

# **CRITERIOS PARA LA REFORMA DEL DELITO DE ABORTO**

**Susana Huerta Tocido**[\[1\]](#)

## **1. Necesidad de la Reforma desde un Punto de Vista Político-Criminal**

De todos los posibles tratamientos que suscita el problema social del aborto –y dejando expresamente de lado toda suerte de connotaciones emocionales a que tanto se presta el tema– interesa aquí plantear el porqué y el cómo reformar la actual regulación que del delito de aborto se contiene en el capítulo III del título VIII del Código Penal español vigente.

Si comienzo hablando de reforma y de criterios para llevada a cabo, es obvio que ello se debe a un planteamiento de base: la mencionada regulación es inadecuada desde un punto de vista político-criminal. Y es inadecuada porque pivota sobre las ideas-eje de crimen y castigo: todo aborto es un crimen y, por lo tanto, merece un castigo. En esta aseveración desembocan, con ligeras matizaciones, todas las posturas antiabortistas, denotando así una clara tendencia retribucionista. Sin embargo, ambos extremos de la afirmación son discutibles, como lo es también la justificación que se pretende dar a la punición del aborto consentido: ¿es realmente toda intervención dirigida a la destrucción del producto de la concepción un crimen?; ¿es la sanción penal el medio más adecuado para frenar lo que algunos han denominado la “plaga social del aborto”?

Que la provocación de un aborto con el consentimiento de la embarazada no siempre es un hecho desvalorado es algo que se demuestra con una simple ojeada a las distintas legislaciones europeas, en las que se ha procedido a la despenalización de algunos supuestos de aborto consentido. Dicha despenalización ha sido posible merced al reconocimiento por parte del legislador de que el bien jurídico protegido por los tipos de aborto (que, en mi opinión, no es otro que la esperanza de *futura* vida humana que todo proceso gravídico, desarrollado en condiciones normales, comporta), no es equiparable al bien jurídico representado por la vida humana. Así, mientras que la protección otorgada a la vida humana es considerada como irrenunciable, la protección que se brinda a la esperanza de vida se ha venido relativizando en función del posible conflicto entre dicho bien y otros que pudieran entrar en consideración (integridad físico-psíquica de la embarazada, situación económica, interés demográfico, etc.). Y en este proceso de relativización ha jugado tanto el principio de ponderación de bienes como el hecho de que, a nivel social, el desarrollo fetal no es igualmente valorado en cualquier estadio del embarazo, sino que el valor de la *spes vitae* crece, y con ello su merecimiento de protección, conforme aquél avanza.

Visto que no siempre el interés social en la esperanza de vida prevalece sobre otros intereses en conflicto (es decir, visto que no siempre el aborto, pese a las declaraciones altisonantes de las autoridades eclesíásticas y de algunos profesionales de la medicina, ha de ser necesariamente un crimen), queda por

analizar la segunda cuestión en litigio: ¿es la sanción penal el medio más adecuado para hacer surgir en los ciudadanos un sentimiento de respeto hacia el bien jurídico atacado por el aborto?.

Para contestar a esta pregunta es preciso partir de la actual regulación del aborto en nuestro Código Penal. A tenor del mismo, todo aborto provocado (consentido o no) es punible, con la excepción de aquellas intervenciones abortivas que pudieran justificarse a través de la eximente de estado de necesidad. Que esta regulación del aborto es inadecuada desde un punto de vista político-criminal es algo que no ofrece dudas en base a los siguientes argumentos:

1° Porque con ella no se cumplen finalidades de prevención general ni especial. La represión penal del aborto no cumple el fin de prevención general porque la conminación penal no es sentida socialmente con la suficiente fuerza como para motivar el respeto al bien jurídico, esperanza de vida; no hay que olvidar que en determinados estratos sociales el aborto empieza a ser un tema aceptado, se discute sobre su liberalización, lo que implica que no todo el mundo considera que se trate de un “crimen nefando” y que, por lo tanto, hay ya amplios sectores de la población que consideran la sanción innecesaria, inútil; no sintiéndose, por ello, motivados por su existencia. Pero es que, además, la amenaza penal resulta ineficaz, ya que debido al panorama comparatista en esta materia, se tiene la seguridad de que la pena por aborto puede evitarse mediante un simple desplazamiento a un país de legislación más permisiva.

Otra razón que contribuye a que la punición del aborto consentido pierda su carácter intimidante es el hecho cierto de que, respecto de este delito, se da una altísima cifra negra en base a la concurrencia de las siguientes circunstancias; en primer lugar, porque dada la punición del auto aborto o aborto llevado a cabo por la propia embarazada o por ella consentido, es ésta la principal interesada en que el hecho no llegue a conocimiento de la autoridad judicial, lo que además de acarrearle el riesgo que supone para su salud el que sólo en última instancia se decida a acudir a un establecimiento sanitario en caso de complicaciones sobrevenidas, tiene como consecuencia lógica el que la mayoría de los procedimientos por aborto que han trascendido a nuestros tribunales procedan de denuncias presentadas por médicos que han tenido que tratar a abortantes con un cuadro de lesiones graves a consecuencia de un aborto, lesiones que, en muchos casos, han desembocado en muerte. Por otra parte, el hecho de que el aborto no sea considerado por muchos como delito merecedor de sanción hace que, a pesar de ser un delito perseguible de oficio, sean pocos los que, caso de conocer la realización de una operación abortiva, se decidan a denunciar el hecho. Por último, colabora a la “cifra negra” en materia de aborto la extraordinaria dificultad de prueba, tanto en relación con la existencia *real* de un embarazo interrumpido por las prácticas abortivas, como en lo referente a los rastros de la propia intervención que, caso de no presentar ulteriores complicaciones, desaparecen a los pocos días de efectuada ésta, cosa que no sucede en aquellos delitos en los que hay un *corpus* tangible. Todo ello hace que no sea válido el argumento, esgrimido por los partidarios de que todo siga igual, de que también en otros delitos se da una alta cifra negra y no por ello hay que dejar de castigarlos, ya que en ellos no se dan las características anteriormente señaladas.

Tampoco es eficaz la sanción penal por aborto consentido desde un punto de vista de prevención

especial, o, por lo menos, no lo es respecto de la embarazada (aunque pudiera serlo respecto del habitual de la práctica de abortos). Para comprender este punto de vista hay que situarse, aunque ello resulte difícil, en el ánimo de la embarazada que ha resuelto abortar: el aborto no representa ningún “plato de gusto” para ella, máxime si se encuentra en un entorno en el que su realización está fuertemente desvalorada; junto a la evaluación de riesgos que todo aborto clandestino comporta, y de los que se hablará más adelante, están presentes fuertes tensiones de índole religiosa y ético-social que pueden llevarla a engendrar un gran sentimiento de culpabilidad. Sin olvidar que puede muy bien suceder que la embarazada experimente el deseo de ser madre, que ha de ser reprimido por un motivo altruista e incluso de maternidad responsable (por ejemplo, el aborto llevado a cabo para no traer al mundo a un ser congénitamente tarado). Cuando, a pesar de todos estos reparos, la embarazada decide abortar (y salvo algunos supuestos de motivaciones egoístas) es porque, a su entender, la continuación del embarazo es más gravosa que su interrupción. Y al inclinarse en pro de la interrupción, la balanza no vuelve a equilibrarse por el hecho de pensar en una eventual pena. Pero aún hay más: si las circunstancias que la han llevado a abortar una primera vez volvieran a repetirse (lo cual no es raro en un país en el que, como el nuestro, la política de “planning familiar” y de anticoncepción brilla por su ausencia), no creo que el cumplimiento de una pena que en algunos supuestos no pasa de seis meses de privación de libertad la motive a “corregirse”. En cuanto al fin de resocialización de la pena, ¿cómo puede resocializarse a una delincuente a la que la propia sociedad, en ocasiones, ha llevado a delinquir sin que ésta tome conciencia del problema y elabore toda una gama de medidas profilácticas de política social que tiendan a eliminar las causas del aborto en lugar de limitarse a retribuir su práctica? Como dice Roxin: “si el Estado impone a una mujer el deber de traer al mundo al feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de la paternidad. Y si el Estado no está en condiciones de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello”.

2° Por otra parte, la actual regulación resulta inadecuada porque la obligada clandestinidad de todo aborto provocado a que da lugar conlleva una doble consecuencia político-criminalmente rechazable, especialmente si se tiene en cuenta la agravación prevista en el artículo 415 del Código Penal para el caso de que el aborto sea llevado a cabo por un facultativo: no sólo la vida e integridad físico-psíquica de la embarazada se exponen a un serio peligro, al dejarse en un elevado número de ocasiones la realización del aborto en manos inexpertas, dotadas de medios inadecuados y altamente peligrosos, sino que se convierte una operación, que, como todas las intervenciones médico-quirúrgicas, debería estar guiada por la *lex artis*, en un medio lucrativo guiado por las leyes de la oferta y la demanda.

3° Porque el hecho, ya comentado, de que el aborto sea, en determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos, un acto lícito en la mayoría de los países europeos, produce una criticable situación

de desigualdad ante la ley penal, según sea el mayor o menor grado de cultura e información de la embarazada, y según sea su mayor o menor grado de capacidad económica.

Hasta aquí he expuesto algunas de las múltiples razones que parecen aconsejar el cambio de la legislación vigente sobre aborto, La reforma es necesaria, pero ¿cómo llevarla a cabo en nuestro contexto socio-político?

## **2. Criterios para una Eventual Reforma del Código Penal en Materia de Aborto**

Cuando de despenalización del aborto se habla, hay que distinguir entre los partidarios de que todo aborto consentido sea impune (sin ulteriores consideraciones sobre el cómo, el cuándo, el porqué y el por quién sea realizado), postura frecuentemente defendida por algunos movimientos feministas a partir de la idea de que el feto es *pars mulieris*, y por lo tanto, de libre disposición por parte de la embarazada (por lo que todo aborto libremente consentido por ella sería legal, independientemente del estadio de la gestación en que fuera llevado a cabo) y los partidarios de una solución más matizada consistente en despenalizar únicamente aquellos supuestos de aborto en los que se den una serie de requisitos legalmente previstos. O dicho de otra manera, mientras que la despenalización absoluta del aborto parte de la base de que la esperanza de vida no es un bien jurídico que precise de protección por parte del Estado a través del instrumento penal, la postura de legalización estima que el feto no es una “nada jurídico-penal” y que, por ello, el Estado, al asumir la protección de la esperanza de vida como bien jurídico merecedor de la misma, debe establecer bajo qué condiciones esta protección debe ceder ante la presencia de otros intereses en conflicto.

Respecto de la despenalización absoluta cabe decir lo siguiente: 1º) que la idea de aborto libre o autorización del aborto en cualquier momento del embarazo, en cualquier lugar, por cualquier motivo y a cualquier persona, a condición de que la embarazada lo solicite, no elimina *los* riesgos para la vida o salud de la embarazada, ya que, de una parte, tan legal sería el aborto llevado a cabo en el primer mes del embarazo como el efectuado en el noveno mes, siendo así que los peligros que para la embarazada representa el aborto provocado aumentan conforme avanza el embarazo; y de otra, la posibilidad de que el aborto sea realizado fuera de los recintos hospitalarios y por personal no especializado no diferencia este aborto legal, en cuanto a posibilidad de complicaciones, del aborto clandestino; 2º) que resulta indiscriminada, ya que no es lo mismo destruir un embrión de pocas semanas que destruir un feto que ha alcanzado ya un desarrollo tal que permitiría su viabilidad “extra-útero”.

Estas y otras razones de tipo demográfico y ético hacen que este sistema de absoluta despenalización del aborto no haya inspirado las legislaciones permisivas, ni siquiera las más progresivas de entre ellas. El aborto sigue considerándose un mal que sólo excepcionalmente puede

causarse; en -esto la opinión legislativa es unánime. Las discrepancias surgen a la hora de establecer que requisitos han de concurrir para que se de la excepción y, consiguientemente, el aborto consentido sea una operación lícita. En este sentido, las distintas legislaciones que han procedido a la liberalización del aborto pueden encuadrarse, con ligeras variantes, en dos sistemas: la solución de los plazos y la solución de las indicaciones.

### **A) La solución de los plazos**

Este sistema traza la frontera entre aborto permitido y aborto prohibido en atención, fundamentalmente, al cuándo de su realización. La tónica dominante es la de cifrar el límite temporal del aborto lícito en torno a la doceava semana del embarazo. Hasta este momento, bastará con que la embarazada solicite el aborto, y que sea un médico quien lo lleve a cabo en un medio hospitalario, para que se le conceda la autorización para abortar, sin necesidad de alegar para ello razón alguna. A partir del tercer mes, y por consideraciones ya expuestas (mayor riesgo para la embarazada, creciente valor de la *spes vitae* distinción embrión-feto, aparición del sistema nervioso central y de la actividad cerebral en el feto, etc.), la posibilidad de abortar lícitamente sólo se concede si se dan indicaciones sobrevenidas y de eventual aparición en cualquier momento del proceso gravídico (indicación terapéutica), o de imposible comprobación hasta un estadio posterior al del tercer mes (indicación eugenésica). Mientras que en el primero de estos supuestos el aborto es siempre lícito, en el segundo suele establecerse un tope temporal alrededor del sexto mes de embarazo en atención a que las posibles malformaciones del feto pueden ser detectadas, a través del análisis del líquido amniótico, a partir del cuarto mes de gestación. Todo aborto clandestino llevado a cabo en los tres primeros meses (con la frecuente excepción del autoaborto), así como todo aborto que, pasado este plazo, no obedezca a las motivaciones expuestas, es punible.

En defensa de la solución de los plazos se pronunció la propuesta mayoritaria del Proyecto Alternativo de reforma del Código Penal alemán. Es interesante exponer aquí algunas de sus motivaciones, ya que, en definitiva, se repiten en todos los ordenamientos que han adoptado este sistema como argumentos en favor del mismo. Quizás lo más original de la misma es que en ella se parte de una toma de postura respecto del bien jurídico: la vida en formación es un bien jurídico merecedor de protección penal y necesitado de ella; ello, no obstante, se considera que en los tres primeros meses de la gestación la tutela de dicho bien jurídico no está garantizada a través de la prohibición penal absoluta. Los defensores de esta propuesta no es que pretendan dejar sin protección la esperanza de vida durante un cierto espacio de tiempo por entender que no se trata de un valor que el Derecho penal haya de proteger, sino que estiman que la pena no es el medio adecuado para proceder a dicha protección en el plazo de tiempo indicado. En cambio, la despenalización de la interrupción del embarazo durante los tres primeros meses del mismo, acompañada de la obligación de que la embarazada que desee abortar acuda previamente a instituciones de consulta y asistencia, supone una medida preventiva mucho más idónea que la amenaza penal para alcanzar el fin de garantizar una tutela adecuada y eficaz del *nasciturus*.

Es de suponer que, cuando los adversarios de la legalización del aborto se refieren a que el aborto libre no puede consentirse, lo que están rechazando es este sistema de plazos, ya que, como antes resalté, la libertad absoluta para abortar no ha recibido reconocimiento legal. Entre las objeciones que con más frecuencia se hacen en contra de este sistema, pueden citarse las siguientes: 1°) que el papel meramente consultivo que están llamados a cumplir los centros asistenciales y de asesoramiento equivale a dejar exclusivamente en manos de la embarazada la decisión de abortar en los tres primeros meses del embarazo, con la consiguiente desprotección que ello supone para el bien jurídico *spes vitae*; 2°) que ello significaría el abandono, por parte del ordenamiento, de la protección de un valor merecedor de la misma, sin que para justificar dicho abandono en el plazo temporal indicado pudiera alegarse un “interés preponderante”; 3°) que si no se exige ninguna motivación fuertemente valorada, a nivel social, para autorizar el aborto en los tres primeros meses, la práctica del aborto sería indiscriminada y multitudinaria, metiéndose en el mismo cajón de licitud a la mujer que aborta por motivos graves y a la que lo hace movida por consideraciones de tipo egoísta; 4°) que esta excesiva permisibilidad acarrearía un evidente descalabro de la política basada en el equilibrio demográfico (tan importante para la economía de un país); 5°) que las facilidades que con este sistema se le conceden a la embarazada (aborto libre, seguro y generalmente gratuito) para abortar en los tres primeros meses pueden conducir a que el aborto se convierta en un método normal de control de la natalidad, dejando de ser un remedio excepcional, y provocando el abandono de los métodos anticonceptivos, cuyo uso cuidadoso, normalmente, tiene por efecto la evitación el recurso al aborto.

En base a estos argumentos (y dejando de lado aquellas posturas que siguen propiciando la punibilidad de todo aborto consentido que no sea el estrictamente terapéutico), en los distintos procesos parlamentarios que han tenido lugar en los países que han llevado a cabo la legalización del aborto se ha propuesto como alternativa.

## **B) La solución de las indicaciones**

La diferencia fundamental entre este sistema y el anterior es que aquí se opera con el sistema de regla-excepción: el aborto consentido es, en principio, punible, sea cual sea el momento de su realización, si bien para este sistema, en alguna de sus formulaciones, el aborto consentido llevado a cabo en el primer mes del embarazo quedaría exento de pena en todo caso, por imposibilidad de prueba.

Junto a esta regla general se admite que, excepcionalmente, el aborto consentido pueda autorizarse si concurre alguna de las siguientes indicaciones:

1. *Indicación terapéutica o médica.* El aborto se autoriza en cualquier momento del embarazo, cuando su realización sea considerada necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud (tanto física como mental) de la madre, no evitable en otra forma. Normalmente se exige que la intervención sea

llevada a cabo por un médico, en un medio sanitario y en algunos ordenamientos se requiere el consentimiento de la embarazada.

2. *Indicación eugenésica.* El aborto está justificado cuando se prevé que el niño pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas. Se exige el informe médico que acredite tal probabilidad, y que la operación sea, asimismo, efectuada por un médico. El plazo legal para abortar, en este caso, suele extenderse hasta la vigésimo segunda semana del embarazo.

3. *Indicación ética o criminológica.* Se concede la posibilidad de abortar legalmente, en las doce primeras semanas del embarazo, cuando éste sea debido a violación o prácticas sexuales llevadas a cabo en la persona de una menor.

4. *Indicación económica o social.* A tenor de esta indicación, la autorización para abortar legalmente, en los tres primeros meses del embarazo, podría concederse cuando la precaria situación económico-familiar de la embarazada se vea agravada con la llegada de un nuevo hijo, de tal manera que el nacimiento de éste amenace el bienestar de los hijos ya habidos.

5. *Situación general de necesidad.* Esta indicación es una variante de la indicación social; permitiéndose, a su través, el aborto, en los tres primeros meses del embarazo, cuando “considerando todas las circunstancias de su vida, no le sea exigible a la embarazada que dé a luz”. Es ésta la más genérica de las indicaciones, abarcando distintas situaciones no comprendidas en las anteriores.

En defensa del sistema de indicaciones se dice: 1º) que es el único sistema compatible con la idea de que la *spes vitae* es un bien jurídico necesitado de protección, ya que resulta una contradicción el que la sociedad reconozca que la vida en formación es un valor digno de protección de rango comparativamente elevado y que, a renglón seguido, se deje dicho bien jurídico a la libre disposición del individuo, durante un determinado espacio de tiempo; si la vida en formación es un bien jurídico, el Estado debe asumir la obligación de protegerla desde el mismo momento en que se tenga conocimiento de su existencia, sin dejar lagunas en dicha protección; 2º) despenalizar el aborto en los tres primeros meses del embarazo, sin tener para nada en cuenta los motivos, equivale a convertir el aborto en un hecho valorado, no reprobable, lo que produciría en los ciudadanos la sensación de que el aborto llevado a cabo en este plazo de tiempo es algo socialmente equiparable a una operación de apendicitis o al uso de anticonceptivos: la declaración de que todo aborto es, en principio, ilícito, evita un riesgo de confundir lo no prohibido con lo socialmente aceptado; 3º) el sistema de las indicaciones supone una solución de compromiso que permite cumplir tanto la obligación de tutela de la vida en formación, cuanto el derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad: a pesar de que se parte de la idea de que todo aborto consentido es, en principio, ilícito, se tienen en cuenta las situaciones de conflicto que pueden surgir entre el interés a que la vida en formación no sea interrumpida y otros intereses igualmente merecedores de protección; en estos supuestos de conflicto, en los que la existencia de una determinada motivación en la embarazada conlleva el que no se le pueda exigir la continuación del embarazo, el ordenamiento jurídico estatal no puede pretender que la gestante deba sacrificarse en todo caso

en beneficio del derecho del *nasciturus* a la vida, por lo que, si la ponderación de intereses se inclina del lado de la embarazada, el aborto dejará de estar desvalorado, siendo lícito.

Frente a este sistema de indicaciones han surgido las siguientes objeciones: 1º) que la concesión de la autorización para abortar queda sometida a un procedimiento formal y burocrático cuya duración, en algunos casos, puede exceder del límite de los tres meses marcado para alguna de las indicaciones; 2º) que un riguroso *numerus clausus* de indicaciones dejaría fuera algunos supuestos en los que el abono podría ser aconsejable; 3º) que, por las anteriores razones, la posibilidad de realización de abonos clandestinos no queda obviada, ni se evitan los riesgos que de ella se derivan; 4º) que la prohibición de abonar en los tres primeros meses, salvo cuando se dé alguna de las indicaciones previstas, supone una intolerable intromisión por parte del Estado en la intimidad de la pareja, que es la llamada a decidir qué número de hijos desea tener.

Hasta aquí los pros y los contras de los dos sistemas analizados. Ambos coinciden en un punto: la *spes vitae* es un bien jurídico digno de protección, y difieren en que mientras que el sistema de plazos, por considerar ineficaz la pena para proceder a dicha protección en los tres primeros meses del embarazo, despenaliza el aborto en dicho periodo de tiempo, el sistema de indicaciones mantiene la prohibición en todo momento, salvo que se de alguna de las indicaciones previstas. Antes de optar por uno u otro, es conveniente tener en cuenta la realidad socio-política española, en la que podría surgir la discusión parlamentaria en torno a estos sistemas. Por ello me parece importante, y previo a una conclusión definitiva, el análisis de los problemas que una eventual reforma de la legislación española sobre aborto podría plantear en relación con el texto constitucional. Y para ello, nada mejor que la referencia al caso alemán, tan ejemplificador en este sentido.

### **3. Aborto y Constitución: La Experiencia Alemana**

Grande fue la polémica que las sucesivas redacciones del artículo 15 de la Constitución española suscitaron en su momento. Ante la perplejidad del hombre de la calle, mientras que unos partidos políticos pedían el voto negativo o la abstención por considerar que la Constitución era, entre otras cosas, pro-abortista, otros negaban este aserto, y unos terceros se lamentaban de que el texto definitivo del artículo 1563 pudiera suponer un grave obstáculo para todo intento de modificación de la actual regulación sobre aborto. En mi opinión, son estos últimos quienes han interpretado adecuadamente las razones de la sustitución, en dicho artículo, de la expresión “la persona tiene derecho a la vida” por la más ambigua, de “todos tienen derecho a la vida”, que figura en el texto definitivo; y ello porque dicha sustitución no obedece a criterios estilísticos, sino a consideraciones de fondo que pueden dificultar la liberalización del aborto, al menos a corto y medio plazo, por presunta anticonstitucionalidad de la misma. Para una mayor aclaración de este punto, resulta muy útil la referencia al proceso que, en la República Federal Alemana, culminó en la aprobación de la 5ta ley de Reforma del StGB por ser muy significativo, y de probable repetición en nuestro país.

La regulación del aborto en el Código Penal alemán, antes de la mencionada 5ta ley de Reforma, era

muy similar a la actualmente vigente en España. En octubre de 1962, el gobierno, considerando necesaria la reforma del párrafo 218, elabora un primer proyecto de reforma del Código Penal, en el que únicamente se reconoce la indicación terapéutica (párrafo 157) en materia de aborto. Las elecciones federales de 1969 constituyen un momento decisivo en la marcha emprendida hacia la reforma de la regulación del aborto: de ellas surge la coalición SPD-FDP, que al formar mayoría (frente a la coalición CDU-CSU) pasa a formar gobierno. La primera referencia concreta y directa del nuevo gobierno a la reforma del párrafo 218 la hace el ministro alemán de Justicia, el 27 de noviembre de 1969, durante la segunda sesión de la comisión especial para la reforma del Derecho penal, y en ella se contienen ya los puntos que serán objeto de debate en todo el proceso de preparación del texto legal, puesto que anuncia que no sólo se tendrán en cuenta la indicación terapéutica y la ética, sino también la eugenésica y la social. A principios de 1970 comienza el proceso de reforma del párrafo 218, que se extiende hasta la entrada en vigor de la 5ta ley de Reforma de 18 de junio de 1976. Este período está marcado por intensas discusiones entre los partidos socialista (SPD) y liberal (FDP), de un lado, y los partidos de la oposición (fuertemente influenciados por la Iglesia católica), de otro, y se caracteriza por la elaboración de toda una serie de proyectos y proposiciones de ley, entre los que merece destacarse el *proyecto alternativo*, ya mencionado en otro lugar de este trabajo, con sus dos versiones, la mayoritaria y la minoritaria. En diciembre de 1971: la ponencia presenta un primer proyecto, conocido con el nombre de “Referenten-Entwurf” (o proyecto de la ponencia); en él se contienen tres indicaciones: la médica, la eugenésica y la ética o criminológica. En febrero de 1972, el gobierno hace suyo, con ligeras modificaciones, el texto de la ponencia. A esta propuesta del gobierno, que propugna un sistema de indicaciones (“Indikationslösung”), sucede una contrapuesta (“Gegenentwurf”) debida a 51 parlamentarios pertenecientes a los partidos del gobierno (SPD-FDP), en la que se adopta el criterio de los plazos (“Fristenlösung”). Como se ve, el debate está abierto y se centra, precisamente, en la contraposición de los dos sistemas ya examinados.

El 21 de marzo de 1973, la mayoría parlamentaria, formada por los partidos SPD-FDP, presenta una nueva propuesta (“Fraktionenentwurf”), que incorpora la “Fristenlösung” (o solución de los plazos), y que será tomada por el gobierno como suya. Es importante analizarla con cierto detenimiento ya que, votada por el Bundestag, es la que obtiene el 5 de junio de 1974 la mayoría parlamentaria, siendo firmada por el Presidente de la República el 18 de junio de 1974, y debiendo entrar en vigor el día 22 del mismo mes y año, lo que fue impedido por la presentación, el día 20 de junio, de un recurso ante el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, por parte del distrito federado de Baden-Württemberg, por presunta anticonstitucionalidad de la ley, recurso que fue aceptado.

En síntesis, esta propuesta se caracteriza: 1º) por permitir el aborto libre en los tres primeros meses, previa consulta con un médico y siempre que sea, asimismo, un médico quien realice la intervención; 2º) pasado este plazo, el aborto se permite, sin límite de tiempo, cuando concurra la indicación médica, y hasta la vigésimo segunda semana del embarazo, si es la indicación eugenésica la que se da; 3º) quien, sin ser médico, provoque un aborto y quien lo haga sin consentimiento de la embarazada, será castigado con pena de privación de libertad no inferior a un año y, en casos graves, no inferior a seis; 4º) quien provoque un aborto una vez pasados los tres primeros meses, y sin que se den las indicaciones previstas, será castigado con pena

de hasta tres años de privación de libertad; 5°) si es la embarazada quien se provoca su propio aborto, el tribunal puede dejar de imponerle la correspondiente pena si en este caso se demuestra que lo hizo movida por una “necesidad especial”; 6°) la tentativa de aborto será punible para el tercero, e impune para la embarazada.

Un mes después de presentada la propuesta que se acaba de examinar, una fracción minoritaria de miembros del SPD presenta una propuesta prácticamente idéntica al proyecto gubernamental de 1972 (“Minderheitsentwurf”), con la única diferencia esencial respecto de éste de que, en caso de aborto ilegal, la embarazada no será castigada. Este proyecto, junto con el anteriormente expuesto, constituirá la fuente de discusión parlamentaria en las sesiones sucesivas. A ellos hay que sumar las dos propuestas presentadas por la oposición (CDU-CSU y minoría de la CDU), con lo que el panorama queda completo. Los proyectos presentados por la oposición apenas tienen incidencia, por lo que el debate se centra en la pugna entre el sistema de plazos, propugnado por el gobierno, y el de indicaciones, defendido por la minoría del SPD. En abril de 1974, la propuesta gubernamental (“Fristenlösung”) gana la votación en el Bundestag por 247 votos en favor contra 233 y nueve abstenciones, pasando en el mes de mayo al Bundesrat, donde la CDU-CSU está en mayoría, por lo que el Senado no la aprueba y la reenvía al Congreso, siendo allí aprobada, el día 5 de junio de 1978, por el estrecho margen antes mencionado.

Como antes dije, este proyecto, que alcanza el rango de ley el 18 de junio de 1974, no llegaría a entrar en vigor, al ser objeto de recurso, ante el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, por presunta anticonstitucionalidad.

El citado Tribunal admite el recurso y declara, en sentencia de 25 de febrero de 1974, la anticonstitucionalidad de la ley de 18 de junio de 1974, por ser contraria al artículo 2,2,1 de la GG (Constitución). La sentencia del Tribunal Constitucional se apoya, además, en la norma más general del artículo 1,1 de la GG, en el que se declara que la vida humana es inviolable y que, en su defensa, debe actuar todo el aparato estatal. En consecuencia, la sentencia declara nula la “Fristenregelung” o regulación de los plazos, señalando a su vez que únicamente el sistema de indicaciones es compatible con la Constitución.

Tras el fallo del Tribunal Constitucional se abre nuevamente la actividad parlamentaria en busca de un nuevo proyecto de ley que se adapte a lo dispuesto en aquél. Fruto de esta actividad son dos nuevos proyectos presentados, respectivamente, por la coalición SPD-FDP y por los partidos de la oposición (CDU-CSU). El proyecto gubernamental adopta, esta vez, el sistema de las indicaciones, en su formulación más amplia, mientras que el proyecto de la oposición únicamente acepta las indicaciones médica, eugenésica y ética, admitiendo también la posibilidad de tomar en cuenta situaciones sociales que, una vez constatadas médicamente, puedan perturbar la salud de la embarazada, y rechazando, expresamente, la “allgemeine Notlage” (situación general de necesidad) que figura en el proyecto gubernamental. El proyecto presentado por el gobierno obtiene mayoría de votos (234 + 14 de Berlín, contra 181 + 6) en la sesión de 12 de febrero de 1976, pasando a continuación al Senado, donde es vetado y reenviado al Congreso, resultando allí definitivamente

aprobado el 6 de mayo de 1976 con la mayoría necesaria (265 + 15, contra 170 + 5) para que el veto del Senado no tenga incidencia. La nueva leyes promulgada el 18 de junio de 1976, siendo publicada el día 21 de este mismo mes y año, y entrando en vigor al mes de su publicación.

La larga exposición del “caso alemán” tiene por objeto no sólo el realzar cómo, en definitiva, la discusión se polariza casi siempre entre un sistema de plazos y un sistema de indicaciones más o menos amplias, sino también el de resaltar las posibles complicaciones con que puede tropezar la reforma del Código Penal español en lo relativo al delito de aborto. La experiencia alemana viene a confirmar la idea de que la reforma de la legislación penal sobre aborto depende, en grado sumo, de la coyuntura socio-política del país, así como del equilibrio de fuerzas parlamentarias existente en el momento de la presentación del texto de la ponencia. Si la susodicha correlación de fuerzas es (como resulta previsible) idéntica a la actual, inclinarse por una solución de plazos no deja de ser una postura “voluntarista”, dado el peligro que corre de ser declarada anticonstitucional, por presunta contrariedad con el artículo 15 de la Constitución. Por ello quizás lo más oportuno, desde un punto de vista práctico, para evitar largas dilaciones en cuestión tan urgente, sea el centrar los esfuerzos en la aprobación de una solución amplia de indicaciones que; caso de incluir alguna similar a la “allgemeine Notlage”, no estará exento de dificultades. Ciertamente es que esta conclusión peca de “posibilista”, pero en mi opinión, y dado el panorama político-social, proponer hoy en día en España, un sistema de plazos no hará sino retrasar la definitiva solución de compromiso retraso que en nada ha de beneficiar a las embarazadas, que son en resumidas cuentas las principales interesadas en que, caso de tener que recurrir al mal del aborto, no sufran un mal adicional: la represión penal.

---

[1] *Profesora Adjunta de la Universidad Autónoma de Madrid*