

La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto

JULIA ROPERO CARRASCO

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Penal.
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción: la quiebra del sistema de indicaciones. Planteamiento de problemas.–II. Las dificultades para fundamentar la «licitud» del aborto indicado.–III. La naturaleza de las indicaciones: causas de atipicidad. IV. Conclusiones: a favor de la solución del plazo.

I. INTRODUCCIÓN: LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE INDICACIONES. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS

Ya casi son veinte años los transcurridos desde que entrara en vigor el artículo 417 bis del Código penal. Precepto que ha resistido la llegada de un nuevo Código penal, el de 1995, después de que el debate sobre el aborto fuese relegado precisamente para garantizar la aprobación del nuevo Código. El artículo 417 bis representó la introducción en el Derecho positivo español del sistema limitado de indicaciones, según el cual, el aborto es delito salvo en situaciones totalmente excepcionales: cuando es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo resulta de un delito de violación, o cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Recientemente se han anunciado medidas políticas tendentes a sustituir el sistema de indicaciones por la solución del plazo, que permite, en su concepción más extendida, la interrupción del embarazo por la libre decisión de la mujer en el momento inicial de la gestación, lo cual no resulta incompatible con la posibilidad de apreciar las indicaciones, bajo ciertos límites, en un momento posterior.

Como pretendo demostrar a continuación, más que esta coyuntural decisión política, es la propia incapacidad del sistema de indicaciones para responder a la realidad social del aborto la que justifica que todavía hoy, cuando sobre el aborto parece todo dicho, resulte necesario o al menos apropiado mantener abierta la discusión.

1. La realidad del aborto antes de la introducción del sistema de indicaciones

Habida cuenta que hasta 1985 la regulación penal del aborto en España estaba dominada por una tendencia político criminal totalmente represora (1), es imposible negar que el sistema de las indicaciones introdujo un cierto avance en la valoración jurídico penal de algunos casos de aborto, aunque éstos representen supuestos excepcionales. No conviene olvidar que en la etapa preconstitucional, la realidad social que se vislumbra en las resoluciones judiciales sobre este delito es la de un aborto clandestino llevado a cabo sin asistencia sanitaria, en condiciones de grave riesgo para la salud y, en ocasiones, para la vida de la mujer (2). Por otra parte, la despenalización parcial del aborto en algunos de los países de nuestro entorno propició que de manera progresiva, y con mayor frecuencia conforme se elevaba el nivel de vida de un sector de la sociedad española, se generara la práctica del llamado «turismo abortivo», que permitió el aborto en el extranjero en condiciones sanitarias a aquellas mujeres que económicamente pudieron permitírselo. Esta realidad también se refleja en algunas decisiones jurisprudenciales que a finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta se pronunciaron sobre la posibi-

(1) Antes de la incorporación del artículo 417 bis, el Código penal castigaba todas las modalidades de aborto sin excepción, con la única posibilidad de exención a través de la aplicación del estado de necesidad genérico en los casos de riesgo vital para la mujer.

(2) Precisamente, los casos de aborto «oficiales» llegan a los Tribunales desde los hospitales en los que se atiende a mujeres que, tras una práctica abortiva en condiciones no sanitarias, han sufrido serias complicaciones (hemorragias, infecciones, etc.), con un grave riesgo para su vida o salud, que es el que ha requerido la intervención médica. En este sentido, véase el riguroso análisis que sobre la jurisprudencia española sobre el aborto realiza MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Jaén, 1996, Universidad de Jaén, pp. 227 y ss. Entre los múltiples estudios sociológicos sobre el aborto, resulta especialmente completo el de IBÁÑEZ y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, 1992, Siglo XXI de España Editores, 313 pp. En esta obra, véanse los datos sociales sobre el aborto clandestino y el fenómeno del turismo abortivo en las pp. 80 y ss.

alidad de que los tribunales españoles juzgaran los abortos cometidos por españolas en el extranjero (3). Como han destacado algunos auto-

(3) En este sentido, véanse las SSTs de 20 de diciembre de 1980 (A. 4980) y 15 de octubre de 1983 (A. 4749), que resuelven a favor de la competencia de los tribunales españoles invocando el principio de personalidad pasiva, con el argumento de que el *nasciturus* representa «un bien jurídicamente protegido por la legislación española», como «presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española», siendo por tanto una «vida española», «especialmente protegido por el total ordenamiento español» (expresamente en los «considerandos» de la STS de 15 de octubre de 1983). Esta interpretación jurisprudencial, que recibió importantes críticas desde la doctrina (en este sentido, cfr. CUERDA RIEZU, «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal», *Documentación jurídica*, 1983, pp. 365 y ss.; VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético sociales y jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, pp. 123-127) fue corregida por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia de 27 de junio de 1984 niega la posibilidad de juzgar en España los abortos cometidos en el extranjero al amparo de la ley territorial correspondiente. Esta Sentencia se basa esencialmente en el rechazo del «fraude de ley», que precisamente habían invocado las decisiones judiciales que apoyaban la competencia de los tribunales españoles. En primer lugar, el Tribunal Constitucional descarta la aplicabilidad del «fraude de ley» al ámbito del Derecho penal, en el que las exigencias del principio de legalidad y la prohibición de la analogía contraria al reo impiden considerar prohibido, por «fraudulento», un hecho que, cometido en territorio que no es delito, resulta autorizado. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional pone de relieve que el «fraude de ley» exige que se lleven a cabo actos al amparo de una norma, persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En los casos de aborto cometido por españoles en un territorio en el que la conducta no es delito, no se pretende defraudar la norma española, porque ésta ya no es aplicable, sino que precisamente lo que se persigue es la aplicación de la norma territorial. Sin embargo, la sentencia evitó pronunciarse expresamente sobre el tema que subyacía en la base de esta polémica: el de si el *nasciturus* representa una «persona» con capacidad para ostentar la titularidad de derechos fundamentales o civiles. El voto particular de Tomás y Valiente afronta esta cuestión, poniendo de relieve que la nacionalidad es un derecho que se adquiere con el nacimiento y que el artículo 15 de la Constitución reconoce derechos fundamentales a «las personas», por lo que sólo en sentido metafórico y no jurídico podría hablarse de un embrión como «vida española». La LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, acabó definitivamente con esta cuestión, al exigir el requisito de la «doble incriminación» para admitir la competencia de los tribunales españoles por delitos cometidos en el extranjero en virtud del principio de personalidad. Esto significa que si el aborto se realiza en un territorio en el que no es considerado delito, por mucho que los autores del hecho tengan la nacionalidad española, los tribunales españoles no pueden intervenir. No obstante, creo útil aclarar que, aunque una hipotética ley que redefiniera el principio de personalidad admitiese la personalidad pasiva como fundamento de la competencia de los tribunales españoles, sin requerir la doble incriminación, sería imposible forzar dicho criterio de la personalidad pasiva, si se tienen en cuenta las normas de Derecho internacional que lo regulan, hasta el punto de admitir que el embrión es un sujeto titular del derecho a la nacionalidad. La reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8-7-04, en el asunto «Vo contra Francia», ha declarado que el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que regula el «derecho de toda persona a la vida», no puede ser invocado para la protección del «nasciturus».

res (4), el sistema legal previo a las indicaciones no sólo era absolutamente ineficaz en la represión del delito de aborto y en la protección del *nasciturus*, sino que favorecía la lesión de otros intereses de igual o mayor importancia para el Ordenamiento, como la vida o la integridad física de la mujer, y justificaba y promovía la desigualdad y, por tanto, la injusticia, al sostener dos resultados indeseables para el Derecho y su pretensión de equidad: por un lado, que entre los supuestos de aborto clandestino en España recibieran sanción penal sólo aquellos en los que las mujeres habían sufrido, además de la práctica abortiva, un resultado de lesiones con riesgo para la propia vida (y entre éstos, no todos), y, por otro lado, que dependiera de la capacidad económica de los afectados la posibilidad de eludir la sanción, cuando se podían permitir viajar a otros países europeos para interrumpir el embarazo (5).

2. La «constitucionalidad» del sistema de indicaciones

La LO 9/1985 de 5 de julio introdujo el sistema de las indicaciones, adaptando a su texto las exigencias del Tribunal Constitucional, que había declarado inconstitucional el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, de 1983. Como es sabido, la STC de 11 de abril de 1985 declaró inconstitucional el Proyecto, pero no porque considerara contraria a la Constitución la despenalización del aborto en los supuestos de conflicto recogidos en las indicaciones, sino porque entendió que dicho Proyecto no había recogido todas las medidas necesarias para evitar la desprotección del *nasciturus* en esos casos, indicándole al legislador expresamente cuáles eran las cautelas a adoptar, como los dictámenes de especialistas, o que los abortos se practicaran en centros sanitarios públicos o priva-

(4) Cfr., en este sentido, IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización*, pp. 260-261; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 1990, ed. Tecnos, pp. 59 y ss.

(5) En mi opinión, hay que tener en cuenta que, mientras que las intervenciones dolosas o imprudentes de los terceros que realizan abortos con especial desatención de las normas de cuidado (lo que repercute en un resultado más grave para la mujer) exigen claramente mayor reprensión con relación a aquellas en los que se han seguido mayores cautelas y se han evitado resultados más graves, la conducta de la mujer, sin embargo, no es más antijurídica por ello. Por otra parte, en estos supuestos de mayor riesgo, además de la intervención abortiva (situación en sí misma traumática y agresiva para con la mujer, tanto desde un punto de vista físico como psíquico, por mucho que se desee la interrupción del embarazo), la mujer ha de sufrir también las graves secuelas que ponen en peligro su vida. Que después de ello siga un proceso en el que se valore públicamente un acontecimiento tan directamente relacionado con su intimidad y dignidad, y una posible estancia en la cárcel, resulta especialmente perturbador, si se tiene en cuenta que en otros muchos casos, mujeres más «afortunadas» han interrumpido su embarazo sin toda esa cadena de secuelas humillantes.

dos (6). Esta decisión no fue compartida por algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional quienes, admitiendo la constitucionalidad de las indicaciones en si (7), mostraron su desacuerdo con el hecho de que el Tribunal se hubiese arrogado funciones propias del legislador, introduciendo, «enmiendas en los proyectos de Ley» (8). En sentido similar, algunos autores señalaron la incongruencia que representa hacer depender la constitucionalidad de la norma de la exigencia de una serie de requisitos de carácter formal, después de haber admitido, como hace la sentencia, el conflicto entre el *nasciturus*, valor de protección constitucional (aunque no titular del derecho fundamental a la vida), y los derechos de la mujer (9).

En cualquier caso, tras la emisión de la sentencia, el Gobierno se apresuró a introducir en el Proyecto de Ley las «exigencias» de constitucionalidad establecidas por el Tribunal Constitucional, y, como se ha apuntado, la LO 9/1985 de 5 de julio puso en marcha el sistema limitado de indicaciones. Las resistencias planteadas por los sectores políticos conservadores, la Iglesia católica y algunos grupos de opinión especialmente ruidosos determinaron que, ante la posibilidad de que ni siquiera esta tímida despenalización saliera adelante, la introducción de las indicaciones fuera aceptada como un mal menor por aquellos que previamente habían mostrado sus objeciones a este sistema destacando, entre otros aspectos, su insuficiencia para responder a la realidad social o la arbitrariedad que puede esconder, por sus deficiencias en la fundamentación, la exención limitada a los supuestos reconocidos en la Ley (10).

(6) Fundamento Jurídico número 12 de la Sentencia.

(7) Y en los casos de Tomás y Valiente, Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo, resaltando la convicción de que el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida y sí un «bien» o «valor» susceptible de protección constitucional.

(8) Expresamente, en el voto particular de LATORRE SEGURA Y Díez DE VELASCO VALLEJO. Con argumentos similares destacaron la improcedencia de indicar positivamente al legislador como debía ser la norma, Arozamena Sierra, Tomás y Valiente, Rubio Llorente y Díez Picazo.

(9) En este sentido, critican la exigencia constitucional de los denominados «requisitos formales» en las indicaciones, VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético-sociales...», pp. 135 y ss.; CUERDA RIEZU, «Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código penal un artículo 417 bis (Despenalización parcial del aborto)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pp. 247 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1990, pp. 73-75.

(10) De este modo, Gimbernat Ordeig, firme defensor de la «solución del plazo» (que como es sabido permite la interrupción del embarazo por libre decisión de la mujer durante un plazo que suele oscilar entre las doce y catorce primeras semanas de gestación), defendió, aunque sin renunciar a su convicción de la mayor idoneidad del sistema del plazo, la constitucionalidad de las indicaciones, sobre la base de dos argumentos: el de que el artículo 417 bis no representa una desprotección del *nasci-*

3. La realidad social del aborto tras la LO 9/1985 que incorpora el sistema de indicaciones

Poco después de la entrada en vigor de esta Ley, según datos del Instituto de la Mujer, basados en distintos estudios sociológicos (11), se calculaban en torno a 105.000 abortos realizados por españolas en el año 1986, sumando los practicados en el extranjero y los llevados a cabo en España. De ellos, unos 32.000 tuvieron lugar entre Gran Bretaña, Holanda y Francia, en condiciones sanitarias y «legales». El resto se realizó en España, pero sólo 203 fueron «legales» en sentido estricto, de acuerdo con alguna de las indicaciones contenidas en la Ley. La mayoría de las interrupciones del embarazo en España, por tanto, seguía representando una importante cifra negra de abortos realizados en la «clandestinidad». También los estudios sociológicos destacan que en 1990 se calculan un total de 100.000 abortos realizados por españolas, estimándose ya como «legales» unos 25.000, mientras que todavía 75.000 se llevaron a cabo fuera del sistema, bien en España en condiciones no sanitarias, bien en el extranjero (12). En el año 2002, según estadísticas facilitadas por el Ministerio de Sanidad, los abortos practicados al amparo de la Ley, en territorio español, representan ya un total de 77.125, cantidad obtenida de los datos que obligatoriamente deben facilitar los Centros sanitarios públicos o privados que practican interrupciones voluntarias del embarazo. Si tomamos como cifra tipo la cantidad estimada de unos 100.000 abortos anuales, la progresión realizada desde 1986 hasta el 2002, con relación a la «legalización» y sometimiento a las condiciones sanitarias del aborto en España, el resultado es espectacular: de un 0,2 por 100 en 1986 a un 77 por 100 en 2002. Es decir, las cifras sumadas del aborto clandestino en España y del turismo abortivo se han reducido hasta sólo un 20 por 100 del total.

Una estimación superficial de las cifras podría hacer pensar que la Ley de las indicaciones ha funcionado, en el sentido de ofrecer cobertura a la mayoría de los abortos realizados por españolas, asegurando tanto la protección del *nasciturus* como el ejercicio de los dere-

turus y el de que el artículo 15 de la Constitución española, teniendo en cuenta razones sistemáticas y teleológicas (que toman como punto de partida el fin perseguido en los preceptos constitucionales y en los Tratados internacionales) no reconoce al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida.

(11) Véanse las fuentes de información citadas y analizadas por IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 80 y ss. y pp. 95 y ss.

(12) Nuevamente, véanse la recopilación y conclusiones de IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, p. 270.

chos fundamentales de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, la integridad física, el honor y la dignidad, que reclamaba el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el análisis riguroso de los datos y de la realidad judicial en torno al aborto, pone de manifiesto que dicha cobertura no es tal. En efecto, por utilizar un año como ejemplo de «tipo» que se repite, de los 69.857 abortos reconocidos legalmente en España en 2001, el 97 por 100 se llevaron a cabo al amparo de la indicación terapéutica (13), de ellos sólo el 2,43 por 100 en Centros públicos y el 97,57 por 100 en Centros privados. Estos datos evidencian una realidad por todos conocida: que el riesgo para la salud psíquica contenido en la indicación terapéutica se ha interpretado en la práctica como un riesgo para el «bienestar» general de la mujer, en el sentido reconocido al término «salud» por la Organización Mundial de la Salud, en contra de lo apuntado por algunos autores (14). En definitiva, esta cláusula está operando como una indicación socioeconómica encubierta.

Esta situación es tolerada no sólo por los partidarios de este sistema, sino también por aquellos que incluso en su momento lo quisieron declarar inconstitucional, cuando, sin embargo, con ella se evidencia que la aplicabilidad de la ley es prácticamente nula, y que como todo el mundo sabe, en España está funcionado en la realidad una indicación adicional, por no decir que directamente se está aplicando el sistema del plazo. Parece por tanto existir un sector de la sociedad que formalmente se pronuncia en contra del aborto, pero que «en la intimidad de su conciencia» acepta una situación de despenalización más amplia que la que la Ley recoge. En mi opinión, esta doble moral podría quedarse ahí, en el terreno de lo privado y no suscitar críticas más allá de la discusión moral o ética, sino fuera porque sostiene un sistema jurídico que viola el mandato constitucional de respeto a los derechos de la mujer en condiciones de igualdad y, por tanto, de justicia.

(13) Mientras que sólo un 2,53 por 100 obedecían al supuesto de la indicación eugenésica y los casos derivados de violación representaron un insignificante 0,09 por 100.

(14) Rechazan expresamente que la «salud física o psíquica» a la que se refiere el artículo 417 bis pueda ser entendida en el sentido más amplio de «bienestar», que acoge el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, DÍEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis», *Comentarios a la legislación penal*, t. IX, Madrid, 1989, pp. 152 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 340 y ss. Sin embargo, CUERDA RIEZU cree que los casos en los que el embarazo pone en peligro los derechos de la mujer al «bienestar», en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, podrían encajar en la indicación terapéutica, utilizando el concepto amplio de salud que maneja la Organización Mundial de la Salud (cfr. «El delito de aborto...», pp. 381 y ss.).

4. La realidad judicial: el menoscabo de los derechos de la mujer derivado de la arbitrariedad en la aplicación de la ley

Como señala Ibáñez y García Velasco (15), el procesamiento de los abortos ilegales en España aparece como una especie de «lotería al revés», en la medida en que los casos que llegan a los Tribunales representan una cantidad desproporcionadamente pequeña con relación a los abortos que supuestamente se cometen en condiciones de ilegalidad (16). Cabe por tanto afirmar que, con relación a la etapa preconstitucional en la que esta misma situación era evidenciada por injusta, la única diferencia que presenta una etapa supuestamente constitucional y guiada por el respeto a la libertad, igualdad y dignidad, reside en que al menos ahora los abortos ilegales se realizan con el respeto a las medidas sanitarias. Sin embargo, el menoscabo de los derechos de la mujer persiste, pues subsiste la posibilidad, que depende de circunstancias arbitrarias, de que tras el aborto se desencadene un proceso penal que afecte a la intimidad y a la dignidad de la mujer. El hecho de que la sociedad tolere las prácticas abortivas en la mayoría de los casos y que, sin embargo, a unas pocas mujeres y a unos cuantos médicos les imponga la obligación de soportar las consecuencias de un proceso penal y la privación de la libertad no puede por menos que evidenciar que los valores constitucionales de igualdad y libertad no se están respetando adecuadamente.

Pero la desigualdad y supuesta arbitrariedad también se reproduce entre los casos que llegan a los Tribunales, situación que se deriva, como me propongo demostrar, no sólo de las deficiencias formales del sistema de indicaciones, sino, sobre todo, de las dificultades para fundamentar adecuadamente el mismo. Algunos ejemplos prácticos tomados de la jurisprudencia pueden servirnos para ilustrar estos problemas.

En el sentido apuntado, resulta de especial utilidad el examen comparativo de algunos casos en los que se plantea la aplicación del artículo 417 bis por riesgo para la salud psíquica de la mujer:

– En dos sentencias (la STS de 26 de octubre de 2000 y la STS de 19 de septiembre de 2001), el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre dos abortos practicados en una clínica de Granada, supuestamente por grave riesgo para la salud psíquica de la mujer, en los que se contaba con un informe emitido por un psicólogo en el que se dictaminaba, en los dos casos en los mismos términos,

(15) Cfr. en *La despenalización del aborto voluntario*, p. 262.

(16) Según este autor, es posible estimar que son menos de un 1 por 100 de los abortos ilegales los que resultan procesados. Véanse sus análisis en *La despenalización del aborto voluntario*, pp. 107 y ss.

que la mujer padecía «una grave reacción depresiva que trastorna el curso normal del embarazo no deseado», lo que representaba un «grave riesgo para la salud» y la oportunidad de la interrupción del embarazo. Tras las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, que castigaron tanto a los médicos que intervinieron en el embarazo como al profesional que elaboró el dictamen por un delito de aborto consentido y no indicado, el Tribunal Supremo admitió en ambos casos el recurso de los acusados con la misma solución. Por un lado, sin entrar a valorar la existencia de un auténtico riesgo para la salud psíquica de la mujer, el Tribunal consideró improcedente la aplicación del artículo 417 bis del Código penal, sobre la base de que no se cumplía el requisito del dictamen emitido por un «médico», ya que el psicólogo no podía ser considerado como tal. Sin embargo, atendiendo a que los médicos que practicaron los abortos habían previamente realizado una consulta al Ministerio de Justicia, de la que no habían obtenido respuesta, sobre si el dictamen debía hacerlo un psiquiatra o bastaba un psicólogo, el Tribunal resolvió aplicar una atenuante por apreciar un error de prohibición vencible. Al mismo tiempo, en ambas decisiones se absuelve al psicólogo que elabora los dictámenes, argumentando que su intervención se limitaba a la emisión del informe, sin participación en la conducta típica consistente en practicar el aborto.

– En una resolución previa de 1 de abril de 1998, el Tribunal Supremo también analiza la aplicabilidad del artículo 417 bis a un caso de supuesto riesgo para la salud psíquica de la mujer. En este supuesto sí que se contaba con el dictamen de un psiquiatra que había informado que la embarazada tenía «síntomas de ahogos equiparables a crisis de angustia, ansiedad importante habitual», concluyendo que «la continuación de su embarazo en las circunstancias actuales» implicaba «un grave riesgo para su salud psíquica». La Audiencia Provincial de Oviedo, en sentencia de 1-2-1997 consideró insuficiente dicho informe para estimar probada la situación de conflicto recogida en la indicación, condenando por un delito de aborto al médico que lo practicó y al psiquiatra que realizó el informe. El Tribunal Supremo, que en este caso sí que entró a valorar la situación de conflicto, no concedió ningún tipo de relevancia al posible error del médico que adoptó como punto de partida el informe del psiquiatra y confirmó, además, la condena de este último, quien, como en los casos anteriores, se había limitado a emitir el dictamen sin intervenir directamente en la práctica del aborto.

En mi opinión, resulta difícil de justificar el distinto tratamiento que reciben estos casos. Mientras que en el caso de Oviedo el Tribunal Supremo considera insuficiente, para estimar probada la concurrencia de la situación material de conflicto reflejada en la indicación, el informe elaborado por un médico psiquiatra y en el que se refiere un estado de crisis de angustia y ansiedad importante habitual, en las sentencias sobre los casos de Granada, en las que el informe del especialista alude a una «grave reacción depresiva», sí que parece admitir la situación de conflicto material de grave riesgo para la salud psíquica, ya que no entra a analizar su concurrencia, basando su decisión en el hecho de que el dictamen, requisito de carácter formal, fuese emitido por un psicólogo y no por un médico psiquia-

tra. No obstante, a pesar de ello, el Tribunal admite una atenuación por error vencible. Abundando en esa desigualdad de trato, en los casos de Granada el Tribunal Supremo absuelve al psicólogo, por entender que se limita a emitir el dictamen, mientras que en el de Oviedo castiga al psiquiatra con la misma intensidad que al médico que practica el aborto.

La STS de 10 de febrero de 1990, puesta en relación con las anteriores, corrobora, a mi modo de ver, que la actual regulación del aborto no contribuye a la protección de los derechos y valores constitucionales, sino que abunda en la desigualdad por falta de equidad y en la injusticia por la arbitrariedad:

A mediados de abril de 1986, estando ya vigente el artículo 417 bis del Código penal, una mujer perteneciente a la comunidad gitana, M. I., tras quedarse embarazada, ante el temor que le producía comunicar el embarazo a sus padres, ya que en el seno de la comunidad gitana se considera una grave afrenta sobre los familiares de la mujer que ésta mantenga relaciones sexuales con un varón que no pertenece a la comunidad, estando soltera, como temía incluso que sus padres «pudieran matarla de una paliza», decidió interrumpir su embarazo, para lo cual, acudió a una curandera, quien le introdujo una sonda jabonosa en la vagina en dos ocasiones, hasta que M. I., que debía caminar con la sonda puesta, comenzó a sangrar por la vagina, debiendo ser trasladada al hospital, en el que se le practicó un legrado al dictaminarse un aborto provocado. Los hechos, conocidos por esta razón, fueron denunciados, y en la causa que se siguió la Audiencia condenó a la curandera que practicó el aborto a un año de prisión y M. I. a tres meses de arresto mayor. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de febrero de 1990 confirmó esta decisión.

No es fácil imaginar que si M. I. contara no sólo con los recursos económicos adecuados, sino con la formación, y sobre todo con la información pertinentes, habría acudido a un Centro acreditado para la práctica del embarazo, en el que probablemente no hubiera sido difícil dictaminar un grave estado de angustia y una importante depresión, pues tenía serios motivos para temer incluso por su integridad física si su embarazo era conocido. Si hubiese sido así, tal vez la lotería le beneficiara y su caso nunca hubiera llegado a los Tribunales. Pero en el caso de que tuviera la mala fortuna de que así fuera, tal vez no pesara sobre ella una sentencia condenatoria. Pues hay que advertir que, tanto en los casos de Granada como en el de Oviedo, la mujer que se sometió a la intervención no fue condenada, sino que sólo lo fueron los médicos. Y ello, a pesar de que si bien en los casos de Granada su conducta sería impune por aplicación del artículo 417 bis 2 (17),

(17) Este precepto dispone que «en los casos previstos en el número anterior», (es decir, en los supuestos contenidos en las indicaciones), «no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o

en el caso de Oviedo, en el que el Tribunal considera que la situación de conflicto no está suficientemente fundamentada, no existe en principio obstáculo legal para castigar a la mujer, lo que evidencia que en los supuestos en los que el aborto se reviste de cierta legalidad formal, los jueces parecen más reticentes a condenar a las mujeres. En el caso de M.I., tras pasear con la sonda jabonosa insertada en la vagina, sufrir dolores y metrorragias que finalizan con una intervención quirúrgica, fue condenada a pena privativa de libertad, si bien el hecho de que quisiera ocultar la deshonra le sirviera para recibir una pena menor (18). En definitiva, todavía en la década de los noventa en España resultaba más relevante para nuestro sistema jurídico y judicial que la mujer pretendiera ocultar su deshonra que el posible conflicto entre los derechos a la libertad, la intimidad y la dignidad con la continuación del embarazo.

Si en las anteriores sentencias se evidencia que la inapropiada mezcla de requisitos materiales y formales en el sistema de indicaciones es capaz de producir, en su aplicación, resultados injustos por arbitrarios, las escasas sentencias que recogen supuestos de indicación criminológica ponen de manifiesto un dato que no resulta de fácil acomodo cuando se trata de explicar el fundamento de la exención: la consideración de la «culpa» en la causación del conflicto, que se encuentra tras la indicación criminológica, parece apuntar a la creencia de que los intereses de la mujer serán tenidos en cuenta muy especialmente cuando no haya tenido «culpa» en la responsabilidad del embarazo, por cuanto el acto sexual le ha sido impuesto, frente a aquellas situaciones en las que ha disfrutado de una relación sexual libremente consentida (19).

establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

(18) El Tribunal consideró aplicable el artículo 414 del Código penal de 1973, que señalaba en su primer párrafo: «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».

(19) La STS de 30 de enero de 1991 negó la aplicación retroactiva del artículo 417 bis a un supuesto de aborto practicado a una menor que había resultado embarazada tras ser víctima de un delito continuado de estupro. La STC de 15 de febrero de 1994 confirmó la inaplicación de la retroactividad favorable, sobre la base de que la apreciación de la indicación criminológica exige que el embarazo sea consecuencia de un delito de «violación», sin que baste con que la gestación sea producto, como era el caso, de una situación continuada de estupro por prevalimiento.

5. **Recapitulación: el sistema de indicaciones no protege de manera adecuada los derechos de la mujer**

En mi opinión, la experiencia práctica que se evidencia tras la revisión de todos estos casos pone de manifiesto lo siguiente: que el sistema de indicaciones, por cuanto recoge supuestos excepcionales de aborto consentido, sigue condenando a la clandestinidad, aunque disimulada, a casi la totalidad de las intervenciones abortivas practicadas en España; que la hipocresía social en torno a este sistema ampara que la mayoría de los abortos ilegales sean tolerados mientras que, en sentido muy diverso, algunas mujeres y otros tantos médicos tienen que pasar por «chivos expiatorios», lo que significa que en España los derechos fundamentales de las mujeres no se están protegiendo en condiciones de igualdad y justicia; que los procesos por aborto obtienen un tratamiento absolutamente desigual por parte de la Justicia, como se ha evidenciado en las sentencias, lo cual representa esencialmente una arbitrariedad a la vez que contribuye a la inseguridad jurídica.

Probablemente, esta inseguridad jurídica se ve agravada por el hecho de que el legislador haya mezclado en las indicaciones requisitos sustantivos con otros de carácter formal sin prever que ese sistema puede amparar soluciones prácticas radicalmente diversas para supuestos materialmente similares.

Por último, la posibilidad de que la «responsabilidad» o «culpa» por el conflicto de intereses, que parece ser tenida en cuenta como elemento valorativo negativo en la indicación criminológica, represente un interés a ponderar en la concesión de la exención, requiere una indagación sobre si el sistema de indicaciones puede fundamentarse adecuadamente en el respeto riguroso de todos los valores y derechos constitucionales afectados, para que en el caso que no sea así proceda su sustitución.

Todo ello exige plantearse las difíciles cuestiones del fundamento y naturaleza jurídica de las indicaciones.

II. LAS DIFICULTADES PARA FUNDAMENTAR LA «LICITUD» DEL ABORTO INDICADO

1. **Las dificultades de la justificación del aborto: ¿es el aborto una conducta lícita?**

La mayoría de la doctrina en nuestro país considera que las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis del Código penal represen-

tan causas de justificación específicamente reguladas, que se basan en criterios similares a los recogidos en la eximente genérica de estado de necesidad (20).

El primer presupuesto sobre el que parece asentarse esta postura es el de que sólo mediante la justificación se pueden conseguir los intereses perseguidos por el legislador, que se concretarían en la necesidad de garantizar la práctica de los abortos autorizados en condiciones sanitarias, lo que a su vez requiere la impunidad de los médicos y la prohibición de hipotéticas actuaciones en legítima defensa del *nasciturus* (21). Para ello, siguiendo este razonamiento, resultaría necesario declarar la conformidad a Derecho de las prácticas abortivas, pues sólo de ese modo se consigue la impunidad de los partícipes y se impide una reacción defensiva (ya que no cabe legítima defensa frente a acciones lícitas).

Otra de las razones que se encuentran en la base de la justificación, es el reconocimiento, en los supuestos de aborto permitido, de un conflicto de intereses. Con independencia de las distintas valoraciones que dicho conflicto suscita, existe más o menos acuerdo en aceptar, al menos como punto de partida, que los intereses involu-

(20) En este sentido, cfr. MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución. Comentario a la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 248, quien señala que el conflicto de intereses se encuentra en la base tanto del sistema de las indicaciones como del plazo (convicción que, por otra parte, comparto); ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución», en *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, edit. Bellaterra, pp. 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en *La despenalización del aborto*, 1983, p. 10; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», *Cuadernos de Política Criminal*, 1988, pp. 632 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, «La reforma del delito de aborto», *Comentarios a la legislación penal*, 1989, pp. 69 y ss.; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, edit. Bosch, pp. 199 y ss. (aunque es preciso matizar que LAURENZO considera las indicaciones como «causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho»); BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, 1991, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 118 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida», *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, pp. 668 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1990», *Poder Judicial*, 1991, pp. 220 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 312 y ss.; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, 1999, edit. Aranzadi, p. 76; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Compendio de Derecho penal español PE*, Barcelona, 2000, edit. Bosch, pp. 82 y ss.

(21) La necesidad de tomar en consideración los «fines» perseguidos por el legislador es resaltada por LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 143 y ss. En sentido similar, cfr. MOLINA BLÁZQUEZ/STIEIRA MUCIENTES, *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Barcelona, 2000, edit. Bosch, pp. 86 y ss.

crados en el conflicto son los apuntados en la STC 53/1985, de 11 de abril, que se concretan, por un lado, en el bien jurídico «vida del *nasciturus*», como sustrato de la valoración jurídica que preexiste a la adquisición de la titularidad del derecho a la vida y como «momento de desarrollo de la vida misma», y, por otro lado, en los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y de creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este punto de partida, insisto, no significa unanimidad en la aceptación de la tesis del Tribunal Constitucional, según la cual preexiste al Ordenamiento jurídico un valor superior «vida» como sustrato, ni mucho menos acuerdo sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y «valores» superiores sin reconocimiento explícito en el texto constitucional. Sin embargo, al menos tiene la cualidad, que debe ser también reconocida, de evitar disfunciones como las que se derivan de considerar al *nasciturus* persona o de minusvalorar los derechos de la mujer (22).

Ahora bien, tras la aceptación de estas dos premisas, a saber, la de que sólo con la declaración de legitimidad de las prácticas abortivas a través de la exención se puede cumplir con los fines perseguidos por

(22) En los fundamentos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º de la STC 53/1985 se recoge la argumentación referida en el texto, según la cual queda zanjada la polémica en torno a si el *nasciturus* es o no una persona, al declarar que no puede ser titular del derecho a la vida. Sin embargo, admitido ese planteamiento, todavía queda por determinar cuál es el fundamento de la protección constitucional de la vida en formación. El Tribunal Constitucional entendió que éste se encuentra en el propio artículo 15 de la Constitución, presuponiendo que la «vida», como un proceso en el que se incluye tanto la vida independiente como la dependiente, representa un valor con protección constitucional en sí mismo, por cuanto es el sustrato que preexiste a la adquisición del derecho fundamental en el momento del nacimiento. El razonamiento fundamental parece hallarse en la consideración de que la protección efectiva del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 es incompatible con la desprotección del «valor vida» que tiene entidad propia y previa al reconocimiento del Derecho. Esta solución no está exenta de críticas. Entre otras objeciones, Vives Antón ha incidido en que la decisión del Tribunal Constitucional se basa en la introducción, de forma no suficientemente justificada, de un orden implícito de valores y objetos de protección, junto al sistema de derechos y bienes explícitamente articulado en el texto de la Constitución. Por esa razón, este autor sostiene que el *nasciturus* no es «por sí mismo y de modo directo» un bien jurídico constitucional, y que sólo si se admite que su desprotección afecta al derecho a la vida de las personas, habría que admitir que su desprotección fuera inconstitucional (cfr. «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional...», pp. 140 y ss.). También CUERDA RIEZU se opone al razonamiento del Tribunal Constitucional, al entender contradictoria la afirmación de que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida y que, sin embargo, el sentido histórico otorgado por el legislador a este precepto es el de defenderle (cfr. en «Comentario a la sentencia 53/1985...», p. 247).

el legislador y la de que en la base de las indicaciones se encuentra un conflicto de intereses, se suscita la paradoja de que la declaración de licitud del aborto no parece ser conforme a la consideración de la vida del *nasciturus* como un valor en todo caso superior, o como mucho equivalente, a los derechos de la mujer, tal y como entienden algunos autores (23). En consecuencia, la necesaria justificación de las conductas, en atención a supuestos intereses del legislador, se ve entorpecida por cuanto el aborto no puede ser entendido como una conducta lícita.

De este modo, se reproduce en el ámbito de lo jurídico, en mi opinión, un fenómeno que tiene lugar en el debate social y moral sobre el aborto: casi nadie parece creer que una mujer que aborta deba ingresar en prisión (lo que significa que, de algún modo se estima que su conducta no merece sanción penal), pero al mismo tiempo casi nadie parece querer expresar que se encuentra «a favor» del aborto, o, incluso y bajo la confusión que envuelve esta cuestión, que el aborto deba ser considerado «lícito» (24).

Es posible hallar un cierto paralelismo entre este fenómeno y lo que ocurre en los casos de estado de necesidad entre intereses equivalentes, cuando el conflicto se plantea entre dos vidas (independientes). Asimismo, también se encuentran problemas similares a la hora de justificar los supuestos eutanásicos, en los que el interés de protec-

(23) En este sentido, cfr. PORTERO GARCÍA, «¿Es inconstitucional el aborto?», *Revista del Poder Judicial*, 1982, p. 86; DÍEZ MORENO, «El Proyecto de Ley del Aborto desde la perspectiva constitucional», en *En defensa de la vida*, Madrid, 1983, Edilibro, pp. 154 y ss.; SERRANO BUTRAGUEÑO, «El cuarto motivo: la despenalización del aborto por razones socio-económicas», *La Ley*, 1991, pp. 1223 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ/SIEIRA MUCIENTES, *El delito de aborto*, 2000, pp. 86 y ss. También DÍEZ RIPOLLÉS parece aceptar que en una estricta ponderación de «males», difícilmente podría considerarse un «mal menor» la destrucción del *nasciturus*. Por esa razón, este autor rehúsa la utilidad de una ponderación genérica *a priori*, defendiendo una ponderación global de los distintos intereses que confluyen en el caso concreto: «la ponderación material de los intereses debe realizarse en cada caso aisladamente, en función de las circunstancias del caso concreto, y sin que baste una contraposición mecánica y superficial de los bienes en juego» (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», p. 194). En esta ponderación, señala DÍEZ RIPOLLÉS, hay que tener en cuenta que en el artículo 417 bis se superan los límites de la proporcionalidad de males, en la medida en que expresamente se incorporan determinados intereses sociales instrumentales (cfr. «Análisis...», pp. 149 y ss.). Tanto LUZÓN PEÑA (cfr. «Indicaciones y causas de justificación en el aborto...», pp. 632 y ss.) como LAURENZO COPELLO (cfr. *El aborto no punible*, 1990, p. 207), admiten «como mínimo» la equivalencia entre los intereses a ponderar.

(24) Expone con claridad las contradicciones sociales en torno al debate del aborto, DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, 1994, edit. Ariel, pp. 16 y ss.

ción de la vida humana colisiona con los derechos a la libertad y a la dignidad del sujeto que concretamente ostenta el derecho a la vida. En definitiva, se trata de la discusión sobre el valor absoluto del «derecho a la vida» y la supuesta primacía en todo caso del interés del Ordenamiento jurídico en proteger este valor por encima de los derechos y libertades. No resulta útil, procedente y ni siquiera posible acometer en este trabajo una exposición y análisis de las interpretaciones de la doctrina sobre estos problemas (25). Por ello, intentaré concretar mi punto de vista al respecto, sobre la consideración de los argumentos ofrecidos por la doctrina.

2. La vida prenatal como interés graduable y sometido a límites

A mi modo de ver, para ofrecer una explicación del por qué de la exención en los supuestos recogidos en las indicaciones, y así poder superar las contradicciones que se han apuntado, es necesario adoptar una posición clara con relación a dos cuestiones que afectan a la consideración del valor «vida humana»: por un lado, la de si el interés en proteger la vida humana, también en la fase prenatal, tiene un valor absoluto no sometido a límites, lo que representaría su prevalencia en cualquier caso; por otro, la de si la vida humana, ya sea entendida como un valor absoluto, o como un interés sujeto a límites, tiene un valor graduable (con lo que habría que determinar, en caso afirmativo, cómo repercute la diferencia de valor en la resolución del conflicto).

La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional no ha contribuido especialmente a aclarar esta decisión. Aunque reconoce que ninguno de los intereses en conflicto tiene valor absoluto y admite

(25) Ni siquiera creo que sea útil la revisión de las distintas teorías elaboradas por la doctrina para explicar el fundamento de la exención otorgada a las conductas que resuelven los conflictos de intereses. En el ámbito de la naturaleza de las indicaciones, véase la exposición de las corrientes doctrinales por LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, pp. 143 y ss. Con relación a la naturaleza del estado de necesidad entre vidas humanas, Cuerda Riezu analiza extensamente la discusión en Alemania sobre el tratamiento de los supuestos eutanásicos en los campos de concentración durante el período nacionalsocialista (véase *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, edit. Tecnos, pp. 85 y ss.). También el problema de la colisión entre vidas humanas y su tratamiento, en mi monografía *La provocación en el estado de necesidad*, Granada, 2002, edit. Comares, pp. 11 y ss. (con citas de los autores españoles y alemanes que han tratado este tema de manera más amplia).

que en determinadas condiciones uno puede prevalecer sobre otro, sin embargo afirma, al mismo tiempo, que ni la vida del *nasciturus* puede prevalecer incondicionalmente frente a los derechos de la mujer, ni «los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional». En mi opinión, este fragmento de la sentencia, que se ha utilizado para defender la supuesta inconstitucionalidad de la solución del plazo frente al sistema de las indicaciones (26), encierra una contradicción: pues si «en determinadas condiciones» se admite la prevalencia de uno de los intereses, entonces es que se parte de la posibilidad de que uno de ellos quede «desprotegido» en esas circunstancias (27).

En mi opinión, la interpretación más adecuada pasa por admitir las siguientes premisas. En primer lugar, que la idea de conflicto pre-

(26) Según ROMEO CASABONA, con el sistema del plazo se produce una desprotección real del embrión durante los tres primeros meses de embarazo, lo que en su opinión sería incompatible con la Constitución: el sistema del plazo podría llevar a que el aborto se convirtiera en un método habitual de control de la natalidad, a una ruptura del equilibrio demográfico, o a que se permitiera el aborto por «razones egoístas, livianas o no suficientemente ponderadas» (cfr. *El Derecho y la bioética*, 1994, p. 297). También se oponen a la constitucionalidad del plazo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, pp. 71 y ss.; SERRANO BUTRAGUENO, «El cuarto motivo...», p. 1228; CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código penal», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, Tecnos, pp. 62 y ss. A favor de la constitucionalidad del plazo, cfr. MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución. Comentario a la sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 253; ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución...», p. 221; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», p. 354; VIVES ANTÓN, «Valoraciones éticosociales...», pp. 152 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 233-234; RUIZ MIGUEL, *El aborto: Problemas constitucionales*, Madrid, 1990, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 94 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual*, PE, 2.ª ed., 1991, pp. 112 y 127; IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 268 y ss.; JORGE BARREIRO, «El aborto en la reforma penal española», *Estudios penales y criminológicos*, t. XVII, 1993, pp. 230 y ss. LAURENZO COPELLO considera que la solución del plazo cumpliría las exigencias de constitucionalidad si se utilizara con un debido sistema de asesoramiento (cfr. «Reflexiones sobre la reforma del aborto», *Actualidad Penal*, 1994, pp. 144 y ss.).

(27) Con razón apunta CUERDA RIEZU que también en los supuestos concretos de las indicaciones se produce esa desprotección: si prima el interés de los derechos de la mujer, el interés despreciado, la vida del *nasciturus*, queda concretamente desprotegido, lo que no significa que no haya sido tenido en cuenta en la valoración que sustenta la decisión legislativa (cfr. «El delito de aborto...», p. 354).

cisamente supone que unos intereses ceden ante otros. En segundo lugar, que si el Ordenamiento jurídico está interesado en regular el conflicto tiene que admitir que algunos intereses en esa concreta situación deben quedar excepcional y provisionalmente desprotegidos, bien porque con ello se salve un interés superior, bien porque de ese modo, a pesar de la equivalencia de los intereses en colisión, se eviten males mayores no deseados por el Derecho. Por último, que esa concreta «claudicación» de ciertos intereses, no implica estrictamente desatención por parte del Ordenamiento jurídico, ya que éste los ha tenido en cuenta en la ponderación y en la vigilancia de la resolución del conflicto con la menor lesividad posible.

En definitiva, la despenalización parcial del aborto, ya sea a través de un sistema de indicaciones o a través de la solución del plazo, sólo puede responder al deseo del Ordenamiento de resolver una situación de conflicto de intereses jurídicamente protegidos con la salvación de los que considere prevalentes, o al menos, con la creación del menor perjuicio posible (28). Con ello, creo poder adoptar como primera decisión, que la vida humana en la fase prenatal no tiene un valor absoluto y que su destrucción resulta lícita cuando obedece bien a la afirmación de otros intereses más valiosos para el Derecho, bien a la voluntad de resolver un conflicto entre intereses equivalentes, pero a través de una conducta lícita por cuanto respeta los mandatos del legislador para mantener el conflicto dentro de unos límites que garantizan la menor lesividad posible.

La segunda decisión se refiere a la posible influencia de la «graduabilidad» de la vida humana, reconocida en la STC 53/1985, en la ponderación de intereses y resolución del conflicto, de tal modo que nos permita sostener la posible prevalencia en algún caso de los dere-

(28) La exigente genérica de estado de necesidad recogida en el artículo 20. 5.º del Código penal es un modelo de regulación legal de las situaciones de conflicto. A mi modo de ver, su previsión responde precisamente al interés del Derecho en someter a determinados límites aquellas situaciones en las que resulta imposible ofrecer la protección deseada a todos los bienes en colisión. El menoscabo de algunos de estos bienes para evitar males mayores representa un déficit en el cumplimiento de la función de protección de bienes que corresponde al Ordenamiento jurídico, déficit que es asumido a cambio de la regulación de un estado de colisión que podría ser resuelto, si el Derecho no interviene, de una forma todavía más lesiva: causando males mayores o sin respetar la regla de la subsidiariedad que exige que la acción necesaria sea prácticamente el único medio que le queda al sujeto para salvar sus intereses. En mi opinión, este principio de salvación de intereses jurídicos con el menor coste posible es también el fundamento de la exención en las circunstancias que recogen las indicaciones (de manera más amplia, con relación al fundamento de las distintas clases de estado de necesidad, véase mi monografía *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 56 y ss.).

chos de la mujer sobre la vida prenatal, o a lo sumo declarar una equivalencia. Como sostiene un importante sector de la doctrina, es posible establecer una diferencia de valor de la vida humana entre las distintas fases de la gestación (29). Esto es incluso aceptado por aquellos que, admitiendo las indicaciones, se oponen al sistema del plazo, ya que también para estos supuestos excepcionales se suele exigir, como hace el artículo 417 bis, la realización de la práctica abortiva dentro de la primera fase de la gestación (30). Tampoco comparto la opinión de que el establecimiento de un plazo sea arbitrario. Aunque en realidad toda graduación exige la introducción de valoraciones, éstas encuentran asiento en distintas consideraciones biológicas y sociales. De la misma manera que es posible establecer diferencias de valor entre un óvulo fecundado sin anidar y otro que, tras la anidación, se inicia en el proceso de la gestación (31), también cabe apreciar esa diferencia entre un embrión que no ha desarrollado actividad cerebral y un feto con el sistema cortical conformado. En definitiva, la segunda decisión que creo estar en condiciones de adoptar es la de que efectivamente el distinto valor de la vida prenatal en la fase embrionaria y en la fetal tiene necesariamente que afectar a la resolución del conflicto que se plantea en el aborto.

Por otra parte, creo oportuno apuntar que esta consideración no es un presupuesto exclusivo de la solución del plazo, como tradicionalmente se ha entendido, sino que subyace en cualquier modelo de despenalización parcial del aborto, también en el sistema limitado de indicaciones recogido en nuestro Código penal (32). El hecho de que

(29) En este sentido, cfr. ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto...», p. 221; MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución...», p. 253; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», pp. 352 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 189 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1990, p. 62; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 228 y ss.; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto*, 1992, pp. 264 y ss.

(30) No estoy de acuerdo con la opinión según la cual el plazo previsto en las indicaciones sólo obedece al interés de salvaguardar a la mujer, en la medida en que las intervenciones abortivas más tardías representan un riesgo mayor para su integridad física o su vida (sostiene esta interpretación, sin embargo, LAURENZO COPELLO, en *El aborto no punible*, 1990, pp. 215-216). Por el contrario, me parece más satisfactoria la tesis de Díez Ripollés, quien considera que los plazos establecidos en el artículo 417 bis reflejan, precisamente, los cambios que se producen en la ponderación a medida que aumenta de forma progresiva el valor «vida del *nasciturus*», conforme avanza su progresivo desarrollo (cfr. «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 189 y ss.).

(31) De hecho, la destrucción del óvulo fecundado que todavía no ha anidado en el útero no se considera aborto.

(32) Como se ha señalado, la idea de la «graduabilidad» de la vida humana parece estar en la base de la STC 53/1985 que se pronunció sobre la constitucionalidad

en la denominada indicación terapéutica no se recoja plazo alguno sólo puede basarse en la convicción de que cuando el conflicto se plantea con la vida o la salud de la mujer (puesta en peligro de modo grave) en todo caso prevalecen los derechos de ésta sobre la vida en gestación. Sin embargo, los plazos requeridos en la indicación criminológica y en la eugenésica parecen conceder relevancia a la diferencia de valor entre las distintas fases del embarazo.

En conclusión, la resolución del conflicto de intereses planteado en los casos de aborto consentido, ha de adoptar como punto de partida la consideración, a mi juicio aceptada por la sociedad y asumida por el Ordenamiento jurídico, de que la vida humana prenatal no tiene en todo momento un valor absoluto, de tal modo que no sólo resiste una comparación con otros intereses, sino que incluso puede ceder en la necesaria resolución del conflicto (33).

del sistema de indicaciones. Según esta sentencia «la vida humana es un devenir», «un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana» (Fundamento jurídico núm. 5 de la Sentencia).

(33) La discusión en torno al «valor absoluto» de la vida humana se plantea también, como es sabido, en el ámbito de la eutanasia. Como señala PEÑARANDA RAMOS (cfr. en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *Compendio de Derecho penal PE*, vol. I, Madrid, 2003, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 26), los acontecimientos históricos del siglo XX referidos a las exterminaciones masivas de personas, debidos a las persecuciones étnicas o políticas, han influido de manera notable en la necesidad de reconocer expresamente, en Tratados y Constituciones, el derecho a la vida. Precisamente, estos acontecimientos parecen asentarse en una relativización de la vida humana, lo que ha propiciado el reforzamiento de un pensamiento iusnaturalista, que, unido a la tradición cristiana, insiste en el valor absoluto de la vida y en los supuestos peligros de cualquier tendencia relativizadora. Sin embargo, en mi opinión, admitir que el valor «vida humana» puede encontrarse en determinadas condiciones en una situación de conflicto con otros derechos fundamentales universalmente reconocidos, no tiene por qué representar una puerta abierta a la minusvaloración de la vida y a la repetición de los acontecimientos antes referidos. «Vida humana» es tanto la vida en condiciones de dignidad como la «vida» más bien sufrida en una situación de enfermedad irreversible con padecimientos extraordinarios. También es «vida» la vida prenatal y la que perece en una actividad social permitida, o la que perece en el ataque del que legítimamente se defiende. El reconocimiento de los conflictos de intereses que subyacen en estas situaciones está necesariamente unido a la idea de que, en la resolución del conflicto, la protección de la vida puede diferir en orden a diversas consideraciones. La cuestión fundamental, en consecuencia, consiste en la determinación de los criterios para resolver estos conflictos: los derechos humanos, los valores y derechos fundamentales reconocidos en el Derecho internacional y plasmados en las distintas Constituciones y especialmente, la interrelación entre los mismos, han de representar el baremo que determina en el caso concreto el grado de protección dispensable a la vida. En el caso del sujeto que, apelando su derecho a vivir dignamente, expresa el deseo de acabar con su vida, el grado de protección viene determinado por la resolución del conflicto entre el interés social por preservar la vida y

Si se admite esta posibilidad de comparación, el siguiente paso, que parece ser el que suscita más dificultades, es de determinar cómo se resuelve la ponderación.

3. **La ponderación de los bienes y los estados de conflicto como situaciones de «déficit» en la protección de intereses jurídicos**

De lo expuesto hasta aquí es posible obtener las siguientes conclusiones. En primer lugar, hay que aceptar, como punto de partida, que en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, tal y como estima la mayoría de la doctrina y el Tribunal Constitucional (y tal y como parece admitir un sector importante de la opinión pública), subyace un conflicto de intereses jurídicos entre la vida en formación y los derechos de la mujer. En segundo lugar, de la revisión del sistema de indicaciones asumido en el artículo 417 bis del CP, se obtiene la conclusión de que el legislador ha decidido intervenir, de una manera más o menos afortunada, en la regulación jurídica de este conflicto (34). Por último, que la vida humana prenatal no tiene un valor ab-

los derechos del individuo a la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso de la mujer que decide interrumpir el embarazo, el conflicto se presenta nuevamente entre el interés social en proteger a la vida también en la fase prenatal (admitiendo que en esa fase la vida también se encuentra en proceso) frente a los derechos de la mujer a la dignidad, la libertad, el bienestar, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. La existencia de estos conflictos, así como la posibilidad de que el valor vida pueda ceder ante otros derechos, no debe conducir a la creencia un tanto esotérica de que la permisibilidad de determinadas conductas que atacan la vida impondrá una especie de espiral permisivo que conllevará la destrucción injustificada de vidas o incluso un ataque a la propia subsistencia de la humanidad. Los desmanes cometidos durante el siglo XX obedecen al hecho de que se priorizaran intereses como el bienestar de una determinada etnia, la supremacía de una clase política y social, el bienestar de un colectivo social mediante la eliminación de determinadas «cargas», etc. En estos hechos, el problema reside en que en la valoración del conflicto se han introducido criterios despojados de todo humanismo y que hacen primar la ley del más fuerte. Pero si en la valoración se tiene únicamente en cuenta los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, no hay que tener ningún miedo a los conflictos, pues pueden ser solventados en la afirmación de dichos derechos (asumiendo que en la colisiones de intereses resulta imposible proteger de manera absoluta todos los bienes implicados).

(34) Por esa razón, no es posible invocar la tesis del «ámbito fuera del Derecho» para explicar de manera adecuada la exención en los supuestos de las indicaciones. Esta teoría defiende que ante determinados conflictos el Derecho no es capaz de realizar una ponderación racional, por lo que debe renunciar a la pena y dejar en manos de los afectados la resolución de los mismos. Las conclusiones de esta teoría, pensada para los casos de estado de necesidad entre bienes no equivalentes, fueron

soluta y que, en consecuencia, admite la comparación con otros intereses jurídicos.

Sin embargo, con esta última constatación no cabe cerrar un juicio en torno al mayor o menor valor de los intereses a comparar, sino que es preciso encontrar el lugar adecuado que en la ponderación han de ocupar los intereses de la mujer. Como un importante sector de la doctrina ha puesto de manifiesto, existen razones fundadas para concluir que en el sistema del Estado social y democrático de Derecho, el valor central concedido a los derechos fundamentales obedece al deseo de que la organización social y estatal gire precisamente en torno a la protección, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de los ciudadanos (35). Frente a las concepciones tradicionales que admitían el aborto con carácter excepcional en las colisiones entre la vida de la mujer y la vida del *nasciturus*, una correcta valora-

trasladadas por algunos autores a los casos de despenalización del aborto, especialmente por ARTHUR KAUFMANN (cfr. «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung dargestellt am Problem Schwangerschaftsunterbruchs», *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 338 y ss.). Según este autor, no es posible determinar una diferencia de valor esencial entre la vida de la embarazada y la vida del *nasciturus*, lo que comporta que las acciones que resuelven este conflicto no merezcan ningún tipo de valoración con relación a su licitud, dejándose en manos del individuo la solución de la situación (también se muestran partidarios de la teoría del ámbito libre de Derecho MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 7.^a, 1954, nota 10 previa al parágrafo 51; SCHILD, «Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes», *Juristische Arbeitsblätter*, 1978, pp. 449 y ss.; DINGELDEY, «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *Jura*, 1979, pp. 478 y ss.). En mi opinión, incluso si se reconoce que para el Ordenamiento jurídico la lesión de un interés protegido representa un resultado que el Derecho hubiera preferido evitar, lo cierto es que si la conducta que resuelve el conflicto se ajusta a las pautas determinadas por el Ordenamiento para conseguir el menor daño posible en una situación de colisión, entonces es que dicha conducta recibe la aprobación jurídica. Tanto en la regulación del estado de necesidad genérico (art. 20.5.º de nuestro Código penal), como en la de las indicaciones (art. 417 bis), se aprecia que el Ordenamiento no ha querido renunciar a la regulación de los conflictos, pues estos preceptos representan una serie de reglas que no sólo se dirigen al juez para que pueda determinar la punibilidad o impunidad de las conductas, sino que fundamentalmente se dirigen a los sujetos que se encuentran en las mencionadas situaciones de colisión, para que las resuelvan de la forma esperada por el Derecho. En modo alguno cabe interpretar que el Ordenamiento jurídico se haya «desentendido» de estas situaciones y haya dejado su solución en manos de los particulares.

(35) En este sentido, cfr. CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad...», pp. 661 y ss. Según VIVES ANTÓN, el *nasciturus* no representa por sí mismo un bien constitucional, mientras que «un derecho fundamental es un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es» (cfr. «Valoraciones ético-sociales...», pp. 145-146). Esta opinión es compartida por CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», p. 229.

ción del conflicto no puede por menos que advertir, como lo ha hecho la STS 53/1985, que cuando la mujer interrumpe su embarazo está ejerciendo sus derechos constitucionalmente reconocidos, que representan ese núcleo fundamental sobre el que se asienta el Estado social y democrático de Derecho. Esta advertencia no debe conducir necesariamente a la afirmación de que los derechos de la mujer prevalezcan en todo momento, sino a la conclusión de que su limitación representa un importante ataque al sistema de libertades reconocido por nuestra Constitución.

En mi opinión, en la resolución de esta cuestión resulta apropiado adoptar como punto de partida la consideración de que el reconocimiento del conflicto no tiene por qué conducir a la admisión de la salvación del interés preponderante como único fundamento posible de la licitud de la conducta. A mi modo de ver, la legitimidad del aborto realizado al amparo de las indicaciones se basa esencialmente en la admisión de al menos una situación de equivalencia, entre el valor de la vida prenatal y los derechos de la mujer. Y digo «al menos» porque no es posible descartar que en determinados momentos y condiciones, sobre la base del valor no absoluto de la vida así como de su susceptibilidad de graduación y del papel esencial de los derechos fundamentales ejercidos por la mujer en el Estado social y democrático de Derecho, quepa considerar que estos últimos tienen un valor superior. Precisamente, esto es lo que creo que ocurre durante la fase embrionaria, que abarca entre las doce y catorce primeras semanas de gestación.

En cualquier caso, la equivalencia de los intereses en colisión no representa un obstáculo para la justificación de la conducta, cuando precisamente la naturaleza del conflicto requiere la intervención del Ordenamiento jurídico para buscar soluciones que, salvando intereses protegidos, generen el menor daño posible (36). Esta pretensión es la

(36) Desde mi punto de vista, la salvación del interés preponderante no es el fundamento de la justificación en los casos de estado de necesidad y, en general, de conflictos de intereses. Si se acepta como punto de partida que en aquellos casos en los que colisionan intereses equivalentes la conducta que resuelve el conflicto no está justificada, entonces tendríamos que admitir también que la conducta que resuelve el conflicto de la manera deseada por el Derecho es tan antijurídica como aquella que prescinde totalmente de los mandatos jurídicos, lo cual, en mi opinión, es sumamente discutible (por mucho que en el primer caso se aprecie una causa de inculpabilidad). Por otra parte, tampoco se explica suficientemente por qué en estos casos de conflicto el Derecho debe renunciar a la función de motivación, pues también aquí cabe esperar que el sujeto, dentro de las limitaciones, adecue su comportamiento a lo ordenado por las normas que regulan los estados de colisión. En mi opinión, por tanto, el fundamento esencial de la exención en estos casos se encuentra en el propósito de que los conflictos sean resueltos a través de la máxima protección de intereses con el

que parece explicar la exigencia de que el aborto sea practicado por personal sanitario y en determinadas condiciones de cuidado. Pues aunque es cierto que la observancia de determinadas precauciones no tiene que ver con la existencia del conflicto en sí misma, ni con el resultado de la estricta ponderación de los bienes en juego, sí que pueden cumplir con una función de mantener los conflictos, en los que inevitablemente se cede en la lesión de concretos intereses, dentro de unos límites que garantizan el menor daño posible.

Si las prácticas abortivas se mantienen dentro de los límites que el Derecho impone con el fin de que, en una situación de «déficit», en la que inevitablemente resultan lesionados intereses dignos de protección, se protejan intereses jurídicos y se ejerzan derechos fundamentales con el menor perjuicio posible, entonces parece oportuno concluir que esas conductas han de ser consideradas conformes a Derecho: es decir, lícitas, desde un orden de valores estrictamente jurídico.

4. La supuesta influencia de la «responsabilidad» o «culpa» en el origen del conflicto

La indicación criminológica ha introducido un elemento perturbador en la discusión sobre el fundamento de la despenalización del aborto. Mientras que en los apartados anteriores se atendían las dificultades para explicar la exención referentes a la diferencia de valor de los intereses en conflicto y la resistencia del Derecho a declarar lí-

mínimo daño posible (de manera más amplia, en mi monografía *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 16-20 y 56 y ss.). Esta idea podría estar en conexión con la interpretación de los requisitos formales de las indicaciones propuesta por Díez Ripollés. Según este autor, la exigencia de los dictámenes, la denuncia o la realización del aborto en centros sanitarios acreditados obedece a la inclusión en la ponderación de determinados intereses sociales instrumentales, que no suponen en sí mismos elementos materiales en la ponderación (cfr. «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 110 y ss.). A mi modo de ver, los denominados por Díez Ripollés «intereses sociales instrumentales» no tienen capacidad para afectar a la ponderación de los intereses individuales que confluyen en la concreta colisión (también en este sentido, aunque con diferentes conclusiones, cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss.). El valor de la vida prenatal o de los derechos fundamentales de la mujer, que se encuentran en la situación material de colisión, no aumenta o disminuye por el respeto a los denominados requisitos formales. Sin embargo, como se apunta en el texto, estos requisitos pueden contribuir a la legitimación de la conducta por cuanto parecen responder (al menos las exigencias sanitarias, ya que la cuestión de la denuncia no tiene explicación posible) a la creación del menor daño posible en la resolución del conflicto.

citadas las conductas que resuelven ciertas situaciones de déficit, ahora es preciso preguntarse, en atención a la previsión de la indicación criminológica, si la «culpa» o ausencia de «culpa» debe influir en la exención.

En mi opinión, si se acepta la existencia del conflicto entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus*, la indicación criminológica resulta un elemento distorsionante en la explicación del fundamento de la exención. En el ámbito del aborto debería ser indiferente que el embarazo haya sido fruto de una relación sexual impuesta o de otra consentida, pues no creo que nadie se atreva a afirmar que la mujer que ha realizado un acto sexual libremente ha de ver por ello disminuido el valor de sus derechos fundamentales a la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, frente a los de la mujer que es víctima de una violación. Por esta razón, la previsión de la denominada indicación ética, que sólo contribuye a crear nuevos ámbitos de confusión, no se fundamenta en modo alguno, ni siquiera acudiendo a un criterio tan flexible como el de «inexigibilidad», por mucho que sea interpretado en clave «objetiva».

Como es sabido, la teoría de la inexigibilidad general u objetiva señala que determinados hechos están justificados porque, con carácter general, el Ordenamiento jurídico ha decidido no exigir otro tipo de comportamiento. Pues bien, si se concibe desde un punto de vista objetivo que evita confusiones entre las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, el criterio de la inexigibilidad objetiva no resulta incorrecto en su formulación: es cierto que la Ley parece reconocer que en determinadas situaciones no se exige a la mujer que continúe con el embarazo y que se abstenga de interrumpir el mismo. Ahora bien, lo que debemos plantearnos, para su correcta valoración, es si este razonamiento aporta algún criterio de utilidad, pues parece más bien una fórmula incompleta, ya que tras su aplicación subsiste la pregunta de que cuál es la razón por la que no se quiere exigir a la mujer un comportamiento distinto (37). Si la respuesta es que en determinadas condiciones los intereses de la mujer «se hacen especialmente respetables», entonces, a mi parecer, hay que llegar a dos conclusiones que hacen preferible prescindir de este criterio. La primera insiste en su superfluidad, ya que si la inexigibilidad se basa en el especial valor de los intereses de la mujer, entonces basta con acudir al criterio de la salvación del interés preponderante. La segunda se refiere a las distorsiones que puede generar, al favorecer la idea de que la

(37) También de forma crítica sobre la «inexigibilidad», cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 113-115; MOLINA/SIEIRA, *El delito de aborto*, 2000, p. 81.

respetabilidad de los intereses de la mujer depende de valoraciones de difícil acomodo con los principios constitucionales y los valores a mi juicio mayoritariamente admitidos en la sociedad.

La única forma de justificar la exención pasa por admitir que también en estos casos, con la realización del aborto en un plazo razonable, se está permitiendo a la mujer ejercer sus derechos fundamentales, bajo la convicción de que o bien preponderan sobre el bien jurídico vida en formación, o resultan equivalentes, considerándose en cualquier caso que ésta es la única manera de resolver el conflicto con el menor coste posible. Si esto es así, entonces ha de ser indiferente que la mujer haya consentido o no el acto sexual origen del embarazo.

5. Conclusiones

En conclusión, la práctica del aborto que se realiza con el respeto a la ponderación de todos los intereses involucrados en el conflicto y a la jerarquía que les concede la Constitución y el Ordenamiento jurídico en su conjunto; tomando en consideración especialmente el distinto valor que puede presentar la vida humana en formación y la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales; y, por último, resolviendo con el menor perjuicio posible, una situación de «déficit» en la que el Derecho no puede salvar todos los bienes jurídicos afectados, ha de ser una conducta lícita (38). La siguiente conclusión es

(38) Algunos autores, con el propósito de explicar la exención en los casos de aborto no punible a través de una vía que no implique declarar «lícito» el aborto, han recurrido a soluciones que sin embargo, y en mi opinión, no pueden ser coherentes con el mencionado propósito. En el sentido apuntado, MOLINA/SIEIRA consideran que las indicaciones no pueden representar causas de justificación específicas, por cuanto la justificación implicaría una valoración positiva, incompatible con el valor superior que en todo caso, según estas autoras, tiene la vida del *nasciturus* sobre los derechos de la mujer (cfr. *El delito de aborto*, pp. 94 y ss.). Hasta aquí, se puede aceptar que con semejante punto de partida encuentren dificultades para la justificación. Lo que no se explica es que no las vean para declarar que las indicaciones representan «causas de atipicidad» (sin embargo, ésta es la solución que defienden, cfr. *ibidem.*). Si la vida del *nasciturus* tiene en todo caso un valor superior, las mismas dificultades para admitir la justificación se encuentran ya, previamente, a la hora de determinar la tipicidad o atipicidad del comportamiento. Pues la determinación de lo que es típico representa el resultado de una ponderación en la que se han tenido en cuenta los fines del Derecho penal y concretamente la función de protección de bienes jurídicos. Por tanto, si se sostiene que el aborto subsumible en las indicaciones no es siquiera típico, sólo puede ser porque el legislador haya decidido no prohibir su comisión, sobre la base de los criterios que en todo caso tiene en cuenta para establecer el ámbito de lo prohibido. MOLINA/SIEIRA, no obstante, creen que, como la vida del *nasciturus* es de valor superior a los derechos de la mujer, «la falta de prohibición penal de respeto

que las indicaciones sólo pueden ser causas de justificación o causas de atipicidad.

III. LA NATURALEZA DE LAS INDICACIONES: CAUSAS DE ATIPICIDAD

1. La conexión con diversas causas de justificación

Comparto con la doctrina mayoritaria la opinión según la cual en el sistema de indicaciones el legislador ha tomado como punto de partida para la despenalización, valoraciones similares a las que han llevado a la previsión de determinadas causas de justificación genéricas. Ahora bien, discrepo de la comprensión, que parece ser la más extendida, según la cual en el 417 bis del Código penal estaríamos ante manifestaciones específicas del estado de necesidad (39). Más adecua-

a a la vida del *nasciturus* no implica ni licitud ni ilicitud jurídica» (p. 96), por lo que la ausencia de tipicidad se fundamentaría en la renuncia a la pena por «inexigibilidad general». Según estas autoras, aunque el *nasciturus* merece protección, en el caso de las indicaciones no resulta «adecuado» o «conveniente» la tipificación penal de estos comportamientos (pp. 96-98). A mi modo de ver, sin embargo, no cabe afirmar que una conducta que ni siquiera es típica no resulte a su vez «lícita», por lo que el recurso a las causas de atipicidad no elimina la supuesta objeción que supondría la declaración de licitud. Por otra parte, estas autoras no explican de modo suficiente por qué en estos casos «no es exigible» a la mujer que se abstenga de interrumpir el embarazo, ni tampoco oponen razones materiales para explicar la «conveniencia» o «adecuación» de la permisón del aborto. Es más, creo que resulta más respetuoso con la vida del *nasciturus* el hacer depender su menor protección de la colisión con derechos fundamentales cruciales en nuestro Ordenamiento (el derecho a la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad), que de vagas razones de «conveniencia».

(39) No obstante, es preciso tener en cuenta que las interpretaciones en torno a la conexión entre el estado de necesidad genérico y las indicaciones difieren con respecto al grado de relación. Algunos autores, en primer lugar, han apreciado una relación de especialidad, que implicaría la necesidad de extender los requisitos generales del estado de necesidad sobre los supuestos contemplados en las indicaciones. Según Díez Ripollés, los conflictos reflejados en las indicaciones comparten una base común con el estado de necesidad genérico, a la que se añaden determinados valores sociales e instrumentales que provocan una modificación en la ordinaria ponderación de intereses (cfr. «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 110 y ss.). La consecuencia práctica que obtiene este autor es que «la relación de especialidad ente el artículo 8.7 y el artículo 417 bis [...] no supone que deba prescindirse de los restantes requisitos del artículo 8.7, a no ser que el artículo 417 bis los conciba expresamente de otro modo o de su ausencia de mención se permita deducir, implícita pero claramente, que hay intención por parte del legislador de no exigirlos» (cfr. «Análisis de los

das me parecen las interpretaciones que observan la conexión de las indicaciones con los principios que subyacen en distintas causas de justificación, como el propio estado de necesidad, el ejercicio legítimo de la profesión y el ejercicio legítimo de un derecho, sin que ello suponga una relación de especialidad, en el sentido estricto con el que ésta es entendida por las reglas concursales (que podría determinar, por tanto, la oclusión del precepto general) (40). Ante las objeciones manifestadas por un sector de la doctrina a esta solución, en el sentido de que una comprensión mixta, que introduce conexiones con distintas circunstancias, generaría una cierta disfunción, creo que la mencionada interpretación responde de forma más rigurosa a la complejidad de estas concretas situaciones de conflicto (41). Por un lado, es preciso recordar que en puridad no existe un delito genérico de

elementos de la causa de justificación...», p. 243). Lorenzo Copello no se pronuncia de una forma tan tajante y, sin embargo, también revisa en las indicaciones del 417 bis los requisitos generales del estado de necesidad, mostrando únicamente su desacuerdo con la posible exigencia de la ausencia de deber de sacrificio (que, por el contrario, sí que requiere expresamente el artículo 20.5.º), (cfr. *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss.). Otros autores, sin embargo, creen que la relación entre el 417 bis y el 20.5.º no es de especialidad en sentido estricto. En esta línea, Romeo Casabona sólo admite la relación de especialidad con la indicación terapéutica, apuntando que dicha relación de especialidad es «funcional» y no lógica, por cuanto no hay coincidencia entre los requisitos de la indicación terapéutica y los del estado de necesidad. De este modo, continúa Romeo, no es posible trasladar los requisitos del 20.5.º al 417 bis, ya que se crearía una nueva eximente al margen de lo establecido por la ley (cfr. *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 320 y ss.).

(40) En este sentido, CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 220-221; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual*, 2.ª ed., 1992, pp. 117-119; CERESO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal*, 1993, pp. 57 y ss. Con ciertas reservas, también en esta dirección LUZÓN PEÑA, en «Indicaciones y causas de justificación en el aborto...», p. 631.

(41) Díez Ripollés entiende que el criterio del ejercicio legítimo de la profesión produciría disfunciones ya que haría más compleja la interpretación del artículo 417 bis. Según este autor, si la conducta del médico queda justificada por el ejercicio legítimo de la profesión, entonces habría que admitir que su comportamiento es «sustancialmente» lícito, mientras que la conducta de la mujer, amparada en el criterio de la inexigibilidad, sólo sería «formalmente» lícito. Además, Díez Ripollés cree que con esta interpretación se estaría pidiendo a la profesión médica que integrara la destrucción de la vida del *nasciturus* en el ámbito normal de su actividad (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 115 y ss.). Tampoco Lorenzo Copello considera adecuado el criterio del ejercicio legítimo de la profesión, pues según esta autora en los casos de aborto no hay propiamente una intervención «curativa», ni es posible recabar el consentimiento del *nasciturus*, necesario, en opinión, de Lorenzo, para que el ejercicio de la profesión médica fuera legítimo (cfr. *El aborto no punible*, 1990, pp. 151-153). Desde mi punto de vista, sin embargo, estas objeciones pueden ser superadas en atención a las siguientes razones. En primer lugar, es preciso advertir que lo que realmente resultaría contradictorio es que los médicos recibieran el mensaje de que el aborto en determinadas condiciones, las cuales

aborto, sino que la Ley tipifica distintas conductas relacionadas con el aborto, que tienen significado diverso. De este modo, una estricta consideración de la configuración del Título II del Código penal y de las consecuencias penológicas previstas para las distintas figuras típicas, así como de lo estipulado en el artículo 417 bis, ha de favorecer la interpretación de que la valoración jurídica y los criterios utilizados para la misma varían en función de si estamos ante la mujer, el médico o personal sanitario o un tercero. Por otro lado, es preciso advertir que mientras que el estado de necesidad se define como la causación de un mal para evitar un mal que amenaza, la interrupción del embarazo, representa el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, y esto es algo que ha de ser tenido en consideración. Precisamente, en mi opinión, éste es un aspecto que no ha ocupado el lugar que requiere en la discusión sobre el aborto y que exige una atención

exigen entre otras cosas su intervención, está permitido, pero que sin embargo no representa una conducta lícita y no puede ser integrada en el ámbito normal de su actividad. Con esta interpretación, habría que admitir que el Ordenamiento jurídico parece aceptar unos determinados fines (garantizar el ejercicio de determinados derechos, con el debido respeto a todos los intereses en conflicto, en condiciones sanitarias que eviten daños mayores), pero luego no establece los mecanismos adecuados para conseguirlos o incluso actúa en contra de sus propios fines: y es que además de los posibles propios reparos de conciencia, los médicos que realicen estas prácticas pueden encontrar reparos sociales o jurídicos a su actuación, a no ser que se reconozca de una vez por todas que es lícita y que, por tanto, no puede representar otra cosa que el ejercicio legítimo de la profesión. Y digo que se reconozca, por los intérpretes y aplicadores del Derecho, porque realmente el Ordenamiento jurídico, en mi opinión, ya lo ha reconocido. Si el 417 bis establece una serie de exigencias para la práctica del aborto, es porque considera que sólo con el cumplimiento de las mismas la práctica abortiva se ajusta a lo requerido por el Derecho, es decir, es lícita. Esto debe ser así, porque si se mantuviera que una actuación médica, que se ajusta a lo requerido por la norma, no obstante no es lícita, entonces podría transmitirse la impresión de que al Ordenamiento le es indiferente que los médicos ajusten sus intervenciones en estos casos a lo dispuesto por el Derecho: es decir, podría llegarse a la insatisfactoria conclusión de hacer equivalentes, en el sentido de «licitud» y ejercicio legítimo de la profesión, la conducta del médico que practica un aborto con el respeto de las exigencias del 417 bis y la de aquel que lo realiza al margen de lo previsto legalmente. En segundo lugar, no creo que el criterio del ejercicio legítimo de la profesión introduzca disfunciones en la medida en que se adopte como punto de partida, como entiendo que debe hacerse, la convicción de que la mujer que libremente decide interrumpir su embarazo en los casos permitidos por la Ley, está ejerciendo legítimamente sus derechos fundamentales a la libertad, la dignidad y la intimidad. De este modo, tanto la conducta del médico como la de la mujer serían materialmente lícitas. El hecho de que el artículo 417 bis 2 establezca menos requisitos para declarar la licitud de la conducta de la mujer se explica por el hecho de que el Ordenamiento jurídico concede un valor superior al ejercicio de los derechos fundamentales, en cuya restricción los límites deben ser menores que los establecidos para regular el ejercicio de la profesión médica.

especial, antes de ofrecer una opinión concluyente sobre la naturaleza de las indicaciones y los principios que las inspiran.

2. La necesidad de replantear el valor de los derechos de la mujer en el ámbito de la despenalización del aborto

En su voto particular a la STC 53/1985, el magistrado Tomás y Valiente señalaba que «frente a tantas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad», omisión que tal vez se explica por «la escasa atención que se presta a los derechos de la mujer embarazada» (42). Esta convicción es compartida por un importante sector de la doctrina que destaca el valor central de los derechos fundamentales, por supuesto también cuando éstos son ejercidos por las mujeres con relación al no menospreciable interés de las personas en configurar libremente todo un proyecto de vida (43). No es el momento de emprender una investigación sobre el alcance de la posible discriminación de los derechos de la mujer y las razones de la misma. Pero creo posible afirmar, con el ánimo de no caer en simplificaciones, que en el debate sobre el aborto parecen confluír las creencias sociales que han relegado en general los derechos de la mujer a un segundo plano, con aquellas que sitúan la maternidad en un ámbito sacralizado, que tiene que ver no sólo con determinadas convicciones religiosas, sino también con la necesidad, explicada desde un punto de vista antropológico, de preservar la continuidad de la vida y de la especie.

(42) Estas declaraciones son destacadas por VIVES ANTÓN en su comentario a la sentencia, precisamente insistiendo en que tal vez esto representaba «el problema jurídico central» («Valoraciones ético-sociales...», pp. 138 y ss.). También VIVES subraya las palabras del magistrado RUBIO LLORENTE, en su voto particular, cuando señala como error de la sentencia que ésta no hubiera entrado a fondo «en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral».

(43) Insisten en la necesidad de conceder a los derechos de la mujer el valor esencial que poseen como derechos fundamentales de la persona, constitucionalmente reconocidos, MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución...», pp. 251 y ss.; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», pp. 355 y ss.; VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético-sociales...», pp. 138 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad...», pp. 699 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 220 y ss.; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 266 y ss.

Las dificultades para conceder la atención que requieren los derechos fundamentales de la mujer se incrementan cuando esos derechos se concretan en un «derecho al aborto». A pesar de que la mayoría de la doctrina cree que las conductas realizadas al amparo de las indicaciones están justificadas, pocos autores hablan del «derecho al aborto» (44). Pero esas reticencias operan también en el lenguaje social que se refiere, especialmente entre los sectores involucrados en las prácticas abortivas, a la «interrupción voluntaria del embarazo». Al respecto, me gustaría apuntar que tal vez esta expresión no sea un eufemismo, pues cabe imaginar que las propias mujeres que deciden abortar no tienen como propósito directo la destrucción de una vida en formación, es más, la pérdida de la misma es un elemento que incrementa lo traumático de la situación, sino que intentan continuar de forma responsable con su proyecto de vida, que se vería radicalmente transformado si no interrumpieran su gestación. En consecuencia, más que de un «derecho al aborto», de lo que parece que estamos hablando es de la concreción de los derechos a la libertad, la intimidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad también en el ámbito de la maternidad.

3. La conexión especial de las indicaciones con el ejercicio legítimo de un derecho

Si partimos de la creencia de que en los casos de aborto permitido, con relación a la mujer, la base de la justificación reside en la licitud de la conducta de aquélla, que en el ejercicio de derechos fundamentales, esencialmente a la libertad y a la intimidad (45) resuelve el

(44) Lo ha admitido expresamente, CUERDA RIEZU, cfr. «El delito de aborto...», p. 356. Gimbernat Ordeig ha puesto de manifiesto la necesidad de emplear una terminología clara que se corresponda con una postura clara: según sus palabras, su tesis es «proabortista» y advierte de la necesidad de claridad citando a Freud, cuando dice que «se empieza cediendo en las palabras y se acaba claudicando en el fondo» (cfr. *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., 1990, p. 65). Sin embargo, otros autores han negado, también expresamente, la existencia de un «derecho al aborto» (cfr. MOLINA/SIEIRA, *El delito de aborto*, 2000, pp. 87 y ss.).

(45) La discusión sobre el aborto en Estados Unidos ha estado siempre condicionada por la importante tradición social y jurídica que en este país concede un lugar esencial en la organización estatal a los derechos a la libertad individual y al ámbito de autonomía personal y de privacidad (que, en este último principio podría tener ciertas conexiones con nuestro derecho a la intimidad). Quizás esta tradición es la que explica que, a pesar del importante peso que también tienen en este país determinadas convicciones morales en la propia actividad política, la famosa sentencia de la Corte Suprema «Roe versus Wade» siga siendo el punto de referencia en materia de aborto. Esta sentencia, de 1973, adoptó como presupuesto el reconocimiento de un

conflicto mediante el respeto a los diversos intereses en juego, con sujeción a las reglas señaladas por el Ordenamiento que en estos casos buscan la creación del menor daño posible, no parecen existir especiales obstáculos para admitir que esta justificación se basa en los mismos principios que inspiran la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, recogida en el artículo 20.7.º del Código penal.

Sin embargo, aunque algunos autores han apreciado esta relación, la misma no ha sido desarrollada en sus consecuencias, y la atención se ha desviado a la cuestión de la aplicabilidad del ejercicio legítimo de la profesión en el caso del médico que practica el aborto (46). En este sentido, Cerezo Mir, que parece reconocer que sólo el supuesto de aborto terapéutico con riesgo vital para la embarazada encaja en la estructura del estado de necesidad justificante, sostiene que la justificación del

ámbito de autonomía, libertad individual y privacidad para la mujer, también con relación a la posibilidad de procreación, limitando el poder de intervención de los Estados para prohibir el aborto. No obstante, en la medida en que también reconoce el interés de los Estados en «regular» el aborto, considera que los derechos de la mujer y el interés de los Estados pueden ser armonizados de la siguiente manera: respetando los derechos de la mujer durante el primer trimestre en todo caso, regulando su ejercicio en el segundo trimestre bajo la estricta consideración de la salud de la madre, y admitiendo la posibilidad de la ilegalización en el tercer trimestre. Tras esta sentencia, se produjeron dos consecuencias de manera coetánea: por un lado, la práctica del aborto se normalizó en sus condiciones sanitarias, y una buena parte de la sociedad pareció estar de acuerdo en el reconocimiento de la autonomía de la mujer; sin embargo, los grupos conservadores, provida, algunas confesiones religiosas y sectores destacados del Partido Republicano, mostraron su discrepancia y el deseo de que la sentencia fuese revocada. Desde entonces, algunas decisiones jurisprudenciales (como las sentencias «Webster v. Reproductive Health Service», de 1989, o la «Parenthood v. Casey», de 1992), han establecido algunos límites al alcance de la sentencia «Roe v. Wade», en el sentido, la primera citada, de impedir la financiación del aborto a través de la sanidad pública, situando el aborto como el ejercicio de una libertad más que de un derecho, y la segunda, estableciendo algunas restricciones formales durante el primer trimestre. Sin embargo, ninguna de ellas ha desmontado el principio que fundamenta la decisión «Roe v. Wade», consistente en situar en un lugar central los derechos de la mujer a la libertad individual y a la privacidad (sobre la experiencia del aborto en Estados Unidos, cfr. DWORKIN, *El dominio de la vida*, 1994, especialmente, pp. 13 y ss. y 136 y ss.; sobre las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, cfr. MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, 1996, pp. 350 y ss.).

(46) Sólo CUERDA ARNAU se refiere de una forma más clara a la conexión entre los casos de aborto consentido la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (cfr. «Aborto y estado de necesidad...», pp. 225 y ss.). Sugiere también esta posibilidad LUZÓN PEÑA, aunque después considera que la conexión se establece más bien con el ejercicio legítimo de la profesión (cfr. «Indicaciones y causas de justificación...», p. 631). Por su parte, tanto CEREZO MIR como BAJO FERNÁNDEZ se refieren a la conexión de las indicaciones concretamente con la eximente de ejercicio legítimo de la profesión (cfr. CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, 1993, p. 60; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual PE*, 2.ª ed., 1992, pp. 118 y ss.).

médico en los demás casos se basa en el ejercicio legítimo de la profesión, derivando la legitimidad de la intervención del médico en la evitación de los daños a la integridad física o la vida de la mujer (47).

Las reticencias a la hora de establecer la conexión ente los supuestos de las indicaciones y la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no sólo se derivan, a mi modo de ver, de las dificultades antes apuntadas para reconocer los derechos de la mujer, sino también de la falta de concreción de dicha eximente, que la hace aparecer como un ámbito abonado a la inseguridad jurídica. Como ha puesto de manifiesto Mestre Delgado, la «mala prensa» de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho se ha visto alimentada por la inclusión tradicional en su radio de aplicación de supuestos en los que la justificación difícilmente podía explicarse: el derecho al «auxilio propio» o «vías de hecho», los derechos disciplinarios o los derechos de corrección paternos filiales, entre otros (48). Así entendidas las cosas, la imposibilidad de considerar lícitos estos comportamientos desde la perspectiva del sistema de valores vigente en la sociedad actual y reconocido en la Constitución, podría aconsejar la desaparición de esta eximente. Sin embargo, como propone Mestre, tal vez conviene replantear su contenido al amparo de la tendencia observada en los sistemas jurídicos occidentales, que sostienen la influencia de los derechos fundamentales en la interpretación del Ordenamiento jurídico en su conjunto y del Derecho penal en concreto (49). De esta manera es posible derivar de las distintas normas constitucionales, así como de la jurisprudencia constitucional de los distintos Estados o de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los derechos humanos y las libertades fundamentales tienen un carácter justificante. Coincido con este autor, en que la utilización de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho en estos casos, sometida a los límites y valoraciones que se derivan de la exigencia de legitimidad, es un instrumento válido para encauzar los conflictos que se plantean cuando el ejercicio de los derechos fundamentales colisiona con otros intereses protegidos (50).

(47) Cfr. CEREZO MIR, *ibidem*.

(48) Sobre esta problemática, insistiendo en la falta de adecuación de estos supuestos derechos para conformar el contenido de la eximente, cfr. MESTRE DELGADO, *La eximente de ejercicio de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Madrid, 2001, edit. Edisofer, pp. 39 y ss.

(49) Cfr. MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 214 y ss.

(50) Sin que se explique suficientemente por qué sería preferible una explicación «supra legal» de la naturaleza de la justificación que se deriva del ejercicio de derechos fundamentales. Véase MESTRE DELGADO, *La eximente*, pp. 214 y ss.

Abundando en esta dirección, es preciso tener en cuenta que cuando se habla de «ejercicio legítimo de un derecho» no se está reconociendo un derecho al aborto libre en todos los casos. Pues en realidad, también en la mencionada eximente subyace una ponderación o valoración, como ya se ha apuntado, a través de la cual se sujeta a límites el ejercicio del Derecho, para que se mantenga en un ámbito de «legitimidad». Es cierto que esto requiere un esfuerzo interpretativo y que en aras de la seguridad jurídica debe ser realizado cuanto antes. Pero ello no es óbice a la admisión del principio del ejercicio legítimo de un derecho, de la misma manera que no lo ha sido en otros ámbitos requeridos de interpretación (por ejemplo, en la delimitación del derecho a la libertad de expresión frente al honor).

Por otra parte, la Ley ha establecido (aunque, como se ha señalado, de una forma no muy acertada) una serie de elementos que contribuyen a la determinación de la legitimidad del ejercicio. De esta manera, el conjunto de requisitos contenidos en las indicaciones representa un indicio esencial en la determinación de la legitimidad del ejercicio, tanto del derecho por parte de la mujer, como de la profesión por parte del médico. Bajo esta comprensión se consigue una mejor armonización de las distintas valoraciones que reciben las conductas de los sujetos implicados en las prácticas abortivas, tal y como se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 145 y 417 bis del Código penal. En el caso del médico, las indicaciones establecen pautas materiales (que aluden al resultado de la ponderación entre los derechos de la mujer y el bien vida humana en formación) y requisitos formales (práctica en centros acreditados, dictámenes) que exigen la realización de los abortos dentro de unos límites, en los que se cause el menor daño posible. En el caso de la mujer, los requisitos de «legitimidad» decrecen, por cuanto resulta ser la titular del derecho fundamental que se materializa, siendo necesaria la concurrencia del conflicto material y la intervención del médico, pero sin que se exija la intervención en centros acreditados o los dictámenes. En el caso del tercero, como falta el ejercicio legítimo del derecho o de la profesión, la justificación sólo podría quedar amparada por un estado de necesidad genérico, siempre que se demostrara la concurrencia de los requisitos previstos en la eximente genérica.

Ahora bien, llegados a este punto es procedente plantearse si el uso de valoraciones similares a las empleadas en la configuración de determinadas causas de justificación, ha de conducir automáticamente a la conclusión de que también dichas indicaciones representan causas de justificación específicamente configuradas, o si, de otro modo, la solución pasa por admitir que el artículo 417 bis recoge auténticas circunstancias de atipicidad.

4. Causas de atipicidad

En los párrafos precedentes, se ha intentado demostrar la oportunidad de dos afirmaciones esenciales. Por un lado, la de que en la regulación de las indicaciones el legislador no ha tomado como punto de partida de manera exclusiva la existencia de un conflicto de intereses, sino que ha tenido en cuenta que en los casos de aborto consentido confluyen distintas actuaciones que guardan conexión, en su valoración jurídica, con otros principios también reconocidos por el Ordenamiento en la determinación del ámbito de lo prohibido, como son el ejercicio legítimo, esto es conforme a Derecho, de profesiones y de derechos fundamentales. Por otro lado, en la valoración efectuada por el legislador en la definición del ámbito de lo permitido ha de tener especial significación la consideración, como en mi opinión no puede ser de otro modo, de que en la tipificación del aborto consentido se está sometiendo a regulación el ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

Bajo esta comprensión, es preciso advertir que la necesidad de delimitar de forma pormenorizada los ámbitos prohibidos y las zonas de permisión, en aquellos delitos que precisamente protegen el ejercicio de derechos fundamentales, se presenta ya en el momento de concretar qué es típico y qué no lo es. Esto se aprecia de manera clara en los delitos de detenciones ilegales, contra la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o de vulneración de derechos fundamentales. En todos ellos, tras realizar las oportunas valoraciones sobre la consideración de otros intereses del Ordenamiento jurídico y de la sociedad (que se refieren, de forma especial, al interés en perseguir a los responsables de los delitos y en recabar las pruebas que permitan su procesamiento), el legislador ha establecido ámbitos de riesgo permitido, en los que las actuaciones de los funcionarios en los casos en los que «*media causa legal por delito*» y se respetan las garantías constitucionales y legales, no son siquiera típicas. Y ello a pesar de que representan ostensibles limitaciones del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad, la intimidad o la inviolabilidad del domicilio. A título de ejemplo, los ataques contra la intimidad tipificados en los artículos 197 y ss. del Código penal (apoderamiento de documentos o efectos personales, interceptación de las comunicaciones, revelación de secretos, etc.) o el allanamiento de morada (arts. 202 y ss.) configuran una zona de prohibición general de vulneración de derechos fundamentales, que sólo puede ser entendida poniendo estos preceptos en conexión con los artículos 534 y ss., que restringen la prohibición bajo determinadas circunstancias. De este modo, de la estricta interpretación sistemática del contenido de tipicidad de estos delitos

se deriva, a mi modo de ver, que el legislador ha establecido un ámbito de prohibición general y otro de riesgo permitido, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, también expresamente previstas: que medie «causa legal por delito» y que se cumplan las garantías legales y constitucionales (51).

En el ámbito de los derechos de la mujer relacionados con la gestación o la maternidad, la exclusión de la tipicidad en comportamien-

(51) A este respecto, el artículo 18 de la Constitución española declara: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantizará el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.» El legislador penal ha seguido el mandato constitucional de garantía de los diversos bienes jurídicos relacionados con el derecho fundamental a la intimidad, estructurando la protección en tres ámbitos. En primer lugar, se protege la intimidad frente a los posibles ataques *entre particulares*. A esta clase de agresiones se refieren los artículos 197, 199, 200, 202 y 203 del Código penal. En segundo lugar, existe un segundo ámbito de protección, en el que se intenta proteger la intimidad de los ciudadanos frente a los ataques perpetrados *por funcionarios públicos o autoridades*, con prevalimiento de su cargo, pero *sin que medie causa legal por delito*. A estas conductas aluden los artículos 198 y 204 del Código penal. Por último, también se regula la protección de la intimidad frente a las agresiones realizadas *por funcionarios públicos o autoridad*, existiendo *causa legal por delito*, pero que no se ajustan a la ley por cuanto, a pesar de ser realizadas dentro de un proceso de investigación judicial, vulneran, de algún modo, las garantías constitucionales que rigen estas intromisiones (arts. 534 y ss. del Código penal). El artículo 18 de la CE reconoce que el derecho a la intimidad puede admitir determinadas intromisiones, en los casos de resolución judicial o flagrante delito. Sin embargo, estas injerencias deben ser llevadas a cabo a través de un procedimiento que precisamente pretende que se realicen con el respeto máximo a las garantías establecidas en el texto constitucional y las normas que lo desarrollan. En concreto, los artículos 545 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan el procedimiento para la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, y la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, diferenciando, por un lado, las entradas y registros ordenadas por los jueces, que se rigen por la necesidad de auto motivado, salvo que exista consentimiento, y las entradas y registros realizados directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin necesidad de auto previo motivado, sólo en algunos casos (casos de detención de personas contra las que se ha dictado auto de prisión, casos de flagrante delito, supuestos en los que el delincuente inmediatamente perseguido se oculte en alguna casa, o casos de personas integradas en bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes). El artículo 21.1 de la LOPSC indica que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo pueden realizar entradas y registros conforme a la Constitución y las leyes y añade que «será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad».

tos relacionados con el aborto consentido en determinadas condiciones (arts. 145.2 o 417 bis) o con las lesiones imprudentes al feto (art. 158), refleja una ponderación realizada por el legislador, que en el momento previo a la delimitación del ámbito de lo típico, ha tenido en cuenta los derechos mencionados, y la ponderación que subyace a la valoración de su ejercicio como legítimo (52). Esa misma ponderación es la que, en mi opinión, ha extraído de la zona de prohibición los comportamientos que con carácter general quedan amparados por las indicaciones. Por supuesto, este espacio de permisión se extiende también a los médicos, si bien con mayores restricciones, en la medida en que, como se ha destacado, el fundamento de la no prohibición se encuentra en el ejercicio de la profesión sujeto a determinados límites (53).

En los supuestos contemplados en el artículo 417 bis, en consecuencia, no estamos ante el binomio regla-excepción tradicionalmente utilizado para explicar la justificación de, en principio, cualesquiera de las conductas tipificadas en el Código penal, en algunos supuestos excepcionales. Más bien nos encontramos ante un mecanismo de delimitación de espacios de prohibición o permisión, que responden, como también ocurre en otros delitos, a la ponderación previa de las situaciones de conflicto en las que se encuentran determinados intereses y derechos protegidos por el Ordenamiento jurídico.

Desde mi punto de vista, esta interpretación se confirma si se atiende a que en la práctica, las circunstancias del 417 bis no operan como causas de justificación, sino como auténticas causas de atipicidad. En esta dirección hay que entender el hecho de que los abortos realizados en centros acreditados, supuestamente al amparo de las indicaciones (por ejemplo, los 77.125 abortos practicados en 2002, según el Ministerio de Sanidad) no sean objeto de un proceso penal para determinar la concurrencia de la concreta indicación, como por

(52) Con respecto a la exclusión de la mujer del ámbito típico de las lesiones imprudentes, Pérez Manzano ha criticado a la doctrina que considera el artículo 158 una causa personal de exclusión de la pena, a la vez que añade: «Considero más razonable entender que se trata más bien de la resolución legal de una situación de conflicto entre la restricción de la libertad de la embarazada que implica el imponerle deberes de cuidado y la protección de la salud del feto, de manera que se trata de habilitar una zona de riesgo permitido más amplia para la embarazada que para terceros» (cfr. en BAJO FERNÁNDEZ, (dtor.), *Compendio*, 2003, p. 456).

(53) El hecho de que en el caso de los delitos contra la intimidad, la determinación de la zona de permisión requiera la interpretación de otras normas a las que las leyes penales se remiten y en el caso del aborto se refleje expresamente, no puede representar un obstáculo a la creencia de que estamos ante un mismo fenómeno de resolución prevista del conflicto a través de la fijación de ciertos límites.

el contrario sí que sucede en los casos en los que concurre alguna de las causas de justificación genéricas, que sólo pueden dar lugar al sobreseimiento libre (con lo que en cualquier caso permiten la apertura del proceso) cuando su presencia sea «indudable», teniendo en cuenta además que en el caso del estado de necesidad ni siquiera cabe el sobreseimiento, por cuanto el proceso debe continuar a los efectos de responsabilidad civil (54).

En el mismo sentido hay que interpretar el hecho de que no quepa considerar como «tentativa» de delito de aborto las prácticas que tienden a la realización de un aborto indicado pero fracasan, ya sea por la inidoneidad de los medios empleados o por cualquier otra razón, mientras que sí cabe calificar como tentativa de lesiones, si bien justificadas, las acciones dirigidas a frenar la agresión de un sujeto por el que legítimamente se defiende.

Por último, con esta comprensión se explica que no sea apreciable una «exención incompleta», por cuanto por decisión del legislador el artículo 417 bis sólo admite su apreciación de forma completa o su desestimación.

En consecuencia, no existe una razón suficiente que abogue por la justificación, cuando de la configuración legal del precepto parece desprenderse que el 417 bis forma parte de la estructura típica que define el aborto consentido, algo que parece confirmarse si atendemos al funcionamiento de este sistema en la práctica (55). Por todo ello, parece más adecuado sostener que el sistema de indicaciones representa, en conexión con el artículo 145 del Código penal, un catálogo de causas de atipicidad.

(54) Véanse los artículos 637, 641 y 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(55) Esto es lo que ocurre, a mi juicio, con el problema de la provocación del conflicto reflejado en las indicaciones. En el supuesto de que la embarazada o un tercero provocase la situación de conflicto (con determinadas actuaciones arriesgadas que convirtieran la continuación del embarazo en un grave riesgo para la salud de la mujer), se suscitaría la duda, como ocurre en el estado de necesidad provocado, de si, aceptando la justificación de la acción necesaria, en este caso el aborto, se podría hacer responder por el resultado final imputando el mismo no a la acción necesaria, sino a la provocación precedente. Esta posibilidad, sostenida por la teoría de la *actio illicita in causa*, requiere, a mi juicio, que el resultado se siga considerando ilícito y que quepa una imputación del mismo en términos ordinarios: que la provocación y el resultado, en atención a lo previsto en los tipos, puedan representar el desvalor de acción y el desvalor del resultado del delito que concorra. Esto, que puede ser defendido, con limitaciones, en el ámbito de las causas de justificación, resulta imposible en estos casos. Pues si la mujer aborta al amparo de lo establecido en el 417 bis, no encontramos un delito en el que poder subsumir su conducta, pues el artículo 145.2 sólo considera típica la conducta de la mujer que consiente que le practiquen un aborto «fuera de los casos permitidos por la ley».

IV. CONCLUSIONES: A FAVOR DE LA SOLUCIÓN DEL PLAZO

De lo expuesto hasta aquí, entiendo que se pueden obtener las siguientes conclusiones.

1. Las indicaciones no representan manifestaciones concretas de ninguna de las causas de justificación recogidas como eximentes genéricas. Por tanto, hay que negar relación de especialidad alguna, y con ello descartar, por un lado, que en la aplicación de las indicaciones haya que revisar los requisitos contenidos en las eximentes y, por otro, que dichas indicaciones tengan efecto oclusivo sobre la posibilidad de apreciar alguna de las eximentes (para situaciones materialmente similares o en el caso de que falten alguno de los requisitos exigidos en el artículo 417 bis).

2. Las indicaciones, tal y como están formuladas, representan causas de atipicidad, que se inspiran en principios similares a los que presiden el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho o el ejercicio legítimo de una profesión. En estos dos últimos casos, esa conexión sólo se refleja en la conducta de la embarazada o del personal sanitario (incluido el médico), respectivamente. Y en estos dos últimos casos, cobra especial relevancia la determinación de la «legitimidad del ejercicio» a través de la interpretación de los requisitos para la exención, en conexión con las exigencias derivadas de los valores constitucionales (56).

(56) En aquellos casos en los que falten alguno o algunos de los requisitos contenidos en el artículo 417 bis, la solución ha de ser diversa, en atención a las distintas situaciones que pueden presentarse. Si lo que falta es la situación de conflicto expresamente reconocida en la indicación, sería imposible llegar a la exención de la responsabilidad a través del mencionado precepto. De igual modo, tampoco sería posible acudir a las eximentes genéricas de ejercicio legítimo de un derecho o ejercicio legítimo de la profesión (para amparar la conducta de la embarazada o del médico, respectivamente). Sin embargo, nada impide que pueda ser apreciada, ya sea de forma completa, ya sea incompleta, la eximente de estado de necesidad, cuando se plantee un conflicto de intereses similar a los reflejados en las indicaciones (que refleje una colisión entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la mujer a la libertad, la dignidad y la intimidad) y en su resolución se sigan los requisitos del artículo 20.5.º. En el caso en que concurra la situación de conflicto, pero falte alguno de los denominados requisitos «formales», entonces es preciso diferenciar entre las conductas del médico o la embarazada. Con relación a la embarazada, si faltan sólo los dictámenes o la práctica en centro sanitario acreditado, entonces su conducta será atípica, ya que el artículo 417 bis 2 declara no punible la conducta de la embarazada en estos casos (y, como se indica en el texto, entiendo que el art. 417 bis recoge causas de atipicidad). No obstante, si lo que falta es el requisito de intervención médica, pero subsiste

3. En esta determinación es cuando el sistema de las indicaciones se evidencia como inapropiado para delimitar adecuadamente el ámbito de licitud de las prácticas abortivas. Pues poco tiene que ver con el valor de los intereses constitucionales en juego que el conflicto sea fruto de un acto sexual impuesto, y mucho menos que la licitud se haga depender de una denuncia que puede resultar lesiva de otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad. Tampoco se alcanza a explicar suficientemente por qué el derecho de la mujer a decidir libremente sobre aspectos esenciales en su proyecto vital sólo debe ser tenido en cuenta, además de los casos antes indicados, cuando se presuman las graves taras físicas o psíquicas en el feto (57).

Si esto es así, el sistema de las indicaciones, que limita y enmascara el conflicto real que subyace en las situaciones de embarazo no

la situación de conflicto, creo que cabe apreciar en la embarazada las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho y de estado de necesidad (en concurso, que habrá que resolver aplicando aquélla que mejor se adapte a las características concretas del caso). En el caso del médico, la ausencia de dictámenes o centro acreditado impide la apreciación, en mi opinión, tanto del 417 bis como de la eximente genérica de ejercicio legítimo de la profesión, pero puede ser aplicado el estado de necesidad completo o incompleto, dependiendo de la situación concreta. Con relación al tercero que practica el aborto, su conducta no puede estar amparada ni por el 417 bis ni por el 20.7.º (ejercicio legítimo de la profesión o del derecho) y sólo cabría la posibilidad del estado de necesidad genérico. Con relación a los partícipes en alguno de los comportamientos descritos, en tanto en cuanto todas las actuaciones queden cubiertas por una causa de atipicidad o de justificación, de igual modo su conducta deberá quedar impune (en aplicación del principio de accesoriidad limitada). Sin embargo, si la acción del autor es antijurídica (a pesar de la atenuación), también cabrá la punibilidad de los partícipes.

(57) Las dificultades existentes a la hora de determinar el fundamento de la exención en la indicación eugenésica ha llevado a soluciones que no consiguen explicar de modo suficiente, a mi juicio, por qué en estos casos prevalecen los intereses de la mujer. Algunos autores han creído que esta indicación no es más que una manifestación específica de la indicación terapéutica, y que lo que se está protegiendo es la salud psíquica de la embarazada (en este sentido, ARROYO ZAPATERO, «La indicación eugenésica», *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, RFDUC, número monográfico 11, pp. 57 y ss.; REVIRIEGO PICÓN, *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*, Madrid, 1998, edit. Dyckinson, pp. 59 y ss.). DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, ha puesto el acento en la deficiente «calidad de vida» que habrá de soportar el nacido con graves taras (cfr. «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 177 y ss.). Por supuesto, también se ha recurrido en estos casos a la «inexigibilidad», en el sentido de no imponer semejante carga a la mujer (en este sentido, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual PE*, 1994, p. 138; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 351 y ss.), criterio que parece encontrar apoyo en la STC de 11 de abril de 1985. Sin embargo, como pone de relieve LAURENZO COPELLO (cfr. *El aborto no punible*, 1990, p. 137), en esta indicación se recoge esencialmente el conflicto que tiene lugar en todos los casos de aborto consentido: entre el derecho de la libertad de la mujer y la vida del *nasciturus*.

deseado, introduciendo en la valoración de los intereses elementos que generan distorsión (como la «culpa» en el origen del conflicto) no puede resultar adecuado, desde su propia «ratio», para responder a las demandas de la sociedad en torno a una cuestión de tanta trascendencia. Desde un punto de vista de *lege ferenda*, lo más apropiado, en mi opinión, es sostener su sustitución por la solución del plazo, ya que parece ser la única que parece respetar de manera adecuada todos los intereses involucrados en el conflicto.

De esta manera, la práctica del aborto en un plazo razonable supondría el reconocimiento jurídico, puesto que el social parece haber sido ya otorgado, de la necesidad de que la mujer pueda ejercer sus derechos a la libertad y la intimidad de manera digna, cuando éstos preponderan o al menos resultan equivalentes al interés vida humana en formación. Sólo así se evitarían, en mi opinión, las negativas consecuencias de injusticia y desigualdad que, como se vio al principio de este trabajo, se derivan del sistema limitado de las indicaciones.

