

La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Lo primero que llama la atención en la regulación del aborto en los artículos 161 y ss. del Proyecto de la Ley Orgánica de Código penal de 1980 es su similitud con la del Código penal vigente. Ello explica quizá el silencio absoluto —a primera vista sorprendente, por tratarse de un tema sumamente polémico— de la Exposición de Motivos del Proyecto acerca de la regulación de este delito.

Se sanciona a la mujer que consienta su aborto o se lo produzca a sí misma y al que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, con la pena de prisión de seis meses a tres años. Estos son los tipos básicos, siendo importante resaltar que se trata, según la clasificación del propio Proyecto, de delitos graves. Según el artículo 19, son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave, y de acuerdo con el artículo 67, es pena grave la de prisión superior a dos años. Estos delitos de aborto quedan excluidos, por tanto, de la suspensión del fallo. Entre las condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo, el artículo 92 menciona que la infracción cometida no constituya delito grave. Las personas responsables de estos delitos podrán beneficiarse, sin embargo, de la condena condicional cuando la pena impuesta fuera inferior a doce meses (art. 94, 3.º) o veinticuatro meses «si en el hecho delictivo concurriere alguna exención incompleta o atenuante muy calificada, apreciadas como tales en la sentencia» (art. 94, penúltimo párrafo). En este aspecto la situación sigue siendo esencialmente la misma que en el Código penal vigente, donde se sanciona a la mujer que consienta su aborto o se lo cause a sí misma

(*) Ponencia mantenida en el Seminario Hispano-Alemán sobre la reforma penal, organizado por la Primera cátedra de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Alemán de Cultura con el patrocinio del Centro de Estudios Juan de la Rosa, y celebrado en Madrid en los días 11 al 13 de marzo de 1982. Las ponencias se han publicado recientemente en el volumen «La reforma penal», Udina, Madrid, 1982.

o al que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, con la pena de prisión menor (de seis meses y un día a seis años) (art. 411, núm. 2.º y art. 413), pudiendo beneficiarse estas personas de la condena condicional (art. 93) cuando la pena privativa de libertad impuesta fuera inferior a uno o dos años, en este último caso «si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia». La única diferencia estriba en que, según el Proyecto, se puede extender la aplicación de la condena condicional a las penas de prisión de hasta dos años de duración en caso de apreciarse una eximente incompleta. Según el Código penal vigente, en estos casos se aplica la condena condicional por ministerio de la ley (art. 94, 1.º), pero sólo en las penas privativas de libertad de duración inferior a un año.

El aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada se sanciona en el Proyecto con la pena de prisión de tres a seis años (art. 161, párrafo primero).

En el aborto producido con el consentimiento de la mujer embarazada se establecen tipos agravados cuando el consentimiento haya sido obtenido por medio de violencia, intimidación o engaño (art. 161, párrafo segundo y párrafo tercero del artículo 162 del Proyecto). Cuando el medio utilizado haya sido la violencia o la intimidación la elevación de la pena es extraordinaria, pues pasa de prisión de seis meses a tres años a prisión de seis a ocho años. Cuando el medio utilizado sea, en cambio, el engaño se impone únicamente la pena superior en grado: prisión de tres a cuatro años y seis meses. En el aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada se incluye un tipo agravado cuando en el aborto se hubiera empleado violencia o intimidación. En este caso se aplica la pena superior en grado: prisión de seis a ocho años. Si comparamos estos tipos agravados con los correspondientes del Código penal vigente, observamos que en el Proyecto la elevación de las penas es muy superior, salvo en el caso de que el medio utilizado para obtener el consentimiento sea el engaño. En los tipos agravados del Proyecto no se incluye, sin embargo, en ningún caso, a las amenazas entre las circunstancias calificativas (1) y el engaño no figura entre las circunstancias calificativas del aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Un acierto indudable del Proyecto es que en él no aparece un delito calificado por el resultado similar al del párrafo último del artículo 411 del Código penal vigente. En este último precepto se dispone que: «Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el núm. 1.º

(1) En el seno de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación propuse que se incluyera la referencia a las amenazas en el tipo calificado del párrafo 2.º del artículo 158 del Anteproyecto, correspondiente al párrafo 2.º del artículo 161 del Proyecto.

del art. 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor». En su lugar se incluye, en el núm. 2.º del art. 163, un tipo agravado: «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». En estos casos se impondrá al culpable la pena correspondiente en su mitad superior. No es preciso, a mi juicio, que el riesgo grave se haya producido de forma dolosa, sino que puede haberlo sido de forma culposa, es decir, como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Estamos, en realidad, ante un delito calificado por el resultado de peligro, debiendo concurrir, al menos, respecto al mismo, culpa, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 3.º.

En el Proyecto (núm. 1.º del art. 163) se incluye también, como en el Código penal vigente (párrafo 2.º del art. 415) un tipo agravado para las personas que se dedicaren habitualmente a provocar el aborto (2). Se les impondrá la pena correspondiente en su mitad superior. Una diferencia importante entre la regulación del Proyecto y la del Código penal vigente estriba, sin embargo, en que en el Proyecto no se incluye un tipo calificado para *todo* aborto cometido por un facultativo (3). Se establece únicamente un tipo superagravado para los facultativos que se dedicaren *habitualmente* a provocar de modo ilegal el aborto (art. 164) (4). Se les aplicará la agravación prevista para los que se dedicaren habitualmente a practicar el aborto y además la pena de «inhabilitación especial para prestar cualquier género de servicios en centros hospitalarios, clínicas médicas o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis a doce años» (5). Esta última pena se aplica, según el Código penal vigente (art. 417) no sólo a los facultativos, sino a todos los culpables de aborto, se hallen o no en posesión de título facultativo o sanitario.

Un endurecimiento considerable en la represión del aborto supone

(2) Estos tipos deberían ser, en realidad, suprimidos, pues suponen una agravación de la pena por la culpabilidad de conducta de vida o por la peligrosidad, y en el Proyecto la habitualidad constituye una categoría de estado peligroso, para la que están previstas las correspondientes medidas de seguridad (artículo 150).

(3) Como en el párrafo 1.º del art. 415 del Código penal vigente.

(4) La agravación prevista para los facultativos se aplica, según lo dispuesto en el art. 165 del Proyecto, a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de un título sanitario, a los farmacéuticos y sus dependientes.

(5) Quizá haya pesado en la restricción del ámbito de la calificación la consideración político-criminal de que la intervención de un facultativo disminuye los riesgos para la vida y la salud de la mujer embarazada. En este caso lo más lógico sería, sin embargo, suprimir en todo caso la calificación. Véase, en este sentido, Aurora GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1981, pág. 219. Desde el punto de vista dogmático la agravación de la pena está justificada en *toda* intervención de facultativo, por ser mayor la gravedad de lo injusto, concretamente del desvalor de la acción, por la infracción de deberes jurídicos específicos. Esta mayor gravedad de lo injusto podría ser tenida en cuenta, sin embargo, por el Tribunal en la medición de la pena dentro del marco penal de la figura delictiva correspondiente.

la no inclusión en el Proyecto de una figura similar a la del llamado aborto honoris causa del artículo 414 del Código penal vigente (6). De acuerdo con este precepto: «Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves se impondrá a los padres la pena de prisión menor». Este precepto supone que la mujer que produzca su aborto o consienta en que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, podrá beneficiarse de la condena condicional, al ser la pena privativa de libertad prevista, arresto mayor, de duración inferior a un año, siempre que se den, naturalmente, los restantes requisitos del artículo 93, es decir, que haya delinquirido por primera vez y no haya sido declarada en rebeldía. Lo mismo cabe decir de los abuelos maternos que con el fin de ocultar la deshonra de la hija, produzcan su aborto o cooperen en el aborto que ella misma cometa. Incluso en los supuestos en que se produzca la muerte de la embarazada o lesiones graves no queda descartada por completo la posibilidad de que los abuelos maternos puedan beneficiarse de la condena condicional, pues la pena prevista para estos casos es la de prisión menor (seis meses y un día a seis años).

En el artículo 174 del Proyecto se incluye una figura delictiva similar a la del artículo 412 del Código penal vigente: «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». Es discutible si la figura delictiva del artículo 412 es un delito culposo o un delito calificado por el resultado (7). En el Proyecto es indudable que deberá concurrir en todo caso culpa respecto al resultado de aborto, en virtud de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 3.º: «Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

(6) Véase también, en este sentido, Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, Avila-Alcalá de Henares, Avila, 1981, págs. 74-5.

(7) Me inclino por esta última interpretación; véase, por ejemplo, en este sentido, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, pág. 171, y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Universidad de Sevilla, 2.ª ed., pág. 67. La inclusión en el art. 412 de los supuestos de dolo eventual está descartada por utilizar el Código el término «de propósito», en general, y en particular en el art. 411, como sinónimo de voluntad, intención y malicia, para designar todo el dolo; véase mi *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito* (1), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1981, págs. 425 y 444-5. Una detallada exposición de las diversas interpretaciones de la figura delictiva del art. 412 en la moderna Ciencia del Derecho penal española, en AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, págs. 136 y ss.

No cabe duda, por otra parte, de que las restantes conductas culposas son impunes, pues en el Proyecto se adopta el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. Según el artículo 18: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». En el Capítulo IV del Título I, «De los delitos contra la vida e integridad personal», no aparece figura alguna de aborto culposo (8). Aplicando las cláusulas generales del artículo 565 del Código penal vigente, el Tribunal Supremo ha castigado, en cambio, en alguna ocasión, conductas culposas de aborto no comprendidas en el artículo 412 (9). En este aspecto, por tanto, el Proyecto introduce una restricción en el ámbito de las conductas punibles.

Sorprende, sin embargo, que en un Proyecto de Código penal basado, como se indica expresamente en la Exposición de Motivos, en el principio de intervención mínima la despenalización del aborto no haya sido mayor (10). No se ha incluido siquiera la indicación terapéutica, aunque la opinión dominante en la moderna ciencia del Derecho penal española considera que en caso de que la continuación del embarazo o el parto entrañen un grave peligro para la vida de la madre es aplicable la eximente de estado de necesidad del número 7 del artículo 8.º, que tendrá en este caso la naturaleza de una causa de justificación, por ser indudable que nuestro Código penal valora más la vida humana independiente que la intrauterina. Ello se deduce claramente de la comparación de las penas del homicidio (art. 407) y del aborto (arts. 411 y ss.) (11).

(8) El art. 174 está concebido claramente como un delito calificado por el resultado.

(9) Véase la Sentencia de 14 de mayo de 1980, citada por RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 467.

(10) Véase también, en este sentido, G. LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 76.

(11) Véase, por ejemplo, en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, pág. 88; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, pág. 63; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 1, *Infracciones contra las personas en su realidad física*, 2.ª ed. puesta al día por Enrique Gimbernat, Madrid, 1972, págs. 575-6; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona, Bosch, 1955, págs. 104-5; DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español (Parte Especial). Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, págs. 339 y ss.; SUSANA HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, págs. 77 y ss., *Criterios para la reforma del delito de aborto*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 8, 1979, pág. 73, nota 2; y GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, artículo publicado en *El País*, en los días 2, 3 y 4 de diciembre de 1977 y recopilado en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Civitas, 1981, pág. 37. El Tribunal Supremo no ha hecho aplicación, sin embargo, en ningún caso, que yo sepa, de la eximente de estado de necesidad en supuestos de aborto por indicación terapéutica. En la S. de 25 de enero de 1974 (A. 280), citada por Gimbernat, el Tribunal Supremo condenó a un facultativo por aborto producido con el consentimiento de la mujer (art. 415) con la agravante de precio y se limitó a decir «y mucho menos conste que su intervención fuera para salvar la vida de la paciente en plan humanitario, como dice el recurso, pues si así lo hubiera hecho la relación fáctica habría dejado constancia de la intención, dada la importancia

En el Anteproyecto elaborado en la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación, la situación era diferente. En primer lugar, las penas eran algo inferiores. El aborto producido sin el consentimiento de la mujer estaba sancionado —en el párrafo 1.º del artículo 158, equivalente al párrafo 1.º del artículo 161 del Proyecto— con la pena de prisión de tres a cinco años, en lugar de tres a seis años. En los supuestos comprendidos en el artículo 159, equivalente al artículo 162 del Proyecto (aborto producido con el consentimiento de la mujer y mujer que consiente en su aborto o se lo produzca ella misma) la pena máxima era de dos en lugar de tres años. En estos casos era posible, por tanto, aplicar en ocasiones (por ejemplo, cuando la mujer fuera menor de veintidós años y se dieran los restantes requisitos enumerados en el artículo 92 del Proyecto) la suspensión del fallo, pues se trataba de un delito menos grave.

Por otra parte, en el artículo 162 se reconocían las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en los siguientes términos:

«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 194 y 195, 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».

Se trata, como puede apreciarse, de una variante moderada del sistema llamado de las indicaciones. Se exige en todo caso que la intervención la realice un médico y la exención de responsabilidad se limita a los supuestos de peligro *grave* para la vida o la salud de la madre, de peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas y de embarazo producido como consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida (no basta, como en otros códigos penales europeos, que el embarazo sea consecuencia de un incesto o un estupro, es decir, de cualquier delito contra la honestidad). No se admite en ningún caso la llamada indicación social.

Como alternativa a esta solución de las indicaciones se había sometido a la deliberación de la Sección una propuesta de Gimbernat

del extremo», pero en ningún caso se alude expresamente en el extracto de Aranzadi, que es lo único que he podido manejar, a la posible aplicación de la eximente de estado de necesidad.

Ordeig, miembro de la Ponencia redactora del borrador del Anteproyecto, que propugnaba la llamada solución de los plazos. El médico que provocara el aborto con el consentimiento de la mujer y la mujer que consintiera en dicho aborto o se lo causase a sí misma en las primeras doce semanas del embarazo estarían exentos de responsabilidad criminal (12). A partir de las doce primeras semanas el aborto sólo estaría permitido en los supuestos de indicación terapéutica y eugenésica, en los siguientes términos: 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».

Tras una intensa y apasionada deliberación, en la que defendí la solución de las indicaciones, la de los plazos, propuesta por Gimbernat, fue rechazada por amplia mayoría. Votaron únicamente a favor de la misma Muñoz Conde, Quintero Olivares y el propio Gimbernat. Sometida a votación, a continuación, la solución de las indicaciones, fue aprobada por trece votos contra once, gracias a que fue apoyada por Gimbernat, Muñoz Conde y Quintero Olivares. Habían presentado escritos oponiéndose tanto a la solución de los plazos como a la de las indicaciones, los fiscales Miguel Ibáñez y García Velasco y Luis Beneytez Merino. La solución de los plazos, rechazada, fue incorporada al Anteproyecto como un voto particular de Gimbernat.

Es interesante señalar, también, que en la primitiva redacción del borrador del Anteproyecto, en el párrafo 2.º del artículo 159 —equivalente al párrafo segundo del artículo 162 del Proyecto— se establecía una graduación de la pena, según que la mujer consintiera en su aborto o se lo produjera a sí misma antes o después de las doce primeras semanas del embarazo. En el primer caso la pena prevista era únicamente el arresto de seis a doce fines de semana, mientras que si el consentimiento o el aborto se habían producido después de las doce primeras semanas del embarazo la pena era de prisión de seis meses a dos años. En contra de esa distinción, que acusaba la influencia de la solución de los plazos, Miguel Ibáñez y García Velasco y yo presentamos enmiendas en la Sección de Derecho penal de la Comisión

(12) En el art. 162, en la redacción propuesta por Gimbernat, se declara: «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 causate a sí misma un aborto».

General de Codificación, que tras la correspondiente deliberación, fueron aceptadas. En mi enmienda señalaba que las penas previstas para los supuestos en que el consentimiento de la mujer o el aborto causado por ella misma se produjeran en las primeras doce semanas del embarazo eran excesivamente leves, casi simbólicas, y Miguel Ibáñez, por su parte, objetaba: «Acoge este párrafo y da por cierta, la tesis admitida en otras legislaciones, de que la concepción y en suma la vida humana no surge con la fecundación del óvulo, sino tiempo más tarde, cuando el feto tiene ya indudable forma similar al nacido. Creemos que esta postura científica está todavía en el campo de lo discutible y no debe traerse al Código penal». En la discusión Córdoba Roda arguyó, que el que las penas fueran meramente simbólicas no suponía necesariamente que debieran ser sustituidas por otras más elevadas, mientras que Torío subrayó, en favor de la supresión de la distinción, la inoportunidad de la pena de arresto de fin de semana, que podía dar lugar a manifestaciones de solidaridad con las mujeres que cumplieran esta pena, a la entrada o a la salida de los establecimientos penitenciarios. En definitiva, se estableció, pues, para todos los supuestos en que la mujer consintiera en su aborto o se lo produjera a sí misma, la pena de prisión de seis meses a dos años.

En el curso de la deliberación, Torío sugirió que se incluyeran en la indicación ética los supuestos en que el embarazo fuera consecuencia de un incesto. Conde Pumpido puso fin a la discusión, llamando la atención sobre las dificultades con que iba a tropezar ya la aceptación del catálogo de indicaciones contenido en el artículo 162 del Anteproyecto, no siendo conveniente, por ello, agravar estas dificultades con la inclusión de otros supuestos.

La solución de las indicaciones fue rechazada por el Gobierno y el artículo 162 del Anteproyecto no se incluyó, por consiguiente, en el texto del Proyecto de nuevo Código penal remitido a las Cortes. En la Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal se justifica esta decisión con las siguientes palabras: «Después de una consideración detallada de los pros y los contras, se ha preferido no establecer una regulación específica de las llamadas 'indicaciones', determinantes en otros ordenamientos de exención de responsabilidad en el aborto por peligro para la vida de la madre, violación causante del embarazo o malformaciones esperadas en el recién nacido, porque el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos, como lo son la salud y la libertad, y porque en los casos auténticamente graves se puede llegar al mismo resultado de la exención de responsabilidad aplicando las reglas sobre causas de justificación o de inculpabilidad previstas en la Parte General del Código».

Esta decisión del Gobierno me parece equivocada. Es cierto que en los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto pongan en grave peligro la vida de la madre será posible apreciar la exigencia de estado de necesidad (núm. 6.º del art. 26 del Proyecto), que

tendrá en estos casos la naturaleza de una causa de justificación, pues también en el Proyecto de nuevo Código penal se otorga un mayor valor a la vida humana independiente que a la intrauterina, de acuerdo con las concepciones sociales. La pena del homicidio simple (art. 155) es de prisión de ocho a quince años y la del aborto producido sin el consentimiento de la mujer y mediante el empleo de violencia o intimidación es de prisión de seis a ocho años (art. 161). No es posible apreciar, sin embargo, la eximente de estado de necesidad en los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto supongan un peligro grave para la salud de la madre, pues en el Proyecto se valora más la vida humana intrauterina que la integridad corporal, como se advierte en la inclusión de la regulación del aborto en el Capítulo II del Título I, entre la del homicidio y sus formas (Capítulo I) y las lesiones (Capítulo III) (13). Una comparación de los marcos penales concretos de las diversas figuras de aborto y lesiones distorsionaría la escala de valores establecida por el Código y llevaría, por tanto, a soluciones contrarias a la voluntad de la ley (14). No sería posible tampoco aplicar en estos casos la eximente de miedo insuperable (núm. 8 del art. 26), pues en esta causa de inculpabilidad se exige que se trate de un miedo insuperable *a un mal igual o mayor* (15). La apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio (núm. 1.º del art. 26) sólo podrá producirse en supuestos muy excepcionales al ser necesario que se dé una perturbación total de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar con arreglo a este conoci-

(13) De la misma inserción sistemática de la regulación del aborto se deduce ya, tanto en el Proyecto como en el Código penal vigente, que el bien jurídico protegido es la vida del feto y no una mera «esperanza de vida», como supone Susana HUERTA *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, págs. 19 y ss., especialmente pág. 32. Sería absurdo realmente, como señala Susana Huerta, que el Código o el Proyecto valoraran más una mera «esperanza de vida» que la salud física o psíquica de la madre. No es posible estimar, por tanto, que en el aborto producido para evitar un grave peligro para la salud de la madre, el mal menor sea la destrucción de la vida del feto. Esta es la opinión de Susana Huerta, que considera aplicable en estos casos la eximente de estado de necesidad, que tendrá la naturaleza de una causa de justificación: véase. *op. cit.*, págs. 77 y ss.

(14) No me parece viable, por ello, la propuesta de Rodríguez Devesa, que se opone a la aceptación de la solución de las indicaciones, incluso a una regulación expresa de la indicación terapéutica, pero propone, entre otras soluciones, «hacer una aplicación más generosa del estado de necesidad, concebido con gran amplitud en nuestro Código, no sólo a los casos en que haya peligro grave para la vida de la madre, sino a todos aquéllos en que corra un grave peligro su salud física o mental de no practicarse la interrupción. Del lado médico habría que reputar estos casos como auxilio necesario...»; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*, pág. 101. Aceptaban ya la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los supuestos de peligro grave para la salud de la madre, CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, págs. 104-5; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. 1, 2.ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT, págs. 575-6.

(15) Véase sobre este límite objetivo a la eficacia excluyente de la responsabilidad criminal del miedo insuperable, mi artículo *Culpabilidad y pena*, recopilado en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pág. 193.

miento y resultaría aún más difícil si se exigiera, como hace generalmente el Tribunal Supremo y aún propugna algún sector de la doctrina, un fondo patológico (16). A las mismas conclusiones tendríamos que llegar en relación con los supuestos de indicación eugenésica, es decir, de peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o de indicación ética en que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, pues en todos ellos el mal causado es mayor que el que se trata de evitar (17).

En los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto supongan un peligro grave de la salud de la madre, en que exista un peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas (hoy se puede diagnosticar con seguridad, cuando el feto se encuentra en el vientre de la madre, si el niño será un mongólico, es decir, un subnormal profundo), o en que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, no le es exigible, sin embargo, a la madre la obediencia al Derecho. No hay que olvidar que el principio de humanidad es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno. La exención de culpabilidad en estos casos está de acuerdo con las concepciones ético-sociales realmente vigente en nuestra sociedad (18).

En la propia Iglesia Católica se han alzado voces en favor del reconocimiento de algunas indicaciones, como ha señalado entre nosotros el P. Beristain (19). «A la luz de la teología y la moral católica de ayer y de hoy» —dice el P. Beristain— «parece aconsejable concluir que no hay dificultad desde sus puntos de vista tanto filosóficos como teológicos y de práctica pastoral, para que la legislación civil permita

(16) Véase, a este respecto, mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, recopilado en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 144 y siguientes y las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril, 29 de abril, 9 de junio, 11 de julio y 25 de septiembre de 1981.

(17) Quintano Ripollés admitía la aplicación del estado de necesidad en los supuestos de indicación ética en que el embarazo se hubiera producido como consecuencia de una violación, por estimar, a mi juicio sin fundamento suficiente, que el honor era un «bien cuyo valor ético-social es por lo menos de tanta entidad como la hipotética vida ulterior del feto»: véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. 1, pág. 584.

(18) Sumamente interesantes son los resultados que se obtuvieron en el sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto, realizado bajo la dirección del catedrático de aquella Universidad, don José A. SÁINZ CANTERO. Se acepta la incriminación general del aborto provocado, pero se admiten decididamente las indicaciones terapéutica y eugenésica. Se rechaza claramente la indicación económico-social y se rechaza también, aunque con vacilaciones, la indicación ética en caso de violación; véase José A. SÁINZ CANTERO, *Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual*, «Revue International de Droit Pénal», 1978, núm. 1, págs. 299 y ss., especialmente págs. 304 y ss.

(19) Véase Antonio BERISTAIN, *Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, páginas 90 y ss.

el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas 'indicaciones'. Indudablemente no debe considerarse delictiva la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto de estar en peligro la vida de la madre. Estudios más detenidos deben analizar las vigencias desincriminadoras de la indicación médica (peligro de grave enfermedad para la madre), de la indicación eugénica (peligro de grave malformación para el *nasciturus*) e indicación social o jurídica. Hablando con más propiedad, la moral no rechaza todas las indicaciones. Tampoco se detiene a trazar en concreto la línea fronteriza de lo inculminable. No es esa su misión» (20).

La exención de culpabilidad en los supuestos de peligro grave para la salud de la madre, de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o en que el embarazo sea consecuencia de una violación o una inseminación artificial no consentida, de acuerdo con la teoría normativa, ampararía únicamente, sin embargo, a la madre o a los padres, en las indicaciones terapéutica y eugenésica, pero no a los terceros que causaren el aborto, ni siquiera al médico (21). Esta solución no sería acertada desde el punto de vista político-criminal, pues favorecería la comisión del aborto por la propia madre o por personas imperitas, lo cual supondría un grave peligro para la vida y la integridad corporal de la madre. Es aconsejable, por ello, que la realización del aborto en los supuestos mencionados de las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética, se autorice únicamente a los médicos. Las eximentes tendrían entonces la naturaleza de una causa de justificación. La conducta del médico sería lícita, al estar autorizada por el ordenamiento jurídico, a la vista del conjunto de los intereses en juego (22). Se trataría de una

(20) ANTONIO BERISTAIN, *op. cit.*, págs. 92-3. El P. GAFO en su conocida monografía *El aborto y el comienzo de la vida humana* considera moralmente lícita la destrucción del óvulo antes del anidamiento, es decir, en las dos primeras semanas del embarazo, en los supuestos de indicación terapéutica y ética en que el embarazo sea consecuencia de una violación: véase JAVIER GAFO *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Editorial Sal Terrae, Santander, 1979, págs. 251 y siguientes.

(21) RODRÍGUEZ DEvesa señala también que la fundamentación de las indicaciones en la inexigibilidad de otra conducta plantea el problema de la inmunidad o no de los partícipes: si se mantiene un principio de accesoriidad limitada: véase RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho penal español, Parte Especial*, pág. 86. Estos inconvenientes, más una grave inseguridad, jurídica acerca de los límites de la exención de responsabilidad, ofrecería la solución propuesta por BUENO ARÚS, en lugar de un catálogo de indicaciones: «El estado de necesidad en el caso de peligro para la vida de la madre y el principio de no exigibilidad (como eximente por analogía) en los casos en que verdaderamente el aborto represente la *única solución* (no la más fácil o la más cómoda) para una situación angustiosa intolerable, lleva a la exención de responsabilidad criminal pretendida sin distorsionar los principios básicos de la convivencia»; véase BUENO ARÚS, *Una nota sobre el aborto*, en *Estudios penales y penitenciarios*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pág. 109.

(22) Véase, en este sentido, SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., 1980, par. 218 a, núm. 6, pág. 1401, y RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 2, Bes. Teil, 1978, par. 218 a, núm. 1, págs. 58-9, en relación con las indicaciones reconocidas en el art. 218 a del Código penal alemán.

ampliación del ámbito de la eximente del ejercicio legítimo de la profesión médica (núm. 9.º del art. 26), a la que se atribuye unánimemente la naturaleza de una causa de justificación.

Creo que no puede invocarse la no exigibilidad de la obediencia al Derecho en los supuestos en que el embarazo sea consecuencia de un incesto o de un estupro, o en los de la llamada indicación social, en que la madre o los padres carecen de medios económicos para sustentar al nuevo hijo o la madre es excesivamente joven y le falta la madurez y preparación necesarias para atender y cuidar al hijo. La gran variedad de medios anticonceptivos existente y su amplia difusión, permiten llevar a cabo un control de la natalidad para evitar en todos esos casos un embarazo no deseado.

La solución de las indicaciones es propugnada también, con mayor o menor amplitud, en la moderna Ciencia del Derecho penal española, por Landrove (indicaciones terapéutica, eugenésica y ética) (23), Barbero Santos (24), Beristain (al menos indicación terapéutica en caso de peligro para la vida de la madre) (25) y Aurora García Vitoria (indicaciones médica, eugenésica, ética —cuando el embarazo haya sido consecuencia de una violación— y social) (26). La Minoría Catalana, en su enmienda núm. 59 al art. 163 del Proyecto, presentada en el Congreso de los Diputados, ha propuesto el reconocimiento de las indicaciones ética, terapéutica y eugenésica en términos esencialmente coincidentes con el artículo 162 del Anteproyecto (27). El Partido

(23) Véase G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona, Bosch, 1976, págs. 136 y ss., *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 10, 1980, págs. 86-7, y *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, *lug. cit.*, página 76.

(24) Véase Marino BARBERO SANTOS, *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Revue Internationale de Droit Pénal», 1978, núm. 1, páginas 65 y ss., y Prefacio al volumen *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, pág. 13.

(25) BERISTAIN, *Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico jurídicas*, *lug. cit.*, pág. 92.

(26) Véase AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, pág. 223. La indicación social la concibe con extraordinaria amplitud: «cuando para su ejecución concurren motivos de pobreza económica grave, incapacidad física o mental de la madre, minoría de edad de dieciséis años de la madre, o cualquier otro motivo que, previa solicitud de la interesada, y a juicio del Tribunal y de las Comisiones Investigadoras, hagan aconsejable el aborto». Susana Huerta, partidaria de la solución de los plazos, propone, no obstante, «una solución amplia de indicaciones», por temor a que la solución de los plazos sea tachada de anticonstitucional: véase SUSANA HUERTA TOCILDO, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, *lug. cit.*, págs. 88-9.

(27) La redacción que propone del art. 163 bis es la siguiente: «El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento expreso de la embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los previstos en los arts. 200 y 201 de este Código o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo. 2.ª) Que el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida

Nacionalista Vasco, en su enmienda núm. 1.725, al capítulo del aborto, va aún más lejos, pues incluye en la indicación ética todos los supuestos en que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad sexual (28). Por mi parte, sugerí a don Juan Antonio Ortega y Díaz Ambrona, entonces Secretario de Estado para el desarrollo constitucional, la presentación por parte de UCD de una enmienda tendente a introducir en el Proyecto un artículo 165 bis coincidente con el artículo 162 del Anteproyecto, que contenía el catálogo de indicaciones. La sugerencia fue rechazada por estimarla incompatible con la línea política del Gobierno (29).

La solución del plazo, es decir, la impunidad del aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o por la mujer misma en un primer período de la gestación debe rechazarse, a mi juicio, por ser contraria a la protección que otorga nuestra Constitución a la vida humana, en el artículo 15 y por no ser convincentes los argumentos que se esgrimen en su favor. La impunidad del aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o por la mujer misma, en las primeras doce semanas del embarazo, fue propuesta, como vimos, por Gimbernat en el seno de la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación (30). Esta solución ha sido defendida también en la moderna Ciencia del Derecho penal española por Muñoz Conde, Quintero Olivares y Arroyo

o la salud de la embarazada o que exista una evidencia de que el niño naciera con una grave tara o deficiencia física o psíquica, reconocida como incurable al tiempo del previo y preceptivo diagnóstico. En los supuestos de este apartado el diagnóstico se practicará, después del pertinente examen, por dos médicos distintos, del que interviniera en el aborto y se ajustara a los requisitos que establezcan para estos casos las disposiciones sanitarias. En cualquier caso el aborto deberá practicarse de acuerdo con lo dispuesto en dichas disposiciones y siempre en un establecimiento hospitalario que reúna las condiciones que en aquéllas se determinen».

(28) Se dice en esta enmienda que: «Por constituir, en suma, supuestos de estado de necesidad o de inexigibilidad de otra conducta, debían despenalizarse tres tipos de aborto: 1.º El aborto por indicación médica: cuando la interrupción del embarazo sea necesaria para salvar la vida de la madre, o para librarla de una grave enfermedad. 2.º) El aborto por indicación ética: cuando el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad sexual. 3.º) El aborto por indicación eugénica: en supuesto de malformación o embriopatía del feto. En estos casos, debieran exigirse como condiciones para despenalizar el aborto, las siguientes: 1.º Consentimiento de la mujer. 2.º Ser practicado dentro de las doce primeras semanas del embarazo (en el supuesto del aborto por indicación ética) y 3.º Ser llevado a cabo por facultativo».

(29) Véase el texto exacto de mi propuesta de enmienda en mi artículo *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, publicado en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 211 y siguientes y recopilado en mi volumen *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 355-6.

(30) Gimbernat ha defendido también su criterio en su artículo *Por un aborto libre*, publicado en *El País* en los días 2, 3 y 4 de diciembre de 1977, y recopilado en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, págs. 43-4.

Zapatero (31). En el plano legislativo su adopción ha sido propuesta en las enmiendas presentadas en el Congreso por Socialistas de Cataluña (núm. 162) y el Partido Comunista (núm. 1.001) al artículo 162 del Proyecto de nuevo Código penal. La solución del plazo inspira también la Proposición de Ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Comunista (32). La solución del plazo suele combinarse con el reconocimiento de un catálogo variable de indicaciones para el aborto practicado después de los tres primeros meses del embarazo.

Con la solución del plazo la vida humana intrauterina queda privada de protección penal durante el primer período de la gestación y se incurre en contradicción con el artículo 15 de la Constitución española de 1978, donde se proclama que: «Todos tienen derecho a la vida». En la discusión del precepto constitucional se tuvo en cuenta la posible despenalización del aborto y la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975, que declaró inconstitucional la solución de los plazos adoptada por la Ley de 18 de junio de 1974 (33). Como consecuencia de esta sentencia se promulgó en la República Federal Alemana la Ley de 21 de junio de 1976, que adoptó la llamada solución de integración, de la solución de los plazos y de las indicaciones (arts. 218 y ss. del Código penal alemán). En esta nueva regulación predomina, sin embargo, la solución de los plazos (34), lo cual ha dado lugar a que un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana siga formulando contra ella reparos de inconstitucionalidad (35).

(31) Véase MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, en *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, pág. 114; G. QUINTERO OLIVARES, *Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código penal, Delitos contra la vida y libertad y contra el Patrimonio y el orden económico*, en *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pág. 254; y Luis ARROYO ZAPATERO, *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, en *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, págs. 84 y ss. y *Prohibición del aborto y Constitución*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 3 monográfico, *La reforma del Derecho penal*, págs. 217 y ss.

(32) Véase su texto en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 145 I, 14 de julio de 1981.

(33) Véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y aborto*, artículo publicado en *El País* de 13 de julio de 1979, e incluido en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., pág. 45.

(34) Según el art. 218, III, no se castiga a la mujer embarazada que permita la práctica del aborto, por un médico, en las veintidós primeras semanas del embarazo, si recibió anteriormente el asesoramiento social y médico que se exige en el art. 218, b. Los médicos, en cambio, sólo pueden practicar el aborto, con el consentimiento de la mujer embarazada, cuando concurren las indicaciones terapéutica, ética (si el embarazo es consecuencia de cualquier delito contra la libertad sexual) o una situación de necesidad, en los plazos y con las condiciones que se fijan en la ley (arts. 218, a, b y 219).

(35) Véase, por ejemplo, K. H. GÖSSEL, *La reforma del delito de aborto en Alemania*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 4, 1978, pág. 6, y MAURACH-

En la primitiva redacción del artículo 15 del Anteproyecto de Constitución se declaraba: «Todos tienen derecho a la vida», sustituyéndose esta redacción en la Comisión, como consecuencia de una enmienda presentada por el Partido Socialista, por la de: «Las personas tienen derecho a la vida». Precisamente por la trascendencia que esta modificación pudiera tener para una posible despenalización del aborto, en el Pleno del Congreso se acordó, en virtud de una enmienda de Alianza Popular, que fue apoyada por los parlamentarios de UCD, volver a la primitiva redacción, que en este punto se mantuvo después inalterada. La voluntad del legislador constituyente está clara: extender la protección a la vida humana intrauterina, es decir, de los seres humanos no nacidos (36).

En una interpretación objetiva, que atienda a la voluntad de la ley, con independencia de la voluntad del legislador, se ha pretendido que con la palabra «todos» se hace referencia únicamente a los seres humanos nacidos, a las personas (37). El artículo 15 de la Constitución, argumentan Gimbernat, Jorge de Esteban y Luis López Guerra, está incluido dentro del Título I, donde se regulan los derechos y deberes fundamentales y en el artículo 10, apartado 1, que encabeza este Título se declara que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social». Se alude únicamente, por tanto, a las «personas» como titulares de derechos y deberes fundamentales. Por otra parte, siempre que la Constitución emplea la palabra «todos» es indudable que alude con ella únicamente a las «personas»; por ejemplo, cuando declara el derecho de «todos» al juez ordinario (art. 24, 2), a la educación (art. 27, 1), a la libre sindicación (art. 28, 1), a ejercer el derecho de petición (art. 29, 1), etc. Por último, según el apartado 2 del artículo 10: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En el artículo 3.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos se declara que: «Todo individuo tiene derecho a la

Fr. Chr. SCHRÖDER, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 6.ª ed., C. F. Müller Verlag, 1977, páginas 61 y 67.

(36) Véase *Constitución Española*, Edición comentada del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 53 (comentario del prof. Lucas Verdú); Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid 1980, pág. 189 (comentario de J. M.ª Serrano Alberca); Oscar ALZAGA, *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático), Ediciones del Foro, 1978, pág. 185, y Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español* 1, Editorial Labor, Barcelona, 1980, pág. 142.

(37) Véase, en este sentido, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y aborto*, lug. cit., págs. 45 y ss.; Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, 1, pág. 142; y Luis ARROYO ZAPATERO, *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., págs. 81 y ss., y *Prohibición del aborto y Constitución*, págs. 196 y ss.

vida»; y en el artículo 6, párrafo 1.º del Pacto Internacional de Derechos políticos y civiles de 1966, suscrito y ratificado por España, se declara que: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana».

Contra la equiparación de «todos» con «las personas», en el artículo 15 de la Constitución, ha aducido Rodríguez Devesa (38), que ello «significaría dejar inerme al recién nacido antes de transcurrir las 24 horas necesarias, según el Código civil, art. 30, para adquirir la personalidad». En sentido similar se expresó el diputado de Alianza Popular Mendizábal y Uriarte en la discusión del Proyecto de Constitución en el Pleno del Congreso del día 6 de julio de 1978 (39). De este criterio parte también Narciso Martínez Morán (40), que concluye que es indiferente, por tanto, que en el artículo 15 de la Constitución se utilice la expresión «todos» o «las personas», pues en todo caso habría que partir de un concepto de persona no jurídico, sino filosófico-ontológico, como sinónimo de «ser humano», «hombre» o «individuo». El argumento carece de fuerza, como ha señalado ya Arroyo Zapatero (41). Según el artículo 29 del Código civil: «El nacimiento determina la personalidad» y en el artículo 30 se declara que: «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere forma humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». En el propio artículo 30 se especifica, por tanto, que se fija el nacimiento sólo a efectos civiles. A efectos penales el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios, cuando se trata de delimitar el sujeto pasivo del delito de infanticidio (el recién nacido, según el artículo 410 del Código penal). Con arreglo a la opinión que creo más correcta, el nacimiento viene determinado por la separación completa del claustro materno, no siendo necesario el corte del cordón umbilical (42). En el Código civil (art. 29) sólo puede hallarse base, a mi juicio, para estimar que el nacimiento determina la personalidad en nuestro Derecho positivo. El feto, el «nasciturus», no es aún persona.

La fragilidad de la argumentación de Gimbernat, Jorge de Esteban y López Guerra radica en que se mantiene exclusivamente en el plano de la interpretación sistemática. El «nasciturus», aun no siendo persona, en sentido jurídico, es un ser vivo, un ser humano vivo y en una

(38) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, pág. 102.

(39) Véase *Constitución española: trabajos parlamentarios, II*, Madrid, 1980, págs. 2024 y ss.

(40) *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», núm. 2 monográfico, págs. 158 y ss., especialmente pág. 162.

(41) «Tal opinión —dice Arroyo Zapatero— desconoce tanto que el tipo del homicidio protege la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección»; véase *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., pág. 208, nota 35.

(42) Este es el criterio de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, págs. 24 y 62-3.

interpretación teleológica del precepto constitucional que protege la vida humana es preciso considerar que la protección se extiende a la vida humana intrauterina (43). La destrucción del feto impide que el «nasciturus» llegue a nacer, a ser persona. Por otra parte, en cuanto a la interpretación sistemática, hay que señalar que en el Preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, se proclama que «el niño tiene derecho a una protección jurídica adecuada, antes como después de su nacimiento, y en el Principio 4.º se le reconoce el derecho a cuidados prenatales adecuados (44). Con motivo de la celebración del Año Internacional de los Derechos del Niño, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 4 de octubre de 1979 una Recomendación, en la que se reconoce el derecho del niño a la vida desde el momento de la concepción. Con base en esta Recomendación se aprobó una Declaración de Derechos del Niño, antes del nacimiento, en cuyo principio segundo se proclama que la ley debe asegurarle antes del nacimiento el derecho a la vida inherente a todo ser humano (45).

Oscar Alzaga, al comentar el artículo 15 de la Constitución dice: «Imagino que desde atalayas abortistas se alegrará que el «nasciturus» no tiene capacidad para detentar derechos fundamentales. Sin embargo, de este precepto constitucional se deduce una norma objetiva, que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate a los «nascituri» (46).

Aun partiendo de una interpretación objetiva del precepto constitucional, que prescinda de la voluntad del legislador, la solución de los plazos, la despenalización del aborto en los tres primeros meses del embarazo, sería contraria a la Constitución. No sería contraria, en cam-

(43) Del hecho incuestionable de que la vida humana intrauterina tenga un valor inferior al de la vida humana independiente, desde el punto de vista jurídico y de las valoraciones sociales, no cabe deducir, como Arroyo Zapatero, que se trate de dos bienes o valores *distintos*, de modo que en el art. 15 de la Constitución sólo se otorgara protección a uno de ellos, a la vida de los nacidos; véase JUAN ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., págs. 200 y ss., especialmente pág. 209, y *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., pág. 82. La protección constitucional de la vida humana intrauterina la deduce Arroyo Zapatero, en una construcción sumamente forzada, de la protección de la dignidad de la persona humana en el art. 10, pero no porque reconozca dicha dignidad al ser humano en el período de gestación, sino porque la sociedad al valorar positivamente la vida humana intrauterina le atribuye esa dignidad; véase ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., págs. 209 y ss., y *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., págs. 82-3.

(44) Véase JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, pág. 102.

(45) Véase JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional*, lug. cit., pág. 105.

(46) Véase OSCAR ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, pág. 185.

bio, al precepto constitucional, la solución de las indicaciones (47), pues la protección de todos los derechos humanos, en general, y del derecho a la vida en particular no tiene un carácter absoluto. La protección del derecho a la vida, por ejemplo, es compatible con la regulación de la legítima defensa, como causa de justificación —núm. 4.º, 5.º y 6.º del art. 8.º del Código penal— que permite, cuando se den los requisitos exigidos por la ley, la muerte del agresor (aunque éste no haya puesto en peligro la vida del agredido).

La mayor parte de los partidarios de la solución de los plazos no niegan que deba protegerse la vida humana intrauterina, sino que consideran que la protección que otorga el Derecho penal mediante la punición del aborto es ineficaz (48). Se esgrime en este sentido la elevada cifra oscura en el delito de aborto. Se estima que en nuestro país se producen unos 300.000 abortos clandestinos cada año y el número de condenas es realmente exiguo: 67, en 1977, según las Estadísticas Judiciales de España, con setenta personas condenadas (49). Con la solución del plazo, se dice, si la autorización del aborto en el primer período de la gestación se condiciona a la necesidad de que la mujer embarazada acuda a un organismo asistencial, en el que se le informe de las consecuencias de todo tipo del aborto y se trate de prestarle ayuda para resolver sus dificultades económicas, familiares o sociales que la impulsan a consentir o llevar a cabo la interrupción del embarazo, el número de abortos disminuiría considerablemente (50). Se trataría, pues, en definitiva, de una forma más eficaz de proteger la vida humana intrauterina. El obstáculo constitucional a la despenalización del aborto en los primeros tres meses del embarazo habría quedado superado. Mi opinión personal, sin embargo, es que una despenalización general del aborto en los primeros tres meses del embarazo, daría lugar en nuestro país a un aumento considerable del número de abortos. Únicamente disminuiría quizá el número de abortos producidos por personas imperitas y por tanto, los riesgos para la salud y la vida de la mujer por la práctica del aborto. Este argumento no me parece, sin embargo, suficiente para justificar la despenalización general del aborto en el primer período de la gestación.

(47) Véase ya, en este sentido, G. LANDROVE DÍAZ, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 85.

(48) Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 113. Este argumento se invoca expresamente en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista; véase, lug., cit., pág. 530.

(49) Véase MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 112. Sobre la cifra oscura del aborto, véase también G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, págs. 31 y ss., y *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 10, 1980, págs. 80-1.

(50) Véase *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, Erster Halbband J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1970, observación preliminar al art. 105, págs. 25 y ss.

En algunas ocasiones se argumenta en favor de la solución de los plazos que el embrión no es aún un ser humano o no tiene vida humana propiamente dicha en los tres primeros meses del embarazo (51). Gimbernat y Muñoz Conde (52), por ejemplo, argumentan que en el embrión no se registra una actividad bioeléctrica cerebral, se obtiene un electroencefalograma plano, en los tres primeros meses del embarazo. Si se considera que el electroencefalograma plano es la prueba más fidedigna para determinar el momento de la muerte, habría que estimar que en el embrión no hay vida mientras en él no se registre una actividad bioeléctrica cerebral. El argumento es falaz. El momento de la muerte viene determinado por el *cese irreversible* de la actividad cerebral. En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses del embarazo, el electroencefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo y es sólo cuestión de días o semanas el que se registre en su cerebro una actividad. No puede afirmarse que el embrión sea una «cosa», o un mero coágulo de sangre (53). La vida humana comienza con la concepción, es decir, con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Desde entonces queda fijado el código genético del nuevo ser.

Menos convincente aún me parece el argumento de la desigualdad social engendrada por la penalización del aborto (54). Es cierto que las mujeres más instruidas y de mejor posición económica podrán viajar al extranjero, a un país donde se haya llevado a cabo la despenalización del aborto en el primer período de la gestación y que verán así disminuidos los riesgos para su salud y su vida y podrán sustraerse más fácilmente a la persecución penal (55). La desigualdad ante la

(51) Así, por ejemplo, en la enmienda núm. 162 de Socialistas de Cataluña al art. 162 del Proyecto de nuevo Código penal, proponiendo la adopción de la solución de los plazos. Como consecuencia de ello exige el «respeto a la libre disposición del propio cuerpo, derecho que es inalienable de todo hombre y mujer».

(52) Véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Pena de muerte y aborto*, artículo publicado en *El País*, el 1 de abril de 1977, e incluido en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1981, pág. 36, y *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43, y MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 114.

(53) Como afirma GIMBERNAT ORDEIG, *Pena de muerte y aborto*, lug. cit., pág. 36, y *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43.

(54) Véase, en este sentido, E. GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43, y MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., págs. 113-4. Argumento invocado también en la enmienda núm. 162 de Socialistas de Cataluña al art. 162 del Proyecto de nuevo Código penal, proponiendo la adopción de la solución de los plazos. Sobre el llamado turismo abortivo, véase asimismo G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, págs. 25 y ss. y 98 y ss., *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 81, y *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 76.

(55) El criterio que mantiene actualmente el Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la S. de 20 de diciembre de 1980) de sancionar los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero, con base en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me parece insostenible, pues implica, sin

persecución penal por la posición económica o social no se limita, sin embargo, al delito de aborto. Las estafas cometidas por los industriales, defraudando en la sustancia, cantidad o calidad de los productos, por ejemplo, rara vez dan lugar a la persecución por delito de estafa (arts 528 y ss. del Código penal), sino que se aplican generalmente sanciones administrativas con base en el Decreto de 20 de diciembre de 1974, de disciplina de mercado. Por otra parte, la cantidad necesaria para la práctica del aborto en el extranjero no es excesivamente elevada y la información precisa no es tampoco difícil de conseguir.

duda, analogía *in malam partem*, contraría al principio de legalidad de los delitos y de las penas. El art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite únicamente, cuando se den ciertos requisitos, el castigo de los delitos cometidos por los españoles *contra españoles* en el extranjero. El «nasciturus» no es persona, en sentido jurídico, y no tiene, por tanto, nacionalidad. Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho penal español, P. General I*, 2.ª ed., pág. 243, nota 39. A los argumentos allí aducidos cabe añadir que no puede hablarse de fraude a la ley (art. 6, 4 del Código civil), como pretende el Tribunal Supremo en la mencionada S. de 20 de diciembre de 1980, si se invoca la aplicación de un precepto legal, el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite únicamente el castigo de los delitos cometidos por los españoles contra españoles en el extranjero cuando se den ciertos requisitos. Restricción lógica si se tiene en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se basa en el principio de la territorialidad, en la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio, teniendo el principio de la personalidad un carácter meramente complementario; véase mi *Curso*, págs. 229 y ss. y 241 y ss. Véase también en contra del castigo de los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero, con base en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, G. LANDROVE DÍAZ, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 82, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 74. AURORA GARCÍA VITORIA, *El delito de aborto cometido en el extranjero (Consideraciones en torno a Beccaria y a una reciente y conflictiva línea jurisprudencial)*, «Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Granada» núm. 14, 1981, págs. 11 y ss., y SANTIAGO MIR PUIG, *Aborto en el extranjero, Comentario a la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980*, en *Actualidad Jurídica*, 1981, II, págs. 62 y ss. En el futuro Código penal la situación será diferente, pues en el art. 10 del Proyecto se amplía considerablemente el campo de aplicación del principio de la personalidad y podrán castigarse, sin duda, los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero. En contra de esta posibilidad se han manifestado G. LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 74, y AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, págs. 209-210. El ámbito de aplicación del principio de la personalidad es, sin embargo, un problema de carácter general, que no puede estar condicionado únicamente por la persecución penal del aborto. En el art. 10 del Anteproyecto —que atribuía una menor amplitud al campo de aplicación del principio de la personalidad; véase mi *Curso*, págs. 244 y ss.— se establecía que: «Si la legislación del país extranjero fuere más benigna que la nacional los Tribunales españoles tendrán en cuenta esa circunstancia para atenuar la pena a su libre arbitrio».