

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».