

LA LEGALIZACION DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO *

AGUSTIN MOTILLA

Universidad de Alcalá de Henares

Los problemas de sexualidad, de fecundidad y reproducción humana constituyen centros de preocupación y de polémica de la sociedad occidental. Entre ellos el aborto se sitúa en el ojo del huracán del debate social. Y esta preeminente posición en la lucha de ideologías y creencias, concepciones éticas y morales contrapuestas, casi siempre antagónicas, se comprende si reflexionamos sobre los factores que confluyen en la problemática del aborto. En primer lugar los bienes en liza, cuya importancia ontológica es reconocida por todos los ordenamientos cimentados en la defensa de los derechos humanos. En segundo los mecanismos jurídicos históricamente adoptados para la protección de tales bienes. Su aplicación a un supuesto concreto puede conducir a la situación, sin duda dramática en la extremosidad de su dilema, que recaiga condena penal sobre la persona o se vea no sólo libre de cualquier castigo, sino apoyada materialmente en su decisión de «interrumpir el embarazo» —utilizando la expresión normal en las recientes leyes despenalizadoras para designar al aborto—.

Considero conveniente fijar el punto de partida de esta exposición en las concepciones religiosas en torno al aborto¹ y su influencia en las medidas legislativas de estos dos últimos siglos. La elección no es gratuita. Creo que, en cierta medida, la polémica sobre el aborto es un reflejo más, tal vez el último, de las tensiones y contradicciones del proceso de secularización del poder político que caracteriza la historia en su etapa moderna y contemporánea. El momento *a quo* son, pues, los criterios confesionales subyacentes que, por su aceptación social, se traslucen en las

* Texto revisado de la conferencia dictada en el Curso «Derecho a la vida» el 23 de julio de 1992 en Aguadulce (Almería), celebrado en el marco de los Cursos de Verano que organiza la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Una exposición sintética de las posiciones de distintas confesiones religiosas frente al aborto, vid. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna 1989, págs 256 y sigs.

políticas legislativas. Tanto el cristianismo como el mundo musulmán² protegen —por encima de los matices históricos o teológicos de las distintas escuelas o iglesias— la vida del no nacido desde su concepción, momento en que fijan la intervención divina. La importancia de la nueva vida formada en el seno materno para estas religiones induce a que los ordenamientos sensibles a sus concepciones teológicas y morales tutelen al *nasciturus* por los cauces del Derecho Penal. El interés preponderante de la vida del feto hace que se penalice la realización de todo aborto, con la única excepción de aquel llevado a cabo para salvar la vida de la madre —el aborto terapéutico en sentido estricto—. Bien declarando expresamente su licitud —el supuesto más corriente en los Códigos Penales vigentes en la mayoría de los países musulmanes— o llegando al mismo resultado, pero a través de la aplicación jurisprudencial de la eximente de estado de necesidad. Tan sólo las religiones budista y sintoísta, con influencia social y política en el extremo oriente, son secularmente permisivas en la práctica de abortos.

La historia de las medidas legislativas en torno al aborto se circunscriben, en nuestro ámbito cultural conformado en la tradición judeocristiana, a su tratamiento penal. Secularmente el aborto se incluye como delito tipificado en la mayor parte de los Códigos Penales occidentales de los siglos XIX y XX, con el carácter prácticamente absoluto que quedó expresado. Factores complejos y de diversa índole entre los que cabe reseñar el avance de la medicina en esta materia, la exaltación de la libertad humana, la permisividad sexual, la participación de la mujer en la vida social en condiciones similares a las del hombre o la preocupación por la calidad material de vida de los individuos y las familias, han influido en los legisladores nacionales abriendo un proceso de despenalización del aborto³. Este proceso, principalmente desde la segunda mitad del presente siglo, se extiende con rapidez en los distintos sistemas jurídicos, por encima de diferencias políticas y religiosas.

¿Cuáles son las circunstancias que fundamentan soluciones tan dispares como la incriminación del aborto o, en el otro extremo, su completa liberalización? Contestar esta pregunta llevaría a una reflexión compleja en sus fuentes, y aún más en sus conclusiones, sobre los fundamentos filosóficos, teológicos, antropológicos o éticos —por citar alguna de las perspectivas—, que sin duda desviaría el objeto que se desprende del título del trabajo. Una vez más el Derecho es instrumento directo de ese ámbito que Kelsen llamará «metajurídico», en el que existe y evoluciona la axiología social dominante. Las soluciones adoptadas frente al problema del aborto pasarán irremediabilmente por cristalizar en opciones legis-

² Vid. al respecto, TRILLO FIGUEROA, «La legalización del aborto en el Derecho Comparado», en AA.VV., *En defensa de la vida*, Madrid 1987, págs. 105 y sigs., 133 y sigs.

³ Así, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 7.^a ed., Valencia, 1988, pág. 78.

lativas, cambiantes en función de las ideas filosóficas y las condiciones de vida.

Naturalmente la legislación sobre el aborto depende de los valores o las directrices de actuación que informan el orden político. La posición de la persona en el ordenamiento, su primacía o subordinación a los intereses colectivos, el concepto de vida humana y su protección, los fines y marco de desenvolvimiento del poder público, determinarán, en sustancia, la regulación legal del aborto.

Dentro de los Derechos «laicos o seculares» —permítaseme la denominación— encontramos una opción alejada del valor «defensa de la persona» —ya sea la madre o el niño no nacido— en los Estados de inspiración socialista⁴. El problema del aborto no se plantea desde una perspectiva ética o de reflexión sobre el valor de la vida y los otros bienes o derechos puestos en conflicto en el estado de gestación de la mujer. Digamos que la discusión teórica rebaja su nivel, se devalúa la cuestión hasta convertirla en una técnica de control de la política demográfica según la coyuntura económica y política del país. La flexibilidad o la rigidez de la legislación sobre el aborto depende, en última instancia, de factores socio-económicos como el índice de natalidad, la población activa o el desempleo. Ejemplo de ello fue la normativa de la extinta Unión Soviética, modelo de otros Estados socialistas. Ya en 1920, la U.R.S.S. se adelantó a instaurar la libertad en la interrupción voluntaria del embarazo, declarando no punible el aborto realizado, con consentimiento de la mujer, por un médico en un centro asistencial. Sin embargo, en 1936, y ante la progresión alarmante del número de abortos, que afectaban las previsiones demográficas del Gobierno central, se dio marcha atrás promulgando una ley que proscribía el aborto por demanda, limitándolo a los casos en que concurriera la indicación terapéutica. Aunque andando el tiempo, en 1955, se volviera al sistema de simple demanda. Otros países de la órbita socialista en el pasado o en el presente admiten, en general, un reconocimiento amplio del aborto, bien por el sistema de plazos —China, Corea, Vietnam—, o el de indicaciones —Polonia, Checoslovaquia, Hungría o Rumanía—.

En los Estados de sistema político democrático-pluralista, que asumen en sus ordenamientos la defensa de los derechos humanos como valor axiológico, límite y, a la vez, directriz en la actuación del poder público, se da un proceso similar a los países socialistas en la ampliación de los supuestos reconocidos como abortos lícitos, pero fundamentado en argumentos éticos y jurídicos del todo distintos. Es más, incluso algunas leyes

⁴ Sobre la legislación en torno al aborto en éstos, vid., entre otros, LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976, págs. 50 y sigs.; TRILLO FIGUEROA, «La legalización...», *cit.*, págs. 122 y sigs.; GARCÍA VITORIA, «El delito de aborto consentido, a la luz de las legislaciones actuales», en *Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales*, 35 (1981), págs. 502 y sigs.

despenalizadoras de la interrupción del embarazo, como la promulgada en Italia el 22 de mayo de 1978, declaran expresamente que «la interrupción del embarazo no es medio para el control de los nacimientos» (art. 1). El marco de la despenalización del aborto se discute en torno a la interpretación de la inspiración netamente personalista que caracteriza su sistema constitucional. La defensa de la vida del concebido no nacido, los derechos a la vida, a la salud, a la libertad o a la dignidad de la mujer embarazada, son valores cuya protección se plantea conjuntamente. El problema de orden constitucional surge cuando la protección absoluta de la vida dependiente del *nasciturus*, por emplear un término clásico desde el Derecho Romano, entra en conflicto con otros bienes jurídicos que el ordenamiento reconoce igualmente a la mujer —en un arco que va desde los sustanciales derechos a la vida o la salud, hasta la más genérica libertad de actuación en la esfera privada⁵—. El derecho a la vida del feto se enfrenta irremediablemente con la libertad de la mujer que decide abortar, cualesquiera que sea la causa en que se basa su determinación. Según se haga prevalecer el valor «vida» sobre el valor «libertad» o viceversa, la solución legislativa primará la defensa del no nacido o la decisión de la mujer en estado. Lo comprobaremos en el análisis de las sentencias del Tribunal constitucional de dos diferentes países, Estados Unidos y Alemania, que, partiendo de premisas igualmente personalistas en el sentido de estar argumentadas en base a los derechos individuales en juego, llegan a conclusiones diametralmente contrarias. Ambas han tenido una enorme influencia en la orientación del proceso de despenalización del aborto en otros países del mismo entorno cultural.

Hasta la famosa decisión *Roe v. Wade* del Tribunal Supremo de los EE.UU.⁶, dictada en 1973, los distintos Estados de la Unión regulan con criterios muy diferentes el aborto. Coexisten legislaciones que van desde la penalización absoluta —especialmente en los Estados del centro y del sur, a lo largo del territorio que ocupa el llamado «cinturón de la Biblia»—, hasta amplios márgenes para el aborto voluntario —como en Nueva York, Washington, Alaska y Hawái—. En *Roe* la Corte Suprema se plantea el caso de la constitucionalidad de las leyes de Texas que sólo permiten el aborto para salvar la vida de la madre. Jane Roe —seudónimo de la demandante— es una camarera soltera que al quedar embarazada, solicita le sea realizado el aborto en Texas al no tener recursos

⁵ En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., págs. 77-78.

⁶ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano en torno al aborto, vid. entre otros, los siguientes trabajos: HERRMAN, «La Suprema Corti degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2 (1974), págs. 377-386; BOGNETTI, «Esperienze straniere: la libertà di abortire. Diritto della donna costituzionalmente garantito», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* (1974), págs. 8-56. Para la consulta de los textos de las sentencias más relevantes, *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali. USA, Austria, Francia, e Repubblica Federale Tedesca*, Milano 1976, págs. 2 y sigs.

económicos para proceder al aborto legal en otro Estado. Naturalmente en base a los estatutos de Texas y al no alegarse peligro de la vida de la madre, la demanda fue rechazada en las instancias y recursos correspondientes. Roe acude a la Corte Suprema y ésta decide el caso el 23 de enero de 1973, una vez que Roe, sujeto paciente como otros tantos de las dilaciones judiciales, ha tenido a su hijo en feliz parto. El juez Blakmun, ponente de la causa, se pregunta tanto por la existencia constitucional del derecho a la vida del concebido como por el derecho de la madre a abortar. La decisión de la causa se construye casi exclusivamente alrededor de este segundo derecho. El derecho a decidir libremente el aborto tiene su fundamento legal en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, que proclama el derecho a la privacidad («right of privacy») o limitación del Estado en aquellas cuestiones en materia de procreación, familia, etc., que pertenecen al ámbito de libertad individual. Como todo derecho, también éste tiene ciertos límites, los cuales facultan al Estado a intervenir cuando se deriva algún peligro para un «interés estatal apremiante». Ello sucede tras al tercer mes del embarazo, plazo a partir del cual se estima que aumenta el peligro de la mujer en la realización del aborto, y en donde el Estado podrá regular los procesos abortistas en la medida en que lo justifique la protección de la salud de la madre.

¿Y cuál es la actitud de la Corte respecto a la vida del *nasciturus*? En esta cuestión, evidentemente trascendental en el caso, no deja de causar perplejidad la argumentación y la conclusión final de la sentencia. Por un lado, Blakmun y los demás miembros de la Corte por adhesión, renuncian a pronunciarse sobre el inicio de la vida, problema que reenvían a las discusiones médicas, filosóficas o teológicas. Pero por otro se ven obligados a fijar el momento jurídicamente relevante de protección del no nacido, que determinan, alegando la regulación tradicional en el «Common Law», cuando el feto es capaz de tener vida plena independiente de la madre, hacia el séptimo mes de gestación. A partir de este momento también existe un «interés apremiante» del Estado que le faculta a intervenir para proteger la vida del *nasciturus*, incluso prohibiendo el aborto salvo en el supuesto de peligro para la vida de la madre.

Tras *Roe v. Wade* queda legitimado el aborto voluntario totalmente libre en los tres primeros meses y con mínimos requisitos desde el tercer y hasta el séptimo mes. En este último período de tiempo la Corte Suprema ha insistido en el fundamento del aborto como derecho de la mujer sólo dependiente de su libre decisión, declarando inconstitucional, por ejemplo en la sentencia *Doe-Bolton*, la regulación del Estado de Georgia que prescribía la ejecución de la interrupción en un hospital autorizado y la aprobación de la misma por dos médicos y una comisión del hospital constituida a tal efecto. Los Estados han ido adaptando su legislación a la doctrina iniciada en *Roe v. Wade*, sin que ello hiciera disminuir,

más al contrario, la polémica social, principalmente alentada por el número de abortos que sigue ascendiendo imparablemente. Al hilo que se escriben estas líneas, la nueva composición de la Corte ha propiciado un cambio de rumbo respecto a la doctrina Roe. En la reciente sentencia *Planned Parenthood v. Casey*, de 30 de junio de 1992, el Tribunal ha admitido ciertas limitaciones en los tres primeros meses del embarazo —entre ellas un plazo de reflexión de veinticuatro horas antes de abortar, el consentimiento de los padres en caso de minoría de edad de la mujer, e información del médico sobre otras opciones—, considerando que el Estado posee también en ese período un interés en la vida de los ciudadanos potenciales. Al juicio de la Corte llegarán otras iniciativas legales de Estados como Luisiana y Utah que pretenden la revocación de la legalización del aborto. La nueva mayoría conservadora puede significar el fin de Roe.

El sistema de plazos consolidado hasta las fechas presentes o, con mayor exactitud, hasta junio del año pasado en la experiencia legislativa norteamericana, por el cual se permite el aborto a petición de la mujer y sin más requisitos que los que aseguren la viabilidad de la operación sin riesgo para la madre en un período de tiempo que suele oscilar de las doce primeras semanas de la gestación hasta el séptimo mes, es igualmente reconocido en países como Suecia, Dinamarca, Finlandia, Austria, Japón o La India, e influye indirectamente en algunos Estados que acogen el sistema de indicaciones. Ni que decir tiene, conviene subrayarlo, que durante el mismo tiempo el *nasciturus* queda totalmente carente de protección legal.

En este sistema de plazos se basaba la Ley de 18 de junio de 1974 modificativa del Código Penal alemán en materia de aborto, promovida por la socialdemocracia con apoyo de los liberales, que permitían el aborto libre en las primeras doce semanas de gestación. La constitucionalidad de la Ley es juzgada por el Tribunal Constitucional, quien en febrero de 1975 dicta una sentencia que modificará el rumbo de la despenalización del aborto en ese país⁷. La relevancia de la sentencia traspasa las fronteras alemanas, e influye en el proceso legislativo en torno a la interrupción del embarazo de otras naciones. Es, por ejemplo, obvio el ascendiente sobre la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, en donde se cita expresamente.

En la sentencia de 1975 la Corte de Karlsruhe parte de un fundamento que vimos quedaba en segundo plano en *Roe v. Wade*. La vida que se desarrolla en el seno materno es tutelada por el artículo 2.2 de la Ley Fundamental. Su naturaleza de bien jurídico constitucional obliga al

⁷ Sobre la situación del aborto en Alemania antes y después de la sentencia, vid., entre otros, GÖSSEL, «La reforma del delito de aborto en Alemania», en *Cuadernos de política criminal*, 4 (1978), págs. 137-143. La sentencia de 1975 puede consultarse en *L'aborto...*, cit., págs. 179 y sigs.

Estado a protegerla y favorecerla incluso utilizando los mecanismos del Derecho Penal. ¿Pero cuándo se entiende que comienza la vida y, por tanto, la tutela pública de ella? El Tribunal es categórico al respecto. «La vida en el sentido de la existencia histórica de un individuo humano —declara— comienza, según seguro conocimiento biológico, a partir del decimocuarto día de la concepción, con la anidación del óvulo fecundado en el claustro materno. Momento a partir del cual comienza un desenvolvimiento continuo y sin cortes radicales a través de los distintos estadios del desarrollo». No pueden tomarse en cuenta, por tanto, plazos para la realización de abortos voluntarios.

Fijado el momento —que no deja de ser un nuevo reenvío que realiza el Derecho a la cuestión metajurídica del origen de la vida, con un resultado distinto a *Roe v. Wade*—, la Corte procederá a establecer una jerarquización de los valores en juego. No duda que la protección del *nasciturus* puede entrar en conflicto con otros derechos constitucionalmente garantizados de la mujer. Y que estos intereses en conflicto se presentan en la cuestión del aborto como insolubles, desde el instante que la interrupción del embarazo significa siempre la anulación de la vida del feto de la gestante. Ante el dilema el Tribunal declara preferente la vida del no nacido, que representa en el orden constitucional un valor supremo, base de la dignidad humana y fundamento de los otros derechos fundamentales.

Sin embargo, enfrentada la Corte ante el problema de la incriminación del aborto voluntario, considera no punible supuestos en que, por la peculiar situación de la mujer embarazada, de obligarle a continuar la gestación derivarían posibles daños a su vida, salud o circunstancias familiares o sociales, creando un conflicto de tal gravedad que no es razonable exigirle penalmente la continuación del embarazo. La doctrina de la «inexigibilidad» alegada por el Tribunal de Karlsruhe, que entronca con el tradicional «estado de necesidad» como eximente que faculta a sacrificar un bien jurídico por otro cuando es la única solución posible y ambos bienes son proporcionados, conduce a considerar constitucional el llamado sistema de indicaciones o de despenalización del aborto en casos excepcionales. En concreto la sentencia alude a la legitimidad de las indicaciones terapéutica y social.

En aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana se dicta una nueva Ley en la que se excluye en la tipificación del delito de aborto del Código Penal los supuestos de realización por indicación terapéutica, ética, eugenésica y social, estas tres últimas dentro de ciertos límites temporales del embarazo. Recientemente, en junio de 1992, se ha aprobado una nueva Ley sobre el aborto basada en el sistema de plazos, que pretende unificar las legislaciones de la

Alemania Oriental y Occidental y que ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En Derecho Comparado es el sistema de indicaciones, combinado a veces con cierta relevancia hacia los plazos de gestación y admitiendo un mayor número de excepciones a la punibilidad, el que goza de una mayor extensión. La mayor parte de los países de América latina, en Europa occidental todos los países excepto los Escandinavos —que asumen un sistema de plazos— e Irlanda, donde se prohíbe sin excepción, algunos países de Europa oriental, como Polonia y Hungría, y otros de Africa y Asia, acogen en mayor o menor grado indicaciones terapéuticas, éticas, eugenésicas o sociales⁸.

No entraré en la definición de los cuatro grandes tipos de indicaciones⁹. Sí me fijaré en los problemas de interpretación y aplicación que plantean los distintos supuestos, al hilo de lo cual podremos ir desgranando las características más relevantes de algunas legislaciones de países europeos.

El fundamento que sustenta las indicaciones es, en general, el reconocimiento del valor constitucional de la vida del no nacido y su protección a través del Derecho Penal. Pero, como afirma la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 18 de febrero de 1975 en un caso de embarazo con peligro para la salud de la madre que abre el proceso de despenalización en ese país, «El interés constitucionalmente protegido del *nasciturus* puede colisionar con otros bienes tutelados en la Constitución; la ley no puede darle al primero una prevalencia absoluta, negando al segundo la adecuada protección»¹⁰. Nótese que siguiendo este razonamiento, al igual que en el supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, el principio supremo es el valor de la vida del feto cuya tutela penal cede en supuestos excepcionales, no ante un derecho a abortar de la mujer —que no existe constitucionalmente—, sino ante otros bienes como la vida, la salud, la dignidad o la posición social y familiar de ésta. Por tanto, las indicaciones han de ser interpretadas en sentido estricto y rodeadas de garantías a fin de verificar su existencia y gravedad —por eso

⁸ Vid. una sintética exposición de la legislación sobre el aborto en estos países en GARCÍA VITORIA, *El delito...*, cit., págs. 494 y sigs.; LANDROVE DÍAZ, *Política...*, cit., págs. 55 y sigs.; TRILLO FIGUEROA, *La legalización...*, cit., págs. 109 y sigs.

⁹ Vid. al respecto, LANDROVE DÍAZ, *Política...*, cit., págs. 55 y sigs., y más resumidamente, TRILLO FIGUEROA, *La legalización...*, cit., págs. 107-109.

¹⁰ Vid el texto de la referida sentencia en el «Apéndice» de *L'aborto...*, cit., págs. 327-329. Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en torno al aborto, vid., entre otros, D'ALESSIO, «Aborto nella prospettiva della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale* (1975), págs. 538 y sigs.; CHIOLA, «Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto», en *Giurisprudenza Costituzionale* (1975), págs. 1098 y sigs.; CRESPI, «L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte costituzionale» en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, II (1975), págs. 566 y sigs.; BOSCARELLI, «Corte Costituzionale e liberalizzazione dell'aborto», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, II (1975), págs. 469 y sigs.; BARTOLE, «Scelte di valore piú o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto», en *Giurisprudenza Costituzionale* (1975), págs. 2099 y sigs.

las legislaciones suelen añadir que el peligro a esos bienes sea real, grave y permanente—.

Sin embargo, en la práctica el sistema de indicaciones conduce a la cuasi-impunidad del aborto. Al no definirse exactamente los términos de cada supuesto en que se aprecia la especial necesidad de la mujer embarazada, se acaba dictaminando esas situaciones en la mayor parte de ellos. Veámolo según los tipos de las indicaciones.

La indicación terapéutica o médica constituye la más obvia y reconocida de todas. En su sentido más estricto, cuando se realiza el aborto para salvar la vida de la madre, incluso en legislaciones de países que no la contemplaban se llegaba a una idéntica solución a través de la eximente del estado de necesidad. La mayoría de los Estados europeos la reciben también en su perspectiva amplia o de protección de la salud de la madre, física e incluso psíquica. Así, la «Abortion Act» inglesa de 1967 habla de «riesgo de la vida o daño físico o mental a la salud de la madre», la Ley Veil, en Francia, de 1975, modificada en 1979, se refiere al «peligro a la salud o a la vida de la mujer», y la Ley italiana de 1978 al «peligro a la salud física o psíquica». Si consideramos que la Organización Mundial de la Salud ha definido ésta como un «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» y que eminentes psiquiatras han defendido que el mero hecho de llevar adelante una gestación no deseada puede provocar en la mujer desórdenes psíquico y somático¹¹, no cabe duda que queda abierta la vía al aborto voluntario libre, sólo pendiente del visto bueno de algún médico. Además, la generalidad de los términos ocasiona una diferencia en la interpretación y aplicación de la ley que genera una grave desigualdad e inseguridad jurídica. Detengámonos unos instantes en el legislación suiza. En la reforma del Código Penal de 1942 se recibe la excepción a la punición general del aborto del realizado con fines terapéuticos. En cantones de mayoría católica se ha aplicado estrictamente la legislación, siendo extremadamente raros los abortos autorizados. Sin embargo, en las grandes ciudades la cifra de abortos casi se duplica cada año, llegándose en Ginebra en 1951 a 2.500 abortos legales, trescientos casos más que el número de nacimientos. Sólo un cinco por ciento de las interrupciones del embarazo eran condenadas penalmente¹².

Un supuesto extremo en la inconcreción y dificultad de determinación de criterios objetivos que ayuden a especificar cuándo puede apreciarse dicha indicación como causa de justificación, de inexigibilidad o de estado de necesidad ante el aborto, lo representa la llamada social o

¹¹ Así se afirma, comentando el supuesto del Código Penal Suizo, en GRAVEN, «El problema jurídico del aborto y su solución en el Código Penal Suizo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 7 (1954), pág. 26.

¹² *Ibidem*, págs. 23-25.

económica¹³. La indicación social suele sustentarse en los problemas económicos que derivan para la mujer y el resto de los componentes de la familia del futuro nacimiento del hijo. En Derecho Comparado aparece por primera vez en el Código Penal Checoslovaco de 1957 y rápidamente se extiende por las legislaciones de otros países socialistas y de Europa occidental. En este último ámbito es recibida en la «Abortion Act» inglesa en términos sumamente amplios, puesto que se autoriza la interrupción del embarazo en aquellos supuestos en que de no producirse la misma se vea amenazado el bienestar de los hijos ya habidos. En Alemania la Ley de 1976 declara el aborto lícito en el supuesto genérico de que «se dirija a evitar una situación de necesidad de tal entidad que no pueda continuar el embarazo», sin especificar la naturaleza económica o social de la misma. Sí se mencionan expresamente éstas, por ejemplo, en la Ley italiana de 1978, que exime el aborto de toda incriminación cuando se justifica en condiciones económicas, sociales o familiares. La consciente generalidad e inconcreción del legislador llega a extremos de absoluta indeterminación en el caso de la Ley francesa de 1979, que permite el aborto a la mujer que se halle en una situación de angustia («detresse»)¹⁴ proveniente de su estado y antes de la decimosexta semana del embarazo.

Conceptos como «bienestar», «necesidad imperiosa», «condición económica o social», y no digamos «situación de angustia», pertenecen a las categorías jurídicas indeterminadas en las que ni siquiera cabe una concreción metajurídica que pueda ser recibida en la fase aplicativa del Derecho¹⁵. Se traslada, así, al ámbito del intérprete de la Ley —las comisiones que han de autorizar las peticiones de aborto o el juez en última instancia— la carga de la difícil y peligrosa tarea de decidir el sentido en su aplicación¹⁶. Pero es obvio que, si el legislador se ha inhibido en definir los márgenes conceptuales de una materia tan necesitada de delimitación como es la tipificación legal del delito penal, quien ha de aplicar la ley tampoco quiera cargar con la responsabilidad de la posible punición, e interprete en un sentido amplio esta causa de justificación. La consecuencia es evidente: casi todo aborto se convierte en lícito porque de alguna manera afecta a los recursos económicos familiares y al mantenimiento del resto de la prole. Es decir, estamos otra vez ante el aborto libre.

Parecidas conclusiones pueden deducirse de los otros dos modelos de

¹³ Al respecto, vid. LANDROVE DÍAZ, *Política...*, cit., págs. 87 y sigs.

¹⁴ En torno a tal concepto y, en general, a la Ley de 1979, vid. entre otros, FEUILLARD, «L'interruption volontaire de la grossesse dans le droit penal français», en AA.VV., *Interrupción voluntaria del embarazo y responsabilidad penal objetiva*. II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal, Avila, Alcalá de Henares 5-8 de junio de 1980, Avila 1981, págs. 67 y sigs.

¹⁵ Así, vid. LANDROVE DÍAZ, *Política...*, cit., pág. 94.

¹⁶ Cfr. COBO-VIVES, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia 1990, págs. 571.

indicaciones, las llamadas «ética o jurídica» y «eugenésica». Especialmente en esta última se evidencia la dificultad de cuantificar el riesgo de que el feto tenga defectos somáticos o psíquicos incurables, los distintos grados de morbilidad y la posibilidad de que dichos defectos sean compatibles con intervalos de vida normal¹⁷. Las legislaciones, nuevamente, no ayudan a despejar estas importantes incógnitas. Los médicos deben arrosar la responsabilidad de declarar en cada caso las enfermedades o malformaciones que justifiquen la interrupción del embarazo. No es extraño, dicho entre paréntesis, que esta trascendental responsabilidad que les hace asumir la ley, ajena en sus consecuencias al objetivo de su vocación, ocasione un gran número de objeciones de conciencia¹⁸.

Algunas legislaciones, tal vez conscientes de la ambigüedad en la regulación de las excepciones a la punibilidad del aborto, intentan garantizar la verosimilitud de las indicaciones admitidas mediante el cumplimiento de una serie de trámites previos. Así, en países como Suiza e Inglaterra se requiere el dictamen a favor del aborto de dos médicos, al que se suma en ocasiones una sucesiva autorización de una comisión constituida «ad hoc» en el hospital —tal es el caso de Alemania— o en la región correspondiente —Suiza—, o un certificado del Director del hospital —requisito que exige la Ley italiana en abortos realizados entre el tercer y sexto mes de gestación—. También es normal prescribir la realización de la interrupción del embarazo en hospitales de la seguridad pública o centros privados autorizados.

La ausencia de estas condiciones procedimentales durante determinados períodos de tiempo convierte en realidad el criterio legislativo de admisión del aborto en un auténtico sistema de plazos, aunque camuflado por la mención, con efectos más formales que sustanciales, de ciertas indicaciones. Por ejemplo, en Francia hasta la décima semana del embarazo la «situación de angustia de la mujer», causa del aborto lícito, sólo requiere una declaración del médico dirigida al director del hospital. O en los primeros noventa días la Ley italiana de 1976¹⁹ permite el aborto en los cuatro supuestos excepcionales únicamente con la autorización del denominado «consultor familiar» mediante certificado dirigido al hospital donde se llevará a cabo.

Quiero, por último, subrayar la contradicción que existe en determinados ordenamientos cuya regulación pretende ampliar, más allá del mero ámbito del Derecho Penal, la protección del no nacido, encomendando a determinados órganos la defensa de la continuación del embarazo de la mujer que desea abortar con excusa legal y, al mismo tiempo, posibili-

¹⁷ Vid. LANDROVE DÍAZ, *Política...*, cit., págs. 75-76.

¹⁸ En este sentido se pronuncian COBO-VIVES, *Derecho Penal...*, cit., pág. 571.

¹⁹ Sobre la regulación del aborto en el ordenamiento jurídico italiano, vid., entre otros, LARICCIA, *Coscienza...*, cit., págs. 240 y sigs.; NOVOLONE, «La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione italiana», en AA.VV., *Interrupción...*, cit., págs. 23-40.

tan, por la amplitud interpretativa de las causas de aborto lícito y el procedimiento puramente formal, el camino al aborto libre. El ejemplo más relevante en el sentido proteccionista del Derecho Comparado lo constituye la creación en la Ley italiana de la institución de los consultores familiares, quienes asisten a la mujer embarazada orientándola en las hipotéticas fórmulas para evitar su aborto. Pero también en la legislación francesa se impone al médico la obligación de informar a las gestantes de las posibilidades de adopción del niño, además de otras cuestiones relacionadas con su voluntad de abortar.

El problema del aborto refleja de manera radical no sólo las concepciones éticas y morales que coexisten en la sociedad pluralista. En el ámbito estrictamente jurídico las soluciones legales someten a su máxima tensión el juego de los distintos bienes jurídicos tutelados constitucionalmente. El principio general de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos en conflicto no siempre puede realizarse, y las legislaciones suelen inclinarse por jerarquizar los valores y proteger el interés preferente. En aquellos, como nuestro Derecho, que optan por garantizar preferentemente la vida del *nasciturus* por medios penales admitiendo mayores o menores excepciones en su punibilidad, se constata en la aplicación práctica de los distintos supuestos un peligroso deslizamiento hacia el aborto libre dentro de ciertos plazos.

La continua transformación que caracteriza a la sociedad actual tanto en su ámbito nacional como internacional, hace impredecible el futuro de un tema tan candente y objeto de apasionamiento como el del aborto. Pero lo que sí parece demostrar la experiencia es que, si partimos del principio de protección de la vida humana, las medidas penales se demuestran insuficientes. Es necesario complementarlas con una adecuada educación sexual e información sobre utilización de medios anticonceptivos. En este sentido, terminaremos con las palabras de un penalista alemán, GÖSSEL: «Me da la impresión que el legislador, tras abandonar la inmovilidad reaccionaria tradicional, se ha visto obligado por las circunstancias y por la presión de una batalla ideológica mal planteada a tomar una decisión político-criminal, quizás conveniente, pero demasiado unilateral, dejando a un lado otros criterios, también necesarios, para conseguir una solución justa del problema»²⁰.

²⁰ GÖSSEL, *La reforma...*, cit., pág. 143.