisión que constituye la tentativa, contrariamente a lo aseverado por la parte recurrente en el sentido de que todo esto no es otra cosa que una particularidad histórica del Derecho Penal español preconstitucional, la vigencia del repetidamente citado art. 52.2 del Código Penal se mantiene inalterable incluso tras la promulgación y vigencia de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que reformó de un modo sensible y extenso aquel Código.

Cuarto.—El Tribunal Penal acordó determinadas absoluciones a consecuencia de retirada de acusación, prescripción del delito, tentativa desistida y por no realización de los hechos imputados, todo ello previos los adecuados razonamientos amparadores de tales pronunciamientos. Sostener —como hace la parte recurrente— que la condena de otras personas procesadas en la misma causa es tanto como vulnerar el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E., es algo tan carente de base que su evidencia misma puede hasta dificultar la exposición de argumentos en contrario, y la aceptación de lo cual conduciría a soluciones disparatadas, absurdas y sin duda inconstitucionales.

Quinto.—El art. 15 de la C.E., en su inicial inciso, establece que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral», precepto que en sentir de la parte recurrente ha sido también violado por la resolución que impugna, condenatoria por delitos de aborto en grado de tentativa inidónea, mas es indispensable precisar ante todo que, contrariamente a lo que la misma parte postula en cuanto a la figura del delito imposible por inexistencia de objeto —que es, además de la nulidad de la resolución judicial— la inconstitucionalidad del art. 52.2 del Código Penal —todo su recurso está enderezado no a que se emita una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Código Penal tipificadores y sancionadores del delito de aborto, sino, más limitadamente y en otra dirección, a que se estime que sus derechos fundamentales han sido vulnerados al no apreciarse por el Tribunal sentenciador la concurrencia de la llamada circunstancia eximente de estado de necesidad, prevista con carácter general en el número 7 del art. 8.º del propio Código, y en tal sentido si que postula —bien que con mayor o menor propiedad— la declaración de inconstitucionalidad de la no aplicación de la circunstancia eximente séptima del art. 8.º del Código Penal a las conductas enjuiciadas», planteamiento al que es menester atenerse en la presente Sentencia, y que no se halla carente de lógica desde el momento en que la vigencia de los arts. 411 y siguientes de aquel Código, en cuya virtud se ha dictado la Sentencia impugnada se ha mantenido hasta el presente, incluso tras la reforma de 25 de junio de 1983, antes aludida, conservándose igualmente la punibilidad del aborto pese al proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, según texto definitivo aprobado por el Senado en sesión de 30 de noviembre de 1983, contra el que se interpuso previo recurso de inconstitucionalidad, estimado en 11 de abril último, proyecto de ley de acuerdo con el cual se excluyen de la punibilidad del aborto determinados supuestos, perviviendo la de los demás.

Admite la parte recurrente que no es discutible que la vida intrauterina es un bien que constitucionalmente merece protección, limitándose a señalar que en determinados supuestos aquel bien entra en conflicto con otros que pueden incluso prevalecer, y ello por el cauce de la apreciación por los Tribunales de lo penal de una circunstancia de exención de la responsabilidad, negada en la causa de la que dimana el presente recurso constitucional de amparo.

Por ello, tanto la invocación que se realiza del art. 15 de la C.E., como la de los arts. 17.1 y 18.1 de la misma, referentes éstos respectivamente al derecho a la libertad y seguridad y al derecho a la intimidad personal y familiar, tiende a dilucidar lo que se plantea como un enfrentamiento entre los derechos de la mujer y el del *nasciturus*, pero limitado y reconducido por la parte recurrente a apreciar si existe o no el «estado de necesidad», consecuente al peligro actual e inminente que acecha a la mujer, conducente todo ello a una sentencia absolutoria, y siendo ello así es claro que nos adentramos en un terreno que por consecuencia de lo previsto en el art. 117.3 de la C.E. está vedado a este Tribunal Constitucional, como privativo del que tiene encomendado la jurisdicción ordinaria.

Que se trata del enfrentamiento, a que hicimos alusión precedentemente —en sentir de la recurrente— lo puede abonar la posición del legislador actual, quien trata de atender a él mediante la inclusión en el Código Penal del nuevo art. 417 bis, inclinándose por determinadas primacías, con establecimiento de lo que pudiera denominarse específicas situaciones de estado de necesidad.

En suma, no se trata hasta ahora de que la afirmación y reconocimiento de los derechos de libertad e intimidad de la mujer lleven consigo la absoluta negación del bien constitucional que se les opone, con la desaparición de éste por la simple voluntad de aquella, a lo que no llega la parte recurrente, sino más bien a la necesidad de formular un juicio de valor del que surja una primacía a los solos fines de interpretar y aplicar la normativa penal, cuestión ésta bien ajena al cometido de este Tribunal, atendidos los expuestos planteamientos.

Sexto.—La libertad ideológica y religiosa se garantiza en el art. 16.1 de la C.E., pero es ciertamente difícil atribuir a ese precepto entronque alguno con el caso que afrontamos, en el que un Tribunal Penal, aplicando una normativa promulgada antes del actual ordenamiento constitucional, mantenida tras éste, todo ello pese a las mutaciones operadas respecto de las libertades ideológicas y religiosas, e incluso al margen de que el actual Estado se halle desvinculado de toda adscripción en esos aspectos, dicta una sentencia condenatoria por unos delitos que el legislador entiende deben reputarse tales. Si lo pretendido es que este Tribunal, merced al mecanismo elegido por la parte recurrente, ponga fin a una situación en la que —según la misma parte— un grupo religioso o ideológico imponga particulares concepciones al resto de la sociedad en la que se hallan integrados, el camino de la vía de amparo constitucional en la forma suscitada es absolutamente inadecuado.

Séptimo.—Suspendida por providencia de 20 de junio del pasado año la deliberación y votación de este recurso, por seguirse ante el Tribunal Pleno el recurso previo núm. 800/1983, a la sazón pendiente de fallo, y producido éste con fecha 11 de abril próximo pasado en el sentido de declarar que el Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, es clara la nula incidencia de esta Sentencia con relación a las cuestiones suscitadas en el actual recurso de amparo.

FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por doña María Covadonga Martínez Terceño, doña Faustina Herrezuelo Morales, doña Asunción Taboada Andrade, don José Seara González y doña Josefa Perales Sofía.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 31 de mayo de 1985.—Firmado: Jerónimo Arozamena Sierra.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo.—Francisco Tomás y Valiente.—Antonio Truyol Serra.—Francisco Pera Verdguer.—Rubricados.

Voto particular disidente del Magistrado excelentísimo señor don Francisco Tomás y Valiente en contra de la Sentencia sobre el recurso de amparo 735/1983, de la Sala Segunda.

1. Disiento, y así lo expuse con todo respeto en la deliberación habida en la Sala, del fallo de la Sentencia de 31 de mayo de 1985, en el RA 735/1983, y asimismo de parte de su fundamentación. Pienso, en primer lugar, que esta Sentencia es inoportuna. Habiendo estado suspendida la deliberación y votación de este recurso desde la providencia acordada el 20 de junio de 1984, y habiéndose producido entre tanto la Sentencia del Pleno en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, no creo, como se sostiene en el Fundamento Jurídico séptimo de esta Sentencia, que la incidencia de aquella (la del Pleno de 11 de abril de 1985, en el RPI 800/1983) en ésta sea claramente nula, antes bien, creo que la claridad se produce en sentido contrario. En efecto, aunque en aquella Sentencia se declaró que el proyecto de reforma del art. 417 bis del Código Penal «es disconforme con la Constitución», también es cierto que se declaró tanto la constitucionalidad de las tres «indicaciones» contenidas en aquel proyecto de artículo, como la necesidad en que «el intérprete constitucional» se ve a «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado», supuesto que tanto en el texto analizado en aquella Sentencia, como en los hechos juzgados en la STS de 11 de octubre

de 1983, implican que, «la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante consideración, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionalmente en juego» (STC 11 de abril de 1983, FJ noveno). Esta situación de conflicto entre un bien constitucionalmente protegido, el *nasciturus*, pero no titular de derechos fundamentales (Sentencia citada, FJ séptimo), y los derechos de la mujer embarazada, ha sido desconocida tanto por la Sentencia del TS impugnada, como por esta Sentencia de la Sala de la que discrepo, y que debió extraer consecuencias tanto del razonamiento contenido en nuestra Sentencia del Pleno de 11 de abril de 1985, como del hecho público y notorio de una reforma del artículo 417 bis del Código Penal, tendente a acomodar el nuevo texto legal a nuestra doctrina. Es claro que si la reforma del artículo 417 bis del Código Penal es promulgada, su contenido en cuanto ley penal favorable habrá de aplicarse en principio a las personas condenadas en la Sentencia del Tribunal Supremo, y, ello con independencia de nuestra propia y actual Sentencia de amparo. Pero es no menos claro que un proceso que ha estado suspendido desde el día 20 de junio de 1984, hubiera debido permanecer en esa situación alguna semana más, hasta que la anunciada reforma del artículo 417 bis del Código Penal se hubiera promulgado, ya que su aplicación retroactiva al caso enjuiciado por los tribunales penales pudiera dejar sin objeto al presente recurso de amparo.

2. En dos ocasiones anteriores (mis votos particulares en las Sentencias 75/1984, de 28 de junio, y 53/1985 de 11 de abril), he manifestado mis dudas sobre la constitucionalidad del art. 411 del Código Penal. Tales dudas conciernen a un precepto que tanto en el momento de sentenciar el Tribunal Supremo en el recurso de casación 883/1982, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, como en el momento presente, no coexiste con un artículo 417 bis, todavía no promulgado por el legislador. En ese sistema punitivo del delito de aborto el artículo 411 del Código Penal es contrario a la Constitución, a mi modo de ver, y ello porque no tiene en cuenta la existencia de aquellos derechos de la mujer embarazada derivados de los artículos 15 y 10 C. E., de los que hablamos en la Sentencia del Pleno, derechos que entran en conflicto con el bien que es el *nasciturus*, en cuanto vida humana en formación y que, en determinadas hipótesis deben prevalecer. La permanencia del 411 del Código Penal como norma inalterada antes y después de la entrada en vigor de la Constitución significa un desconocimiento de que el nuevo marco de derechos fundamentales no sólo permite, sino que obliga al legislador (y, en su caso, a quien aplica la ley preconstitucional) a introducir reformas que adecúen el tipo penal preconstitucional a las exigencias derivadas de aquellos derechos de la mujer embarazada a su dignidad, a su integridad física y psíquica, al libre desarrollo de su personalidad y a su intimidad personal (artículos 10, 15 y 18 C.E.). El Tribunal Constitucional no puede decir cómo habría de redactar el legislador el 411 del Código Penal para hacerlo conforme con la Constitución; el Tribunal Constitucional no puede optar entre una adecuación del

tratamiento penal del aborto a la Constitución, que consistiera en modificar el tipo del delito reformando el 411 del Código Penal, u otra consistente en una nueva norma del Código Penal que declare no punibles determinadas conductas, reforma esta última que al parecer cuenta con la preferencia del legislador, único con poder de iniciativa a este respecto. Pero el Tribunal no sólo puede, sino que debe, declarar la inconstitucionalidad del 411 del Código Penal, antes de que entre en vigor el anunciado 417 bis, porque su texto desconoce y, por tanto, lesiona determinados derechos fundamentales en conflicto, en situaciones determinables y que él debió determinar de un modo u otro, dentro de unos márgenes de discrecionalidad, siempre susceptibles de ser controlados por este Tribunal, en cuanto que necesariamente afectarán a derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Por eso he propuesto a la Sala que elevase al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 411 del Código Penal, ahora vigente sin el contrapeso que significará previsiblemente el nuevo 417 bis del Código Penal.

3. Por eso también entiendo que la Sentencia impugnada del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1983, debió ser anulada por este Tribunal y otorgado el amparo a las recurrentes. No comparto la idea de la Sala Segunda de este Tribunal, cuando en el Fundamento Jurídico quinto de la presente Sentencia afirma que «todo su recurso (el de las personas recurrentes en casación y, luego, en amparo) está enderezado no a que se emita una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Código Penal tipificadores y sancionadores del delito de aborto, sino más limitadamente y en otra dirección, a que se estime que sus derechos fundamentales han sido vulnerados al no apreciarse por el Tribunal sentenciador la concurrencia de la llamada circunstancia eximente de estado de necesidad». Las recurrentes no podían interponer ni ante la jurisdicción penal ni ante esta jurisdicción constitucional en vía de amparo, única a la que pueden acceder directamente, una pretensión cuyo *petitum* fuera la declaración de inconstitucionalidad del artículo 411 del Código Penal. Sin embargo, en una y otra jurisdicciones han pedido absolución y amparo en atención a sus derechos fundamentales ya enunciados. El Tribunal Supremo pudo absolverlas, reconociendo en sus respectivas conductas el estado de necesidad, ya que «las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el artículo 8.º del Código Penal tienen una aplicación general respecto de los delitos sancionados en este Código... de la que es posible deducir que —en principio y con los límites que les son inherentes—, también pueden regir, en su caso, respecto del delito de aborto». O pudo, en aras de los derechos fundamentales invocados, plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 411 del Código Penal. Al no hacer ni una cosa ni la otra, no otorgó a las recurrentes la tutela de sus derechos fundamentales (artículo 53 de la C. E.), sino que vulneró éstos con su Sentencia, que, por consiguiente, debió ser anulada por la nuestra, de la que, por no haberlo hecho, discrepo ahora.

Madrid, 3 de junio de 1985.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Rubricado.

12357 CORRECCION de errores en el texto de las sentencias del Tribunal Constitucional, publicadas en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 134 de fecha 5 de junio de 1985.

Advertidos errores en el texto de las sentencias del Tribunal Constitucional, publicadas en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 134 de 5 de junio de 1985, se transcriben a continuación las oportunas rectificaciones:

En la página 2, primera columna, párrafo tercero, línea tercera, donde dice: «ya que recae sobre los derechos», debe decir: «pues recae sobre derechos».

En la página 2, primera columna, párrafo quinto, línea tercera, donde dice: «trabajadores», debe decir: «trabajadores».

En la página 3, primera columna, párrafo segundo, línea octava, donde dice: «del 20 del Pleno», debe decir: «de 20 de junio del Pleno».

En la página 4, primera columna, párrafo primero, línea novena, donde dice: «de los arts.», debe decir: «que los arts.».

En la página 5, segunda columna, párrafo décimo, línea séptima, donde dice: «en el supuesto hecho regular», debe decir: «en el supuesto hecho a regular».

En la página 7, primera columna, párrafo sexto, línea primera, donde dice: «En el procedente recurso de amparo ha sido parte el Fiscal general», debe decir: «En el presente recurso de amparo ha sido parte el Fiscal General».

En la página 8, primera columna, párrafo quinto, antepenúltima línea, donde dice: «que le verifica», debe decir: «que la verifica».

En la página 8, segunda columna, párrafo sexto, penúltima línea, donde dice: «y votación de», debe decir: «y votación del».

En la página 9, primera columna, párrafo primero, línea octava, donde dice: «materia penal lesión», debe decir: «materia penal constituirá lesión».

En la página 10, primera columna, último párrafo, línea 25, donde dice «las organizaciones», debe decir «las organizaciones».

En la página 12, primera columna, penúltimo párrafo, línea sexta, donde dice: «LO/1980», debe decir: «LO 10/1980».

En la página 15, primera columna, párrafo séptimo, línea segunda, donde dice: «Lewonfeld», debe decir: «Lewenfeld».

En la página 19, segunda columna, párrafo tercero, línea tercera, donde dice: «para sumir», debe decir: «para asumir».

En la página 20, primera columna, párrafo sexto, línea primera, donde dice: «que en resuelto», debe decir, «que en el resuelto».

En la página 23, primera columna, párrafo segundo, línea novena, donde dice: «por tanto», debe decir: «por lo tanto».