

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia.

La tímida despenalización del aborto en España.

DEDICATORIA

Al tomar la pluma para escribir estas páginas, siento con dolorosa intensidad que algo decisivo se ha producido. Algo que me alcanza como hombre y como penalista. Ha muerto José Antonio Sáinz Cantero. Mi maestro.

Colegas más solventes —no más doloridos— que yo han redactado sentidas páginas en recuerdo y homenaje a su figura ejemplar. Desnudo de toda retórica y con un leve soplo de pudor al publicar vivencias que pertenecen al arcano de los sentimientos más profundos, quiero —simplemente— dedicar este trabajo a su memoria.

Su limpia trayectoria profesional, su apasionada dedicación a la universidad, su generoso magisterio y su obra, dilatada y brillante, son por todos sobradamente conocidas y valoradas. Siento ahora la imperiosa necesidad de subrayar otros aspectos de su personalidad, no siempre bien comprendidos por algunos que prácticamente todo le deben.

En los muchos años que he tenido la fortuna de trabajar a su lado, Sáinz Cantero ha sido para mí un ejemplo, impartido día a día y sin desmayo, de lo que

debe ser un docente y un investigador del Derecho penal. A su modestia personal —privilegio de los verdaderos maestros— unía algo que subrayo precisamente por su infrecuencia: una enorme generosidad científica. La paciente ayuda a sus colaboradores más modestos y la satisfacción —despojada de autocomplacencia— por sus éxitos son constantes en su trayectoria vital.

Al margen de toda intransigencia —torre de marfil de las mediocridades— ha respetado siempre las opciones personales ajenas. Como reflejo de su gran finura intelectual, sentía más interés por las opiniones no coincidentes con la propia. En cualquier caso, todas le merecían idéntico respeto.

Sabido es que constituye la nuestra una profesión plena de hipocondríacos y atrabiliarios. Por el contrario, Sáinz Cantero hizo siempre gala de un gran sentido del humor que afinó con su estancia en la entrañable Universidad de Galicia. Quizá no resulte muy académica esta referencia a su sentido del humor, pero sin ella parecería desvaído su recuerdo. Todos hemos sido testigos de su agilidad intelectual, su brillante improvisación y —en ocasiones— su siempre medida causticidad. Me niego a entristecerme hasta el punto de ignorarlo. El sería el primero en reprochármelo.

Soy consciente de que una de las misiones —quizá la fundamental— de los profesores universitarios es forjar generaciones mejores que la propia. De ello se deriva mi única amargura con relación a mi maestro. Sé que le defraudo al no poder superarle. Sólo puedo añadir en mi descargo que lo he intentado. Estoy seguro de que él, una vez más, disculpa las limitaciones

del más modesto de sus discípulos. Tal condición es, sin duda, mi mejor título académico.

Como él escribió en memoria de su maestro muniqués E. Mezger, ya vive José Antonio Sáinz Cantero la paz de los sabios buenos. Nos queda su obra, su ejemplo y un vacío luminoso.

I

Como ha sintetizado Vives Antón (1), las posiciones ideológicas en torno a la voluntaria interrupción del embarazo cristalizan fundamentalmente en cinco posibles opciones:

a) La postura *conservadora extrema*, que no admite su licitud más que en supuestos de conflicto con la vida de la mujer embarazada o en casos de peligro muy grave para su salud, entendida básicamente en su dimensión física.

b) La postura *conservadora moderada*, que preconiza un sistema de indicaciones limitado a la terapéutica, la eugénica y la ética.

c) La solución *intermedia*, que propone un sistema de indicaciones más amplio, dando cabida a la denominada indicación social o de necesidad.

d) La opción *liberal*, que se identifica fundamentalmente con el sistema del plazo.

(1) Cfr. T.S. Vives Antón, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, en *Revista española de Derecho constitucional*, septiembre-diciembre, 1985, p. 122.

e) El planteamiento *radical*, que proclama el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo en cualquier momento del mismo.

Ello sentado, hay que reconocer que la inmensa mayoría de los países que suelen mencionarse —quizá con notorio optimismo— como integrantes de nuestro ámbito cultural arbitran, respecto de la voluntaria interrupción del embarazo, bien el sistema del plazo, bien el de las indicaciones. A veces, incluso, aparecen legislativamente conjugados ambos sistemas.

La reciente promulgación en España de la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 (2), que introduce en la materia las tres indicaciones más extendidas en el ámbito del Derecho comparado, supone una cierta reconciliación del Derecho penal con la realidad y uno de los logros legislativos más difícilmente alcanzado en toda la Historia de nuestro país.

Hasta este momento, la regulación acometida en el Código penal (arts. 411 y siguientes) procedía básicamente de la Ley de protección de la natalidad, de 24 de enero de 1941, y respondía a planteamientos demográficos de clara inspiración fascista. En definitiva, se consideraba criminal todo aborto provocado.

Sobre todo en los últimos años, la inmensa mayoría de la doctrina española ha sido receptiva del amplio movimiento despenalizador operado en la materia. Las diversas opciones giran —por supuesto— en

(2) Ley Orgánica sorprendentemente promulgada como “*de reforma* del art. 417 bis del Código penal”, habida cuenta que en este cuerpo legal no existía con anterioridad ningún art. 417 bis.

torno a la aceptación del sistema del plazo o de las indicaciones.

En cualquier caso, existe un planteamiento originariamente común: la dimensión criminológica de la criminalización a ultranza, los innegables riesgos que para amplios sectores de la población femenina supone el aborto clandestino realizado en deficientes condiciones sanitarias, la existencia de un creciente turismo abortivo, sólo al alcance de los sectores sociales más favorecidos cultural y económicamente, que burla la intransigencia de la legalidad española con el desplazamiento a países de legislación más tolerante, etc.

Por otro lado, se subraya también que la despenalización no supone —en ningún caso— la obligación de abortar para nadie, que en la materia deben decidir las opciones estrictamente personales y que —naturalmente— la idea despenalizadora se centra, única y exclusivamente, en el aborto consentido. No se pone en tela de juicio la punición del aborto realizado contra la voluntad de la mujer embarazada.

Cabe añadir al respecto que todos somos antiabortistas, incluso los que defendemos la despenalización. Nadie está a favor del aborto. Sin embargo, somos muchos los que pensamos que enviar a prisión a la mujer que se ve forzada a tomar tan dramática decisión nada resuelve. Y ello al margen de que la cifra negra de esta actividad sea muy elevada; se trata de un delito de tan fácil comisión como difícil descubrimiento.

Lo que resulta indudable es que, nacido el movimiento despenalizador, muy pronto se convirtió la cuestión del aborto en uno de los grandes temas na-

cionales; como tal, ha sido frecuentemente manipulado en uno u otro sentido. Los medios de comunicación social le han prestado quizá demasiada atención; la misma posiblemente que al problema del paro o del terrorismo. Los partidos políticos —prácticamente sin excepción— se han pronunciado al respecto. La politización del tema y la intervención, muchas veces tendenciosa, de determinados sectores eclesiásticos han contribuido a crear una compleja ceremonia de confusiones.

Es evidente que la despenalización ha producido, en su día, convulsiones sociales de cierta entidad en Francia, Italia o la República Federal Alemana, pero en España se alcanzó una radicalización posiblemente muy superior.

Desde determinados sectores, tan reaccionarios como desinformados, no se dudó en calificar a los partidarios de la despenalización de izquierdistas revolucionarios y —por ello— peligrosos para los valores espirituales occidentales, a perpetuar para su mayor gloria. Con ello, se olvidaba que la ley italiana que abordó la despenalización del aborto en 1978 se promulgó con la Democracia Cristiana —como siempre— en el poder o que la ley francesa de 1975 lo fue con Giscard d'Estaing en la Presidencia de la República y S. Veil en el Ministerio de Sanidad.

No parece lógico que los que tan vehementemente defienden la integración de España en estructuras europeas, de signo militar o económico, se opongan tan empecinadamente a la homologación de nuestro Derecho penal en la materia con soluciones europeas desde hace ya muchos años.

II

A la vista de la reciente reforma del Código penal, expresa Gimbernat que “puestos a elegir entre la prohibición y el nuevo art. 417 bis, me inclino obviamente por esta última regulación en cuanto se acerca más que aquélla a la solución del plazo” (3). Con ello, se apunta el desencanto que tan tímida despenalización ha producido en los sectores más progresistas de la doctrina española; lo que no es obstáculo para que tan moderada solución haya merecido un evidente rechazo de los sectores más intransigentes.

Al margen —de momento— de otro tipo de valoraciones, justo es reconocer que no resultó fácil el camino. La publicación en el B.O.E. del nuevo art. 417 bis solamente se alcanzó después de superar obstáculos de muy diversa índole y no siempre naturales. Al margen de intolerables intromisiones de muy significados poderes fácticos —con una clientela muy precisa— en los asuntos internos de un Estado soberano y de Derecho, hay que subrayar que se intentó sustraer de nuestras Cámaras legislativas, es decir, de la voluntad del pueblo la decisión legislativa al respecto. Felizmente, se promulgó una ley que seguramente no es la que la sociedad española necesita pero que —en cualquier caso— supone una brecha en la ciega represión vigente con anterioridad.

Incluso, pudiera aceptarse que es la única ley viable en la hora actual. Es posible. No lo sé. La política no es mi oficio.

(3) Cfr. E. Gimbernat Ordeig, *La reforma del Derecho penal del aborto*, en *Doctrina penal*, 1985, pp. 27 y s.

Muy esquemáticamente, aludiré al difícil proceso legislativo (4) seguido hasta la promulgación del art. 417 bis:

El *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980, rechazó la moderada solución —hoy vigente— de las indicaciones que figuraba en el Anteproyecto elaborado por la Ponencia integrada por reconocidos juristas. Incluso, uno de sus miembros, E. Gimbernat, había incorporado al Anteproyecto un voto particular con la siguiente fórmula jurídica: “Estarán exentos de pena el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo y la mujer que consintiere en la intervención. Tampoco responderá la mujer que dentro de ese plazo se causare a sí misma un aborto”. En definitiva, se defendía la solución del plazo.

Al rechazar las dos posibilidades despenalizadoras, el Proyecto de 1980 resultó claramente regresivo (5), por suponer un notable endurecimiento de la normativa franquista, habida cuenta que —por ejemplo— posibilitaba la persecución en supuestos de dolo eventual y hacía desaparecer la modalidad *honoris causa* del art. 414, que permite notables atenuaciones de la pena, al margen de la escasa simpatía que la misma despierta en la doctrina española.

(4) Vid. al respecto, G. Landrove Díaz, *El aborto y el futuro Código penal*, en *Anales de Derecho*, 7, Universidad de Murcia, 1985, pp. 117 y ss.

(5) Vid. G. Landrove Díaz, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983, fundamentalmente pp. 138 y ss.

Ya en 1983 —y fracasado el intento legislativo de 1980— el Gobierno socialista sustrajo de la que habría de convertirse en Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983, la nueva regulación del aborto, prescindiendo así del procedimiento de urgencia para evitar que la previsible polémica, y el recurso de inconstitucionalidad, retrasasen la inaplazable reforma del Texto punitivo.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de marzo de 1983 se publicó el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código penal*. Estaba concebido en los siguientes términos: “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 del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3ª. 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 médicos especialistas distintos del que inter venga a la embarazada”.

Como era de esperar, tan moderado repertorio de indicaciones provocó en nuestras Cámaras legislativas encontradas reacciones: por un lado, el Partido Co-

munista —integrado en el Grupo Mixto— formuló una enmienda a la totalidad y ofreció un texto alternativo para el art. 417 bis en el que se optaba claramente por el sistema del plazo, con base, fundamentalmente, en que la solución de las indicaciones solamente despenaliza un número ínfimo del total de abortos voluntarios y que la mayoría de los mismos permanecen bajo la amenaza penal; por otro lado, el Grupo Parlamentario Popular solicitó la devolución del Proyecto alegando —entre otras razones— que resultaba anticonstitucional y que otorgaba una extensión inadecuada a los principios de intervención mínima y de no exigibilidad de otra conducta.

Al prosperar el proyecto gubernamental de las tres indicaciones, la derecha presentó recurso de inconstitucionalidad, que habría de superarse a través de la compleja peripecia a que más adelante se alude. Baste indicar ahora que la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 introdujo en el Código penal español el art. 417 bis:

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:

1ª. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictámen 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, po-

drá prescindirse del dictámen y del consentimiento expreso.

2^a. 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 hubiese sido denunciado.

3^a. 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 dictámen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. 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 hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

III

Para una acabada comprensión del contexto en que se produce tan tímida despenalización puede resultar útil conocer determinadas cuestiones planteadas por la realidad social del turismo abortivo y la solución jurisprudencial otorgada a la misma en un determinado momento histórico. Problemática con la que se forzó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en términos —como se verá— irreprochables.

Como ya se indicó, el turismo abortivo —sólo al alcance de las mujeres pertenecientes a determinadas clases sociales— permite a éstas burlar la dureza

de la legislación de su país con el cómodo expediente —pero caro— de trasladarse a otras naciones con legislación más permisiva en la materia. La dureza tradicional de nuestro Código ha determinado que, durante muchos años, las españolas utilizasen —en progresión creciente— esta solución a problemas muchas veces angustiosos.

Según datos oficiales, en Gran Bretaña abortaron más de 10.000 españolas en 1977; más de 16.000 en 1979; casi 19.000 en 1981; más de 22.000 en 1982; 30.000 en 1983. A ello hay que añadir los abortos producidos en otros países, cifra posiblemente no desdeñable.

La incuestionable vigencia en la materia del principio de territorialidad dejaba a salvo de la dureza represiva del Código español a las mujeres obligadas a tan triste modalidad turística.

Sin embargo, el Tribunal Supremo español, a través de dos discutibles y muy discutidas sentencias, intentó extender más allá de las fronteras españolas la eficacia de las normas penales sancionadoras de la voluntaria interrupción del embarazo. La crítica generalizada de la doctrina a tal solución dió origen a una interesante polémica. Polémica que, como subraya Cuerda Riezu (6), ofrece también aspectos positivos: en primer término, ha permitido establecer una discusión científica entre penalistas y jueces que en épocas pasadas era impensable; en segundo lugar, ha con-

(6) Cfr. A. Cuerda Riezu, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en *Documentación jurídica*, 37-40, volumen 1, 1983, p. 364.

tribuído a profundizar en los criterios que rigen las normas de aplicación de la ley penal en el espacio (7).

En el origen de esta línea jurisprudencial se encuentra la respuesta de la Fiscalía General del Estado a la Consulta nº 5/1978, sobre “Extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia”, en la que se pretendía basar en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —de 1870, entonces vigente— la persecución del aborto realizado en el extranjero por un español; incluso, se aludía a la nacionalidad potencial del feto para soslayar los obstáculos representados por la exigencia legal de que se cometiere un delito en país extranjero “contra otro español”.

La *Sentencia de 20 de diciembre de 1980* estimó que el turismo abortivo (8) constituye un fraude de ley (los arts. 411 y siguientes del Código penal supondrían la norma defraudada) y que el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entonces vigente permitiría aplicar la legislación española en estos supues-

(7) Sobre la relación de esta problemática con el turismo abortivo, vid. G. Landrove Díaz, *Eficacia espacial de las leyes penales españolas*, en *Estudios penales y criminológicos*, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, fundamentalmente pp. 179 y ss.

(8) En la propia *Sentencia de 20 de diciembre de 1980* se subraya que “la cuestión sometida a la interpretación casacional tiene un gran alcance, no sólo jurídico, sino también criminológico y sociológico, dada la frecuencia de conductas que, como la enjuiciada, tratan de eludir la aplicación de la ley nacional, sancionadora del aborto, buscando realizar el atentado a la vida intrauterina en otros países más complacientes con tal actuación criminal, cuando no impunitas; todo lo cual crea, junto con el desprestigio de la norma española, un desasosiego claramente perceptible en nuestro entorno social, en cuanto son las clases más privilegiadas o acomodadas económicamente las que parecen tener patente de corso para llevar a cabo sus delictivos propósitos”.

tos, con independencia de si es o no delito el aborto en el país de que se trate.

Creo innecesario insistir en el amplio rechazo que tal planteamiento produjo en la doctrina penal española. Con notable rigor Mir Puig ha subrayado el ataque que supone al principio de legalidad y lo insostenible en el ámbito del Derecho penal de una analogía *in malam partem* (9).

En su atinado comentario a la *Sentencia de 20 de diciembre de 1980*, y después de subrayar que la misma supuso una distorsión del juego lógico de las normas de competencia internacional penal y un endurecimiento notable de la legislación española en materia de aborto, expresó Fernández Entralgo que “del bien probado prestigio de la Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo y su demostrada capacidad autocrítica” cabía confiar en que, si acaso se presentaba de nuevo la ocasión, se produciría un replanteamiento del criterio mantenido, antes de convertirse —por su reiteración— en doctrina legal (10). Esperanza que muy pronto se vería defraudada.

En efecto, la *Sentencia de 15 de octubre de 1983* sigue la interpretación jurisprudencial de la de 1980, reconociendo —incluso— que la misma había sido “contestada por una parte de la doctrina patria”. Se insiste en la afirmación del fraude de ley y en la inadmisibles interpretación del art. 339 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial: “el feto concebido por ma-

(9) Vid. S. Mir Puig, *Aborto en el extranjero*, en *La despenalización del aborto*, cit., pp. 145 y ss.

(10) Cfr. J. Fernández Entralgo, *Aborto y extraterritorialidad: el “turismo abortivo”*, en *Poder judicial*, n° 8, 1983, p. 38.

dre española, no es extranjero, en tanto la misma conserva la nacionalidad patria”. Además se ignora la elemental regla de la doble incriminación. También esta sentencia fue objeto de muy severa crítica por parte de la doctrina. No podía ser de otra forma; constituía un claro atentado al principio de legalidad.

Con relación al argumento político-criminal presente en las dos sentencias mencionadas —castigar el aborto realizado en el extranjero para no vulnerar el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución— matiza Huerta Tocildo: “esta apreciable preocupación ante la real discriminación que, en virtud de la impunidad del *turismo abortivo*, padecen las clases menos favorecidas desde el punto de vista económico no creo, sin embargo, que, de una parte, pueda justificar transgresiones al principio de legalidad penal, ni que, de otra, dicha discriminación desaparezca por la vía de estimar punible en España el aborto realizado en el extranjero, habida cuenta de que, de las muchas españolas que anualmente salen de nuestro país con la intención de abortar en territorios de legislación más permisiva, sólo una o dos son posteriormente procesadas en España y ello porque, en contra de lo que en dichos territorios es norma, el aborto no ha sido practicado con las debidas precauciones sanitarias, habiendo dejado secuelas de las que más tarde han de ser atendidas por médicos españoles. Más que defender, entonces, que se castigue a esas dos o tres españolas cuyo aborto practicado en el extranjero se descubre, debería utilizarse el dato cierto de la discriminación que supone la posibilidad de abortar legalmente en otro país para potenciar una reforma de nuestra actual legislación sobre aborto a

fin de que España no siga siendo, en este punto, un *islote* en el mapa europeo” (11).

Como no podía ser menos, la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1984* ha descartado aquella orientación jurisprudencial encaminada a extender en la materia la eficacia de las normas penales españolas más allá de nuestras fronteras. Las sentencias impugnadas —se afirma— se apoyan “en una construcción científica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados” (12). Por ello, el Tribunal Constitucional resuelve otorgar el amparo, anular la sentencia antes mencionada de 1983 y reconocer el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero.

En la sentencia se afirma que la figura del fraude de ley no se da en el turismo abortivo: la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna ni persigue crear apariencia de jurisdicción del resultado; simplemente se llevan a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial.

Más aún, se declara tajantemente que en la aplica-

(11) Cfr. S. Huerta Tocildo, *Crítica a la nueva doctrina jurisprudencial sobre extraterritorialidad de la ley penal española en materia de aborto*, en *La Ley*, 1984, I, pp. 269 y s.

(12) Criterio bien distinto del mantenido por J.L. Bermúdez de la Fuente, que no duda en calificar de *magistral* a la *Sentencia de 20 de diciembre de 1980* y afirmar “para conocimiento de nuestra sociedad actual” que el Derecho español sanciona el aborto realizado en territorio español o en el extranjero y que “incumbe a los ciudadanos españoles denunciar tales abortos, para su persecución y castigo por el Tribunal español del orden penal competente” (Vid. *Aborto en el extranjero*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, XIII, 1980, p. 63).

ción de la ley penal no cabe hacer uso de la figura del fraude de ley, pues la territorialidad de aquélla y la inexistencia en la misma de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen imposible extender a este sector del ordenamiento jurídico aquella figura.

La conclusión contraria —se insiste— conduciría al absurdo: si toda conducta punible en España, pero realizada por españoles en el extranjero, hubiera de conceptuarse como fraude de ley, resultarían manifiestamente superfluas todas las reglas que la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía en aquel momento para ampliar la punibilidad a hechos cometidos fuera del territorio español.

Así, el Tribunal Constitucional garantiza el derecho fundamental de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (art. 25-1 de la Constitución). Tal derecho —garantía de la libertad de los ciudadanos— no tolera la aplicación analógica desfavorable de las normas penales y esta exigencia se vería soslayada si, a través de la figura del fraude de ley, se extendiesen a supuestos no explícitamente contemplados en ellas. Tal extensión es —simplemente— una aplicación analógica, incompatible con el derecho a la legalidad penal.

Todo ello sentado, el Tribunal Constitucional entiende que no es necesario entrar en el análisis del razonamiento —igualmente analógico— de las sentencias que se anulan, a través del que se pretendía atribuir al feto la nacionalidad española. Quizá para no prejuzgar la cuestión de inconstitucionalidad que con-

tra el proyecto de incorporación al Código penal del art. 417 bis ya había sido presentado ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en el voto particular y concurrente formulado por el magistrado F. Tomás y Valiente se expresa, con toda claridad, que antes del nacimiento no hay persona ni nacionalidad atribuible a lo que, después, será persona. No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de “vida española”, salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico, vocado a la precisión, por el lenguaje metafórico. El aborto, aunque sea delito en todo caso (afirmación cuestionable en España después de promulgada la Constitución, dada la muy dudosa constitucionalidad del art. 411 del Código penal) y aunque lo cometa un español en otro país, jamás puede ser cometido contra otro español (entendiendo por tal el feto), porque el embrión o el feto de madre española no tiene nacionalidad española puesto que no es persona. La interpretación que del art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial realiza la Sala 2ª del Tribunal Supremo no es admisible —concluye— a la luz de la Constitución española, que es la norma desde la cual (y no desde la sedicente “justicia material”) hay que interpretar el resto del ordenamiento jurídico.

A la vista de las limitaciones del nuevo art. 417 bis, y como muy probablemente seguirá el turismo abortivo teniendo su punto de partida en España, hay que destacar que —además del plausible criterio impuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional antes aludida— la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (que derogó la ley “provisional” de

1870) establece como principio básico en orden a la aplicación espacial de la ley española el de territorialidad y con carácter excepcional y complementario el de personalidad (13). En efecto, precisa su art. 23 que, asimismo, conocerá la jurisdicción española de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueran españoles y concurriere —entre otros requisitos— el de que el hecho sea punible en el lugar de su ejecución (principio de la doble incriminación). Con todo ello, la cuestión parece definitiva y razonablemente zanjada.

IV

Como ya se indicó al esbozar la peripecia legislativa que culminó con la introducción en el Código penal del art. 417 bis, el Grupo Parlamentario Popular presentó recurso previo de inconstitucionalidad contra un proyecto de ley tan moderadamente despenalizador.

Quiero subrayar que antes de que se pronunciase al respecto el Tribunal Constitucional —supremo intérprete de la Constitución— ya tuve oportunidad de ofrecer mi personal punto de vista: en primer término, lo que sí me parecía anticonstitucional era la regulación del aborto contenida en los arts. 411 y siguientes del Código penal; en segundo lugar, el que todos tengan derecho a la vida no supone la anticons-

(13) Vid. G. Landrove Díaz, *Introducción al Derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 135 y s.

titucionalidad de la defensa —por ejemplo— frente al injusto agresor, con resultado de muerte para éste; finalmente, no cabe imaginar siquiera que el derecho a la vida no tenga rango constitucional en Suecia, Francia, Italia o la República Federal Alemana y en el ámbito del Derecho Constitucional comparado es posible encontrar precisiones idénticas a las del art. 15 de la Constitución española, lo que no obsta para que en estos países se haya abordado, a veces con gran amplitud, la despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo (14).

El sistema de las indicaciones - objeto del recurso antes aludido— fue considerado compatible por Rodríguez Mourullo con el art. 15 de la Constitución, aun en el supuesto de que la garantía en éste establecida se entienda aplicable a la vida del *nasciturus*, y sólo cabría discutir la constitucionalidad de la concreta formulación de alguna de ellas. Su diferencia con la solución del plazo —afirma— es que opera con el sistema regla-excepción: el aborto es, en principio y por regla general, punible (regla), salvo que concurra alguno de los supuestos excepcionales taxativamente señalados (excepción). Se trata —concluye— de excepciones más amplias que las previstas en referencia a la vida humana independiente, en consonancia con el menor valor otorgado desde el punto de vista penal a la vida del concebido aún no nacido y que encuentran su fundamento en el criterio del interés preponderante y en el principio de no exigibilidad (15).

(14) Vid. Landrove Díaz, *El aborto y el futuro Código penal*, cit., p. 123.

(15) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en *Comentarios a la le-*

Por el contrario, y sobre la afirmación de que “el derecho a la vida no admite selecciones”, no han faltado pronunciamientos en favor de la inconstitucionalidad del sistema de indicaciones; en otro caso, “se incurre en horrores pasados” (16). Con ello, y al margen de otros planteamientos, parece olvidarse que los muchos horrores de que ha sido testigo este país en las últimas décadas han tenido como víctimas a ciudadanos inequívocamente vivos. En ocasiones, da la impresión de que para determinadas ideologías el respeto a la vida humana decae, paradójicamente, por el hecho biológico del nacimiento.

El objeto del recurso antes aludido se centró en determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de ley que declaraba no punible el aborto en determinados supuestos. El problema planteado giraba, fundamentalmente, en torno al alcance de la protección constitucional del *nasciturus*.

La muy polémica *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985* precisó, entre sus fundamentos jurídicos, que el legislador había partido de una normativa preconstitucional que utilizaba la técnica penal como forma de protección de la vida intrauterina; normativa que no se revisaba con carácter general por la ley recurrida, habida cuenta que la misma se limitaba a declarar no punible el aborto en los supuestos de indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Con ello se planteaba la viabilidad de que el

gislación penal, EDESA, I, *Derecho penal y Constitución*, Madrid, 1982, fundamentalmente pp. 73 y ss.

(16) Cfr. L. Portero García, *¿Es inconstitucional el aborto?*, en *Poder judicial*, nº 3, 1982, p. 86.

legislador excluyese de la protección penal —y en determinados casos— la vida del *nasciturus*. La respuesta del Tribunal Constitucional resultó positiva.

El legislador —se afirma en la sentencia— puede tomar en consideración situaciones de conflicto, como hace en este supuesto concreto. La vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el art. 15 de la Constitución que puede entrar en conflicto con derechos relativos a valores constitucionales, como la vida y la dignidad de la mujer. Estos conflictos no pueden contemplarse, tan sólo, desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. En la medida en que ninguno de estos bienes puede afirmarse con carácter absoluto, se impone su ponderación y armonización.

Además, se subraya que el legislador puede también “renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que en general encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima construcción —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”.

Se establece —en definitiva— la constitucionalidad

de los supuestos que en el proyecto declaraban no punible el aborto, delimitando con ello el ámbito de la protección penal del *nasciturus*, que queda excluída en tales casos, en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones.

Sentada la constitucionalidad de las indicaciones, entra el Tribunal Constitucional en una —como se verá— discutible indagación de si en la redacción del proyecto se garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes en conflicto realizada por el legislador.

Así, el Tribunal Constitucional estima que, respecto del aborto terapéutico, la requerida intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictámen médico alguno, “resulta insuficiente” y que la protección del *nasciturus* exige que la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice por un médico, de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias concurrentes en cada caso.

Asimismo, se afirma que el legislador debiera prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico —así como la realización del aborto— se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Por el contrario, y con relación al aborto ético, se considera que la denuncia previa requerida por el proyecto respecto de la violación es suficiente para

dar por cumplida la exigencia constitucional en torno a la comprobación del supuesto de hecho.

Consecuentemente, la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985* declaró que el proyecto de ley que se sometía a consideración era disconforme con la Constitución “no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto”, sino por incumplir en su regulación exigencias derivadas del art. 15 del Texto constitucional.

Tal decisión se intentó presentar por los recurrentes ante la opinión pública española como un triunfo de la tesis que afirmaba la inconstitucionalidad del sistema de las indicaciones en nuestro país. Obviamente, la realidad es bien diferente. Por ello, el mantenimiento del contenido material de las indicaciones con la adición de las garantías solicitadas en la sentencia cristalizó en la promulgación de la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985, ya reproducida, que introduce el art. 417 bis en el Código penal español.

Todo ello al margen de que, como han expresado a través de votos particulares a la sentencia mencionada alguno de los miembros del Tribunal Constitucional, lo procedente hubiera sido un fallo declaratorio de la constitucionalidad del proyecto de ley impugnado (Magistrados Díez Picazo, Arozamena, Tomás y Valiente, Díez de Velasco, Latorre y Rubio Llorente). Incluso, como hace Tomás y Valiente, pudiera añadirse que “el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o de perfectibilidad. El Tribunal Constitucional puede y debe decir en qué se opone a la Constitución Española un determinado texto normativo y, en consecuencia, por qué es inconstitucio-

nal. Lo que no puede es formular juicios de calidad. La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso el Tribunal, se convierte en un legislador positivo”.

V

Tan azarosa introducción del art. 417 bis en el Código penal ha sido acogida con reticencia por los sectores más progresistas de la doctrina penal española. Tan parca regulación —se argumenta— al no admitir la indicación social o alguna cláusula amplia de estado de necesidad justificante es inidónea para resolver casos dramáticos que seguramente se producirán con más frecuencia que los acogidos en el precepto (17). Las situaciones descritas en el art. 417 bis son tan extremas que la decisión adoptada en cada caso se tomará con independencia de que el Derecho castigue o no fenómenos que caen fuera de sus posibilidades de influencia; la nueva regulación no va a incidir sobre el número de abortos; únicamente va a condicionar que esas interrupciones del embarazo —que se habrían producido en cualquier caso— no tengan que llevarse a cabo en situaciones de clandestinidad, generadoras de graves riesgos para la mujer (18).

(17) Vid. F. Muñoz Conde, *Derecho penal*, Parte especial, 6ª edición, Universidad de Sevilla, 1985, p. 69.

(18) Vid. Gimbernat, *La reforma del Derecho penal del aborto*, cit., pp. 28 y s.

Parece, en definitiva, que el único elogio posible puede nacer de la comparación con la normativa vigente con anterioridad, ciegamente criminalizadora. Como ha denunciado Vives Antón, resulta profundamente significativo que el Partido Socialista —con una mayoría abrumadora en el Parlamento— haya propuesto una despenalización del aborto semejante a la postulada en la República Federal Alemana por la derecha conservadora (19). Yo matizaría que la solución española es bastante más restrictiva que la alemana.

La solución ofrecida, es decir, la incorporación de las tres indicaciones más extendidas en el ámbito del Derecho comparado, pudo haber sido el techo de aspiraciones mantenidas en otros momentos de la realidad nacional. Un tímido primer paso, dado en un contexto político y social bien distinto, esto es, en un régimen de radical confesionalismo estatal y con las Leyes Fundamentales franquistas en vigor. En un Estado pretendidamente democrático de Derecho tiene el amargo sabor de la frustración.

Desde este planteamiento hay que entender mis afirmaciones de hace una decena de años, cuando me pronunciaba por una solución entonces claramente progresista. Una política criminal realista en tema de voluntaria interrupción del embarazo debía ofrecer la siguiente fisonomía: en primer lugar, amplia difusión de técnicas y medios anticonceptivos (entonces proscrita en el Código penal); en segundo término, recepción de las indicaciones médica, eugénica

(19) Vid. Vives Antón, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, cit., p. 123.

y sentimental, con las matizaciones y cauces legales que limitasen en lo posible eventuales abusos; finalmente, adopción de medidas preventivas o de auxilio para evitar las situaciones conflictivas que desembocan en el aborto por indicación económico-social; la no inclusión de esta última indicación se subordinaba, en consecuencia, al logro de una regulación de los órdenes político, educativo, económico, familiar y sanitario que la hiciese innecesaria (20).

VI

No será punible —precisa el art. 417 bis— 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 concurra alguna de las indicaciones que a continuación se precisan. Hay que subrayar al respecto que el proyecto de ley que fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional ofrecía una más lacónica redacción: “el aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren...”.

Parece evidente que al exigirse que el aborto se practique por un médico, o bajo su dirección, se está aludiendo a la responsabilidad directa del médico en la intervención, con la finalidad de que se proteja —conforme a la *lex artis*— la salud y la vida de la mujer.

(20) Vid. G. Landrove Díaz, *Política criminal del aborto*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, p. 143.

En opinión de Bajo Fernández (21), del art. 1º de la *Orden de 31 de julio de 1985* hay que deducir que la ley exige que el médico sea especialista en Obstetricia y Ginecología, al requerirse que los centros o establecimientos habilitados al efecto cuenten al menos con un médico de esta especialidad.

La exigencia de que el aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados se introdujo en virtud de las recomendaciones contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada y es de frecuente consagración en el Derecho comparado. Si bien, hay que reconocer que, con carácter general, en el origen de esta normativa late la idea —precisamente— de luchar contra el aborto clandestino, realizado en condiciones inadecuadas para la salvaguarda de la salud de la mujer. Parece evidente que al exigirse la intervención del médico, éste actuará donde disponga de los medios técnicos y humanos adecuados.

En cualquier caso, la ya mencionada *Orden de 31 de julio de 1985* establece los medios personales y materiales exigibles en los centros o establecimientos sanitarios acreditados para la práctica de la interrupción del embarazo. Orden que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La práctica del aborto en un centro de aquellas características supone —de concurrir las otras exigencias legalmente establecidas— la exención de responsabilidad criminal para todos los participantes

(21) Vid. M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho penal* (Parte especial), *Delitos contra las personas*, Editorial Ceura, Madrid, 1986, p. 132.

en el mismo, pero no se considera requisito necesario para eximir a la mujer embarazada. Como precisa el último párrafo del art. 417 bis, el aborto que no se practique en aquellos establecimientos será punible con carácter general, excepto para la embarazada.

Respecto de la exigencia del “consentimiento expreso de la mujer embarazada”, pudiera argumentarse —y así se ha hecho en no pocas ocasiones— que la misma, al no prever el consentimiento del padre, impide su defensa del *nasciturus* cuando fuere contrario al aborto y, en general, su cumplimiento de los deberes legales de asistencia, constitucionalmente establecidos. Esta objeción —se afirma— desconoce que el fundamento de las indicaciones radica en una situación de conflicto en la que la necesitada es la mujer y no otros sujetos; por ello, únicamente ella es la que debe decidir si continúa con su embarazo o lo interrumpe (22).

Como se subraya en la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985*, la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla.

Parece evidente que la decisión de la mujer dependerá, en no escasa medida, de la información de carácter médico y social que se le facilite. Por ello, entre las Disposiciones finales de la *Orden de 31 de julio de 1985* se precisa que los profesionales sanitarios de los centros o establecimientos acreditados habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias

(22) Vid. Cuerda Riezu, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, cit., p. 377.

médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarles y de las exigencias o requisitos que en cada caso son exigibles. Centros en los que, por otro lado, se conservará no sólo la historia clínica y los dictámenes e informes emitidos, sino también los documentos en que conste el consentimiento expreso de la mujer embarazada (art. 4º).

El requisito de que el consentimiento conste en la historia clínica constituye una exigencia de dimensión exclusivamente administrativa —al margen de su incuestionable valor probatorio en un procedimiento criminal— y, por ello, su incumplimiento no acarreará más que responsabilidades de aquella naturaleza. No hace depender la exención de responsabilidad criminal de que el consentimiento aparezca reflejado en la historia clínica.

La mujer embarazada deberá prestar su consentimiento expreso para la intervención, es decir, no será relevante ni el tácito ni el presunto.

Habida cuenta que no se prevé el procedimiento para la prestación del consentimiento por parte de la menor o incapacitada, hay que concluir que la normativa general es de aplicación en estos supuestos y que la falta de capacidad para consentir debe ser suplida por los representantes legales de la mujer embarazada. Parece incuestionable que cuando el legislador quiere negar esta posibilidad lo hace expresamente; caso, por ejemplo, del art. 428 del Código penal, cuando afirma que en los supuestos de que el

otorgante del consentimiento allí aludido fuere menor o incapaz, no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Con una visión que juzgo realista de esta problemática, la normativa francesa, después de la reforma de 1979, precisa que si la mujer es soltera menor de edad resulta obligatorio el consentimiento de una de las personas que ejercen la patria potestad o, en su caso, del representante legal; este consentimiento deberá ser acompañado del de la soltera menor encinta, debiendo éste ser prestado sin la presencia de los padres o del representante legal.

Finalmente, y con toda lógica, se establece en el art. 417 bis que en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del consentimiento expreso.

1) El aborto por indicación médica o terapéutica, también denominado en ocasiones aborto necesario, consiste en la destrucción del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre o evitar graves riesgos para su salud. Obviamente es la indicación más extendida en el ámbito comparatista.

Desde 1985, en el art. 417 bis de nuestro Código penal se justifica el aborto “necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”. Lógicamente, el aborto terapéutico puede realizarse en cualquier momento de la gestación. No existen las limitaciones cronológicas que condicionan las modalidades ética o eugénica.

Como se subraya en la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985*, el término

“necesario”, antes reproducido, sólo puede entenderse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o la salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma; en relación con el supuesto de peligro para la salud, se afirma que el término “grave” expresa claramente la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento.

La prevalencia jurídica de la vida de la mujer en los supuestos de conflicto con la del feto supone el reconocimiento de que la protección incondicional del *nasciturus* determinaría una superior protección del no nacido, frente al ya nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida. También en los casos de grave peligro para la salud de la embarazada se ven afectados sus derechos a la vida y a la integridad física y mental. No parece que pueda ser exigible un sacrificio importante y duradero de la salud bajo la amenaza de una sanción penal.

Todo ello no obsta para que puedan —y deban— ser respetadas las convicciones de la mujer. La embarazada que desea ser madre tiene —en mi opinión— un incuestionable derecho a correr un riesgo si así lo decide después de ser correctamente informada del mismo.

Al margen de que desde un punto de vista exclusivamente técnico sea discutible que el estado de necesidad abarca ya los supuestos mencionados (23), es

(23) Vid. al respecto: Landrove Díaz, *Política criminal del aborto*, cit., pp. 61 y ss.

innegable que la indicación ha tenido acceso a sistemas punitivos en los que también existe aquella exigencia. Ahora se produce en el nuestro.

Por otro lado, resulta indudable que a medida que mejoran las técnicas de profilaxis y tratamiento de las enfermedades, disminuye proporcionalmente la necesidad de interrumpir el embarazo en las circunstancias antes expresadas. Causas tradicionales de indicación de aborto terapéutico (la tuberculosis, sobre todo) ofrecen hoy una fisonomía bien distinta. Disminuye, pues, el repertorio de enfermedades que pueden justificar la indicación; pero su aceptación doctrinal y su reflejo legislativo —a veces en términos de notable amplitud— crecen inconteniblemente.

Al margen de las evidentes limitaciones que ofrece —frente al del plazo— el sistema de las indicaciones, creo que la actual redacción de la indicación médica en nuestro Derecho posibilita una interpretación progresista que solucione muchos de los problemas que puedan plantearse. Bien entendido que se trata de una norma que, obviamente, va a ser aplicada por jueces españoles. Tal evidencia no es fundamentalmente un juicio de valor; es una realidad objetiva que quizá no abone optimismo alguno.

En primer término, cabe subrayar que desde hace ya bastantes años se ha superado el sentido tradicional de la indicación médica, es decir, del elemental problema que se produce ante la amenaza que para la vida o salud de la mujer supone el embarazo, con ignorancia de las circunstancias en que la mujer habría de vivir durante el embarazo y después del parto. Congruentemente con la definición que de la salud

ha formulado la Organización Mundial de la Salud cabe entender que la misma supone un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Por ello, se configura una indicación médica ampliada superadora de criterios restrictivos vigentes en otros momentos históricos y que abre camino a valoraciones económico-sociales inéditas con anterioridad.

Esta posible interpretación de la indicación médica contenida en el art. 417 bis ya se ha hecho en otros países, incluso en aquellos en que la formulación legislativa no es tan expresiva como —por ejemplo— la italiana, que alude a la interrupción del embarazo de la mujer que se encuentre en circunstancias tales que la continuación del embarazo, el parto o la maternidad comportarían un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación con su estado de salud, condiciones económicas, sociales y familiares, o circunstancias en que tuvo lugar la concepción. En cualquier caso, no parece razonable ignorar el concepto de salud elaborado por la Organización Mundial antes aludida.

En segundo lugar, la expresa referencia que a la salud psíquica se contiene en el art. 417 bis abre, también, un amplio horizonte de posibilidades. Recuérdese que, como ya se indicó, el Proyecto de Ley Orgánica estaba concebido más lacónicamente: se aludía al aborto “necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada”.

La interpretación de la indicación médica basada en el peligro para la salud psíquica puede permitir desde una óptica progresista, propia de un Estado

social y democrático de Derecho, una aproximación a soluciones que tradicionalmente se etiquetan como de indicación social, no aludida expresamente en nuestra legalidad. Con ello, como subraya De Vicente y en función de las diversas opciones personales, se abre paso el temor o la esperanza (24) cara al futuro.

Parece evidente que las dificultades que existen para determinar objetivamente cuando existe un grave peligro para la salud física de la mujer embarazada aparecen multiplicadas cuando se traslada el esquema al ámbito de la salud psíquica. Justo es reconocer que, en ocasiones, se intentará justificar un aborto con argumentaciones psiquiátricas que encubran motivaciones de otra índole; pero no es menor cierto que reales amenazas para la salud mental de la mujer pueden tener su origen en el embarazo y cristalizar, incluso, en tendencias suicidas. La casuística producida desde hace ya muchos años en otros países es lo suficientemente expresiva al respecto.

2) La indicación ética, también denominada sentimental, humanitaria o jurídica, aparece prevista en el art. 417 bis cuando 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 hubiese sido denunciado”.

(24) Vid. J. de Vicente Remesal, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto*, en *La Ley* de 20 de septiembre de 1985, p. 4.

La formulación legal ha prescindido de la contemplación de otros supuestos, acogidos en otros ordenamientos y en la doctrina. Caso, por ejemplo, del incesto, estupro o —incluso— de la inseminación artificial no consentida. La justificación del aborto se circunscribe al más grave de los atentados sexuales y supone el reconocimiento del derecho de la mujer a una maternidad consciente y no impuesta violentamente.

En este sentido resulta impecable la fundamentación jurídica que a la indicación se otorga en la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985*, cuando se subraya que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto, no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Por todo ello, se estima que obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

En definitiva, se reconoce que la decisión de aceptar o no la maternidad en estos casos no debe ser impuesta a la mujer por el Estado y que la decisión

ha de ser personal y libre. La ley no puede obligarla a soportar una maternidad odiosa y violentamente impuesta; en caso contrario, se vería convertida en víctima por segunda vez. Ante el conflicto de bienes jurídicos planteado entre la esperanza de vida y la dignidad, integridad psicológica e intimidad de la mujer, se opta por la prevalencia de estos últimos, en términos que han tenido acceso a la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos y ya desde los primeros años del presente siglo (25).

Cuando el legislador, al dibujar los perfiles jurídicos de la indicación ética, exige que el embarazo sea consecuencia “de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429” está aceptando la posibilidad de que el atentado sexual constituya una conducta antijurídica, pero no necesariamente culpable. Consecuentemente, resultará indicado el aborto cuando —por ejemplo— la violación haya sido cometida por un enajenado o un menor de dieciséis años.

Quizá resulte en exceso drástica la exigencia legal de que el embarazo “sea consecuencia” de la violación. Lo que requiere certeza en la relación causal entre ambos, sin que baste la mera probabilidad. En tal inteligencia, ha subrayado la doctrina (26) la dificultad práctica que entraña la aplicación de la indicación ética y el mayor realismo de fórmulas que requiriendo —simplemente— que el embarazo sea

(25) Sobre el origen histórico de la indicación ética, vinculado a violaciones cometidas por las fuerzas ocupantes, con ocasión de la Primera Guerra Mundial, vid. Landrove Díaz, *Política criminal del aborto*, cit., p. 82.

(26) Vid. Bajo Fernández, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 137.

consecutivo al atentado sexual aluden a la simple probabilidad.

Hay que reconocer que la justificación del aborto provocado en caso de violación presenta dificultades de largo alcance. El art. 417 bis exige que la misma haya sido denunciada y que la intervención se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación.

La comprobación judicial de la violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta serias —quizá insalvables— dificultades. El cansino ritmo de la administración de Justicia conduciría en prácticamente todos los supuestos a imposibilitar la interrupción del embarazo, que —como ya se indicó— debe producirse dentro de los tres primeros meses. Así debe entenderse la exigencia de que la violación —simplemente— haya sido denunciada.

Evidentemente, pudiera objetarse a tal solución que, al margen de las dificultades probatorias del delito contra la libertad sexual, existe la posibilidad de que —al socaire de esta indicación— se realicen denuncias falsas con finalidad autojustificante.

Sin embargo, y al margen de la pertinente persecución de las denuncias falsas, parece claro que tal riesgo no es razón suficiente para negar un derecho que se reconoce, simplemente por el posible ejercicio abusivo del mismo. Riesgo de abuso que, por otro lado, existe actualmente con relación a cualquiera de las genéricas causas de justificación.

No se contiene en la norma limitación cronológica alguna respecto de la denuncia de la violación. Es suficiente, en consecuencia, que sea presentada

con anterioridad a la interrupción del embarazo y —por supuesto— con las formalidades exigidas en nuestras leyes procesales. Al respecto, merece destacarse que en alguna de las enmiendas presentadas al proyecto de ley que cristalizó en el precepto de referencia se defendía la introducción de alguna limitación en este sentido; así, se apuntó la necesidad de que el hecho de la violación “hubiera sido denunciado al tiempo de su comisión” (Grupo Parlamentario Centrista) o “hubiese sido denunciado inmediatamente después de producida la violación y nunca más tarde de la primera semana de producida ésta” (Grupo Parlamentario Popular).

A diferencia del aborto por indicación médica, respecto del cual no introduce —con toda lógica— el legislador limitación cronológica alguna, en los supuestos de indicación ética se establece el plazo de las primeras doce semanas de gestación. Límite de los tres meses que, por otro lado, es el que con carácter general se considera especialmente adecuado para la interrupción del embarazo. Plazo que —como se verá— resulta ampliado en los casos de indicación eugénica hasta las veintidós primeras semanas de gestación.

3) El art. 417 bis consagra la indicación eugénica, o eugenésica, en los supuestos en “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 dictámen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o priva-

do, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

Por supuesto, la indicación mencionada se mueve solamente en el campo de la *eugenesia restrictiva*, es decir, aquella que trata de impedir el nacimiento de infelices seres tarados por una carga degenerativa. Se prescinde —en suma— de aberrantes planteamientos, no demasiado lejanos en el tiempo, que incidían en la conservación de la pureza de determinadas razas. Desviaciones que han contribuído a despertar lógicos recelos en la materia. No se trata, pues, de conseguir una raza de superhombres, sino de evitar el nacimiento de seres infelices.

Además, se trata de evitar la perturbación de los padres y de todo el núcleo familiar que se produce desde el momento mismo en que la mujer embarazada percibe la amenaza de dar a luz un niño anormal.

Como precisa la tantas veces mencionada *Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985*, el fundamento de la indicación reside en la consideración de que “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”. Se tiene en cuenta, en definitiva, la situación excepcional en que se encuentran los padres y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones institucionales que contribuyan a paliar en el aspecto asistencial la situación; también se insiste en la inseguridad que angustia a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva. La continuidad del embarazo no es exigible y el Estado no

puede imponer coactivamente un comportamiento heroico a la mujer embarazada en tan dramáticas circunstancias.

Esta indicación está ampliamente aceptada en el ámbito del Derecho comparado, lo que no obsta para que se insista en la inteligencia de que el empleo de métodos anticonceptivos es el vehículo más idóneo para evitar el nacimiento de una descendencia tarada. Incluso se ha llegado a preconizar al respecto la esterilización. Con ello se trata —en definitiva— de evitar el traslado del momento conflictivo a aquel en que ya existe el embarazo.

La etiología de las malformaciones fetales puede ser de muy variada índole: anomalías hereditarias o derivadas de algún accidente, radiación con rayos X, rubeola, efectos de determinadas drogas, exposición a nubes radioactivas, etc.

Estas anomalías fetales, heredadas o adquiridas, en otros momentos históricos resultaban muy difícilmente detectables; hoy, por el contrario, pueden ser localizadas —a veces a través de muy sofisticados medios— en una fase precoz del embarazo. Con ello el riesgo de provocación de abortos de fetos sanos se ha reducido al mínimo.

La fórmula utilizada en la materia por el Código penal español se encuentra en la línea arbitrada en otros países. Huyendo de imposibles planteamientos taxativos se suele hablar, por ejemplo, de “evitar la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa de carácter grave”, superar el riesgo de que el *nasciturus* “pueda sufrir anomalías físicas o mentales”, que existe una “fuerte probabilidad de

que el niño al nacer sufra una afección de particular gravedad” o “serio peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas”, etc.

De idéntica forma que —por ejemplo— en la República Federal Alemana, el plazo previsto para esta indicación es de veintidós semanas de gestación. Plazo notablemente superior al de doce semanas previsto —como ya se mencionó— para la indicación ética. Ello viene determinado por la evidencia de que algunos procedimientos de diagnóstico (por ejemplo, la amniocentesis o extracción del líquido amniótico) solamente se pueden efectuar a partir de los tres meses de embarazo y requieren, además, un cierto período de observación. Con ello se trata de evitar decisiones apresuradas en favor de la interrupción del embarazo.