

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid***

El aborto en la reforma penal española (1980-1992)

* El texto de estas reflexiones se corresponden, en gran medida, con el contenido de la conferencia que tuve ocasión de dictar el 2 de diciembre de 1993 en el Auditorio de la Universidad de Santiago de Compostela. Quisiera dejar constancia de mi gratitud al querido colega y universitario ejemplar, Prof. J. M. LORENZO SALGADO, por su hospitalidad y, sobre todo, porque hizo posible mi reencuentro con la entrañable institución universitaria compostelana donde cursé mis estudios de la carrera de Derecho.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS; II. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO POR L.O. DEL 5 DE JULIO DE 1985: EL NUEVO ART. 417 BIS DEL CP ESPAÑOL; III. EL ABORTO EN LOS RECIENTES PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (1980-1992); IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el actual movimiento de reforma penal en España se cuestiona la oportunidad o no de revisar la regulación del delito de aborto, después de la despenalización parcial plasmada en el nuevo art. 417 bis del Código penal por LO del 5 de julio de 1985.

La problemática sobre el aborto ilegal y la interrupción lícita del embarazo aborda una cuestión jurídico-penal que, dentro de la polémica que suscita (1), conviene reconducir a sus justos términos.

Como señaló, en su día, ROXIN (2), terciando en la discusión sobre la reforma penal del aborto en la República Federal de Alemania, "ya va siendo hora de llevar la discusión al terreno de la objetividad. Son igualmente insostenibles las posiciones extremas que pugnan entre sí ruidosa y ásperamente en la discusión pública... Ya los mismos slogans polémicos muestran el signo de la alteración emocional y enturbian la situación en vez de esclarecerla «¡Mi vientre me pertenece!»

(1) Vid. ESER, A., *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal alemán: evolución y primeras experiencias*, en Libro Homenaje al Prof. BERISTAIN, San Sebastián, 1989, pág. 719.

(2) ROXIN, Cl., *La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo*, en Problemas básicos del Derecho penal (trad. y notas de D. M. LUZON PEÑA), Madrid, 1976, pág. 71.

¿Quien discute esto? Pero la vida en formación no es el vientre, sino un organismo dispuesto de antemano para la autonomía y que tiene circulación sanguínea propia; en consecuencia no es defendible el argumento de la equiparación del aborto con una operación de apendicitis. Pero, por otra parte, es igualmente falso llamar asesinato al aborto. Nuestro Código penal, en el que debería apoyarse dicha denominación si quisiera ser algo más que pura demagogia, no ha hecho nunca tal cosa. La destrucción del feto, como la llama el Código sin ningún tipo de énfasis estigmatizante, no afecta a una persona sino a un embrión, y siempre ha sido castigada con una pena mucho menor; y además siempre ha habido aquí excepciones a la prohibición que son inimaginables en el asesinato”. Estas atinadas reflexiones de ROXIN sobre la reforma penal del aborto en Alemania pueden formularse también en la España actual, es decir, la reforma penal española del aborto ha de inspirarse en criterios de racionalidad y de objetividad.

Antes de abordar las distintas soluciones que aportan los recientes proyectos de Código penal en España, me referiré a las fórmulas más significativas que sobre la despenalización del aborto nos ofrece el *Derecho comparado*.

Dejando al margen las tesis externas de prohibición absoluta y de despenalización total del aborto (3), conviene

(3) De acuerdo con las investigaciones realizadas sobre esta materia por el Instituto Max Planck de Derecho Penal internacional de Friburgo (RFA), afirma el Profesor Albin ESER (director del citado Instituto) que “no hemos encontrado en los países examinados dentro y fuera de Europa ninguno con una completa prohibición sin excepción de la interrupción del embarazo... ni tampoco ningún país donde la destrucción de una vida no nacida se dejara completamente al libre deseo de la embarazada o de cualquier partícipe” (Vid. ESER, A., *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado*, trad. I. Blanco, en *Actualidad Penal* 4 (1994), pág. 56). Acerca de los informes nacionales del MPI de Friburgo sobre alrededor de 60 países vid. ESER A./KOCH, H.G., *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen-Soziale Rahmbedingungen empirische Grunddaten*, Teil 1: Europa, 1988; Teil 2: Aussereuropa, 1989.

analizar las tesis intermedias hoy dominantes en Derecho comparado: A) La solución de plazo; y B) El sistema de indicaciones (4).

A) La solución del plazo

Lo que caracteriza a esta tesis es que la distinción entre el aborto autorizado y el prohibido se encuentra en el criterio de un determinado límite temporal, es decir, un plazo que se fija normalmente en las doce primeras semanas del embarazo. Se considera lícito el aborto consentido por la mujer, practicado por un médico, y realizado durante las doce primeras semanas del embarazo. A partir de este plazo —del tercer mes después del embarazo— sólo se permitirá el aborto terapéuti-

Una panorámica sobre la tesis de prohibición absoluta del aborto y de impunidad total de la interrupción voluntaria del embarazo, vid. en nuestra doctrina CUERDA RIEZU, A., *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en Documentación Jurídica, 37/40, vol. 1, 1983, págs. 342 y ss., 356 y ss.

(4) ESER. en AP 4 (1994), págs. 58 y ss., advierte que al menos son tres los modelos: el de *plazos* que se fundamenta en la *autodeterminación* (la interrupción del embarazo realizada durante cierto plazo queda impune y se declara como un derecho de la embarazada: Ley de la RDA sobre la interrupción del embarazo de 1972, legislación sueca y danesa); el *modelo de indicaciones* que se caracteriza porque depende de la concurrencia de un estado de necesidad preexistente, cuyos presupuestos han de ser comprobados por un tercero —un médico o una Comisión de expertos— y ser susceptible de un ulterior control judicial: legislaciones penales de la RFA hasta 1992, España y Portugal; y tercer modelo, que se asienta en una *situación de necesidad* con la *valoración de la propia interesada*, caracterizándose sobre todo porque será la mujer embarazada quien apreciará autónomamente si concurre o no la situación de necesidad que le lleva a la interrupción del embarazo dentro de las doce primeras semanas de la gestación: legislaciones de Noruega (1975), Francia (1975/79), Italia (1978) y Bélgica (1990). En este último modelo cabe incluir el Proyecto de la Presidenta del Parlamento alemán Dña. Rita SÜSSMUTH, presentado en 1991 como una alternativa en la reciente reforma penal alemana sobre el aborto. (vid. BACIGALUPO, S., *La discusión sobre la reforma del parágrafo 218 en Alemania*, en Actualidad Penal, 25 (1992), pág. 254).

co (practicado para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada), sin límite temporal, y el aborto eugenésico (practicado cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas) siempre que se realice en las primeras veintidós semanas de gestación (5).

La solución del plazo se ha consagrado en la legislación de países de nuestro entorno cultural como Bélgica, Francia, Italia, Reino Unido, Noruega, Dinamarca, Suecia y Austria (6).

A favor de la solución del plazo se alegan, entre otras, las razones siguientes: 1ª) El aborto practicado al comienzo de la gestación supone un riesgo no superior para la embarazada que el del parto; mientras que la interrupción del embarazo posterior a las doce primeras semanas entraña un grave riesgo para la vida o la salud de la mujer, y los accidentes mortales superan en estos últimos casos a los que se producen como consecuencia del nacimiento; 2ª) La despenalización del aborto durante las primera doce semanas de la gestación implica la autorización para todas las mujeres sin distinción; 3ª) El criterio fundamental del plazo, de carácter objetivo, satisface mejor las exigencias de seguridad jurídica que el sistema de indicaciones; y 4ª) La despenalización del aborto durante los tres primeros meses del embarazo, que requiere el asesoramiento y asistencia médica y social para la embarazada, es una respuesta más adecuada que la amenaza penal a los efectos de garantizar una tutela idónea y eficaz del nasciturus.

(5) En esta dirección se manifiesta la propuesta presentada por GIMBERNAT al sistema de indicaciones consagrado en el art. 162 de *Anteproyecto de CP de 1979*. La citada propuesta sólo contó con el respaldo de MUÑOZ CONDE y QUINTERO OLIVARES, además del proponente, siendo rechazada en la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación. Vid. CEREZO MIR, J., *La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código penal español*, en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, 1993, págs. 54 y 55.

(6) Vid. ESER, A., *Actualidad Penal*, 1994, cit., pág. 59.

En contra de la solución del plazo se formulan ciertas críticas: 1ª) Al no exigirse una motivación especial valorada socialmente para autorizar el aborto en los tres primeros meses del embarazo, se puede llegar a una práctica indiscriminada y multitudinaria del aborto; 2ª) En tanto que la función de los centros de asesoramiento y de asistencia social para la embarazada tenga un carácter consultivo y no decisorio, quedará sólo en manos de la mujer la decisión de abortar en los tres primeros meses de la gestación; y 3ª) La solución del plazo dejaría sin protección la vida en formación durante las doce primeras semanas del embarazo, lo cual suscita graves problemas o dudas acerca de su constitucionalidad (7).

(7) En este sentido cabe citar el caso paradigmático de la *República Federal de Alemania*. Según la 5ª *Ley para la reforma del Derecho Penal* (19, junio 1974), que consagraba la solución del plazo (*parágrafo 218, b* del StGB), quedaba impune la interrupción del embarazo practicada por un médico y con el consentimiento de la embarazada, cuando no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción. Se aceptaba la indicación eugenésica dentro de las veintidós primeras semanas del embarazo y la indicación terapéutica sin límite temporal. Los demócratas cristianos recurrieron la citada reforma ante el Tribunal Constitucional Federal (TCF), ya que consideraban que la autorización de la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses del embarazo era incompatible con el derecho a la vida del feto garantizado por la Constitución alemana. La importante sentencia del TCF (25 de febrero de 1975) declaró nula la 5ª Ley para la reforma del Derecho Penal, afirmando que no era conforme con la Constitución, al autorizar durante un cierto tiempo (tres primeros meses desde la concepción) toda clase de interrupciones del embarazo aún cuando no concurren motivos que se correspondan con el orden de valores de la Constitución. La decisión del TCF se fundamentaba, sobre todo, en que la vida del feto está protegida constitucionalmente como una vida humana más. Las declaraciones constitucionales recogidas en los arts. 1.1 ("la dignidad humana es inviolable") y 2.2 ("todos tienen derecho a la vida") de la Ley Fundamental de Bonn abarcan también a la vida humana en formación. El término "todos" (tienen derecho a la vida) comprende también al feto. El TCF afirma que la vida del feto, tutelada constitucionalmente, tiene rango superior al derecho de autodeterminación de la embarazada, y no se puede cuestionar —como sí lo hace la solución del plazo— en ningún momento del embarazo. El TCF viene a postular, en el fondo, que sólo el sistema de indicaciones permite proteger adecuadamente la vida en formación tutelada por la Constitución

B) *El sistema de indicaciones*

La solución de indicaciones se caracteriza, frente al modelo del plazo, porque opera con el sistema regla-excepción (8): el aborto consentido es, en principio, punible cualquiera que sea el momento de su realización (la regla), salvo que concurren algunas circunstancias excepcionales —las indicaciones— fijadas por el legislador (la excepción).

El sistema de indicaciones, con sus variantes, hace depender la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo

alemana. La *Ley 15 de la reforma del Derecho Penal de 18 de mayo de 1976* consagró un sistema amplio de indicaciones (médica, ética, eugenésica y la situación general de necesidad), que perduró hasta 1992 (Vid. ROXIN, Cl., *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, en AAVV, *El Proyecto de Código Penal, número extraordinario*, Rev. J. Cat., Barcelona, 1980, págs. 253 y ss.).

El Parlamento alemán aprobó el 25 de julio de 1992 una “*Ley de ayuda a la embarazada y a la familia*”, que trata de unificar la regulación legal del aborto para la Alemania reunificada, teniendo en cuenta los diferentes sistemas normativos de la RFA (indicaciones) y de la RDA (solución del plazo). La Ley de 1992 permite el aborto: solicitado por la embarazada; con asesoramiento en una situación de necesidad y de conflicto, certificado, y anterior a la intervención; practicado por el médico; y dentro de las doce semanas desde la concepción. Esta nueva regulación fue recurrida ante el TCF por la mayoría cristianodemócrata y el gobierno bávaro de la Unión Social Cristiana, dictándose por el más alto tribunal alemán la sentencia del 28 de mayo de 1993. El TCF considera, en esta resolución contradictoria, que la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas desde la gestación y con el asesoramiento previo es una conducta ilícita aunque no merecedora de pena. Una consecuencia importante de esta resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán es que los abortos practicados conforme a la versión del parágrafo 218.a.1 del StGB de 1992 no podrán ser integrados, en cuanto son ilícitos, dentro de las prestaciones de la Seguridad social. La regulación penal del aborto en Alemania está pendiente de una nueva normativa, que ha de ajustarse a las consideraciones del Tribunal Constitucional. (Vid. ESER, A., *Actualidad Penal*, 4, 1994, págs. 68 y ss. Cfr. número especial de la *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Sonderheft 1/1993).

(8) Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Criterios para la reforma del delito de aborto*, CPC 8 (1979), pág. 81.

de que concurra una situación de conflicto o de estado de necesidad, que debe ser comprobado por un tercero —un médico o comisión de expertos— y susceptible de un ulterior control judicial (9). Se trata de un sistema que ha tenido eco favorable en la legislación de un gran número de países (Irlanda, Egipto, Finlandia, Portugal, Rumanía, Hungría, España, Argentina, Brasil, Argelia, Marruecos, la República Federal de Alemania hasta 1992).

El sistema de indicaciones viene a autorizar el aborto consentido cuando concurren determinadas circunstancias llamadas indicaciones, que son fundamentalmente cuatro: 1ª) la terapéutica o médica; 2ª) la ética o criminológica; 3ª) la eugenésica; y 4ª) la económico-social.

1ª) *La indicación terapéutica o médica*, que se refiere al supuesto en el que el embarazo pone en grave peligro la vida o la salud de la mujer embarazada. Se autoriza el aborto en cualquier momento del embarazo, sin límite temporal, siempre y cuando la realización del aborto sea necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Se requiere además que concurren una serie de condiciones: el consentimiento expreso de la mujer embarazada, que el aborto lo pratique un médico, y que se lleve a cabo en un centro sanitario acreditado (Vid. art. 417 bis-1. 1ª del C.P.).

2ª) *La indicación ética o criminológica*. El aborto quedará autorizado si el embarazo es consecuencia de un delito contra la libertad sexual —como por ej. el delito de violación—, siempre que la interrupción voluntaria del embarazo se practique por un médico y dentro de las doce primeras semanas de gestación (Vid. art. 417 bis-1-2ª del C.P.).

3ª) *La indicación eugenésica*. El aborto está permitido si hay un pronóstico, médicamente acreditado, de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas. Se exige además

(9) ESER, A., *ob. ult. cit.*, pág. 60.

que concurren una serie de condiciones: el consentimiento expreso de la embarazada; que exista un dictamen médico emitido por dos especialistas, anterior a la práctica del aborto, sobre la probabilidad de que el hijo nazca tarado; y que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación (Vid. art. 417 bis 1-3ª del C.P.).

4ª) *La indicación económico-social*, según la cual se autoriza el aborto durante los tres primeros meses del embarazo cuando la precaria situación económico-familiar de la embarazada se vea agravada especialmente con la llegada de un nuevo hijo, hasta el punto de que no podría atender debidamente a los hijos ya habidos. Por ej. sería el caso del embarazo de una madre de seis hijos que tiene que completar los ingresos de su marido trabajando fuera de casa y que carece de servicio doméstico. La indicación económico-social no ha sido incorporada al art. 417 bis de nuestro C.P.

Una variante de esta indicación la encontramos en la *situación general de necesidad* prevista en el sistema alemán (hasta 1992, en el párrafo 218-a), ap. 2º, nº 3 del StGB). Se trata de recoger en una cláusula general la situación de necesidad, de carácter socio-familiar, que llega a ser para la mujer tan gravosa e inevitable que le impide continuar su embarazo (el aborto se autoriza en estos casos siempre que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación). Dentro de esta situación general de necesidad se pueden incluir una serie de supuestos: cuando el embarazo implique una carga personal excesiva para la embarazada, debido al conflicto de responsabilidad ya existente respecto a otras personas que tiene a su cargo y que requieren cuidados especiales; o en el caso de bajo rendimiento profesional o de grave crisis personal como consecuencia de una situación de enfermedad importante o de un contexto familiar difícilmente sostenible (10).

(10) Vid. ESER, A., *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal alemán*, 1989, cit., pág. 731.

A favor del sistema de *indicaciones* se alega, entre otros, los argumentos siguientes: 1º) Es el único sistema compatible con la idea de que la esperanza de vida es un bien necesitado de protección jurídico-penal, pues la solución del plazo deja tal bien jurídico a la libre disposición de la embarazada dentro de un espacio de tiempo (normalmente durante los tres primeros meses del embarazo); 2º) Supone una solución de compromiso que permite cumplir con la obligación de tutelar tanto la vida en formación como el derecho de la mujer embarazada al libre desarrollo de su personalidad y sus demás derechos fundamentales afectados (la vida, la salud, la libertad y la intimidad); y 3º) Garantiza una mayor seguridad jurídica que la proporcionada por la eximente genérica de estado de necesidad.

En *contra* del sistema de *indicaciones* se formulan una serie de *objeciones*, entre las que podemos destacar las siguientes: 1ª) La autorización para abortar queda sometida a unas complejas reglas procedimentales, consagrando un sistema excesivamente burocratizado de difícil aplicación práctica. En este sentido se puede citar como ejemplo la reciente normativa española de despenalización parcial del aborto, dentro del sistema de indicaciones, que incorporó el art. 417 bis a nuestro CP (L.O. 5 de julio de 1985). Esta reforma penal fue acompañada de una estricta reglamentación administrativa (O. del 31 de julio de 1985), que hacía inviable la puesta en práctica del nuevo 417 bis y que trató de mejorarse a través del R.D. 21 noviembre 1986; 2ª) La toma de decisión sobre la interrupción del embarazo queda en manos de terceros: los médicos o los centros de asesoramiento y de asistencia social, con la correspondiente intromisión en la intimidad de la mujer embarazada; 3ª) El sistema de catálogo cerrado (*numerus clausus*) de las indicaciones puede dejar fuera algunos supuestos que sería aconsejable tener en cuenta. Este inconveniente podría solventarse si se estableciera —como así se hizo en el CP alemán— una indicación de situación general de necesidad, aunque se puede cuestionar si de esta manera quedan

satisfechas las exigencias de seguridad jurídica; y 4ª) La solución de indicaciones no logra evitar la lacra que suponen los abortos clandestinos ni los abortos practicados en el extranjero. Aquí podemos tener presente la experiencia alemana: en la República Federal Alemana se calcula (11) que en 1977, un año después de la reforma del CP alemán en esta materia (*Ley del 18 de mayo de 1976*), los abortos ilegales no registrados podrían llegar, por lo menos, al número de 20.000. Los abortos practicados por mujeres alemanas en el extranjero, especialmente en Holanda y en Inglaterra, fueron de 61.000 en 1977, 40.000 en 1978 y 32.800 en 1979. En cuanto al número de abortos legales practicados por los médicos en la República Federal Alemana, bajo un amplio sistema de indicaciones, fueron de 108.000 en 1980. Para completar la información de la experiencia alemana, después de la puesta en práctica del sistema de indicaciones, tenemos los siguientes datos: en 1978 se dan 20.000 casos de indicación médica (27,9%); 50.000 casos de la indicación de situación de necesidad (67%); la indicación eugenésica representa el 3,7%; y, por último, la indicación ética supone el 0,1%. Cabe destacar que fue en aumento el porcentaje de los casos de la indicación de situación general de necesidad (un 71% en 1980 y 77% en 1982), donde lo más relevante son los casos de conflictos personal — como la sobrecarga de la mujer a causa de la situación laboral y familiar, graves trastornos psicovegetativos, la condición de hijo natural del mismo, y la destrucción del matrimonio —, siendo más significativos tales supuestos que los de conflicto socio-económico.

Por último, dentro de este apartado dedicado al panorama iuscomparatista de la regulación penal del aborto, cabe

(11) Vid. HIRSCH, H.J., *La reforma de los preceptos sobre la interrupción voluntaria del embarazo en la República Federal Alemana*, en AAVV, *La Reforma penal (Cuatro cuestiones fundamentales)*, 1982, págs. 46 y 47; ROXIN, Cl., *Rev. J. Cat.*, 1980, cit., págs. 262 y 263; ESER, A., *ob. ult.*, págs. 736 y 737.

constatar dos datos importantes: 1.- No hay un sistema puro de plazos o de indicaciones; y 2.- No cabe afirmar (12) que el mayor o menor número de abortos dependa de que se haya adoptado la solución del plazo o el sistema de indicaciones.

II. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO POR L.O. DEL 5 DE JULIO DE 1985: EL NUEVO ART. 417 BIS DEL CP ESPAÑOL

Hasta 1985 la regulación del delito de aborto en nuestro CP (arts. 411 y ss) se caracterizaba por su penalización total, siendo punible la provocación de todo aborto (consentido o no) salvo cuando se tratara de salvar la vida de la madre (eximente genérica de estado de necesidad —art. 8.7ª del CP: la muerte de la madre es un mal mayor que la destrucción del feto).

La anterior regulación jurídicopenal del aborto en el CP resultaba criticable por varias razones (13): 1ª) Tal regulación, por su extrema severidad, venía a ser un claro ejemplo en el que el *Derecho Penal* pierde toda relación con la *realidad social*. En este sentido señala cierto sector doctrinal (14) que “frente a los 300.000 abortos ilegales que se practicaban anualmente en España, el Código penal quedaba como un puro símbolo que se aplicaba alguna vez aislada a alguna mujer y/o colaborador que por puro accidente tenía la desgracia de caer en las redes de la Administración de Justicia”; 2ª) Se favorecía la *discriminación social*: para las clases sociales

(12) Vid. ESER, A., *Actualidad Penal*, 4 (1994), pág. 66.

(13) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Por un aborto libre*, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, págs. 59 y ss.

(14) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, P.E., 9ª ed., 1993, pág. 83.

más acomodadas no representaba ningún problema el procurarse medios anticonceptivos; y en el caso de quedarse embarazadas, sin querer tener un hijo, tampoco tenían mayores dificultades en trasladarse a un país extranjero (por ej. Inglaterra: "turismo abortivo") donde la legislación sobre el aborto era más permisiva; 3ª) Un número importante de mujeres, que se encontraban en una situación límite y conflictiva, se veían abocadas a pasar a la ilegalidad y a la clandestinidad; y 4ª) La estricta regulación del delito de aborto en nuestro CP no se correspondía con la legislación que sobre esta materia imperaba en los países de nuestro orbe cultural, donde de una u otra manera se consagraban sistemas de despenalización parcial del aborto.

La criticable regulación penal del aborto se hacía insostenible ante la nueva situación democrática (Constitución 1978) de nuestro país. Así, a partir de esta fecha, se observa una progresiva liberalización de la regulación jurídicopenal española sobre el aborto, que hasta ahora culmina en 1985. Antes de referirme a la importante reforma de 1985 conviene tener presente aquellas modificaciones legislativas que han afectado al delito de aborto: La reforma por Ley de 7 de octubre de 1978, que suprimió el castigo que estaba previsto para la expedición y venta de anticonceptivos; la LO de 25 de junio de 1983 (*Reforma parcial y urgente del CP*) que, entre otras innovaciones, consagra en el art. 1.2º del CP el principio de responsabilidad subjetiva con incidencia para resolver los delitos cualificados por el resultado, como es el criticable art. 411 último párrafo; y la LO del 21 de junio de 1989 (*de Actualización del CP*), que supone una reforma de adaptación del aborto cualificado por las lesiones (art. 411-últ. párrafo), desaprovechando una buena oportunidad para suprimir el vestigio de responsabilidad objetiva que prevalece en el citado 411-último párrafo.

El 23 de marzo de 1993 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de

modificación urgente y parcial del CP, que introducía el *art. 417 bis* en nuestro texto punitivo básico. Este Proyecto, presentado por el Gobierno socialista, acogía la solución de las indicaciones en unos términos parecidos a los recogidos en el art. 148 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (*PANCP "83"*) (15). El Grupo Popular impugnó dicho Proyecto, que recogía sólo las indicaciones médica, ética y eugenésica. El *Tribunal Constitucional*, ante el recurso previo de inconstitucionalidad presentado, consideró que el Proyecto del 23 de marzo de 1983 "es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución" (16). Este precepto constitucional, que se corresponde con lo establecido por el art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, declara que "*todos tienen derecho a la vida...*".

(15) La diferencia estribaba en que la indicación ética del *Proyecto de 23 de marzo de 1983* sólo contemplaba el supuesto de que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación, y en cambio el art. 148 de la *PANCP "83"* comprendía también los casos en los que el embarazo fuera consecuencia de un hecho constitutivo (además de violación) de incesto o de estupro.

El Proyecto de reforma del CP introducía el 417 bis en los términos siguientes: "El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3.- Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

(16) Fallo de la STC del 11 de abril de 1985. BJC 49 (1985), pág. 536.

Nuestro TC, en su importante *sentencia del 11 de abril de 1985*, formula una serie de declaraciones fundamentales sobre la despenalización del aborto que conviene destacar: 1º) “La vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental” (17); 2ª) Se reconoce que está constitucionalmente permitido al legislador una técnica diferente a las eximentes genéricas de responsabilidad penal, mediante la cual excluya la punibilidad de forma específica para ciertos delitos. Esto puede plantearse para situaciones de conflicto como la de los supuestos en los que la vida del nasciturus, bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. Teniendo en cuenta que ninguno de esos bienes y derechos pueden tener un carácter absoluto, el TC estima que el intérprete constitucional se ve obligado a ponderarlos, tratando de armonizarlos o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos (18); y 3º) Se admite la constitucionalidad de los tres supuestos —indicaciones médica, ética y eugenésica, donde el TC destaca la idea de inexigibilidad de otra conducta— en los que el aborto, según el 417 bis, no es punible. Sin embargo, el TC estima que es necesario examinar si la nueva regulación establece las medidas de garantía suficientes para considerar que el Proyecto cumple o no con las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución. Es aquí, en el ámbito de las medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del 417 bis, donde el TC observa que tales medidas, previstas en el Proyecto citado, no son suficientes para cumplir con las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la

(17) *Fundamento jurídico* n° 7 de la STC 11 de abril de 1985, BJC 49 (1985), pág. 533.

(18) Vid. *Fundamento jurídico* n° 9, de la STC del 11 de abril de 1985, BJC 49 (1985), pág. 534.

Constitución (19). El TC, excediéndose en sus funciones de control de constitucionalidad y asumiendo incorrectamente el cometido propio del legislador positivo (20), señala una serie de modificaciones —la exigencia de que en el aborto terapéutico se prevea un dictamen médico; la comprobación de la existencia del supuesto de hecho, en el caso del aborto terapéutico, que se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente; y se debería prever que tanto la comprobación del supuesto de hecho como la realización del aborto, en las indicaciones terapéutica y eugenésica, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto (21)— que han de acometerse para que el nuevo art. 417 bis sea conforme a la Constitución. Estas observaciones fueron tenidas en cuenta en la reformulación de la reforma proyectada, dando lugar a la definitiva y vigente regulación del art. 417 bis del CP que fue acompañada de una polémica reglamentación administrativa (22).

A la hora de enfrentarnos con un somero análisis de la despenalización parcial y moderada del aborto, que se contiene en el nuevo art. 417 bis, distinguiremos dos apartados: 1)

(19) Vid. *Fundamento jurídico* nº 12 de la STC 11 de abril de 1985, BJC 49(1985), pág. 535.

(20) En este sentido se manifiestan en sus votos particulares los Magistrados del TC Jerónimo AROZEMA SIERRA, Luis Díez PICAZO, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Angel LATORRE SEGURA, Manuel Díez DE VELASCO y Francisco RUBIO LLORENTE. Vid., BJC 49 (1985), pág. 536 y ss.

(21) Vid. *Fundamento jurídico* nº 12 de la STC 11 de abril de 1985, ult. cit.

(22) La regulación despenalizadora parcial del aborto por LO 5 de julio de 1985 (nuevo art. 417 bis del CP) se completó con una estricta reglamentación administrativa sanitaria (O. de 31 de julio de 1985), que por la excesiva burocratización hacía inviable la aplicación práctica del nuevo art. 417 bis. De ahí que se promulgara el *R.D. de 21 de noviembre de 1986*, que derogó la normativa sanitaria anterior (O. de 31 de julio de 1985) y flexibilizó los trámites administrativos.

Cuestiones comunes, y 2) Requisitos específicos de las indicaciones donde —conviene destacarlo, y de ahí el calificativo de despenalización parcial “moderada” del aborto— no se recoge la indicación económico-social.

1.- *Cuestiones comunes.* Aquí conviene hacer referencia a los aspectos siguientes: 1º) El consentimiento expreso de la mujer embarazada; 2º) El aborto ha de ser practicado por un médico o bajo su dirección; 3º) La interrupción del embarazo ha de llevarse a cabo en un centro sanitario, público o privado, acreditado; y 4º) Naturaleza jurídica de las indicaciones prevista en el 417 bis del CP.

1º) El consentimiento para la práctica del aborto ha de ser prestado expresamente por la mujer embarazada, y, por lo tanto, no cabe el consentimiento tácito o presunto. En el caso de la indicación terapéutica el art. 417 bis, 1.1ª, párrafo 2º del CP establece que “en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del consentimiento expreso”.

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento expreso nada se dice, pudiendo revestir la forma oral o escrita, y podrá acreditarse por cualquier medio probatorio.

Nada establece la nueva regulación del 417 bis sobre la capacidad de la embarazada menor o enferma mental para prestar un consentimiento válido, debiendo entenderse que cuando en el caso concreto la mujer embarazada no reúna la capacidad de discernimiento y las condiciones de madurez suficientes —conforme a la regulación del derecho privado— el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales (23). En todo caso, estamos ante una laguna legal que debería subsanarse con una regulación expresa de tan delicada materia.

(23) Vid. por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, en Estudios Penales, Barcelona, 1991, págs. 336 y 337.

Ha de tenerse en cuenta la información a la embarazada sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución o de la interrupción del embarazo, que se requiere por la normativa sanitaria (24) y que garantiza la validez de su consentimiento (25).

2º) El aborto ha de ser practicado por un *médico o bajo su dirección*. El art. 417 bis del CP no exige cualificación especial alguna para el médico que practica el aborto, aunque sí se requiere por el R.D. del 21 de noviembre de 1986 que exista un médico especialista en Ginecología y Obstetricia en el centro sanitario a los efectos de que éste pueda ser considerado como establecimiento acreditado.

3º) La interrupción del embarazo ha de ser practicado en un *centro sanitario*, público o privado, *acreditado*. Se trata de un requisito que para su apreciación debe acudirse a lo establecido por el R.D. 21 de noviembre de 1986. El sentido que tiene esta exigencia es el de incorporar una garantía más para la incolumidad de la vida y de la salud de la embarazada.

Según los datos proporcionados por la Subdirección General de Información sanitaria y epidemiológica (Ministerio de Sanidad) se ha incrementado el número de centros sanitarios acreditados para la práctica del aborto en España, que han realizado efectivamente abortos (1985-92): 215 centros públi-

(24) El art. 9º.1 del R.D., 21 de noviembre de 1986, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la practica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, establece: "Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse".

(25) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal*, P.E., Delitos contra las personas 2ª ed., 1991, págs. 121 y 122; y *Fundamento jurídico* nº 14 de la STC de 11 de abril de 1985, BJC 49 (1985), pág. 536.

cos, y 54 centros privados. En 1985 se han practicado 9 abortos en 4 centros, y en 1989 se practicaron 30.518 abortos en 59 centros.

4º) La doctrina penal dominante considera (26) que las indicaciones previstas en el art. 417 bis son *causas de justificación* específicas, que se refieren a situaciones de conflicto y están informadas por el interés preponderante o la inexigibilidad de otra conducta. Las causas de justificación específicas no excluyen la posibilidad de aplicar las eximentes genéricas del art. 8 (y más concretamente la 7ª del art. 8 del CP), pudiendo acudir a la vía de la eximente incompleta del art. 9.1º o a la de la atenuante analógica del art. 9.10º del C.P. (27).

Por último, la doctrina penal lamenta que la ley no hubiera establecido expresamente el momento a partir del cual comienza a computarse los plazos previstos en las indicaciones ética y eugenésica: para unos será desde el momento de la anidación —que es el límite mínimo del delito de aborto—, y según otros comenzará desde la fecundación (la gestación a la que se refiere el legislador comienza con la fecundación).

2.- *Requisitos específicos de las indicaciones previstas en el art. 417 bis del CP*

El art. 417 bis, 1.1ª se refiere a la *indicación terapéutica o médica*: “que el aborto sea necesario para evitar un grave

(26) Vid. Entre otros BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manuel*, P.E., cit., pág. 117; MUÑOZ CONDE, F., P.E., cit., pág. 88; CUERDA RIEZU, A., *DJ*, 37/40, 1, pág. 375; LUZÓN PEÑA, D.M., *Estudios penales*, 1991, cit., pág. 329; ROMEO CASABONA, C.M., *La reforma penal del aborto: límite mínimo, figuras delictivas y sistema de indicaciones*, en AAVV, *Presupuestos para la Reforma penal*, Universidad de la Laguna, 1992, págs. 150 y ss. En nuestra doctrina LAURENZO COPELLO (en *El aborto no punible*, 1990, págs. 328 y ss.) considera que las indicaciones recogidas en el art. 417 bis del CP son supuestos específicos de exclusión de la responsabilidad por el hecho.

(27) Vid. por todos, LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, cit., págs. 346 y ss.

peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso”.

Es criticable la fórmula utilizada al aludir al “médico de la *especialidad correspondiente*”, al no determinar de qué especialidad se trata (ginecología u otra especialidad médica relacionada con la práctica del aborto).

Cierto sector doctrinal (28) ha señalado que con una interpretación amplia de la indicación terapéutica se podría llegar a plantear la integración de la indicación económico-social, utilizando un concepto lato de salud con especial referencia a la salud psíquica de la embarazada.

En el *art. 417 bis, 1.2ª* se contempla la *indicación ética*: “que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado”.

Es criticable que se limite el alcance de la indicación ética a los supuestos en los que el origen del embarazo sea un hecho constitutivo del delito de violación, y que no se incluyan —como sí se hace en Derecho Comparado— todos los casos de ataque contra la libertad sexual (estupro e incesto), ni

(28) Vid. CUERDA RIEZU, *DJ* 37/40, 1, págs. 379 y 381; LANDROVE DIAZ, G., *La tímida despenalización del aborto en España*, en Estudios penales y criminológicos, X, Santiago de Compostela, 1987, págs. 222 y 223; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual*, P.E., Delitos contra las personas, 1, 2ª ed., 1991, pág. 123. Cfr. VICENTE REMESAL, J. de, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, en la Ley 1985-3, págs. 1046 y ss.

el supuesto de que el embarazo sea consecuencia de una inseminación artificial no consentida recogida en el art. 162.2º del Anteproyecto del CP (1979) (29).

La denuncia —que también puede revestir la forma de querrela— del hecho constitutivo del delito de violación ha de ser formulada previamente a la interrupción del embarazo, bastando con que la denuncia no sea falsa.

La *indicación eugenésica* está recogida en el art. 417 bis, 1.3ª del C.P.: “que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

En la regulación de esta indicación eugenésica cabe criticar que el legislador, al aludir al dictamen sobre la predicción de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, se refiere sólo a los “*especialistas*” cuando debería especificar que fueran “*médicos*” especialistas, como así lo requiere el art. 6.2. del R.D. 21 de noviembre de 1986. Por otra parte, en cuanto a la exigencia de la presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas ha de entenderse referida — como señala el art. 6.3 del R.D. de 21 de noviembre de 1986 — a una presunción de riesgo y con criterios de probabilidad.

El art. 417 bis. 2 del CP contiene una *causa personal de exculpación*, que abarca sólo a la mujer embarazada: “En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se haya emitido los dictámenes médicos exigidos”.

(29) Vid. DÍEZ RIPOLES, L., *Análisis de los elementos de la causa de justificación del art. 417 bis del CP*, en Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por COBO y coordinados por BAJO, IX, 1989, pág. 185.

¿Que valoración crítica nos merece el sistema de despenalización parcial del aborto previsto en el art. 417 bis del CP?

En primer lugar, la solución de las indicaciones recogida en el nuevo art. 417 bis del CP presenta los inconvenientes propios de esta opción de política criminal: el desplazamiento a los médicos de la tarea de comprobar si concurre o no determinadas condiciones; la posibilidad del control judicial ulterior a la práctica del aborto; las deficiencias técnicas en la regulación penal y la compleja normativa sanitaria complementaria; y en definitiva, la inseguridad jurídica ha llevado a que las mujeres y el personal sanitario miren con cierto escepticismo la viabilidad y la eficacia de la reforma penal. En todo caso, cabe constatar el progresivo aumento de solicitudes por parte de las mujeres españolas para demandar la realización de abortos en centros sanitarios de nuestro país: de 467 abortos declarados en 1986 hemos pasado a 44.952 en 1992.

En segundo lugar, *la objeción de conciencia* del personal sanitario es uno de los problemas más graves para la puesta en práctica y aplicación del 417 bis. Se trata de una de las cuestiones —como la de la capacidad para consentir, o la de la inclusión del aborto dentro de la Seguridad Social— no reguladas expresamente por la ley. Nuestro TC recuerda —en la citada sentencia del 11 de abril de 1985— que “la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”. Se echa en falta una regulación expresa de esta materia, como la contemplada en la legislación italiana (29 bis), com-

(29 bis) Vid. NUVOLONE, P. *La nuova disciplina dell'aborto nella legis lazione italiana*, en AAVV II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal (Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva), Avila-Alcalá de Henares, 1981, p. 31.

prendiendo dentro de la objeción de conciencia de los médicos todas las actividades encaminadas a la destrucción del feto con la salvedad del supuesto en que el médico objetor sea el único que pueda salvar la vida de la mujer embarazada. En la indicación terapéutica puede entrar en juego el cumplimiento del deber jurídico de intervenir por parte del médico, y su infracción daría lugar a la omisión del deber de socorro: el aborto consentido ante el peligro para la vida de la mujer. Aquí, en el supuesto de la indicación terapéutica, no tendría validez la cláusula de conciencia. Estamos ante una materia de enorme trascendencia práctica, si tenemos en cuenta que es la causa principal que explica el escaso número —no llega al 5% del total— de abortos practicados en centros públicos.

Por último, hay que señalar el carácter moderado del sistema de indicaciones previsto en el 417 bis del CP, que no contempla la *indicación económico-social*. Como hemos tenido ocasión de observar anteriormente, al analizar el sistema de indicaciones amplio reconocido en Derecho Comparado, es la indicación económico-social la que viene a abarcar el mayor número de los abortos legales practicados. Esta importante laguna legal podría subsanarse, aunque no sea la solución más adecuada y conveniente, si acudimos —como así hace recientemente nuestro Tribunal Supremo— a la vía de apreciar la eximente completa del estado de necesidad (art. 8.7ª del CP). El TS, en la sentencia del 11 de diciembre de 1990, aprecia la eximente completa del estado de necesidad en un supuesto típico de indicación económico-social: se trataba de “un matrimonio con una edad de 24 años los dos cónyuges y que tenían a los cuatro años de casarse tres hijos de tres, dos y un año respectivamente, que pasaban por una situación económica precaria, que eran ayudados por los padres de ella en cuya casa residían, con el marido en paro, sin cobertura, y que acababa de alquilar, pagando una renta de 15.000 pesetas mensuales, una estación de lavado y engrase de coches que atendía personalmente con grandes dificultades para hacer frente a los gastos así como el cobro de facturas. Averiguada la preñez

de la mujer por cuarta vez, en este caso no deseada, se produjo una situación de angustia en el citado matrimonio, tanto por su señalada precaria economía, como por la ya numerosa e infantil prole que juntaban y habían de atender, lo que les determinó a decidir conjuntamente e inmediatamente la interrupción del proceso biológico de gestación de la mujer" (30). Es discutible, desde una perspectiva jurídicopenal, la tesis que postula nuestro TS (la STS 11 de diciembre de 1990 se refiere al conflicto de intereses entre la protección del nasciturus y el derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad humana, citando también en relación con la embarazada los derechos a la salud, intimidad y dignidad. Se considera que incluso en la hipótesis de que el conflicto analizado en el caso no fuera real y los procesados entendieran que concurría, llegaríamos —según el TS— a la absolución a los efectos eximentes del estado de necesidad por razones del elemento culpabilístico (31)), pues no aborda la cuestión básica de la ponderación de males. En todo caso, la sentencia de *11 de diciembre de 1990* del TS sienta un importante precedente para incorporar la indicación económico-social a través de una generosa interpretación de la eximente 7ª del art. 8 (estado de necesidad), aunque lo más apropiado —en el caso de optar, como ha hecho nuestro legislador, por el sistema de indicaciones— sería proceder a una regulación expresa de la indicación social en el 417 bis del CP.

La otra vía de introducir la indicación económico-social en nuestro Derecho, a través de una interpretación

(30) STS 11 de diciembre de 1990, R. 9461, págs. 12.199 y 12.200.

(31) Vid. STS 11 de diciembre de 1990, R. 9466, pág. 12.200. En sentido crítico sobre la importante sentencia vid. ROMEO CASABONA, C.M., *La reforma penal del aborto*, cit., págs. 152 y ss. Cfr. la STS del 11.10.1983, R. 4733, que casó la importante sentencia de la Audiencia de Bilbao (24 de marzo de 1982), que había apreciado estado de necesidad putativo en un supuesto de aborto. Sobre esta última sentencia de la Audiencia de Bilbao, vid., MIR PUIG, S., *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, en AAVV *La despenalización del aborto*, Bellaterra (Barcelona), 1983, pág. 101 y ss.

amplia de la indicación terapéutica (salud psíquica de la embarazada), ha encontrado importantes dificultades en la práctica y escaso eco en nuestra jurisprudencia (32).

Hasta aquí la panorámica de la despenalización parcial del aborto en el Derecho Penal vigente en España. Las deficiencias técnicas, los inconvenientes inherentes del sistema de indicaciones y el limitado alcance de la reforma penal del aborto de 1985, que supuso un avance con respecto a la situación anterior, han llevado a reabrir el debate sobre una futura ley de interrupción voluntaria del embarazo. Antes de abordar esta cuestión tan actual, nos corresponde analizar las respuestas ofrecidas por los distintos proyectos del CP sobre la problemática del aborto.

III. EL ABORTO EN LOS RECIENTES PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (1980-1992)

Dentro del actual movimiento de reforma penal en España hay que tener en cuenta el Proyecto de CP de 1980, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo CP de 1983 y el más reciente Proyecto de CP de 1992. Nuestro objetivo inmediato será el determinar las posibles aportaciones que los mencionados textos prelegislativos, que por avatares políticos no se han convertido en Derecho positivo, ofrecen para una futura reforma penal del aborto.

(32) Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Reflexiones sobre la reforma del aborto*, Actualidad Penal, 7 (1994), pág. 120 y 121. La importante sentencia del TS del 11 de diciembre de 1990, analizada en el texto, rechazó la posibilidad de aplicar el art. 417 bis.1 (en concreto relacionado con el grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada) a la situación de angustia de la mujer, y en cambio sí apreció la eximente 7ª del art. 8 del CP. Cfr. nota 28.

1.- El Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1980

La regulación del delito de aborto en el Proyecto de CP de 1980 (arts. 161 y ss.) no ofrecía grandes novedades respecto a la legislación penal del franquismo sobre esta materia: se mantiene la criticable prohibición absoluta del aborto, con la salvedad de la entrada en juego de la eximente del estado de necesidad cuando se provoca el aborto para salvar la vida de la mujer embarazada (33).

No cabe la menor duda que lo más sorprendente y regresivo del Proyecto de 1980, en la regulación del aborto, es el no haber contemplado ni siquiera un sistema moderado de indicaciones (34), que sí se recogía en el *Anteproyecto de CP (1979)*. En efecto, el *art. 162 del citado Anteproyecto* declaraba que el aborto no era punible si se practica por un médico y con el consentimiento de la mujer cuando: “sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada” (*indicación terapéutica*); “en el caso de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el

(33) En este sentido señala GARCIA VALDÉS (Vocal asesor de la Secretaría de Estado para el desarrollo de la Constitución, en *Notas sobre el Proyecto de Código Penal*, Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, Madrid. Instituto Nacional de Prospectiva, 1980. Cuadernos de Documentación, pág. 16) que “rechazada la denominada teoría del plazo o del aborto libre dentro de las doce primeras semanas del embarazo y la teoría de las indicaciones, el nuevo Código Penal parte en esta materia de la identidad e indisolubilidad del bien jurídico protegido vida, no considerando a ninguna como de rango inferior, debiendo tener presente que la despenalización de los anticonceptivos sitúa el problema de la concepción en el terreno de la voluntariedad. Por otra parte, una interpretación correcta del estado de necesidad en los supuestos de riesgos en la vida o salud de la madre resuelve legalmente el problema al entender aplicable a la conducta abortiva realizada aquella causa de justificación (indicación terapéutica) Críticamente LANDROVE DIAZ, G., *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, AAVV, La Reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, pág. 308.

(34) Vid. CEREZO MIR, *La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código Penal Español*, en Estudios sobre la moderna reforma penal española, 1993, pág. 53.

aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y los hechos delictivos hubiesen sido oportunamente denunciados" (*indicación ética*); y "que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto sea practicado dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y que presten servicio en un centro oficial o de planificación familiar" (*indicación eugenésica*).

Tanto en la Ponencia encargada de redactar el Anteproyecto como en la Sección IV (Derecho Penal) de la Comisión General de Codificación se discutieron dos alternativas (35): la de despenalizar el aborto practicado durante los tres primeros meses del embarazo (solución del plazo defendida por GIMBERNAT) (36), que fue rechazada; y la de eximir de responsabilidad criminal sólo en los supuestos de indicaciones médica,

(35) GIMBERNAT ORDEIG, E., *La parte especial en el Proyecto de Código Penal*, en AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 56 y 57.

(36) La propuesta de GIMBERNAT, respaldada sólo por MUÑOZ CONDE y QUINTERO OLIVARES, se articulaba en dos preceptos:

1.- *Art. 162*: "Estarán exentos de pena el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo y la mujer que consintiera en la intervención. Tampoco responderá la mujer que dentro de ese plazo se causare a sí misma un aborto".

2.- *Art. 162 bis*: "Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, quedarán exentos de responsabilidad la mujer que consintiere o se provocare un aborto y el médico que se lo practicare, siempre que ello fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. La exención de responsabilidad será igualmente aplicable al médico que practicare un aborto y a la mujer que lo consintiere cuando la intervención se llevara a cabo para impedir el nacimiento de un niño con graves taras físicas o psíquicas; en este caso serán requisitos necesarios para eximir de responsabilidad que el aborto se realice en las primeras veintidós semanas a partir de la concepción, y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por un médico distinto del que practica la intervención". (Vid. CEREZO MIR, J., *ob. ult. cit.*, pág. 55).

ética y eugenésica, que fue aprobada por trece votos contra once, y que se incorporó al texto del Anteproyecto de 1979.

El Gobierno de la UCD (Unión de Centro Democrático) rechazó el moderado sistema de indicaciones previsto en el art. 162 del Anteproyecto de CP de 1979. En la *Memoria explicativa del Proyecto de CP de 1980* se trató de justificar esta opción regresiva de política criminal sobre el aborto: "Después de una consideración detallada de los pros y los contras, se ha preferido no establecer una regulación específica de las llamadas indicaciones, determinantes en otros ordenamientos de exención de responsabilidad en el aborto por el peligro para la vida de la madre, violación causante del embarazo o malformaciones esperadas en el recién nacido, porque el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos, como son la salud o la libertad, y porque en los casos auténticamente graves se puede llegar al mismo resultado de la exención de responsabilidad aplicando las reglas sobre causas de justificación o de inculpabilidad previstas en la Parte general del Código" (37). Pues bien, la justificación de la regulación regresiva sobre el delito de aborto, que ofrece el Proyecto de 1980, no es convincente técnicamente ni tampoco es aceptable como opción de política criminal conforme a los principios que informan el citado Proyecto de Código Penal.

Por un lado, no es convincente el argumento de que se pueda llegar al mismo resultado de la exención propiciado por el sistema de indicaciones aplicando las reglas generales sobre causa de justificación o de inculpabilidad, porque ello no es cierto (38): no cabe aplicar la eximente del

(37) *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Madrid 1980 (Cuadernos de Documentación), Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, págs. 44 y 45.

(38) Vid. CEREZO MIR, J., *La regulación del aborto en el Proyecto...*, en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, cit., págs. 57 y ss.

estado de necesidad en los supuestos en que la continuación del embarazo suponga un grave riesgo para la salud de la madre (la vida humana en formación está más valorada que la salud de la madre); tampoco procede aplicar para esos casos la eximente de miedo insuperable; con dificultades y en casos excepcionales se podría acudir a la eximente de trastorno mental transitorio; y, por último, si se tratara de suplantar o sustituir el sistema de indicaciones por la vía de la exculpación fundada en la inexigibilidad de otra conducta, tendríamos importantes inconvenientes como el de la inseguridad jurídica, por falta de límites precisos, o el de que no eximiría de responsabilidad a los médicos, con todos los inconvenientes de provocar la clandestinidad en la práctica del aborto.

Por otra parte, debe rechazarse la propuesta del Proyecto de 1980 sobre el aborto ya que no se corresponde con sus propios postulados de política criminal, ni con la sociedad pluralista española, ni está de acuerdo con lo imperante en esta materia en la legislación de los países de nuestro entorno cultural (por ej. Francia, Italia, Alemania). En efecto, la prohibición absoluta del aborto mantenida por el Proyecto de CP 1980, con la salvedad de la aplicación de las reglas sobre causas de justificación o de inculpación previstas en la Parte General, no se corresponde con lo manifestado en la Exposición de Motivos del Proyecto, donde se proclama que “el Código se inspira en los postulados de la moderna Política criminal. Acepta en primer término la premisa de que el Derecho Penal no debe ser instrumento de opresión en manos de un grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas y morales, sino por el contrario, garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El sistema penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia...”. Esta acertada proclamación de principios del Proyecto de CP de 1980 se contradice con la propuesta for-

mulada sobre la regulación del aborto, ya que, además de las graves consecuencias que se derivan de la prohibición absoluta del aborto —discriminación, clandestinidad con riesgo para la vida y salud de las embarazadas,... (39)—, el no haber incluido el sistema de indicaciones supone la imposición a todos los ciudadanos, en una sociedad pluralista como la española, unas ideas morales determinadas que son las de la Iglesia Católica (40).

En este sentido crítico, respecto al Proyecto de CP de 1980, se manifestaron también, con sus diversas propuestas de despenalización del aborto, la mayoría de los grupos políticos españoles con representación parlamentaria (41).

(39) Vid. GIMBERNAT ORDEIG., E., *La parte especial en el Proyecto de Código penal*, cit., pág. 57.

(40) Vid. CEREZO MIR, J., *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en AAVV, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 212 y 213; GIMBERNAT ORDEIG, E., *ob. lug. ult. cit.*; del mismo autor, *Moral, Derecho y aborto*, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, págs. 76 y 77.

(41) Vid. enmiendas de los Grupos parlamentarios: *Comunista* (enmiendas números 1.001, y 1282, donde se propone la *solución del plazo* y se anuncia una futura *proposición de ley*, con una completa regulación y justificación del procedimiento y condiciones para proceder a la interrupción del embarazo); *Socialista* (enmienda número 434, donde se postula la *solución del plazo* con un texto coincidente al de la propuesta presentada por GIMBERNAT al art. 162 del Anteproyecto del CP de 1979). En el mismo sentido las enmiendas números 162 y 163 de *Socialistes de Catalunya*; *Vasco* (PNV) (enmienda número 1725, donde se propone el *sistema de indicaciones* —médica, ética y eugenésica—, destacando la urgencia y necesidad de “una legislación protectora del embarazo, a través de la cual lo mismo se informe y eduque para que no surjan los embarazos no deseados, como también se logre que una vez surgido el embarazo éste se haga deseable a través de medidas de ayuda”); *Minoría Catalana* (enmienda número 59 que recoge el sistema moderado de *indicaciones* —médica, ética y eugenésica—, pretendiendo devolver al Proyecto la coherencia con sus postulados de política criminal y que se mantenía en el Anteproyecto de 1979). Sólo *Coalición Democrática*, que postula una penalidad mayor, y la *UCD* (Unión de Centro Democrático), que defendió el Proyecto de 1980, se mostraron en contra de la despenalización del delito de aborto.

2.- La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983

En 1983 el Ministerio de Justicia del primer gobierno socialista español (PSOE) sacó a la luz pública la PANCP, elaborada por un grupo de penalistas (42), con el objetivo de cumplir con el compromiso electoral de elaboración de un nuevo Código penal.

El art. 148 de la PANCP de 1983 establece:

“El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, incesto o estupro, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3ª Que sea probable que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada”.

(42) El Ministro de Justicia Fernando Ledesma Bartret en enero de 1983 designó una comisión integrada por los profesores Cobo del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña y Quintero Olivares, y el Magistrado del Tribunal Supremo señor García Miguel, para elaborar un texto articulado de Proyecto de Código penal, teniendo en cuenta el Proyecto de CP de 1980, las enmiendas presentadas al citado Proyecto, las directrices del programa electoral del PSOE y las aportaciones científicas sobre la reforma penal. Vid. *Introducción a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia (Secretaría General técnica), Madrid, 1983, pág. 12.

El art. 148 de la PANCP 1983 postula un sistema de indicaciones moderado, recogiendo las indicaciones terapéuticas, ética y eugenésica, dejando fuera la indicación económico-social (43). Llama la atención que el Gobierno socialista, en contra de lo declarado en la Introducción de la PANCP, no haya sido coherente con la defensa de la solución del plazo que se contenía en las enmiendas presentadas, por sus representantes parlamentarios, al Proyecto de CP de 1980.

El texto del art. 148 de la PANCP 1983 se corresponde, en gran medida, con el ofrecido por el art. 162 del Anteproyecto de CP de 1979. En sentido positivo, frente al Anteproyecto de 1979, la PANCP incluye en la indicación ética los supuestos —no recogidos en el Anteproyecto de 1979— en que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de incesto o estupro. En cambio, se destaca (44) negativamente que la PANCP de 1983 no haya contemplado en la indicación ética un hecho similar al de la violación, por la ausencia absoluta de consentimiento de la mujer al embarazo, que —si recogía el Anteproyecto de 1979— es el de la inseminación artificial no consentida. Quizás la infrecuencia de este caso es lo que —como señala cierto sector doctrinal (45)— permite explicar su no inclusión.

Por último, la fórmula de despenalización parcial del aborto prevista en el art. 148 de la PANCP de 1983 deja sin resolver cuestiones de cierta importancia como por ej. la fijación del término inicial a los efectos del cómputo de los pla-

(43) En nuestra doctrina CUERDA RIEZU (en *DJ*, 37/40, I, 1983, cit., págs. 379 y 381), considera que partiendo de un concepto amplio de salud, que abarcaría los trastornos económico-sociales que se puedan derivar del embarazo, se podría integrar la indicación socioeconómica en los supuestos de la indicación terapéutica.

(44) Vid. CUERDA RIEZU, A., *DJ*, 37/40, vol. I, 1983, cit., pág. 379.

(45) Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, Estudios penales, 1991, pág. 354.

zos; el problema de la capacidad de prestar un consentimiento válido, con referencia expresa a las mujeres embarazadas menores de edad o enfermas mentales; las garantías relacionadas con quienes han de comprobar la concurrencia de las condiciones de la indicación, y con los establecimientos sanitarios acreditados para la práctica del aborto; la problemática de la objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar el aborto en los casos en que estuvieran cubiertos por las indicaciones reconocidas por la ley, etc... (46). Todo ello viene a poner de manifiesto la carencia de algo fundamental en la reforma penal del aborto en España: la necesidad de que una materia tan compleja, como es la interrupción voluntaria del embarazo, sea abordada —como sucede en la mayoría de los países europeos— a través de una ley especial (47).

3.- *El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992*

El proyecto de 1992 sigue en la línea de despenalización parcial del aborto mediante el sistema de indicaciones —ya apuntada por el Anteproyecto de CP de 1979, la PANCP de 1983, y el Anteproyecto de 1992—, con algunas variantes y sobre todo con la incorporación de una discutible nueva indicación, la recogida en la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 153.

Por una parte, el art. 153.1 circunstancia tercera incorpora en la indicación ética la exigencia de que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad sexual —que se recogía en el art. 148.2º de la PANCP de 1983— o de inseminación artificial no consentida, que se contemplaba en el art. 162.2ª del Anteproyecto de CP (1979).

(46) Vid. CUERDA RIEZU, A. *ob. ult. cit.*, págs. 377 y ss.

(47) Vid. ESER, A., *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto*, cit., Actualidad Penal 4(1994), pág. 63.

Por otro lado, la gran novedad del art. 153 del Proyecto de 1992 la encontramos en la incorporación de una extraña y criticable cuarta indicación — como una subespecie de la terapéutica— en la circunstancia 2ª del art. 153.1.

El art. 153.1.2ª del Proyecto de CP de 1992 establece lo siguiente:

“1.- No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

...2ª Que el aborto se haya practicado dentro de las doce primeras semanas de gestación para evitar riesgos para la salud o integridad física y moral de la embarazada.

Se considera, en todo caso, comprendido en el párrafo anterior el aborto practicado dentro de dicho plazo si la gestante acredita la concurrencia previa a la intervención de los siguientes requisitos:

a) Que se ha informado en un centro público de orientación familiar o de servicios sociales, acerca de otras posibilidades alternativas, así como de los derechos y ayudas previstos en favor de la embarazada y de la madre.

b) Que un médico ha certificado la existencia de un estado de angustia o ansiedad en la gestante y un pronóstico de riesgo para su salud de continuar adelante el embarazo, atendidas, en su caso, sus condiciones personales, sociales o familiares”.

Esta nueva cuarta indicación es, por su confusión y ambigüedad, un claro ejemplo de cómo no se debe abordar la reforma penal del aborto. Son varias las razones que se pueden alegar para rechazar la circunstancia 2ª del art. 153.1 del Proyecto de 1992:

1ª) La indeterminación de los presupuestos para autorizar el aborto practicado dentro de las doce primeras semanas

de la gestación. En efecto, el presupuesto fundamental de la nueva indicación se refiere al aborto para evitar riesgos para la salud o integridad física o moral de la embarazada. Por un lado, no se requiere un peligro grave —como sería lo correcto— sino que basta un mero “riesgo”; y por otra parte se alude a la “integridad moral” de la embarazada, lo cual es de difícil o de imposible determinación (48);

2ª) Se podrá apreciar la indicación de la circunstancia 2ª del citado art. 153.1 si la gestante acredita previamente a la intervención que concurren los requisitos de haberse informado en centro público de orientación familiar sobre otras alternativas y sus derechos, y que el médico haya certificado la existencia de un estado de angustia o ansiedad de la gestante y un pronóstico de riesgo para la salud en caso de continuar adelante el embarazo, atendiendo sus condiciones personales, sociales o familiares. La vaguedad, la falta de técnica legislativa adecuada, del presupuesto básico de esta indicación se agrava en estos requisitos que permiten su apreciación. ¿Cómo puede satisfacerse la exigencia de que el médico certifique un estado de angustia o ansiedad en la gestante? Es normal que toda mujer se encuentre en estado de angustia o ansiedad cuando va a abortar, y difícilmente podrá certificar un médico —no se requiere ninguna especialidad— una situación normal (no patológica) de la gestante y que no se corresponde con los conceptos propios de la Medicina. La referencia al pronóstico de riesgo para la salud de la gestante de continuar el embarazo, atendiendo las condiciones personales, sociales o familiares, ha permitido denunciar a cierto sector doctrinal (49) que la nueva indicación introduce solapadamente la indicación social y que, por su amplitud e imprecisión, puede desembocar de facto en la solución de plazo.

(48) Vid. CEREZO MIR, J., *Algunas observaciones al Proyecto de Código Penal de 1992*, en Estudios sobre la moderna reforma penañ española, 1993, pág. 213.

(49) Vid. CEREZO MIR, J., *ob. ult. cit.*, pág. 214.

3ª) La intromisión que supondría para la intimidad y dignidad de la gestante que ha de ser sometida a diversas investigaciones para apreciar su estado de angustia o ansiedad y formular el pronóstico de riesgo para su salud de continuar el embarazo (50).

La propuesta de la indicación prevista en el art. 153.1.2ª del Proyecto de 1992, por su indeterminación y graves deficiencias técnicas que atentan contra las mínimas exigencias de seguridad jurídica, no es la vía apropiada para despenalizar el aborto en el futuro Código penal español.

IV. CONCLUSIONES

El proceso de reforma penal de los últimos años en España (1980-1992) ofrece, en materia de aborto, un balance relativamente positivo y lo consideramos inconcluso.

En primer lugar, conviene destacar que los diversos textos prelegislativos de la España democrática —salvo la excepción del Proyecto de 1980—, se pronuncian a favor de una despenalización parcial del aborto y dentro del sistema de indicaciones, dejando fuera la indicación económico-social. Ese movimiento de reforma penal ha obtenido ya sus frutos con la incorporación, por la L.O. del 5 de julio de 1985, del nuevo art. 417 bis al Código penal vigente. Esta reforma de 1985 supone la consagración en nuestro Derecho positivo de un sistema moderado de despenalización parcial del aborto, en la línea trazada por el Anteproyecto de 1979 y la PANCP de 1983, y significa un avance importante respecto

(50) Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Actualidad Penal* 7 (1994), pág. 129 (46).

a la legislación anterior. Sin embargo, por las razones ya apuntadas, el nuevo art. 417 bis no ha resuelto satisfactoriamente la problemática jurídico-penal del aborto. ¿Cuál puede ser la solución más apropiada para el futuro de la reforma penal del aborto en España? Desde luego que la solución no está en la vía señalada por el Proyecto de 1992, ampliando el sistema de indicaciones con una indicación tan imprecisa y confusa como es la relacionada con “un estado de angustia o ansiedad en la gestante”. Nuestro legislador del futuro ha de optar, con todas las consecuencias y con la máxima coherencia, por un *sistema de indicaciones* más amplio (habría que incorporar un cuarto supuesto: la indicación económico-social) o por la solución del plazo (impunidad del aborto practicado dentro de los tres primeros meses de gestación, con el consentimiento de la mujer y llevado a cabo por un médico. A partir de ese plazo sólo estaría permitido el aborto que se ajuste a la indicación terapéutica, sin límite de plazo, y a la indicación eugenésica, siempre que el aborto se realice en este último caso dentro de las veintidós primeras semanas del embarazo).

En segundo lugar, no se puede olvidar que cualquier opción de despenalizar el aborto ha de enfrentarse con el escollo del control de su constitucionalidad. El problema de la constitucionalidad de la despenalización del aborto en España no puede resolverse a través de la disputa lingüística sobre el término indeterminado “todos” (tienen derecho a la vida...) del art. 15 de nuestra Constitución (51), ni tampoco ha de condicionarse por la experiencia alemana en esta

(51) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Constitución y aborto*, y la *Reforma del Derecho Penal del aborto*, en Estudios, cit., págs. 60 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en Comentarios a la legislación penal, I, dirigidos por M. COBO y coordinados por M. BAJO, 1982, pág. 65 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., *Prohibición del aborto y Constitución*, RFDUC, 3, Monográfico, Madrid, 1980, pág. 198.

materia (52). Nuestro TC, en la importante sentencia del 11 de abril de 1985, considera —como destacamos anteriormente— que “la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (53). El TC, en la mencionada sentencia, formula sobre todo tres consideraciones que estimo fundamentales para resolver el problema planteado: 1ª El reconocimiento de la libertad del legislador ordinario para solucionar el problema y el tratamiento penal del aborto dentro del marco constitucional (54). Por lo tanto, nuestro TC no veda que el legislador español adopte la solución del plazo (55) o el sistema de

(52) Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Actualidad Penal*, 7 (1994), pág. 139 y ss., quien aboga por el “modelo de asesoramiento”, variante del sistema del plazo y que se apunta en la reciente Ley alemana del 27 de julio de 1992. Que esta vía de despenalización del aborto plantea problemas constitucionales se ha constatado en la polémica y contradictoria sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 28 de mayo de 1993. Por otra parte, LAURENZO COPELLO reconoce la ineludible injerencia en la intimidad de la mujer, al poner en práctica el preceptivo y previo asesoramiento (pág. 145). Por último, habría que añadir las dificultades de la puesta en práctica del asesoramiento (Cfr. ESER, A., *Actualidad Penal*, 4 (1994), pág. 64 y 65).

(53) *Fundamento jurídico nº 5*, de la STC del 11 de abril de 1985, BJC 49 (1985), pág. 532.

(54) Vid. *Fundamento jurídico nº 9*, de la STC cit., BJC 49 (1985), pág. 534. En esta dirección destacó, en su voto particular, JERONIMO AROZAMENA SIERRA, Magistrado del TC: De la fórmula lingüística del art. 15 no puede inferirse que la Constitución dejara decidida una determinada toma de posición impeditiva de una actuación legislativa penal... el tema del aborto quedó abierto al legislador (BJC 49, 1985, pág. 537).

(55) A favor de la compatibilidad entre nuestro texto constitucional y la solución del plazo, vid., entre otros ARROYO ZAPATERO, L., *Prohibición del aborto y Constitución*, cit., pág. 221; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/G. CUSSAC, *Derecho Penal*, P.E., 1993, pág. 582; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual*, P.E., Delitos contra las personas, 1, 2ª ed., 1991, págs. 112 y 127; RUÍZ MIGUEL, A., *El aborto: Problemas constitucionales*, Madrid, 1990, págs. 94 y ss. Por su parte LAURENZO COPELLO, en *Actualidad Penal*, 7 (1994), considera difícil la compatibilidad del sistema puro del plazo con la doctrina de nuestro TC (pág.

indicaciones (56); 2ª) El TC le reconoce también al legislador que renuncie a la sanción penal de una conducta que pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos (57). En esta dirección el TC señala que el Estado está obligado a establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que incluya también, como última garantía, las normas penales (58). De esta manera, el TC viene a destacar la importancia que tiene el principio de intervención mínima relacionado con el poder punitivo del Estado. En la lucha contra la práctica del aborto el Derecho Penal no es el único instrumento ni el más idóneo (59); y 3ª El aborto es sobre todo un problema de

132), y en cambio postula la compatibilidad de una variante de la solución del plazo (modelo de asesoramiento) con las normas constitucionales (págs. 144 y ss.). En contra de la compatibilidad entre la solución del plazo y la Constitución, vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G., en *Comentarios a la legislación penal*, I, cit., págs. 71 y ss.; CERESO MIR, J., *La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código penal*, en Estudios sobre la moderna reforma penal española, cit., págs. 62 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M., *La reforma penal del aborto*, en AAVV, Presupuestos para la reforma penal, 1992, cit., págs. 165 y 166. Cabe advertir que Tribunales Constitucionales de otros países —como Francia, Austria y USA— han considerado compatible la solución del plazo con la Constitución.

(56) A favor de la constitucionalidad del sistema de indicaciones vid., entre otros RODRIGUEZ MOURULLO, G., *ob. ult. cit.*, págs. 71 y 75; CERESO MIR, J., *ob. ult. cit.*, pág. 67; voto particular concurrente de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ): VIVES ANTÓN, JIMÉNEZ DE LA BLANCA, GRANIZO GARCÍA-CUENCA, FERNÁNDEZ MONTALVO, XIOL RIOS, GÓMEZ DE LIAÑO y BOTELLA, en el *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992*; y la importante STC del 11 de abril de 1985, en cuyo fundamento jurídico doce se declara la constitucionalidad del sistema de indicaciones previsto en el art. 417 bis del CP vigente.

(57) Vid. Fundamento Jurídico nº 9, BJC 49 (1985), pág. 534.

(58) Vid., Fundamento Jurídico nº 7, BJC 49 (1985), pág. 533.

(59) Como señala ESER, en *Actualidad Penal*, 4 (1994), “quien para evitar la interrupción del embarazo se dirija en primer lugar al Derecho Penal quedará totalmente desilusionado” (pág. 66).

política social, y es ahí, en ese ámbito —y no en el Derecho Penal— donde se debe propiciar la adopción de medidas adecuadas para atajar las causas que provocan la interrupción del embarazo (60). En este sentido advierte nuestro TC que “en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”(61).

A la luz de estas consideraciones formuladas por nuestro TC, en la sentencia del 11 de abril de 1985, y teniendo presente los graves inconvenientes que tiene el sistema de indicaciones —ineficaz, impreciso, abona el terreno de la inseguridad jurídica, deja en manos de terceros (médicos y jueces) la última palabra sobre la licitud del aborto— estimo que es la solución del plazo —por su claridad, precisión, satisface mejor las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, es la embarazada quien decide finalmente— la respuesta penal más adecuada y conveniente para afrontar el problema de la despenalización del aborto.

El futuro de la reforma penal del aborto en España ha de pasar por la solución del plazo y por la promulgación de una Ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo, donde se contemplen además los diversos aspectos básicos en la regulación de esta materia (personal sanitario interviniente y centros médicos donde se pueden realizar; la objeción de conciencia; cobertura por parte de la seguridad social de los abortos

(60) Advierte ROXIN —en el *Desarrollo del Derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, Rev. J. Cat. 1980, cit., pág. 264— que “el aborto es, antes de nada, un problema político-social y no constituye ninguna cuestión jurídico-penal; sólo si se puede poner mano sobre sus causas se podrá luchar exitosamente contra él”.

(61) Vid. Fundamento Jurídico nº 11 de la *STC del 11 de abril de 1985*, BJC 49 (1985), pág. 535, al referirse a la constitucionalidad de la indicación eugenésica.

autorizados...); y porque se garanticen por parte del Estado las medidas de asesoramiento y asistenciales a la embarazada (62).

El Estado social y democrático de Derecho está obligado a adoptar las medidas de política social —de carácter económico, familiar, psicológico—, que permitan atajar las causas y disminuir las cifras del aborto. De esta forma, el Estado podrá cumplir mejor y más eficazmente con el mandato constitucional de protección de la vida del nasciturus y de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Con otras palabras, el futuro de una lucha eficaz contra el aborto no está en el Derecho Penal (la respuesta aquí es modesta y muy limitada: la más idónea, por las razones señaladas, es la solución del plazo) sino en la vía preventiva articulada por una política social avanzada, exigible, e inherente al Estado social y democrático de Derecho (63).

(62) En este sentido se manifiestan en voto particular concurrente sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo los vocales del CGPJ, FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, MESTRE GARCÍA, BELLOCH JULBE, SIERRA GIL de la CUESTA (vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Código Penal*) abogando por la solución del plazo y por su complemento con un conjunto de medidas de acción positiva de asistencia y apoyo que debe ofrecer el Estado para evitar la práctica de abortos, cuya realización pueda obedecer a carencias subsanables, falta de reflexión suficiente...

(63) Así, ESER (en *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal alemán*, cit., en Libro Homenaje a BERISTAIN, San Sebastián 1989, pág. 739) considera que en el futuro se ha de tener en cuenta que la efectiva protección de la vida en gestación es una tarea compleja, donde el Derecho es sólo uno de los medios. A esto debe añadirse una amplia profilaxis individual y social en las que hay que incluir no sólo la adecuada formación sexual y asesoramiento sobre métodos anticonceptivos sino también un conjunto de medidas suficientes sobre política familiar y sobre ayuda a la embarazada y a la madre. Sin un complemento de política social de estas características, la prohibición penal del aborto, no pasa de ser, en última instancia, una incompleta, cuando no totalmentet hipócrita declaración de principios a favor de la protección de la vida en formación.