

*EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
POSTERIOR A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE EL ABORTO
(STC 53/1985, DE 11 DE ABRIL).*

*Ángeles López Moreno
Carmen María García Miranda
José Antonio Seoane Rodríguez*

I. LEY ORGÁNICA 9/1985, DE 5 DE JULIO

Con posterioridad a que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 declarase contraria a la Constitución Española el Proyecto de Ley Orgánica de "reforma" del art. 417 bis del Código Penal, se produce por Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, la incorporación del mencionado precepto al texto del Código Penal, que establece tres supuestos de aborto no punible. Al igual que en el Proyecto rechazado, la regulación propuesta por esta Ley Orgánica 9/1985 sigue el denominado "sistema de indicaciones". Las tres excepciones a la punibilidad del aborto, que sigue siendo la regla general, pueden considerarse causas de justificación específicas que excluyen la responsabilidad penal en los concretos supuestos previstos.

Este es el texto incorporado al Código Penal por Ley Orgánica 9/1985:

Art. 417 bis¹: "No será punible el aborto practicado por un médico, **o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado** y con consentimiento *expreso* de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1^a Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiera sido denunciado.

3^a Que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, **expresado con anterioridad a la práctica del aborto**, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o esta-

1. Las palabras que aparecen en **negrita** son las que introducen alguna modificación con respecto al texto del Proyecto declarado inconstitucional.

blecimiento público o privado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

Analizaremos a continuación el vigente texto del art. 417 bis, señalando las diferencias existentes con el Proyecto presentado (y declarado inconstitucional).

El párrafo primero del nº 1 del art. 417 bis recoge los requisitos comunes a todas las indicaciones. Son los siguientes:

a) Que sea practicado "por un médico, o bajo su dirección". (En el texto del Proyecto decía: Que sea practicado "por un médico").

Del tenor literal pudiera deducirse que tal médico no ha de ser forzosamente un especialista (en Ginecología u Obstetricia). No obstante consideramos que, dada la trascendencia de estas intervenciones, hubiera sido más oportuna la exigencia de un especialista.

La inclusión de la mención "bajo su dirección" ha de entenderse en el sentido de que la responsabilidad de la intervención recae necesariamente sobre un facultativo, aunque no sea él quien realice personalmente los actos de la misma.

b) "Que se practique en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado".

La aparición de este segundo requisito, ausente en el Proyecto, viene motivada por la recomendación de la Sentencia del Tribunal Constitucional. Las condiciones mínimas que debe reunir un centro para su acreditación las hemos de buscar en el Real Decreto 2409/86, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

c) "Consentimiento expreso de la mujer embarazada".

En el Proyecto no se exigía el carácter expreso del consentimiento, se aludía a éste de manera general. La exigencia de tal carácter incorporada al texto definitivo merece ser valorada posi-

vamente, por cuanto supone una mayor garantía de la anuencia de la embarazada ante la interrupción de su embarazo.

La correcta formación de este consentimiento requiere una información suficiente de las exigencias y consecuencias de la intervención. El capítulo III, en especial el art. 9 del Real Decreto 2409/86 regula estas exigencias. Pese a la no indicación de este párrafo, ha de entenderse que el consentimiento ha de ser prestado con anterioridad a la práctica del aborto.

La capacidad para prestar el consentimiento supone la condición de imputable de la mujer que lo presta, pudiendo, en caso de incapacidad, ser sustituido dicho consentimiento por el de sus representantes legales.

d) "Existencia de conflicto de intereses". Este requisito supone la concurrencia de alguna de las indicaciones previstas que trataremos seguidamente:

1^a) Indicación terapéutica. El texto vigente distingue "salud física o psíquica", algo que no hacía el Proyecto. Creemos que no pasa de ser un mero añadido gramatical, pues el término "salud", y así lo define la O.M.S., comprende a ambas, física y psíquica.

La indefinición y la vaguedad del término "salud" podrían ampliar en exceso los límites de la exención de esta indicación. No obstante, la exigencia de la "gravedad" del mal permite acotar las situaciones en que efectivamente se produzca, reduciéndolas a aquéllas en que se compruebe la existencia del peligro. Intentando paliar esta circunstancia, el Tribunal Constitucional ofrece un concepto de gravedad en su Sentencia 53/85: "Un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento".

Hay que destacar la importancia de los dos incisos que se añaden al Proyecto en la redacción del Código Penal:

— el primero refuerza las garantías de verificación del supuesto, al añadir al texto del Proyecto "que conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la

especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto".

El dictamen ha de ser emitido por un especialista en la enfermedad que provoca el peligro en la vida o salud de la mujer. Por imperativo legal ha de ser distinto de quien practique el aborto, que como ya hemos indicado, creemos que debe ser un médico especialista en Ginecología u Obstetricia.

— el segundo inciso añadido regula el supuesto extraordinario de urgencia por riesgo vital para la gestante. En él la Ley permite prescindir de dos de las exigencias requeridas en todo aborto terapéutico: dictamen y consentimiento expreso.

Es en este caso donde mejor se aprecia el paralelismo entre estos supuestos despenalizadores y la circunstancia eximente de estado de necesidad (art. 8.7 C.P.).

Este precepto no quiere significar que no se requiera consentimiento alguno, sino que el consentimiento necesario en este caso es el consentimiento presunto de la embarazada.

2ª) Indicación criminológica. El texto vigente reproduce literalmente la redacción del supuesto contenido en el Proyecto declarado inconstitucional. El reforzamiento de las garantías exigidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional se cumple mediante la aplicación de los requisitos comunes del párrafo inicial del precepto a los que ya hemos hecho referencia.

Para poder apreciar la concurrencia de la presente indicación han de cumplirse, además, tres específicos requisitos:

a) "Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación del art. 429".

El aspecto más criticable de esta indicación es la exclusión de otras conductas delictivas atentatorias contra la libertad sexual de la mujer: estupro, incesto e inseminación artificial no consentida.

b) Plazo: "Doce primeras semanas de la gestación".

Es, dentro de los existentes para la realización del aborto, el más reducido, debido a la naturaleza de la indicación. (Los avances

científicos permiten averiguar dentro de dicho plazo la existencia o no del embarazo).

c) Denuncia. Aunque la ley no lo consigne expresamente, se entiende que la denuncia ha de interponerse con anterioridad a la práctica del aborto.

La mera presentación de la denuncia, con independencia de la posible condena —esto es, prospere o no—, es considerada suficiente para el cumplimiento del requisito, pues lo que se exige es que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación. (De no ocurrir así perdería su razón de ser esta indicación).

3^a) Indicación eugenésica. Comienza la indicación de este modo: "Que se presuma...", frente a la opción que proponía el Proyecto: "que sea probable...". Quizás sea una cuestión menor, pero a nuestro parecer la nueva redacción implica un mayor grado de certeza, dentro de la indefinición, que la mera probabilidad.

Se simplifica la redacción del precepto al reducir en el vigente "que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen", a la simple y suficiente mención de "el dictamen".

En tercer lugar, a la garantía ya prevista en el texto del Proyecto y trasladada al texto vigente: "Que el dictamen sea emitido por dos especialistas", añade la exigencia de que estos especialistas lo sean "de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto". (Habiendo de atenderse en este caso a lo dispuesto en el Real Decreto 2409/1986).

A todo ello ha de unirse la observación de los requisitos comunes del art. 417 bis párrafo primero, ausentes en el Proyecto, así como que la práctica del aborto se realice dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. El legislador considera que éste es el período necesario para obtener un dictamen serio sobre las posibles malformaciones.

Tanto en esta indicación como en la denominada indicación ética, el transcurso del plazo legal (22 y 12 semanas respectivamente) no obsta para que, apreciando un grave peligro para la

salud psíquica de la embarazada, pueda incluirse dentro del primer supuesto (aborto terapéutico).

El art. 417 bis, introducido por Ley Orgánica 9/1985, incluye un nº 2 ausente en el Proyecto: "En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos". Según él, la ausencia de determinados requisitos exigidos en el número anterior no determinaría la punibilidad de la conducta de la mujer, pues la preocupación del legislador le encamina a garantizar las conductas de los profesionales que practican el aborto (dictamen, establecimiento sanitario...), y no las de las mujeres embarazadas, quienes resultarían igualmente exentas de responsabilidad penal en caso de inobservancia de tales garantías.

Esto es lo que manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional al afirmar que el fundamento de este precepto es "el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer".

II. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 1992

El último antecedente legislativo conocido al que haremos referencia es el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, remitido al Congreso de los Diputados con fecha de 11 de septiembre de 1992, Proyecto que no ha sido discutido ni aprobado hasta hoy, por lo que continúa vigente la regulación introducida en el Código penal por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

La primera modificación relevante que detectamos en el Proyecto es la alteración, con respecto al Código Penal vigente, del

orden de los títulos que componen el Libro II "Delitos y sus penas". A diferencia del Código Penal vigente, el Proyecto comienza el Libro II con los delitos contra la vida, ocupando el aborto el Título II "Del aborto" (en el texto vigente el aborto está regulado en el Capítulo III del Título VIII). La inversión valorativa que esta alteración supone viene a hacer patente la consideración de la vida como máximo bien del hombre, y a establecer una jerarquización en la escala de valores, que se inicia con el individuo.

Las concretas razones que han impulsado al legislador a la redacción de un nuevo Código Penal nos las indica la Exposición de Motivos del Proyecto. Allí señala que en los delitos contra la vida incluye algunas modificaciones que el paso del tiempo y la realidad social española han impuesto. Estas modificaciones pretenden salir al paso de la incorrecta idea que predica la inmutabilidad de algunos bienes jurídicos, entre los que se cita precisamente la vida y la integridad, como si su contenido y modo de protección no fuesen susceptibles de reconsideración. "El derecho a una vida digna y en desarrollo de la intimidad, la obligación del Estado de ayudar a la realización del proyecto vital deseado" son los motivos que llevan al Proyecto a proponer una nueva tipificación de los delitos contra la vida y la integridad.

La regulación que propone el Proyecto en sustitución del art. 417 bis del vigente Código Penal para los supuestos despenalizadores del delito de aborto es la recogida en el art. 153²:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1^a Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y así conste

2. Las palabras que aparecen en **negrita** son las que suponen alguna modificación en relación con el texto del vigente Código penal.

en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen o del consentimiento expreso.

2ª Que el aborto se haya practicado dentro de las doce primeras semanas de gestación para evitar riesgos para la salud o integridad física y moral de la embarazada.

Se considera, en todo caso, comprendido en el párrafo anterior el aborto practicado dentro de dicho plazo si la gestante acredita la concurrencia previa a la intervención de los siguientes requisitos.

a) Que se ha informado en un centro público de orientación familiar o de servicios sociales, acerca de otras posibilidades alternativas, así como de los derechos y ayudas previstos en favor de la embarazada y de la madre.

b) Que un médico ha certificado la existencia de un estado de angustia o ansiedad en la gestante y un pronóstico de riesgo para su salud de continuar adelante el embarazo, atendidas, en su caso, sus condiciones personales, sociales o familiares.

3ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

4ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que

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

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

A continuación expondremos las principales diferencias y novedades que se observan en la nueva regulación propuesta con respecto a la legislación vigente.

A) El párrafo segundo de la circunstancia primera del número 1 del art. 153 sustituye la conjunción copulativa "y", que en el texto del Código Penal vigente une las palabras "dictamen" y "consentimiento expreso", por la conjunción disyuntiva "o". Creemos que dado el carácter excepcional de este supuesto, que determina una mayor premura en la realización de las actividades tendentes a la práctica del aborto, se permite por el legislador prescindir de alguno de los requisitos —consentimiento expreso o dictamen— exigidos para la práctica del mismo, pero no de ambos, como se puede interpretar en el texto vigente. De esta manera se consigue un reforzamiento de las garantías que deben observarse en todo procedimiento abortivo.

B) El Proyecto de Código Penal incluye una cuarta indicación, referida a riesgos para la salud o la integridad física o psíquica de la embarazada, que parece ser una ampliación y especificación de la indicación terapéutica (supuesto o indicación 1^a).

Lo primero que se aprecia en esta indicación es el ambiguo significado de sus términos, redactados en un sentido muy lato, que permitiría incluir muchos supuestos bajo esta indicación. Qué ha de entenderse por angustia o ansiedad es algo que no aparece

especificado ni orientado en modo alguno en el texto, salvo que el elemento de determinación de su significado venga dado por la introducción de meros parámetros para la interpretación: situación personal, condiciones sociales, condiciones familiares de la embarazada. Ésta se apoya también en el elemento patológico, que es el empleado en las restantes indicaciones para apreciarlas, pero a diferencia de éstas, y especialmente de la primera, en la que se exige "grave peligro" para la salud, la apreciación de una circunstancia de estado de necesidad resulta menos patente en esta segunda indicación, que exige "riesgo para la salud o la integridad física y moral de la embarazada". La dificultad de apreciación del estado de necesidad en estos casos de riesgo se pretende corregir con la invocación de otro tipo de argumentos: los ya mencionados sociales, personales y familiares.

La que parece verdadera intención del legislador es articular una eximente no en torno a una situación de riesgo para la salud, ya que si éste fuese de una entidad suficiente resultaría incluíble en la indicación terapéutica, sin referencia alguna a plazo para practicar el aborto. La exigencia de la práctica del aborto dentro de un plazo determinado, doce semanas, evidencia que la intención del legislador es configurar una eximente atendiendo a condiciones personales, sociales o familiares, que sin duda alguna pueden dar lugar a una situación de angustia o ansiedad en la gestante, y que sí serían perfectamente apreciables dentro del período exigido como exculpatorias de la conducta abortiva.

Amén de los requisitos comunes, esta indicación exige otros dos: información y dictamen médico, requisitos que concretan específicamente para este supuesto dos de aquellos requisitos comunes. La exigencia de información –regulada en el RD 2409/1986– es indispensable para la formación y manifestación de un consentimiento válido. El requisito del dictamen médico debería ser más preciso, indicando a qué concreto especialista le corresponde certificar la existencia del estado de angustia o ansiedad, y establecer una especie de gradación o baremo para calibrar la

trascendencia del estado de angustia o ansiedad, con la finalidad de no convertir esta indicación en un cauce idóneo para justificar todo tipo de aborto.

C) La tercera y última modificación apreciable en el texto del Proyecto de Código Penal hace referencia a la indicación criminológica. En ella, de manera harto coherente, equipara a la violación otros delitos contra la libertad sexual –estupro, incesto– y, teniendo en cuenta los avances y progresos de la técnica genética, equipara asimismo a la violación la inseminación artificial no consentida.

Es necesario señalar que en el texto del Anteproyecto elaborado con carácter previo al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal definitivamente remitido a las Cortes Generales no se hacía mención de la inseminación artificial no consentida. El legislador, al redactar el Proyecto definitivo, parece haber atendido la recomendación que le hacía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, cuando señalaba la conveniencia de añadir al texto del art. 151 –art. 153 en el Proyecto de Código penal– el supuesto de embarazo producido como consecuencia del delito de inseminación artificial no consentida, previsto en el art. 167 –art. 170 en el Proyecto de Código penal.