

EL ABORTO Y EL FUTURO CODIGO PENAL *

I

Como es sabido, en materia de aborto, la regulación hoy acometida en el Código penal español (arts. 411 y siguientes) procede de la *Ley de protección de la natalidad*, de 24 de enero de 1941, promulgada al servicio de una muy concreta política demográfica de inspiración fascista.

Esquemmatizando al máximo la tipificación que allí se aborda —plagada de imperfecciones técnicas— hay que concluir afirmando que se considera *criminal* todo aborto voluntariamente producido. En el artículo 414 se atenúa la responsabilidad de la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause «para ocultar su deshonra»; modalidad *honoris causa* que al extenderse a los padres de la embarazada subraya que la honestidad de la mujer no es un problema exclusivamente suyo, sino familiar.

Por el contrario, en los países de nuestro pretendido ámbito cultural se ha ido abriendo camino —a veces con dificultades— un planteamiento político-criminal sustancialmente diverso del español. Las distintas soluciones nacionales giran en torno a dos criterios: el sistema del plazo y el de las indicaciones. El primero de ellos legitima la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas, por regla general; la vía de las indicaciones —a veces conjugada con el sistema anterior— ofrece la siguiente fisonomía:

1) El aborto por indicación *médica* o *terapéutica* consiste en la des-

* Comunicación presentada en las V Jornadas de Profesores de Derecho penal, Segovia, mayo-junio de 1984.



trucción del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre embarazada o evitar graves riesgos para su salud, física o mental.

2) La indicación *eugénica* se arbitra cuando existen razones que justifican la expectación de un incurable defecto fetal, somático o psíquico, debido a la herencia o a un daño ocasionado durante el embarazo.

3) La indicación *ética*, también denominada *sentimental*, *humanitaria* o *jurídica*, ampara aquellos supuestos en que el embarazo es resultado de un acto sexual delictivo perpetrado contra la mujer.

4) La indicación *económico-social* viene determinada por la precaria situación económica de la mujer, que se ve agravada por la llegada de un hijo no deseado.

Entresacando las notas comunes a las distintas soluciones legislativas extranjeras, cabe destacar que en todas ellas se garantiza que la intervención —gratuita o no— sea realizada en un establecimiento sanitario y con adecuada asistencia médica; se articula, además, un sistema de control sobre las peritaciones, con la finalidad de evitar abusos en la ponderación de cada caso concreto; se reconoce el derecho de la mujer embarazada, si así lo desea, a correr el riesgo de una maternidad peligrosa; se garantiza el respeto a las convicciones personales de los facultativos, a través de la objeción de conciencia; en los supuestos de minoría de edad de la mujer embarazada se prevé la posible intervención de sus padres en la decisión; en ocasiones, las limitaciones vienen determinadas por criterios cronológicos respecto del desarrollo del embarazo o por la exigencia de que se comunique la intervención a las autoridades sanitarias; incluso se arbitran medios para explicar a la mujer los riesgos de la intervención y poner en su conocimiento las ayudas oficiales existentes en cada país para las madres, solteras o no, así como las posibilidades de adopción por terceras personas del niño por nacer. Todo ello enmarcado en sistemas nacionales de difusión de técnicas anticonceptivas y de planificación familiar, tendentes a evitar embarazos no deseados.

II

La realidad social española, al margen de la ciega represión intentada por el Derecho positivo, pone una vez más de relieve que un legislador inteligente no debe prohibir aquello que no puede controlar; más aún, de la criminalización se siguen, únicamente, consecuencias muy negativas para la colectividad y fundamentalmente para los sectores marginados de la misma.



1) La *cifra negra* con relación al aborto muy posiblemente supere la ofrecida por cualquier otra actividad considerada delictiva. Las cifras manejadas —a veces demagógicamente— al respecto son lo suficientemente expresivas; su reflejo en las estadísticas judiciales, insigificante.

2) El *aborto clandestino* multiplica sus riesgos tan sólo para un sector de la población femenina española: el menos dotado cultural y económicamente; para estas mujeres se multiplica el riesgo en sentido jurídico (posibilidad de efectiva sanción) y físico (interrupción del embarazo en deficientes condiciones sanitarias).

3) El *turismo abortivo* sólo al alcance de las mujeres pertenecientes a determinadas clases sociales— permite a éstas burlar la dureza de la legislación española por medio del desplazamiento a países —casi todos los europeos— con legalidad más permisiva en la materia. Algunos datos facilitados por el Gobierno inglés son muy significativos: en Inglaterra abortaron, en 1972, 730 mujeres de nacionalidad española; más de 10.000 en 1977; más de 16.000 en 1979; más de 18.000 en 1980; casi 19.000 en 1981; más de 22.000 en 1982. A ello hay que añadir los abortos producidos en otros países, cifra posiblemente no desdeñable, sobre todo en los últimos años. Quizá estos datos puedan mover a la reflexión a quienes cuestionan —por elevadas— las cifras que para el aborto clandestino se manejan en ocasiones con relación a la realidad española.

4) A todo ello habría que añadir la *dimensión criminógena* de estas actividades, precisamente por ser forzadas a la clandestinidad, y el *desgaste* sufrido por el Derecho penal, simplemente por intentar mantener una sanción puramente nominal, habida cuenta que —como ya se indicó— prácticamente no se aplica.

Como consecuencia de todo ello, en los últimos tiempos el problema del aborto se ha convertido —como antes en otros países— en uno de los grandes temas nacionales. Todos los radicalismos y visceralidades han hecho presa en el mismo. Han proliferado las manifestaciones, la utilización de relevantes figuras eclesiásticas o médicas, la recogida de firmas en uno u otro sentido, los arriesgados desafíos a la Administración de Justicia, la referencia al tema en prácticamente todos los programas electorales de los diferentes partidos, etc. Los medios de comunicación social se han hecho eco de todo ello.

III

Con la finalidad de acometer a fondo una revisión del sistema penal



español y adaptarlo a las exigencias propias de un Estado social y democrático de Derecho, se nombró por el Ministerio de Justicia en 1978 una ponencia —integrada por Rodríguez Mourullo, Gimbernat Ordeig, Díaz Palos y Conde Pumpido— que redactó un Anteproyecto de Código penal. Anteproyecto que, además, fue discutido también en el seno de la Sección cuarta de la Comisión General de Codificación. Al margen de los avatares sufridos por el texto de referencia, me interesa destacar que —en tema de aborto— supuso un razonable intento de huir de soluciones maximalistas, quizá no aconsejables en aquel momento, y de alcanzar una moderada despenalización.

Efectivamente, en los artículos 158 y siguientes del Anteproyecto se moderaba la punición del aborto, manteniéndose las figuras básicas: el consensual y el no consentido. Entre las modalidades agravadas se contemplaba la violencia, intimidación o engaño para obtener el consentimiento de la mujer, la habitualidad del abortador y la impericia o empleo de medios que pusieren en peligro la vida o la salud de la mujer; previéndose, también, la pena de inhabilitación con efectos especiales para el facultativo que habitualmente practicare la interrupción del embarazo.

Se completaba la propuesta de regulación con la acogida de tres de las indicaciones más ampliamente difundidas en el panorama comparatista: la terapéutica, la ético-jurídica y la eugénica. La primera —se afirma en la Memoria explicativa que acompaña al Anteproyecto— ya se aceptaba en la legalidad anterior a través del estado de necesidad; la segunda se asociaba al delito de violación o a la inseminación artificial no consentida; la tercera se revestía con especiales precauciones respecto a la entidad de las taras previstas en el *nasciturus*, la forma y garantías del pronóstico y el tiempo límite en que el aborto podía ser practicado.

Concretamente, precisaba el artículo 162 del Anteproyecto: «El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

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

2.^ª Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los artículos 196 y 197 o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que dichos delitos hubiesen sido oportunamente denunciados.

3.^ª 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 intervenga a la embarazada y que presten servicio en un centro oficial o de planificación familiar.»

Lo que me interesa subrayar especialmente es que, a través de un voto particular, E. Gimbernat propuso una solución más ambiciosa: la impunidad del aborto producido dentro de los tres primeros meses del embarazo. Criterio del plazo —frente al de las indicaciones— que no es infrecuente en el Derecho comparado y que goza en España de una cada vez más amplia aceptación doctrinal.

La fórmula jurídica ofrecida por Gimbernat estaba concebida en los siguientes términos:

Artículo 162: «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.»

Artículo 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.»

El Gobierno de UCD no sólo no tuvo en cuenta esta última propuesta, sino que —incluso— en el Proyecto que se envió a las Cámaras legislativas había desaparecido la solución de las indicaciones, en tan mesurados términos acogida en el Anteproyecto.

IV

Ya en otro lugar he tenido oportunidad de calificar de regresivo al *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de enero de 1980, del que había des-



aparecido la moderada solución de las indicaciones, en virtud de una decisión gubernamental.

Proyecto que, en la materia, no respondía a los principios político-criminales mencionados en su irreprochable Exposición de motivos; fundamentalmente el de intervención mínima y de rechazo del Derecho penal como instrumento represivo al servicio de determinadas ideas políticas o morales. Paradójicamente —o no— el Proyecto de 1980 suponía el endurecimiento de una normativa procedente de la ley fascista de 24 de enero de 1941. En efecto, al posibilitar la persecución en supuestos de dolo eventual y borrar la modalidad *honoris causa* del artículo 414, que —al margen de otro tipo de valoraciones— permite notables atenuaciones de la pena, trataba de endurecer al respecto la reacción punitiva, de espaldas a las corrientes político-criminales vigentes en nuestro entorno cultural y ampliamente asumidas por la doctrina española.

Además, los artículos 10 y 11 del Proyecto al consagrar una inadmisibles extraterritorialidad de las leyes penales, parecían redactados fundamentalmente para ser aplicados al turismo abortivo; al omitirse en ellos toda referencia a la regla de la «doble incriminación» se posibilitaba la aplicación de la intransigente legalidad nacional a las españolas que viajan a otros países en demanda de soluciones más razonables y más justas para problemas angustiosos e inaplazables.

De cualquier forma, los avatares políticos del país determinaron que el Proyecto de 1980 —al que se habían presentado casi dos mil enmiendas— no llegase a ser discutido en nuestras Cámaras legislativas por celebrarse elecciones anticipadas. La problemática, en suma, permanecía abierta.

V

Fracasado el intento legislativo de 1980, y ya en 1983, el Gobierno socialista se propuso elaborar a medio plazo un Código penal realmente nuevo —sobre la base del Proyecto de 1980, las enmiendas presentadas al mismo y las diversas aportaciones científicas sobre la reforma penal— y retocar con carácter de urgencia el Código para erradicar del mismo las más sangrantes injusticias.

El primer fruto de tal planteamiento fue la promulgación de la *Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal*, de 25 de junio de 1983. Reforma que ha sido acusada desde los sectores sociales más reaccionarios de constituir un indulto encubierto y de haber potenciado



la delincuencia y los niveles de inseguridad ciudadana, precisamente por las excarcelaciones que se derivaron de su entrada en vigor, fundamentalmente con relación a la delincuencia patrimonial y su aplicación retroactiva, por favorable.

A pesar de que en un primer momento se pensó en incluir la reforma en tema de aborto en la ley antes mencionada, se optó por la vía de prescindir del procedimiento de urgencia y en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 23 de marzo de 1983 se publicó el *Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal*. Con ello, se intentaba la introducción en el Texto punitivo de un precepto redactado en los siguientes términos:

Artículo 417 bis: «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.º Que sea necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.º 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.º 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 intervenga a la embarazada.»

Tan moderado repertorio de indicaciones provocó en nuestras Cámaras legislativas reacciones de signo bien distinto. Me referiré a las más significadas, por radicales.

De un lado, el Grupo Parlamentario Popular solicitó la devolución del texto del Proyecto con base —fundamentalmente— en las siguientes afirmaciones: está en pugna con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución; es contrario a nuestra tradición moral y jurídica «y al sentir probado de la mayoría del pueblo español y sus creencias»; porque «está demostrado» que la despenalización del aborto no termina con su clandestinidad; finalmente, atribuye el texto de referencia una extensión inadecuada a los principios de intervención mínima y de no exigibilidad de otra conducta.

Desde otra óptica, la solución del Partido Comunista —integrado en el Grupo Mixto— consistió en formular una enmienda a la totalidad y ofrecer un texto alternativo para el artículo 417 bis. En efecto, se afir-



ma que las opiniones contrarias a la despenalización del aborto se basan en argumentos éticos o religiosos y no estrictamente jurídicos; que a la luz de la Constitución de 1978 y del Derecho Constitucional comparado no existen obstáculos para la despenalización; que el legislador debe resolver el conflicto entre los bienes jurídicos en juego (vida humana en formación y libertad de la mujer) conforme al criterio de la ponderación de intereses; por ello, se rechaza el sistema de las indicaciones y se opta por el de los plazos, habida cuenta que —se afirma— es el que mejor respeta la esfera de responsabilidad de la mujer y evita injerencias en el ámbito de su personalidad; finalmente, se expresa la convicción de que con las indicaciones que tienen cabida en el Proyecto solamente se despenaliza un número ínfimo del total de abortos voluntarios y que la inmensa mayoría de los mismos permanece en la clandestinidad y bajo la amenaza del Código penal. Consecuentemente, se ofrece el siguiente texto alternativo para el artículo 417 bis:

«1. No es punible el aborto practicado por un médico dentro de las doce primeras semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer. Tampoco es punible la mujer que dentro del mencionado plazo se produjese a sí misma el aborto.

2. El aborto practicado por un médico con posterioridad a las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento de la mujer no es punible cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º) Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada y así lo dictamine un médico distinto del que practique la intervención.

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

VI

Como es sabido, prosperó en nuestras Cámaras legislativas el Proyecto gubernamental de las tres indicaciones y, consecuentemente, fueron rechazadas todas las enmiendas presentadas al mismo. La derecha —con una táctica que ya se va convirtiendo en habitual ante las votaciones adversas— presentó recurso de inconstitucionalidad.

Ello nos pone en contacto con la problemática —ya suscitada, por



otro lado, en varios países europeos no hace demasiado tiempo— de la despenalización del aborto después de promulgada la Constitución de 1978. Cuestión ésta, de indudable interés, que ha sido abordada por muy cualificados penalistas españoles (Gimbernat, Rodríguez Mourullo, Cerezo Mir, Huerta Tocildo, Arroyo Zapatero y Mir Puig, entre otros).

Muy esquemáticamente, cabe destacar que se han ofrecido las siguientes soluciones al respecto:

1) El artículo 15 de la Constitución, al expresar que «todos tienen derecho a la vida», veda cualquier posibilidad despenalizadora en la materia.

2) Solamente el sistema de las indicaciones resulta constitucional; el de los plazos es incompatible con la Constitución.

3) No existe obstáculo alguno en la Constitución española para abordar la despenalización del aborto, incluso a través del criterio de los plazos.

Ello sentado, muy pocas palabras sobre una cuestión prácticamente inabarcable en todos sus matices. En primer término, lo que sí me parece anticonstitucional es la actual regulación del aborto en los artículos 411 y siguientes del Texto punitivo. En segundo lugar, el que todos (o todas las personas, como se matizaba en el Anteproyecto de Constitución) tengan derecho a la vida no supone la anticonstitucionalidad de la defensa frente al injusto agresor, con resultado de muerte para éste; la Constitución no es el lugar idóneo para regular los requisitos y efectos de la legítima defensa, o del estado de necesidad. Finalmente, no cabe imaginar siquiera que el derecho a la vida no tenga rango constitucional en Suecia, Francia, Italia o la República Federal Alemana; en el ámbito del Derecho Constitucional comparado es posible encontrar precisiones idénticas a las del artículo 15 de la Constitución española, lo que no obsta para que en esos países se haya abordado —a veces en términos de gran amplitud— la despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo.

VII

Solamente en el complejo contexto apuntado en páginas anteriores puede realizarse una valoración de las previsiones en la materia del presumiblemente futuro Código penal español.

La Comisión nombrada en enero de 1983 por el Ministro de Justicia abordó la redacción de un texto articulado, que ha visto la luz bajo la etiqueta de *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* y que



se somete al examen de especialistas en la materia con la finalidad de alcanzar en un futuro inmediato la elaboración de un *Anteproyecto*.

La temática examinada encuentra acogida en un Título independiente (Del aborto) en el Libro II, artículos 145 a 148.

Artículo 145: «1. El que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

2. Si se hubiere empleado violencia, intimidación o engaño para provocar el aborto u obtener la anuencia de la mujer, se impondrá la pena de prisión de seis a ocho años.»

Artículo 146: «1. El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. La mujer que produjese su aborto o consintiere que otra persona se lo cause será castigada con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.»

Artículo 147: «Las penas que corresponden según los artículos anteriores se impondrán al sujeto en su mitad superior:

1.º Cuando se dedicare habitualmente a provocar abortos.

2.º Cuando por los medios utilizados o por la forma imperita de su actuación se hubiere creado un riesgo grave para la vida o salud de la embarazada.»

Los reproducidos artículos 145, 146 y 147, que simplifican notablemente la regulación actual, suponen —en definitiva— una reproducción casi literal de las precisiones del *Proyecto* de 1980. Quizá la novedad más destacable venga determinada por la desaparición del trasnochado tipo *horonis causa*. En cualquier caso, se trata de tipicidades razonablemente construidas que no plantean problemas de cierta entidad y que responden al mantenimiento de las figuras básicas: aborto consentido y no consentido. Entre las modalidades agravadas se alude a la violencia, intimidación o engaño para provocar el aborto u obtener la anuencia de la mujer, la dedicación habitual a las prácticas abortivas y el empleo de medios o forma imperita en la ejecución que determinen un riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada.

Entre las Disposiciones comunes del Título IV del Libro II se contiene un precepto, el artículo 155, que —en esencia— es reproducción del hoy vigente artículo 412 y que constituye una tipicidad poco afortunada, de naturaleza entre culposa y preterintencional, que —en cualquier caso— nada tiene que ver con la delincuencia abortiva en sentido estricto. Por ello, y al margen de otro tipo de valoraciones, su ubicación



en la Propuesta de Anteproyecto resulta más razonable. El artículo 155 aparece redactado en los siguientes términos: «El que ejerciere violencias sobre mujer encinta a sabiendas de su estado y le ocasionare el aborto sin propósito de causárselo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años.»

VIII

Ello sentado con relación a las cuestiones menos conflictivas que ofrece el texto de referencia, y antes de examinar los prudentes términos en que se aborda una parcial despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo, quizá convenga aludir —siquiera esquemáticamente— a un aspecto muy concreto del turismo abortivo y de su persecución por la Justicia española. Para ello, es necesario examinar las previsiones que, con carácter general, se contienen en el Título preliminar de la Propuesta de Anteproyecto, sustancialmente diferentes a las arbitradas por el Proyecto de 1980 en tema de eficacia espacial de las leyes penales españolas.

En efecto, en el Proyecto de 1980 tenía cabida con exagerada amplitud el principio de personalidad en la materia, en detrimento del de territorialidad y, sobre todo, se olvidaba que el principio de personalidad debe jugar un papel simplemente complementario y, en todo caso, sometido a la regla de «la doble incriminación». Ello unido a la regresiva solución que se ofrecía en tema de aborto —ya mencionada— y a la pretensión mantenida desde determinados sectores de aplicar la rígida legalidad nacional a las españolas que viajan a otros países en busca de legislaciones menos intransigentes, conducía a soluciones insostenibles.

Esta línea ciegamente represiva se inició con la respuesta de la Fiscalía General del Estado a la consulta número 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 artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la persecución del aborto cometido en el extranjero por un ciudadano español. La *sentencia de 20 de diciembre de 1980*, críticamente examinada por Mir Puig, es otro ejemplo de esta rechazable solución, que se ha reiterado en *sentencia de 15 de octubre de 1983*.

Por ello, y como muy probablemente el turismo abortivo seguirá practicándose en España si no se aborda una despenalización razonable del aborto, cabe destacar que el Título preliminar de la Propuesta



de 1983 (arts. 7 y 8) consagra con carácter general el principio de territorialidad y con carácter excepcional y matizado el de personalidad: «Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho» y concurririen determinados requisitos, el primero de los cuales es, precisamente, «que el hecho sea punible en el lugar de la ejecución» (art. 8-1.º).

IX

Especial interés ofrece el artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto, de 1983, en el que se declara que no será punible el aborto si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

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

2.ª 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.

3.ª 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.»

Se ha optado, en consecuencia, por la solución de las más obvias de las indicaciones. El antecedente inmediato —y lógico desde el punto de vista estrictamente político— es el texto del Proyecto de Ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, de 1983. Al margen de los retoques de estilo, la única sustancial modificación se introduce en sede de indicación jurídica: que el embarazo sea consecuencia de «un hecho constitutivo de delito de violación, incesto o estupro», lo que supone una indudable ampliación respecto del Proyecto de reforma que circunscribía la indicación a los supuestos de violación.

El antecedente remoto del texto de referencia viene determinado por el artículo 162 del Anteproyecto que dio lugar al Proyecto de 1980 (del que, como ya se indicó, desaparecieron las indicaciones); precepto en el que al dibujarse los contornos de la indicación jurídica se aludía al



embarazo consecuencia de un delito de violación «o de una inseminación artificial no consentida».

¿Es suficiente tan cautelosa despenalización en la hora actual? ¿Es la ofrecida una solución calificable de progresista? ¿Existen otras soluciones más acordes con un Estado social y democrático de Derecho?

X

Quizá pueda extrañar a alguno que sea yo precisamente quien plantee tales interrogantes, habida cuenta que hace ya varios años tuve oportunidad —contra corriente, por aquel entonces— de pronunciarme al respecto, optando por una solución que —en principio— parece encajar exactamente con la formulación ofrecida por el artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, antes reproducido. Como vivimos en un país de conversos, quizá deba clarificar mi planteamiento actual con algunas matizaciones.

En mi libro *Política criminal del aborto* (Barcelona, 1976) afirmaba que 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; en segundo término, recepción de las indicaciones médica, eugénica y sentimental, con las matizaciones y cauces legales que limiten, en lo posible, eventuales abusos; finalmente, arbitrio de medidas preventivas o de auxilio, en su caso, para evitar las situaciones conflictivas que desembocan en el aborto por indicación económico-social» (pág. 143); matizando que en un primer intento liberalizador «quizá fuese prematura» —en aquel momento histórico— la aceptación de la indicación económico-social (pág. 139).

Algunos años más tarde (*Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, Santiago de Compostela, 1980, pág. 315) insistía en que «las situaciones que dan lugar a la indicación económico-social deben ser desterradas por otros medios».

Tales afirmaciones deben ser ubicadas en su exacto contexto:

Mi libro *Política criminal del aborto* fue escrito entre la primavera y el verano de 1975; el prólogo lleva fecha de septiembre de 1975; en consecuencia aún no se había producido —con todo lo que ello significó— el denominado por aquel entonces «hecho sucesorio»; en definitiva, estaban en vigor las Leyes Fundamentales del franquismo e impuesto, a éste y a todos los niveles, un radical confesionalismo del Estado. En este contexto político se optaba por la moderación despenalizadora a



través de las indicaciones más ampliamente difundidas en el Derecho comparado; además, como ya se indicó, la no inclusión de la indicación económico-social se subordinaba a la consecución de un clima político-social que la hiciese innecesaria; es decir, a una justa regulación de los órdenes político, educativo, económico, familiar y sanitario.

Aun reconociendo la existencia en nuestro país de interesadas nostalgias, creo que —afortunadamente— el contexto político-social no es hoy el mismo de 1975. Por ello, quizá puedan intentarse soluciones más ambiciosas, inviables entonces.

Se ha superado la larga noche del fascismo, se ha promulgado la Constitución de 1978 y, además, los penalistas españoles han ido paulatinamente expresando sus simpatías por soluciones que giran —fundamentalmente— en torno a un repertorio de indicaciones más amplio que el antes expresado y el sistema del plazo.

A ello hay que añadir dos realidades que juzgo decisivas al respecto: en primer lugar, que poco —o nada— se ha avanzado en los últimos años en tema de educación sexual, planificación familiar, acceso a métodos anticonceptivos, etc.; en segundo término, que la situación económica —como triste herencia de un egoístamente salvaje capitalismo— ha sumido en la miseria a amplios sectores sociales en España. No se cumplen, pues, las condiciones sociales que en su momento me hacían cuestionar la aceptación de la llamada indicación económico-social.

Por todo ello, quizá lo que en 1975 resultaba profundamente innovador y progresista hoy no lo sea tanto, como ha subrayado un muy cualificado sector de la doctrina penal española, contemplando con suficiencia la solución de las tres indicaciones que paradójicamente —en 1983— ha tenido acceso a la Propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código penal español.

XI

A modo de conclusión y reconocida por la inmensa mayoría de la doctrina penal española la necesidad de abordar la despenalización del aborto, se ofrecen —fundamentalmente— tres posibilidades.

1) La introducción en el Código penal de las tres indicaciones más características, en los términos que ofrece la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Es decir, la misma solución esgrimida por el Anteproyecto elaborado por encargo de UCD y, con anterioridad, por el artículo 2 del Decreto de la Generalitat de Cataluña, de 25 de diciembre de 1936.

2) Quizá en el momento actual pudiera intentarse una ampliación



del repertorio de indicaciones. Incluso con carácter temporal, como se ha hecho en otros países, para dar cabida, bien a la indicación económico-social, bien a una situación genérica de necesidad, en la línea de la *allgemeiner Notlage*. Solución ésta que quizá resulte hoy más realista que la apuntada en el apartado anterior.

3) La última y más drástica solución viene determinada por la adopción del sistema del plazo, en la línea esbozada —como ya se indicó— por el Partido Comunista, el voto particular de Gimbernat al Anteproyecto que dio lugar al Proyecto de Código penal de 1980 y un cada vez más amplio sector de la doctrina penal de nuestro país.

No hace demasiado tiempo se ha afirmado que la adecuada despenalización del aborto solamente se alcanzaría en España cuando la izquierda llegase al poder. Totalmente de acuerdo. Seguiremos esperando. La paciencia de la Historia es infinita.

GERARDO LANDROVE DÍAZ

