

Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «*portio mulieris*» en el aborto consentido

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Profesor titular de Derecho penal

Al profesor, compañero y amigo, Antonio Beristain, en homenaje a su excelente y amplia labor docente e investigadora.

SUMARIO: 1. *Planteamiento general del problema del aborto consentido en el Derecho romano y en el actual.—II. La interrupción del embarazo en los diversos periodos del Derecho romano. Análisis comparativo en relación a la doctrina, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Legislación vigente.—1. Relación entre los periodos preclásico y clásico en Derecho romano y el planteamiento jurídico actual en el aborto.—A) El comienzo de la vida humana, fecundación y nacimiento. La doctrina actual de la «anidación».—B) Las «motivaciones» en Derecho romano. Vigencia actual. La desigualdad social. Aborto y homicidio.—C) La «*portio mulieris*» y el derecho de autodeterminación de la mujer. El criterio del plazo y de las indicaciones. La indicación social en el Derecho romano y actual.—D) El «*nasciturus*» en Roma y en el Derecho actual. El artículo 15 de la Constitución de 1978, el Código Civil y la protección del «*nasciturus*».—E) La protección del «*nasciturus*» y el «conflicto de intereses» en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 y en el artículo 417 bis del Código Penal. La llamada «angustia social o económica». Examen crítico y consideraciones de política criminal.—2. El «*nasciturus*» y la interrupción del embarazo en el período postclásico; la influencia del cristianismo. Evolución hasta la legislación vigente.—III.—A) Recapitulación final.—B) Conclusión.*

I

En las últimas décadas se ha puesto de relieve una inequívoca tendencia doctrinal y legislativa hacia la descriminalización del aborto, con más o menos condicionamientos, según los diversos criterios y las diferentes legislaciones. El problema del aborto, como es bien sabido, es hoy —junto al problema del terrorismo, tráfico de drogas, delincuencia juvenil, delitos de circulación o ejecución de penas carcelarias—, uno de los más candentes del momento. En determinados países las disposiciones legales permitiendo la interrupción de la gestación bajo ciertas condiciones son consideradas ineficaces o se juzgan muy restrictivas (1). En otros países en que tal interrupción se incrimina o incriminaba rigurosamente de manera general, como ha ocurrido hasta la reciente reforma de 1985 en nuestro país, la inmensa mayoría de los abortos punibles se realizan clandestinamente (las famosas cifras negras) (2). Finalmente, como un gran número de países ha facilitado la interrupción lícita de la gravidez, resulta que una mujer encinta, domiciliada en un país, pero instruida y con medios suficientes, se puede permitir el lujo de viajar al extranjero (el llamado «turismo abortivo»), a fin de hacerse interrumpir el embarazo por un médico especialista, sin que pueda después ser sancionada en su país —supuesto que en éste se reprima el aborto— en virtud del principio de extraterritorialidad de la Ley penal (3). Sin embargo, esta vía está cerrada a otras mujeres menos advertidas o, lo que es

(1) Así, v.g., en el Código Penal suizo (arts. 118-120. Cfr. PANCHAU-OCHSENBEIN: *Code pénal suisse annoté*, Lausanne, 1975, pp. 101-2. Para el profesor de Ginebra PHILIPPE GRAVEN: *L'interruption de la grossesse en droit pénal suisse*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1974, p. 304 la aplicación de los arts. 118-121 del Código Penal suizo demuestra que la política suiza de protección de la gestación es «injusta, ineficaz y peligrosa». Ver además SSCHULTZ: *La réforme du droit pénal suisse en matière d'interruption de la grossesse*, RSCr., 1975, p. 249 y ss.

(2) La Memoria de 16 de septiembre de 1974, elevada al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo con ocasión de la apertura de los Tribunales, mencionaba la posibilidad de que en España se produzcan unos 300.000 abortos clandestinos al año. La Fiscalía del Tribunal Supremo en 1980 calculó el número de abortos producidos en España en orden a los 300.000 con técnicas que, aunque no explicadas, coinciden con las de otros países. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal (P.E.). Delitos contra las personas*, CEURA, Madrid, 1986, p. 116, nota 11.

(3) Según el artículo 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, la Ley penal española, que sanciona el aborto, no tiene aplicación extraterritorial y, por consiguiente, no cabe aplicarla a los abortos cometidos en el extranjero, salvo que en el país correspondiente fuese también delito el hecho juzgado. Así lo ha corroborado el Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1984, que corrige y deja sin efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980 y 15 de octubre de 1983, que, con base en la vieja Ley orgánica que permitía la aplicación de la Ley española a hechos cometidos fuera del territorio español, consideraron que el concebido «se entiende por nacido a todos los efectos favorables», según el artículo 29 del Código Civil, y entendió, además, el Tribunal Supremo que el feto tenía la consideración de «español». Tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional rechazaron tal aplicación «por analogía de la Ley penal».

peor, desprovistas de medios económicos, y que son impulsadas a recurrir a los servicios de sujetos sin escrúpulos, con grave riesgo para su vida o su salud (4). Tales son, entre otras, algunas de las principales razones que han llevado al legislador, en una gran parte de los países de Europa y América, a introducir una legislación más o menos liberalizadora del aborto consentido (v.g., Francia, Austria, República Federal de Alemania, Italia, Portugal, España, EE.UU) o preparar su introducción o modificación (Suiza, Bélgica, Holanda, etc.) (5).

Cuando de despenalización del aborto se trata hay que distinguir, ante todo, dos posturas radicales: de un lado, los partidarios de que todo aborto consentido sea impune, sin ulteriores consideraciones. Postura ésta mantenida, también, por los movimientos feministas, a partir de la idea de que el feto es *pars ventrix* (6), aunque no, precisamente, en el verdadero sentido que, como veremos, le dio el Derecho romano, que no partió, como este movimiento, de la libre disposición por parte de la embarazada, sino del consentimiento del marido, pues de otro modo se trataría de una lesión de los derechos de éste a la progenitura (7). Por consiguiente, esta postura, que encuentra su fundamento en la libertad absoluta de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, tendría, más bien, su explicación, según algunos penalistas, en una reacción pendular frente a otra postura radical, la oficial de la Iglesia Católica, que es la de proteger a ultranza la vida del feto sin atender o ignorando el conflicto con otros intereses, particularmente los de la madre; lo que, sin embargo, fue considerado por el Derecho romano, particularmente en las etapas clásica y postclásica, como podremos comprobar con posterioridad, aún sin proteger, particularmente en el ámbito del Derecho público, al *nasciturus* de una manera directa. Tampoco admite esta radical posición de la Iglesia distinción alguna en relación al período de gestación. Sin embargo, ésta no es, como vimos, la posición que mantuvo la Iglesia a través de la historia ni se admite por todos los teólogos cristianos (8). La postura de la Iglesia coincidió, durante mucho tiem-

(4) Ver *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik), Abweichende Meinung der Richterin Rupp v. Brünneck und des Richters Dr. Simon zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25 februar, 1975*, en «L'aborto nelle Sentence delle Corti costituzionali», Milano, 1976, p. 238.

(5) En relación al Derecho suizo, ver PHILIPPE GRAVEN: *ob. y rev. cit.*, pp. 306 y ss. Respecto del proyecto belga, ver *Rapport de la Commission nationale pour les problèmes éthiques* (Cronique) en «Rev. de droit pen. et de crim.», 1975. En relación a las proposiciones de la Ley en los Países Bajos, ver igualmente el citado *Rapport*, p. 575.

(6) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana: *Criterios para la reforma del delito de aborto*, «La despenalización del aborto», Universidad de Barcelona, 1983, p. 15.

(7) Cfr. TOCCI, Arturo: *Il procurato aborto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 14.

(8) Ver, v.g., BERISTÁIN, Antonio: *Interrupción voluntaria del embarazo, Reflexiones teológico-jurídicas*, en «Jornadas franco-luso españolas de Derecho penal», Avila-Alcalá de Henares, 1981, p. 92. «A la luz de la moral católica de ayer y de hoy

po, con el criterio de la «animación retardada», que, desde Aristóteles, pasó, a través del Derecho romano, a ser mantenida por la mayoría de los teólogos, filósofos y juristas, v.g., San Agustín y Santo Tomás, hasta el siglo XIX en que fue formalmente abandonada por Pío IX y condenada más tarde en las Encíclicas *Casta Connubi* (1930) y *Humanae Vitae* (1968) (9). La interrupción de la gestación, antes de la «animación» constituye un «ultraje» a las buenas costumbres, susceptible, si acaso, de pena pecuniaria, pero, provocada después constituye un «feticidio» (homicidio) punible incluso con la última pena. Por consiguiente, en su origen, contrariamente a lo que se cree, la Iglesia no prohibió toda interrupción de la gestación (10).

Aunque ciertamente, el contenido de la posición de la Iglesia Católica es de orden moral parece, no obstante, pretender en todo caso la sanción penal para cualquier aborto provocado. Prescindiendo ahora de la cuestión de que no todo lo que es punible es éticamente reprochable, ni todo lo que es ética o moralmente reprochable es necesariamente punible (11), lo cierto es que el injusto material del delito de aborto puede quedar excluido por una causa de justificación y, sin embargo, si se absolutiza la función del aborto, al considerar a éste como «crimen nefando», nunca podría quedar excluido por dicha causa, v.g., el estado de necesidad, en cuanto que, prácticamente se ignora la tesis del «conflicto de intereses» en este punto. Sin embargo, el legislador admite las causas de justificación, en general, en el artículo 8 del Código Penal. De otro lado, sucedería que podrían admitirse en delitos más graves que el aborto, v.g., en el asesinato y no así en la interrupción del embarazo, castigado con una pena mucho menor (12). Un punto de vista más matizado es el de la tesis del derecho

—dice Beristáin— parece aconsejable concluir que no hay dificultad... para que la legislación civil permita el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas "indicaciones". El citado autor se pronuncia en favor de la indicación terapéutica cuando está «en peligro la vida de la madre», precisando, además, la necesidad de estudiar detenidamente los casos de peligro grave de enfermedad para la madre y de las indicaciones eugénica y social o jurídica.

(9) Sobre las citadas Encíclicas, ver LANDROVE DIAZ, Gerardo: *Política criminal del aborto*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 146 y ss.

(10) Ver GRAVEN, Philippe, *ob. y rev. cit.*, p. 307. La tesis de la distinción entre el «corpus formatum» y el «informatum» —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, 10.^a ed., Dykinson, Madrid, 1987, p. 79, nota 1—, llega hasta nuestros días, en los que cuenta con defensores como el padre Barbado (feto es el producto de la concepción con más de treinta o cuarenta días).

(11) Esto no significa desconocer la relación positiva que existe necesariamente entre legislación y ética, pues es evidente que existe una dependencia, especialmente en relación a determinados valores como la vida humana, pero no se pueden identificar derecho y moral. Lo que no quiere decir que el derecho sea totalmente independiente de la moral (Cfr. COTTIER, G.: *Quelques pistes de réflexion (L'interruption de grossesse)*, «Rev. Intern. de crim. et pol. thc.», 1974, p. 375. Ver, además, RUMPF, L.: *Le point de vue éthique et théologique (L'interruption de la grossesse)*, «Rev. intern. de crim.», *cit.*, pp. 364-65.

(12) El delito de asesinato es castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, esto es, comprende desde veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años,

a la vida, que admite, partiendo de que el feto es un ser humano no nacido, pero vivo y merece protección desde el mismo momento de la concepción, la excepción para el caso de conflicto entre el interés vida-salud de la madre y del feto; pero bastaría, sin embargo, con el juego de las causas de justificación, v.g., estado de necesidad, sin acudir al criterio de las indicaciones. No obstante, tal punto de vista, que mantenía, en general, la anterior legislación, parece que no impedía las desigualdades sociales y la falta de motivación de la mujer a pesar de la punición (13).

Frente a las dos posiciones doctrinales radicales apuntadas, que prescinden del conflicto de intereses, esto es, el derecho absoluto de la madre a abortar y la postura oficial de la Iglesia Católica de protección al «conceptus» sin concesiones, en las diversas legislaciones actuales parecen haber plasmado aquellos criterios que propugnan soluciones más matizadas, consistentes en despenalizar tan sólo aquellos supuestos de aborto en los que se den una serie de requisitos legalmente previstos. La doctrina y, consiguientemente, las legislaciones se dividen, no obstante, a la hora de precisar los requisitos para que se dé la excepción a la punición del aborto consentido, fundamentalmente en dos sistemas: a) el sistema del plazo y b) el sistema de las indicaciones. En el primer caso, no se pretende desproteger el producto de la concepción, que también se estima como «bien jurídico protegido»; diferenciándose del segundo en que la embarazada tiene libertad para decidir continuar o no la gestación dentro de los tres primeros meses o doce semanas de embarazo. La crítica más importante que puede hacerse a esta posición es la de que una tal libertad absoluta de la mujer para decidir sobre la interrupción o no del embarazo provocaría una absoluta desprotección del producto de la concepción en el citado período (14). Por ello, una gran parte de las

el simple homicidio con la de reclusión menor, que comprende desde doce años y un día a veinte años, y el aborto consentido con la de prisión menor, que comprende desde seis meses y un día a seis años (Cfr. arts. 406, 407 y 411 del Código Penal). Ver, además, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 114.

(13) La tesis denominada «del derecho a la vida» es mantenida entre otros penalistas por ORTEGO COSTALES: *La legalización del aborto*, Salamanca, 1984, p. 17; ídem DIAZ PALOS: *Aborto*, NEJ. II, 1950, p. 87, o civilistas como LACRUZ BERDEJO: «*Aborto, persona y vida*» (*Reflexiones de un civilista*), Bol. Coleg. Abog. de Madrid, Rev. jur. gral., Madrid, 1983, p. 26. Sobre las desigualdades sociales y la falta de motivación de la mujer en relación a la anterior tesis, ver LANDROVE, G.: *ob. cit.*, pp. 22-23. Ver, además, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, 24-3-82. Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Fundamentos 11 y ss.

(14) Un análisis de los diversos sistemas puede verse en LANDROVE: *ob. cit.*, pp. 49 y ss. y 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, D.: *ob. cit.*, rev. cit. pp. 16 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 14 y ss.; HIRSCH, H. J.; *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en «La Reforma penal» Univ. de Madrid, 1982, pp. 39 y ss. Sobre la desprotección del producto de la concepción, ver ROXIN, K.: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad., Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 79 y ss. Ver la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe de 25 de febrero de 1975 en *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)*, «L'aborto nelle sentenze delle corte costituzionali», pp. 209-210, Milano, 1976.

legislaciones (15), entre ellas la nuestra, optan por el llamado sistema de indicaciones con mayor o menor amplitud, según los casos. En este sentido, aunque de modo restringido, se pronunció la Ley española vigente de 5 de julio de 1985, la cual, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, despenaliza el aborto consentido en los supuestos de indicaciones terapéutica (peligro para la vida o salud de la madre), ética (caso de violación denunciada) y eugenésica (graves malformaciones fetales), con intervención de facultativo y con las garantías sugeridas por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 11 de abril de 1985, salvo el caso de autoaborto en que no es preciso que concurren (16). La citada Ley ha sido sometida al disparo cruzado de la crítica, tanto de los partidarios de la libertad absoluta del aborto, por considerarla demasiado restrictiva de los derechos de la mujer y del libre desarrollo de su personalidad (17), como de aquellas posiciones que, como la oficial de la Iglesia Católica, niegan, en todo caso, la posibilidad de interrupción del embarazo, aún en el supuesto de las indicaciones referidas, ya que dicha interrupción, según este punto de vista, provocaría una desprotección del producto de la concepción (18). Incluso

(15) Un análisis comparativo de las diversas legislaciones, por lo que se refiere especialmente al sistema de las indicaciones, puede verse en GARCÍA VITORIA, Aurora: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales* ADPCP, 1981, pp. 483 t ss.; *idem*. *El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, pp. 25 y ss. *idem*. MARTY, D. F.: *La repression penale de l'avortment. Notes de droit comparè*, «Rev. inter. de crim. et police thécn.», 1974, pp. 391 y ss. El sistema de indicaciones es seguido con cierta amplitud en la República Federal de Alemania por Ley de 21 de junio de 1976 que reformó el parágrafo 218 del StGB (Código penal), como consecuencia de la declaración de anticonstitucionalidad respecto del anterior parágrafo 218 que, en virtud de la Ley de 18 de junio de 1974, mantuvo el criterio del «plazo», al permitir la interrupción del embarazo con intervención de un médico dentro de las 12 primeras semanas. Un análisis de la evolución legislativa en la República Federal Alemana y de sus consecuencias en relación a la interrupción del embarazo puede verse en HIRSCH, H. J.: *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana* en «La reforma penal», Madrid, 1982, pp. 39 y ss. (trad. de Carlos Suárez).

La nueva legislación alemana ha sido criticada, entre otros por GÖSSEL, K. H.: *La reforma del delito de aborto en Alemania*, trad. M. Conde, CPC, 1978, pp. 42, particularmente el hecho de dejar impune a la mujer si el aborto se realiza sin el asesoramiento de un médico —lo que ocurre también en la legislación española, artículo 417 bis, 2, Ley de 5 de julio de 1985— y estima que al elegir el legislador un criterio intermedio entre la tesis del «plazo» y la de «las indicaciones», una vía intermedia acumula los errores de ambas posiciones y ninguna de sus ventajas. Con respecto a la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 que sigue con cierta amplitud la vía de las «indicaciones», ver NUVOLONE, P.: *La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, «II Jornadas italo-franco-españolas de Derecho penal», Avila-Alcalá de Henares, 1981, pp. 233 y ss.

(16) Ver artículo 417 bis, 2 del Código Penal.

(17) Así, v.g. CUERDA RIEZU: *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto de CP*, «Documentación Jurídica», 1983, pp. 356 y ss.

(18) Ver Doc. «La vida y el aborto» de la Conf. Episcopal Española de 5-2-83, public. en el periodico «El País», 6-2-83; Confr., además, WERTHEIMER: *Comprender la discusión sobre el aborto. Debate sobre el aborto, Cinco ensayos sobre Filosofía moral*, Madrid, 1983, pp. 33 y ss.

desde el propio criterio que mantiene el sistema de las indicaciones se estima la Ley citada demasiado restrictiva al no incluir supuestos tales como los de incesto, inseminación artificial no consentida y, sobre todo, la llamada indicación económica y social (19), particularmente esta última que, aunque de hecho, fue considerada incluso en el propio Derecho romano (20).

II

1. Dada la índole del trabajo que nos ocupa no es nuestra misión entrar a fondo en la dificultosa discusión de tan arduo problema como es el de la interrupción del embarazo en el momento actual, sino, tan sólo realizar un breve análisis histórico-jurídico y crítico del aborto, tal y como fue concebido en las distintas etapas del Derecho en Roma. Era, sin embargo, necesaria esta breve disquisición sobre el panorama político criminal del aborto en el momento actual, especialmente en lo que respecta a nuestro país, tanto por lo que se refiere a la doctrina como a la vigente legislación y finalizar así nuestro trabajo poniendo en relación, mediante un somero estudio comparativo, los criterios romanistas en las diversas etapas del Derecho romano con los mantenidos por la doctrina y legislación actuales, deshaciendo algunos tópicos y equívocos que todavía parecen sustentarse a la hora de marcar las pautas para una futura reforma de tan arduo tema como el de la interrupción del embarazo.

A. Como ha sido puesto ya de relieve por la doctrina romanista (21), en Roma había dos valores ampliamente respetados que habrían de prolongarse a través de toda su historia: el interés demográfico del Estado en obtener buenos ciudadanos de los que servirse y, de otro lado, el omnimodo poder del *pater familias*, y en cuya autoridad jamás se inmiscuía el poder público. Por consiguiente, al arbitrio del *pater familias* quedaban las posibles sanciones a la mujer o contra los terceros que provocaban su aborto. Pero, en ningún caso existe una incriminación pública del aborto, al modo del Derecho vigente, por lo que al consentido se refiere, jugando, también aquí, en cierto

(19) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, 139, indica la poca probabilidad de que la «indicación social» se «cuele» por la vía de las otras «indicaciones». Sin embargo, cabe, v.g., aunque restringidamente, por la vía de la indicación terapéutica, v.g., alteración psicológica de la madre a consecuencia del impacto producido por la falta de medios económicos, situación social del marido, paro, etc., gran número de hijos, imposibilidad de su manutención, etc... La gran mayoría de los abortos producidos en la República Federal de Alemania, lo son por esta causa. Ver HIRSCH, *ob. cit.*, pág. 47.

(20) Ver NARDI: *Il procurato aborto nel mondo grecoromano*, Milano, 1971, págs. 16-29.

(21) NUÑEZ PAZ, M.^a I.: *Perspectivas jurídicas y sociales del aborto consentido en la antigua Roma*, libro homenaje a Iglesias Cubría, 1990, pág. 5; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, pp. 46 y ss., 357, 442 y 630.

modo, un criterio demográfico, a través del derecho del marido a la progeñie.

Por consiguiente, no se sanciona el aborto, particularmente en las primeras etapas de la historia de Roma, pero caben sanciones privadas cuando aquél se realiza sin el consentimiento del marido al ver éste truncados sus derechos a la progeñitura. Los movimientos abolicionistas actuales, aun pretendiendo partir de la expresión romanista de la «...*mulieris portio est vel viscerum*» (22), no admiten sanción alguna ni pública ni privada, sino solamente el «mi vientre me pertenece» y, por ello, el derecho de la mujer, aun sin consentimiento del marido o del padre, en virtud de la simple fundamentación en la absoluta libertad de la madre para tener los hijos deseados, lo que implicaría el derecho a no tener los no deseados. Sin embargo, el Derecho romano, particularmente, después de Septimio Severo y Antonino conminó con las más graves penas a quienes provocaban un aborto, si bien, siempre que el marido se querellase por haber perdido, por este hecho, un heredero (23). No obstante tal punición parece hacía siempre relación a la mujer casada porque el abortar para las solteras no era considerado delito (24).

De otro lado, también en Roma se plantean los problemas actuales en torno al comienzo de la vida humana. Un sector de la doctrina actual y especialmente el que aboga por la punición del aborto en todo caso, siguiendo el criterio tradicional, preconiza la absoluta protección del feto-embrión desde el momento de la fecundación (25). Sin embargo, hoy, particularmente a partir de la reforma mayoritaria por la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, es decir, el proceso que estadísticamente se cierra en el 13.º día después de la concepción (26). La antigua distinción greco-romana del feto «animado» o «inanimado» no tiene, sin embargo, parangón con el de la animación-fecundación, aunque pudiera parecer históricamente condicionado. Debe recordarse que los fenómenos que se dan entre

(22) Confr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 14. ULPIANO ad. L. 1 ff. *De inspiciendo ventre*, D. XXV, 4: «partus enim, antequam edatur, mulieris portio et del viscerum». NUÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, pág. 23. D. 25,4,1 (Ulp. 24, ad. col.).

(23) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 15.

(24) TOCCI: *ob. cit.*, p. 16: «Tali punizioni riguardavano sempre le sole donne maritale perche nubili l'abortire non era considerato un delitto». Sin embargo, NUÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, p. 4, afirma que la mujer soltera siempre estaba sometida a un «pater familiae» que incluso en caso de repudio podía ser el *curator ventris* (U. p. L. 24, ad edic. I.I.D. De insp. ven., por lo que no podía hablarse de autodeterminación de la mujer en el sentido que se preconiza actualmente; de otro lado, tales puniciones se derivarían de la Lex Cornelia, que se refería, en general al caso de muerte o lesiones a la mujer por terceros («envenenamiento» por abortivos). Ver NARDI: *Il procurato aborto*, cit., pág. 557-60.

(25) Ver DELICADO, J. ARZ DE VALLADOLID: *El aborto ante la ética y el Derecho*, «Ecclesia», núm. 1.974, mayo 1980. Ver también Punto II de la nota sobre el aborto de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe, de 4 de octubre de 1974.

(26) Ver LÜTTGER, Hans: *Medicina y Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 60-61. Trad. E. Bacigalupo.

fecundación anidación eran desconocidos en aquella época para los juristas. Por consiguiente, la historia jurídica no es el método adecuado para la discusión del problema, sino a través del contacto entre los argumentos biológicos-médicos y métodos jurídicos de interpretación. Hoy la interrupción del embarazo se considera punible sólo si tiene lugar después de producirse la anidación del óvulo fecundado en el útero (27).

B. Las concepciones epicúreas y estoicas se traducen en Roma en la idea de que sólo existe un ser vivo cuando hay nacimiento y, por consiguiente, el embrión forma parte de las entrañas maternas (28). Particularmente en la época preclásica, cuando se contempla un aborto, es con referencia al resultado muerte de la mujer a consecuencia de aquél, sin que ello signifique la equiparación de uno y otro, lo que en ningún caso aparece en la legislación. En el derecho vigente existe una figura especial en la que se sanciona el aborto, si como consecuencia se produce muerte de la embarazada, con la pena de homicidio, lo que no deja de ser un residuo de responsabilidad objetiva, siquiera sea paliada ésta, que no suprimida con la exigencia, después de la reforma de 1983, de que la muerte haya sido al menos previsible (29). De todos modos, lo cierto es que en Roma los crite-

(27) LÜTTGER, H.: *ob. cit.*, p. 49; *idem* ROXIM: *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, «Rev. jur. de Cataluña» 1980, p. 257, *idem*. NUÑEZ BARBERO, R.: *El problema político criminal del aborto en el momento actual*, Conf. pronunc. en el Colegio Mayor Univ. de S. Bartolomé de Salamanca y publicada en extracto en el periódico «El Adelanto» (19 nov. 1978). Ver además HIRSCH, H. J.: *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en «La Reforma Penal», Madrid, 1982, p. 44. El actual párrafo 219 del StGB precisa que todas aquellas intervenciones realizadas antes de la anidación del huevo fecundado en el útero quedan excluidas del tipo de aborto.

(28) En el momento en que el alma se «anima» al penetrar al aire libre por la boca y da vida al cuerpo (De opific. Dei, 17, 5). Médicos y filósofos griegos, seguidos por los romanos coinciden en que el embrión forma parte de las entrañas maternas hasta que se anima, si bien no acaban de ponerse de acuerdo en el momento en que se produce dicha animación (Ver NUÑEZ PAZ, M.^a I., *ob. cit.*, pp. 7-8). Ulp. 24 D, 25.4, 1. 1; TOCCI, *ob. cit.*, p. 17.

(29) Ver artículo 1, 2 y artículo 411 párrafo último del Código Penal. A pesar de los deseos de la Reforma de 1983 en orden a eliminar de nuestra legislación punitiva todo vestigio de responsabilidad objetiva, sigue existiendo en el párrafo último del artículo 411 del Código Penal, dado que aunque se requiera que el resultado sea culposo, v.g., la muerte de la embarazada sobre la que se realizan las prácticas abortivas, se aplicamos el concurso de delitos aborto-homicidio culposo resultaría el autor más levemente castigado, dado que en el delito complejo se aplica la pena del homicidio doloso. Confr. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal*, P. Espec., 7.^a ed., 1988, p. 91; *idem*. HUERTA TOCILDO: *Aborto con resultado muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977. Será un delito «cualificado por el resultado imprudentemente producido», como indica acertadamente, Muñoz Conde. Las insólitas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1985 y de 3 de abril del mismo año consideran que para aplicar este artículo 411, último párrafo, es necesario, respecto del resultado lesivo para la madre, el dolo eventual, estimando que en el caso de aborto y homicidio imprudente existe un concurso de delitos. Creemos que la postura correcta es precisamente la contraria, el dolo eventual debe seguir el mismo camino que el dolo directo y el único concurso de delitos posible es el existente entre el aborto básico y el homicidio doloso o las lesiones dolo-

rios de los autores cristianos (30). Las fuentes respecto de las cuales pudiera afirmarse su equiparación aluden a la palabra «partus» y, por consiguiente, se trataría de proteger la vida de un recién nacido y no del embrión (31). Por tanto, no parece haber habido, particularmente en las primeras etapas del Derecho de Roma, protección al *nasciturus* como tal. La etapa de tránsito de la República al Principado supuso un aumento de los delitos de aborto, pero no ya o, al menos, no tan sólo por la relajación moral de los primeros tiempos o la corrupción (31 bis) de costumbres, sino porque se plantea ya lo que la doctrina actual denomina «conflicto de intereses» (32), y en caso de duda entre la vida de la madre y la del feto habría de optarse por la salvación de la vida de la primera, fundamentado en el mayor valor social de la madre y, no obstante, los derechos del padre a la progenitura. Esto es lo que hoy conocemos por la eximente justificativa de estado de necesidad, contemplada no sólo de manera general en el artículo 8, 7 del Código Penal, sino en el artículo 417 bis 1, del mismo Texto legal, reformado por la Ley de 1985, que considera el problema de manera específica en relación al aborto, justificando en este caso la interrupción del embarazo por la llamada «indicación terapéutica». Las fuentes muestran, así mismo, otras causas de interrupción del embarazo que demuestran la existencia de motivaciones morales; es lo que llamamos hoy aborto «honoris causa», que nuestro Código Penal regula con atenuación especial en el tipo del artículo 414 del Código Penal e incluso como causa de justificación específica en el citado artículo 417 bis, en el caso de que la mujer haya

sas, como acertadamente ponen de relieve COBO DEL ROSAL y CARBONELL (*Derecho penal, Parte especial*, 2.^a ed. 1988, p. 562). En sentido crítico y con argumentos contundentes rechaza también la solución de las citadas sentencias SUÁREZ MONTES: *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Rev. Jur. de Asturias», 1985. Acepta también la solución que preconizamos BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 143.

(30) Ver TOCCI: *ob. cit.*, pp. 20 y ss.; Ver además, QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit., p. 547. Confr., además p. 25 y Tert. De an, 36, 34; Terull, *Apol.* 9, 8, aunque en casos de peligro para la vida de la madre se llega a justificar la muerte del feto en base a la *pietas* o *caritas* cristiana, Tert., De an. 25, 4-6 (Confr. *supra* p. 26). Y San Agustín sostuvo que no podía hablarse de hombre desde el momento de la concepción, sino que es necesaria la manifestación de la vida mediante movimientos (Ag. *Quaest. Ex.* 80) Confr. *Supra* p. 27.

(31) Ver LAFRANCHI, *Voz* «nasciturus» NNDI, XI, p. 13. Ver *supra* p. 10.

(31 bis) Particularmente en el período imperial «puso de moda» la interrupción del embarazo para conservar los senos turgentes o para evitar «ut careat rugorum crimine venter», ver TOCCI: *ob. cit.*, p. 14; NUÑEZ PAZ, *ob. cit.*, p. 15. Las leyes de Augusto trataron de poner coto a esta moralmente.

(32) Ver en la doctrina actual JESCHEK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal*, I, Parte General, trad., S. MIR y F. MÚÑOZ CONDE, Bosh, Barcelona, 1981, pp. 494-95. Confr., además, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 114 y 131. Ver también en relación al Derecho romano, *supra* p. 14: «existen razones médicas que justifican la aplicación de la excepcional medida del aborto». Confr. HIMES: *A medical history of contraception*, 1936, pp. 320; Sorano *Gynaec.* I, ver también BUSTOS RAMÍREZ. *Derecho Penal*, Ariel, 1986, pág. 56.

sido objeto de un delito de violación, una vez denunciada ésta, con fundamento en la no exigibilidad de otra conducta y en base a que nadie debe ser obligado a soportar las consecuencias del delito (33). Las fuentes muestran también las numerosas interrupciones de embarazo por falta de medios económicos (34), esto es, lo que hoy denominamos indicación social o económica, y que una parte de la doctrina reprocha a la vigente legislación de no haber tenido en cuenta; si bien, como hemos indicado, cabría, en algunos casos, a través del aborto terapéutico (35).

(33) La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril, afirma, respecto de la indicación prevista en el número 2 del artículo 417 bis, que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible (BJC 1985-49-R138). Al aludir a la dignidad de la mujer, el propio Tribunal Constitucional, dicen COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho Penal*, cit. 2.^a edic. P. E. p. 569, esto quiere decir que la salvaguardia de ésta prevalece sobre la vida en formación, tal prevalencia sobre la exigibilidad y, en definitiva, sobre cualquier otro interés hace que se trate de una causa de justificación. Si bien el Tribunal alude a la «no exigibilidad», pero, según dichos autores al prevalecer un interés superior no surge la exigibilidad, lo que me parece discutible. Sobre la base del estado de necesidad (conflicto de intereses iguales) ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit., 584. Basa esta exención en el principio de la no exigibilidad BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 136, pero sorprendentemente como principio regulativo general, porque a continuación la considera como causa de justificación sobre la base del ataque a la dignidad e intimidad de la mujer, de acuerdo con lo expuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional citada. En sentido favorable a esta indicación ver JIMÉNEZ DE ASUA: *Libertad de amar y derecho a morir*, 6.^a ed. Buenos Aires, 1946, p. 408; LANDROVE DÍAZ: *Política criminal*, cit., pp. 80 y ss., quien se pronuncia, además, en favor del sistema de indicaciones en general (Cfr. además EL MISMO: *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, «II Jornadas», cits., p. 76, quien se manifiesta, sin embargo, en contra de cualquier inclusión de ataques a la libertad sexual distinta de la violación). En el mismo sentido GARCÍA VITORIA: *ob. cit.*, p. 37. Sin embargo, el *Anteproyecto* de 1979 incluía la inseminación artificial no consentida, rechazada como, en general, lo fue el sistema de indicaciones en el Proyecto de 1980. La reforma de 1985, que redactó en la forma actual el artículo 417 bis del Código Penal incluyó las indicaciones y con ellas la indicación ética, pero dentro de ella (2.^a) no incluyó la inseminación artificial no consentida, lo que me parece desacertado. Destaca con sorpresa el que la inseminación se haya excluido también en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, CUERDA: *ob. cit.*, p. 379.

(34) Ovid, *Nux*, 23-24; Am. 2,2 Juv., Sat. 2, 32-33. Suet. Domic. 22, 2 Plin. Epist. 6-1-16, ver *supra* p. 14.

(35) Respecto de la citada indicación, CUERDA: *ob. cit.*, p. 381, precisa que podría incluirse en el concepto de salud, con referencia a la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que tampoco la incluye. Sin embargo, esto podría hacerse en aquellas situaciones en que se produjese alguna alteración psíquica en la madre, lo que no sería infrecuente, pero no en otros casos, por lo cual, tales situaciones habrían de considerarse con mucha ponderación, como indica GARCÍA VITORIA: *El Tipo básico de aborto*, cit., ya que aunque admite, en determinados casos de notoria gravedad, tal indicación, reconoce que ofrece una segunda vertiente en la que habrá de procederse con gran cautela (p. 41). En todo caso, habría que evitar las cuotas de inseguridad y arbitrio tan poco deseables a que se refiere BAJO: *ob. cit.*, p. 139, y que le hace considerar preferente

Es curioso observar que no obstante la evidente diferencia histórico-cultural y social entre la sociedad romana y la actual, la práctica más frecuente y menos motivada de abortos se sitúa en los estratos más altos de la sociedad, siendo las clases mayoritarias, medias y bajas a quienes están vetadas las prácticas abortivas por exceder de sus posibilidades económicas, las que continúan respetando las costumbres tradicionales (36). Todo ello origina, tanto en la sociedad romana como en la actual, una evidente desigualdad que se traduce, además, en la posibilidad de lesiones irreversibles e incluso muertes para aquellas mujeres que se someten o caen en manos de sujetos sin escrúpulos y, como es lógico, en aquellas épocas aún más inexactos que en la actual (37). En definitiva, al comenzar la época clásica,

el sistema del plazo, lo que tampoco me parece conveniente. Bajo la indicación de «situación de necesidad» (V. § 218 a) aptdo. 1, número 2 StGB se subsumen en Alemania Federal la mayoría de los abortos, en 1980 el 71 por 100. En contraposición a ésta, la indicación médica representó en el mismo año sólo el 24 por 100, la eugenésica el 4 por 100 y la ética el 0,1 por 100 y, dentro de los casos de la indicación por necesidad, los conflictos socio-económicos son una minoría, al menos en la República Federal, dadas sus condiciones socio-económicas superiores a las de nuestro país. Por tanto, la mayoría de los casos lo son de *conflicto personal*, v.g., sobrecarga de la mujer a causa del trabajo y de la familia, trastornos psicológicos que no alcanzan el grado correspondiente a la indicación terapéutica, disolución del matrimonio, etc. Confr. HIRSCH, H. J. *Interrupción del embarazo*, cit., p. 47. En nuestro derecho, sin embargo, por razones obvias, los supuestos típicos de indicación social, paro, familia numerosa sin ingresos, etc., ofrecen una importancia mayor, con repercusión incluso psíquica para la madre, que puede alcanzar notoria gravedad, con posibilidad incluso de insertarse en el número 1 del artículo 417 bis del Código Penal. Sobre el problema, ver DE VICENTE REMESAL, J.: *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva Ley de aborto*, «La Ley», sept. 1985, p. 5, quien pone de relieve, también, cómo la indicación económico social constituye en Alemania Federal el fundamento de las tres cuartas partes de los abortos producidos. Lo que debe tomarse en el sentido que anteriormente hemos expuesto de prevalencia de los conflictos personales sobre los estrictamente sociales, para la llamada situación de necesidad (Notstand). También ROXIN, K.: *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, «Rev. Jur. de Cataluña», 1980, p. 263 señala para la indicación social (situación de emergencia) el 67 % de los casos de aborto. Las condenas a causa de hechos punibles de aborto, según el § 218 del StGB en dicho año no tienen ninguna importancia estadística.

(36) Ovid., Herod., 2, 39-45; NARDI, *Procurato aborto*, cit., pp. 230 y ss. *supra*, p. 13.

(37) Que la embarazada no tenga que estar expuesta a «curanderos», dice HIRSCH, H. J.: *Interrupción voluntaria...*, cit., p. 48, correspondía a una urgente necesidad de tipo social. Ello no significa que una reforma legal deba servir exclusivamente a los intereses de la embarazada, como parece haber ocurrido con la reforma penal alemana, no obstante la aparente inclusión del sistema de las indicaciones, pues si se pretende —dice Hirsch— como uno de los fines de la reforma la protección de la vida del *nasciturus*, no queda claro «cómo puede suponer una protección de la vida del *nasciturus* el que ahora se le pueda matar en lugar de ilegal, legalmente». Cierto que el modelo de asesoramiento parece centrarse en la protección del *nasciturus*, pero tal y como ha sido concebido no se puede reconocer al mismo —según el citado autor— ningún beneficio. La reforma —dice— parece haber servido exclusivamente a los intereses de la embarazada en cuanto se la protege de las intervenciones practicadas por «curanderos». Y ROXIN. *El desarrollo*, cit. rev., cit., p. 264, señala que aun cuando el fin de hacer descender la cantidad de embarazos no ha sido alcanzado, al menos habría de

en Roma, el aborto, libre, no era indiscriminado. Arraiga la idea, especialmente en las clases populares, que había de llevarse a término lo que la naturaleza había comenzado; si bien, de hecho, los casos en que se practica se corresponden con una serie de razones personales, médicas, morales o de falta de medios económicos que tienen mucho que ver con las motivaciones que actualmente consideran las legislaciones como comprensivas de las llamadas indicaciones, fundamentadas, en general, en razones de necesidad o de «no exigibilidad».

De otro lado, en Roma y particularmente en la época que nos ocupa, se distingue entre anticonceptivos y abortivos (38), considerándose preferible siempre la contracepción al aborto; hay una cierta repulsa social hacia éste cuando no se considera motivado y se estima realizado frívolamente. Este punto de vista es puesto de relieve por la doctrina mayoritaria actual en tanto en cuanto se estima que para un general control de la natalidad y en la época de la «píldora» no es, en general, necesario acudir al aborto (39). Un control de la natalidad se plantea, ciertamente hoy de modo distinto que en Roma, en la época de Augusto, si nos atenemos al criterio de ciertos autores que nos hablan de una legislación represiva para evitar la despoblación y la relajación de costumbres, pero que, en definitiva, no consiguió siquiera su objetivo, que fue el incremento de los nacimientos en las clases altas (40). El problema demográfico, también ligado en Roma al derecho del marido a tener descendencia, está hoy relacionado con el mayor o menor crecimiento de la población, y depende, en general, del desarrollo económico y cultural de los diversos países. Sin embargo, particularmente en algunos de los países socialistas, el

reconocer un cierto éxito si en el volumen aproximado invariable de abortos, las intervenciones tienen lugar en un hospital, bajo condiciones ginecológicas irreprochables, lo que sirve no sólo a la salud de las embarazadas, sino que eximen, también a ellas, de las angustias, espirituales vinculadas con la visita a una curandera ilegal.

(38) HIMES: *A medical history of contraception*, 1936, pp. 320 y ss.; Sorano *Gynaec*, 1, 60-63, ver *supra* p. 14.

(39) ROXIN: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad., D. M. Luzón, Bosh, 1976, p. 73; *idem*. El mismo: *El desarrollo*, cit. rev. cit., 257; HIRSCH, H. J.: *ob. cit.*, p. 53. Sin embargo, las concepciones de la Iglesia prohíben tales métodos con lo cual —como indica HIRSCH— provocan situaciones de conflicto que llevan ilícitas interrupciones del embarazo. Ver sobre ello, BARBERO SANTOS: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Rev. Intern. de droit penal», 1978, número 1, p. 66. Recientemente el Papa Pablo II ha declarado que el uso de preservativos ha de considerarse como una «blasfemia contra Dios», aún en el caso de utilizarse para evitar el «SIDA». Ver el periódico «El País» de 14 de noviembre de 1988. Por consiguiente, la postura de la Iglesia es absolutamente contraria no sólo ante los antiabortivos, sino contra cualquier método que impida la concepción. El Código penal prohíbe la expedición de abortivos, aunque excluyó la propaganda anticonceptiva, pero remitió el artículo 343 la expedición ilegal de anticonceptivos, lo que, como indica BAJO: *ob. cit.*, p. 149, probablemente «no tenga mucho sentido».

(40) Tal legislación fue considerada como un «total y catastrófico fracaso». Ver ASTOLFI: *La lex Iulia et Papia*, Padua, 1970, pp. 77 y ss. Ver NARDI: *Procurato aborto*, cit., pp. 241 y ss. Confr. *supra* p. 15.

riesgo de una mayor despoblación ha obligado a restringir la legislación liberalizadora del aborto (41).

En la época clásica romana se discutió, como en la actualidad, el problema de si el feto era considerado un ser vivo y merecedor de protección. En general se exigió por los juristas el nacimiento como presupuesto indispensable de capacidad jurídica, lo cual requería la separación completa del claustro materno (42), requisito que hoy se considera básico para distinguir el homicidio del aborto (42).

La distinción efectuada por los juristas romanos entre *aborsus* y *abortus* depende del tiempo de duración de la gestación (44) y nos hace recordar la actual tradicional observación de la obstetricia en orden a la distinción entre embrión y feto, que ha sido utilizada como fundamento por los partidarios del sistema del plazo, al considerar que durante el período embrionario el producto de la concepción carece de forma humana, junto al argumento de que en los tres primeros meses la interrupción del embarazo acarrea menos peligros para la mujer (45). A pesar de las razones político-criminales en que estos criterios pretenden moverse, el profundizar en la argumentación sobre la base de que el embrión carece de nivel consciente antes del cuarto mes, como lo prueba el «encefalograma plano», supone adentrarse en «un terreno resbaladizo y sumamente discutible» (46). El argumento es hoy tan acientífico —dice Bajo Fernández—, como puede serlo el de la teoría de la «animación» (47). En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses de embarazo el encefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo y es sólo cuestión de días o semanas el que se registre una actividad en su cerebro (48).

(41) Cfr. GARCÍA VITORIA, A.: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales*, ADPCP, 1981, p. 505. Ver además, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, 10.^a ed., 1987, p. 104. También en Roma por consideraciones demográficas se dieron leyes tendentes a restaurar la pureza de los primeros tiempos (V. Lex Julia y Papia Popena 18 a.C. y 9 d.C.).

(42) Paul Sent 4, 9, 5; Plin, Nat. Hist. 7, 38. Ver *supra* p. 16. Confr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 14, nota 10. «...l'infante cominciare a essere animato solo dopo uscito dall'utero».

(43) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 22; *idem*. RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, p. 22. Para MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P.E., 6.^a ed., 1985, p. 8, se requiere la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical, si bien se pronuncia, acertadamente a mi juicio, de *lege ferendae* por el criterio, seguido en las legislaciones alemana e italiana, que equipara la muerte del recién nacido a la producida durante el parto, más convincente, a mi juicio, que el criterio de la «percepción visual» mantenido por GIMBERNAT ORDEIG (QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado cit.*, pp. 504-5), particularmente desde el plano valorativo.

(44) NONI: *Compenosa doctrina*, Linsay, 1964, p. 448. Ver *supra* p. 16.

(45) EHMKE: *Die Fristregelung und das Grudgesetz*, Bon-Bad Godesberg, 1975, p. 37.

(46) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 117.

(47) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. y pag., cit.*

(48) Cfr. CEREZO MIR: *Interrupción del embarazo...* cit., rec. cit., p. 33. para CEREZO del hecho incuestionable de que la vida humana intrauterina tenga un valor inferior al de la vida humana independiente desde el punto de vista de la valoración jurídica

Es opinión dominante en la actualidad que la vida humana comienza con la concepción, considerada ésta en el sentido de la «anidación» a que antes hicimos referencia (49).

Hemos dicho que, con arreglo a la opinión —a nuestro juicio— más acertada, el nacimiento viene determinado por la separación completa del claustro materno (50). Según el Código Civil, hay que estimar, de acuerdo con el artículo 29, que el nacimiento determina la personalidad (51), y el *nasciturus* aún no es persona en sentido jurídico, pero es un ser humano vivo, y una interpretación teleológica de los preceptos constitucionales (art. 15), que protegen la vida humana habrá de considerar que aquéllos se extenderán, también, a la vida humana intrauterina, ya que la destrucción del feto impide que el *nasciturus* llegue a nacer, esto es, a convertirse en persona (52). Inclu-

ca no cabe deducir que se trate de valores distintos y que la Constitución otorgue, por ello, valor solo a uno solo de ellos en su artículo 15. Para ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, pp. 209 y ss., sin embargo, aun cuando afirma que la vida humana en formación es objeto de protección por la Constitución, sólo lo es a través de la idea de dignidad humana que consagra el artículo 10 de dicho texto fundamental, por lo cual la vida en formación ha de estimarse como bien jurídico de la comunidad y no individual, cuya titularidad pueda ser atribuida al propio *nasciturus*. Para este autor los intereses de la madre prevalecen sobre los del *nasciturus* en los tres primeros meses de embarazo. De todos modos, no me parece explicable, no obstante, por qué los intereses de la mujer prevalecen sobre los del *nasciturus* en los tres primeros meses de embarazo y no con posterioridad. Si la vida humana en formación (*nasciturus*) es un bien jurídico digno de protección porque pertenece a la comunidad, si no es un bien jurídico individual de titularidad atribuida al *nasciturus* o a la mujer no parece lógico pensar que la mujer pueda luego disponer libremente, durante esos tres primeros meses de embarazo, de ese bien comunitario del que no es titular (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La despenalización del aborto...*, rev. cit., pp. 95-96.

(49) Cfr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 55; HIRSCH, H. J.: *ob. cit.*, p. 44.

(50) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 22; para BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal*, P.E., Ariel, 1986, P. 22, dada la dificultad en el plano biológico de determinar el momento de la separación entre vida dependiente e independiente, debe utilizarse un criterio médico-normativo que es el de *autonomía de vida*. Desde el momento en que el sujeto vive funcionalmente en forma autónoma de la madre, se considera que ha nacido, con independencia de que se haya desprendido o no totalmente o de que se haya o no cortado el cordón umbilical. Criterio normativo no exento de graves dificultades prácticas, habida cuenta de que, como indica RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, rev. cit., pp. 88-89, el concepto constitucional de vida es un concepto puramente naturalístico, cuya existencia o inexistencia no se puede hacer depender de valoraciones sociales, aunque éstas pueden condicionar el que el ordenamiento jurídico distinga fases en ese proceso continuado, atribuyendo a cada una diverso valor y protección y tratamiento también dispar.

(51) El Código Civil, en sus artículos 29-30, concede personalidad solamente al nacido que ha vivido veinticuatro horas separado del claustro materno, aunque, a efectos civiles y en lo que le sea favorable, el citado Texto legal tiene por nacido al concebido (art. 29, párr. 2.º).

(52) Ver CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33. Para Cerezo, sin embargo, la vida humana comienza con la concepción, pero con la sola fecundación del óvulo por el espermatozoide. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P.E., 10.ª ed., 1988, Madrid, p. 109. Sin embargo, hoy la doctrina dominante, así como la legislación, particularmente la alemana, estima que una intervención respecto de la vida en gestación debe quedar impune si se realiza en los primeros 13 días después de la concepción, ya que hasta el día 13.º no se concluye el proceso de arraigo del óvulo fecundado en la matriz, lo que

so los partidarios del sistema del plazo consideran que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico constitucional, si bien se trataría —dicen— de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual, lo que sin embargo, me parece asaz discutible (53).

C. Del examen de las fuentes romanas, y aunque por unos autores se sostuvo que sólo la separación del claustro materno determina la capacidad jurídica, esto es, la personalidad, y por otros se parte de la permanencia en aquél 182 días —antes de los cuales habría *abortus*—, se deduce que, en todo caso, el mayor o menor tiempo de gestación no fue criterio determinante, ya que se llegaba a la misma conclusión si faltaba el requisito de la «vitalidad». En realidad, antes del parto, el *conceptus* no existe como hombre, al menos hasta la etapa justiniana en que ya el nacido inmaduro incluso puede considerarse capaz (54). En definitiva, el aborto es expulsión de un «no hombre», y para que haya capacidad jurídica se requiere vida y forma humana y total desprendimiento del claustro materno. Por consiguiente, según las fuentes más dignas de crédito, antes del parto el producto de la concepción no es sino una parte de las entrañas maternas (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est*) (55), criterio que, como ya se advirtió, ha sido utilizado por sectores partidarios de la libertad absoluta del aborto para, bajo el lema «mi vientre me pertenece», justificar la absoluta autodeterminación de la mujer en la interrupción del embarazo y su derecho a tener o no tener hijos (56),

se denomina «anidación» (ver art. 219 StGB), y tal anidación, aún cuando todo siga su curso normal natural, sólo se produce en la mitad de los casos, con lo cual la protección penal que comenzare antes de ese momento se asentaría en lo imaginario, como indica ROXIN: *Problemas*, cit., p. 75. No sería posible aquí una protección penal de la naturaleza de las cosas y tampoco sería adecuado desde un punto de vista político-criminal (Confr. ROXIN: *El desarrollo*, cit., p. 257), punto de vista éste que, desde el plano biológico-jurídico, me parece el más correcto (Confr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 53), tanto desde dicho planteamiento como desde el estrictamente político-criminal. Este criterio es el mantenido por la vigente legislación alemana (Cfr. arts. 218 y 219 del StGB, después de la reforma de 1976). En este sentido ver también NÚÑEZ BARBERO: *Confer cit.*, 1978. Si se trata de lograr una conexión firme con el cuerpo materno, y ello no puede afirmarse antes de la anidación, es evidente que la norma penal contra el aborto será ineficaz en la etapa entre la fecundación y la anidación. Con un pronóstico de elevada ineficacia el argumento político criminal adquiere carácter constructivo en la medida en que la interpretación de una norma penal que la hunde en la cifra negra no tendría en absoluto sentido (Cfr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 56).

(53) Ver *supra* nota 48.

(54) Ver ARIAS RAMOS: *ob. cit.*, p. 58. NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 25, 26 y 31.

(55) D. 25, 4, 1 (Ulp. 24, ad ed). Ver *supra*, p. 18. Ver además, TOCCI: *ob. cit.*, p. 17.

(56) Confr. Manifiesto firmado en Francia por 343 mujeres en *Le Nouvel Observateur* de 5 de abril de 1971, que propició la Ley de 1975, siendo ministro de Salud Pública Simonne Veil, Ley actualmente vigente y que mantiene el criterio del «plazo». ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 75, en «La despenalización», cit., aún sosteniendo que el sistema denominado «del plazo» respeta el contenido esencial de los derechos de la mujer embarazada, considera —acertadamente a nuestro juicio— que el eslogan

lo cual no deja de ser paradójico, porque la madre no tenía en la sociedad romana más derechos que los que su esposo, el *pater familias* le permitiere ejercer. Se protegería la expectativa a la sucesión del marido, planteándole el problema tan solo, respecto de la mujer, cuando se tratase de su derecho la integridad física. Tal vez para evitar la paradoja que supone el acudir al criterio actual del recurso al «mi cuerpo es mío», que tantas críticas ha generado, particularmente, si se trata de fomentar en el principio romanista de la *portio mulieris*, cuyo basamento real es, como vemos, distinto del que se pretende en estos sectores. Por ello se intenta, desde el plano jurídico, acudir a otra fundamentación, como es la libertad de la mujer embarazada o el libre ejercicio a la maternidad, lo que entrañaría el derecho al aborto (57). Ello, sin embargo, supondría que los intereses de la madre prevalecerían siempre sobre los del producto de la concepción, lo que provocaría una desprotección absoluta del *nasciturus*, incluso dentro del sistema del plazo, y al menos en el período correspondiente al mismo (58).

D. Ciertamente, en Roma, sólo al nacido se le reconoce plena capacidad jurídica, pero ello no está en contradicción con el hecho de que se reconozcan al *nasciturus* ciertas expectativas jurídicas, como también el Código Civil vigente reconoce actualmente en su artículo 29. Pero sólo el nacido de matrimonio legítimo es contemplado por el ordenamiento romano, contrariamente a la legislación civil vigente, que después de la reforma de 1981, equipara los hijos legítimos y los ilegítimos (59). Ahora bien, en Roma cuando se protege al *nasciturus* se está protegiendo realmente la *spes prolis* del *pater familias*,

viente me pertenece» o la fórmula de «derecho al propio cuerpo» hacen parca justicia al significado real de la prohibición del aborto. La concepción mencionada, dice, no solamente ignora la realidad antropológica, sino que, además, debilita la categoría de la argumentación con la que la mujer se dirige al legislador. Por ello, trata de fundamentar la descriminalización en la confrontación con el derecho a la intimidad y al desarrollo de la personalidad de la mujer y no a su mera conformación corporal. Incluso el mismo CUERDA: *ob. cit.*, p. 356, cuya tesis no compartimos en absoluto, pues afirma que el derecho al aborto —del que se declara radicalmente partidario, «tiene que prescindir del feto como algo digno de protección jurídico penal», rechaza, sin embargo, el recurso «mi cuerpo es mío y lo que hay en él me pertenece», que tantas críticas ha generado, lógicamente, y acude a otro recurso distinto, el «relativo» libre ejercicio del derecho a la maternidad. Su tesis, que no es posible exponer aquí, como el mismo reconoce cuenta indica BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 115, tenga su explicación en una reacción pendular «frente a la radical posición ya expuesta mantenida por la Iglesia, merece, por las consecuencias que el citado autor admite o a las que llega; la más acerba crítica «por lesiva de los valores fundamentales de la civilización actual».

(57) ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 74. Aunque desde un punto de vista mucho más radical, también CUERDA: *ob. y pp. cit.*

(58) CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33. *idem*. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, en «Despenalización», *cit.*, pp. 94-96.

(59) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 610. Ed., también Ley 11/1981, de 13 de mayo.

siendo ésta la *última ratio* de las ventajas concedidas al *conceptus*. Por ello el verdadero titular es el *pater familias* y no el *conceptus*. Por lo cual, y especialmente en el derecho clásico romano, no existió una verdadera protección del *nasciturus*. Tal protección, que en algunos casos se atribuye por las fuentes a aquél, corresponderá ya a una época tardía bajo la influencia de la filosofía cristiana y en la que confluyen los derechos del *pater* con los del *nasciturus* como persona (60).

La interrupción del embarazo sin aquiescencia del marido es objeto de sanción pública por vez primera con los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla (192-212 d.C.), aún cuando hay dificultades en la comprobación de las fuentes directas que determinaron tal regulación (61). Con ello, la posibilidad de sanción por interrupción del embarazo, sale del ámbito privado para convertirse en infracción penal, pero son razones demográficas y de refuerzo de la institución matrimonial las que cuentan. El aborto no es reprimido en cuanto suponga un ataque al embrión (62). Por consiguiente no se trata de proteger directamente al *nasciturus*. La referencia al feto no se hace en cuanto éste sea un posible sujeto jurídico, sino en términos de «viscera de la mujer» y, en todo caso, los derechos de la mujer son respetados en tanto en cuanto no sean opuestos a los del marido, pues sólo muy paulatina y tardamente le va a ser reconocida a aquélla capacidad jurídica (63). Por consiguiente, el consentimiento operante es el del marido, no el de la mujer. Hoy se piensa que el consentimiento, que «de lege data» atenúa la punición del aborto, aunque paradójicamente, convierte a la mujer en autora en el supuesto del autoaborto (64), es la base de una posible descriminalización, con más o menos condicionamientos, según se trate de optar por criterios más o menos liberalizadores, como el criterio «del plazo o el de las indicaciones» (65). De otro lado, la doctrina dominante en la actualidad,

(60) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 26. Pero incluso en el derecho justinianeo el hombre es sujeto de derecho sólo después del parto porque antes «non recte dicitur» (Fr. 1.9 D. 50-16. TOCCI: *ob. cit.*, p. 15).

(61) Para TOCCI: *ob. cit.*, p. 15, sólo cuando el marido se querellase por haber perdido por este hecho un heredero. Aunque el rescripto ha desaparecido, su existencia se deduce de los testimonios de juristas como Trifonio y Marciano D. 48, 19, 39 (Trif. 10 disp.) D, 47, 11, 4 (Marc, 1, Reg.). Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 21. Ver además GRAVEN, Phil: *L'interruption de la grossesse*, en *rev. cit.*, p. 294; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, p. 312, nota 4; FERRINI: *Diritto penale romano*, Vol. I. PI. Milano, 1988, p. 246.

(62) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 23.

(63) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 22.

(64) Ver artículo 413 del Código Penal. Confr. QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit. pp. 653 y 677.

(65) Ver MARTI, Dirk F.: *La repression pénale de l'avortement. Notes de droit comparé*, en «*Rev. intern. de crim. et pol. techn.*», Gêneve, 1974, pp. 391 ss.; BARBERO SANTOS: *La reforma penal española*, cit., *rev. cit.*, pp. 66-67; LANDROVE, G.: *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «*Cuadr. de pol. crim.*», 1980, p. 84; HUERTA TOCILDO, S.: *Despenalización...*, cit., pp. 16 a 24.

con escasas excepciones (66), mantiene, en general, que la vida del *nasciturus*, es un bien digno de protección (67). Se discute, sin embargo, la fundamentación, que por unos se hace radicar directamente en el propio producto de la concepción como ser humano en formación (68) y por otros, más o menos directamente, en la libertad y dignidad de la madre o en el libre ejercicio de la maternidad (69). El problema radica, sobre todo, en que, incluso quienes afirman que la Constitución, con las consabidas palabras de su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida», protege al «*nasciturus*», discuten su consideración hoy como sujeto pasivo del delito, y ciertamente ello ofrece dificultad indudable. Dejando aparte la incoherencia sistemáti-

(66) CUERDA RIEZU: *ob. cit.* pp. 356-358, parecer mantener el punto de vista más radical del derecho del aborto.

(67) Vid CEREZO MIR, J.: *ob. cit.*, p. 33. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *ob. y rev. cit.*, p. 57; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E., 2.^a ed., Valencia, 1988, p. 555; ARROYO ZAPATERO, L.: *ob. y rev. cit.*, p. 69; BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 121. En relación a la doctrina y legislación alemana, ver BAUMANN, etc.: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, B. Teil. Straftaten gegen die Person, Halband*, 1, 1970, pp. 24 y ss. HIRSCH, H. J.: *ob. y rev. cit.*, p. 52. Ver especialmente la fundamentación dada por el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe en su Sentencia de 25 de febrero de 1975 (*Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)*), en *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano, 1976, pp. 207 y 209, para la protección del *nasciturus* con base en el artículo 2, n.º 2, pf. 1 de la Ley Fundamental de Bonn (GG), lo que debe concordarse con el libre ejercicio de la mujer al desenvolvimiento de su personalidad, que requiere igualmente reconocimiento y tutela (art. 19 de la GG), pero no ilimitadamente a costa del anquilamiento de la vida del *nasciturus*, por lo que ésta no puede ser puesta en discusión durante un determinado período. Cfr., además, ROXIN: *El desarrollo*, *cit.*, *rev. cit.*, p. 256. Por consiguiente, «la protección de la vida del feto goza de preferencia en la duración total del embarazo antes que el derecho a la propia determinación de la embarazada y no puede ser cuestionada en un término preciso de tiempo».

(68) CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *ob. cit.*, pp. 554-555, quienes, acertadamente, indican que es más correcto hablar de «vida en formación» que de «esperanza de vida» (como afirma HUERTA TOCILDO, S.: *ob. cit.*, p. 10), dado que mal podría explicarse la punición contra un ataque a lo que no sería todavía, sino una «vana esperanza». Para RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, p. 89, el concepto constitucional de vida es un puro concepto naturalístico que no puede hacerse depender de valoraciones sociales, que pueden condicionar el que el ordenamiento jurídico distinga, sin embargo, fases en el proceso de desarrollo y les atribuya diverso valor y tratamiento también dispar.

(69) ARROYO ZAPATERO, L.: *Prohibición del aborto y Constitución*, en *Despenalización*, *cit.*, p. 73, aun cuando afirma que la vida humana en formación merece protección constitucional, tal protección deriva de los derechos e intereses que se reconocen a la mujer y que se asientan en el principio de la dignidad humana, siendo aquella un bien jurídico de la «comunidad» y no un bien jurídico individual, por lo cual el *nasciturus*, por sí mismo, no puede ser titular de intereses o derechos, ni la mujer disponer por sí misma de aquél. Tal punto de vista parece ser mantenido igualmente por BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 123. Radicalmente en favor de la autodeterminación absoluta de la mujer, CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, pp. 357 y 374, lo que debe rechazarse tanto de *lege data* como de *lege ferenda*.

La consideración de ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 73, del *nasciturus* como bien jurídico de la comunidad, coordinando así el que aquél no pueda ser titular de intereses con la limitación de la autodeterminación de la mujer, no es coherente con el criterio «del plazo» que dice mantener (p. 82) en cuanto que en este período tal autodeterminación de la mujer es absoluta (Cfr. R. MOURULLO: *ob. cit.*, p. 96).

ca de incluir el aborto en el Capítulo III del Título VIII del Libro II, dentro de los «Delitos contra las personas», siendo así que el *nasciturus* no lo es —aunque pueda llegar a serlo—, y aún supuesta su consideración como objeto material y bien jurídico del aborto, no me parece factible estimarle como sujeto pasivo del delito (70). La consecuencia práctica, como Quintano indicó, es que «al realizarse una operación abortiva sobre fetos plurales, aun constando su condición, el delito de aborto será uno, por ser la acción y el objeto material sin posibilidad de discriminar personalidades aún inexistentes (71). Sí cabe, aunque de modo secundario y en la medida en que el aborto implica un ataque a la integridad física de la mujer, estimar a ésta como sujeto pasivo del delito de aborto, y especialmente en el caso del artículo 411 del Código Penal, pero difícilmente puede sostenerse que lo sea el producto de la concepción, lo que significaría confundir sujeto pasivo y objeto material del delito (72). El problema está en si una vez considerada la vida humana —también la del *nasciturus*— como derecho fundamental esencial y troncal en «cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, puede coordinarse con la dificultad de estimarse como titular de ese derecho fundamental al «nasciturus» (73). La sentencia resuelve, aunque sin fundamentarlo, el problema partiendo del debate parlamentario, corroborando que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, pero sin que ello permita —dice— afirmar que sea titular el derecho fundamental. Deja claro, sin embargo, que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental (74). Pero reconoce igualmente junto al valor de la vida humana la dignidad de la persona vinculada al libre desarrollo de la personali-

(70) COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *ob. cit.*, pp. 555-556, estiman, sin embargo, que el *nasciturus* es sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, MARTINI-DEL'OSSO, etc.: *L'aborto: Aspetti medico legali della nuova disciplina*, Milano, 1979, consideran al *nasciturus* titular del interés jurídico, siendo éste por ende sujeto pasivo (pp. 15 y 17). Los argumentos no me parece, sin embargo, plenamente convincentes.

(71) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 611.

(72) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 123.

(73) Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, publicada en el «B.O.C.» de 24-4-85 (Fund. jur. núms. 3, 4 y 5). Cfr. voto particular de F. TOMÁS Y VALIENTE: «B.O.C.», *cit.*, 62/139. También BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 122, señala esta dificultad, que el Tribunal Constitucional de Karlsruhe soslaya con la alegación de que no es necesario decidir, estimando que la medida en que el Estado está obligado a tutelar jurídicamente la vida en formación se deduce del contenido jurídico-objetivo de las normas sobre los derechos fundamentales (*Bundesverfassungsgericht, cit.*, p. 209).

(74) Funds. jurs. 3 y 5, apt. c) lug. *cit.*, siguiendo, demasiado fielmente, a la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe, habida cuenta de que el artículo 2, apartado 1 de la GG, dice: «*Jeder hat das Recht auf Leben*», siendo, por tanto, su redacción análoga a la del artículo 15 de nuestra Ley Fundamental.

dad (art. 10), integridad física, honor, inmunidad personal, etc., respecto de las personas, con lo que ha de suscitarse, entonces, la cuestión de si el legislador puede excluir, en supuestos determinados, la vida del *nasciturus*, bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con otros valores constitucionales como la vida, integridad o dignidad de la mujer, en que ni la vida de aquél puede prevalecer incondicionalmente frente a éstos ni los derechos de la mujer puede tener primacía sobre la vida del *nasciturus*. Por ello, uno y otros deberán, en determinados casos límite, armonizarse o precisarse las condiciones en que puede admitirse la prevalencia de uno de ellos (75).

Pienso, con el Tribunal Constitucional, que la vida humana en formación es un bien jurídico que debe estar y está comprendido en el artículo 15 del Texto fundamental y si bien esta interpretado llevada exclusivamente al terreno lexicológico resulta discutida o discutible, es lo cierto que cometido del Derecho Penal es y ha sido siempre la tutela de los valores más elementales de la vida de sociedad (76) y la interrupción de la gestación es una muerte, que el Código Penal estima como delito contra la vida, siquiera sea ésta dependiente, aunque autónoma, de la madre. Y puesto que el *nasciturus* es un ser humano autónomo debe quedar bajo la protección de la Constitución, que, también, ha de proteger el libre desarrollo de la personalidad de la madre, pero tal derecho no puede ser ilimitado, y por eso no puede aquélla destruir la vida del *nasciturus* sin un motivo justifi-

(75) Tales supuestos serían en nuestro actual ordenamiento jurídico los establecidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 417 bis del Código Penal: colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud, o dignidad de la embarazada, que no puede solucionarse de ninguna otra forma, siempre que el peligro sea «grave» y la violación denunciada, donde, evidentemente, opera la «dignidad» de la madre sobre la vida del *nasciturus* a través de la «no exigibilidad de otra conducta», ya que la dignidad de la mujer excluye el que se la pueda considerar como mero instrumento, y nadie puede ser obligado a soportar las consecuencias de un delito. Cfr. ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, P.E., ICADE, 1967, p. 40. Finalmente, en el caso de las probables malformaciones fetales, por el mismo principio, ante la especial situación en que se encuentran los padres, en este caso, por la inseguridad y angustia de aquéllos acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva [Ver Fund.. 11 c) S. del Trib. Const., *cit.*]. Pero, en todo caso, la desprotección del *nasciturus* no deberá producirse fuera de las situaciones previstas, pues la obligación de tutelar la vida en formación existe —como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, también frente a la madre que, aunque requiere reconocimiento y tutela, no puede serle concedido ilimitadamente; limitan este derecho los derechos constitucionales que protegen, también, la vida del *nasciturus*, que no puede ser destruida *sin un motivo justificado*, habida cuenta de la importancia y valor del bien jurídico tutelado. Se discute la problemática de las situaciones de la llamada «angustia social o económica» que en determinados supuestos límite podrían incluirse, a mi juicio, en el número I del artículo 417 bis, particularmente en aquéllos en que el peligro para la salud psíquica es puesto en relación con las condiciones económicas, sociales o familiares de la mujer (ver NUVOLONE, P.: *La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, en «Interrupción voluntaria del embarazo», *cit.*, p. 40. Cfr., además, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, «Est., pen. y criminológ.» X, S. de Compostela, 1986, pp. 222-23).

(76) WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin, 1969, p. 1.

cado, dado que tiene precisamente una particular responsabilidad por dicha vida (77). Pero del artículo 15 de la Constitución no se deriva un tratamiento igual para la vida en formación que para la vida independiente. Y en todo caso, el citado artículo, podrá ser incompatible con el sistema «del plazo», pero no con el de las «indicaciones», siquiera sean éstas más o menos amplias, pues, aunque este sistema pueda suscitar ciertos inconvenientes (78) la crítica no afecta, en absoluto a su inconstitucionalidad (79), ya que todos los derechos son limitados; no hay derechos absolutos, y admiten excepciones. Las causas de justificación e inculpabilidad lo son en Derecho Penal, y del mismo modo hay una limitación frente a la autodeterminación de la mujer, que no puede interrumpir su embarazo si no se dan los supuestos y garantías necesarias requeridas legalmente, y que tienen su fundamentación especialmente en el principio de estado de necesidad y de la no exigibilidad de otra conducta (80). Por consiguiente, si el embrión fuese considerado tan sólo como «parte de las vísceras» de la madre —como en Derecho romano— entonces la interrupción de la gravidez quedaría dentro del ámbito privado que al legislador estaría prohibido invadir. Pero, supuesto que el *nasciturus* es un ser humano autónomo, una vida en formación, ha de quedar bajo la protección de la Constitución, ya que tal interrupción, por su dimensión social, necesita de la intervención estatal (81).

E. En consecuencia, o reconocemos a la vida en formación el valor de bien jurídico o no. Si se la reconocemos no se puede hacer depender la destrucción de ese bien jurídico del libre antojo del particular, aunque se trate de la madre, sino que debe concurrir alguna contraindicación que anule la protección otorgada, en principio, a ese bien jurídico (82). Permitir cualquier aborto dentro de los tres primeros meses de embarazo, sin tener en cuenta los motivos significaría una total liberalización del mismo; con lo cual las funciones de asesora-

(77) Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe de 1975 en *Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 211-212 y 213. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, fund. 7 y 8 de la Sentencia.

(78) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 120, pone de relieve, dejando a parte posturas extremas, ciertas ambigüedades o dificultades de orden práctico administrativo. CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 351, señala, entre los inconvenientes, el que la toma de decisiones no gravita sobre la propia mujer, sino sobre otros, aunque no deja de reconocer las ventajas del sistema, tales como ponderación previa de los intereses en juego y, en definitiva, la mayor seguridad jurídica. También, en sentido crítico, GIMBERNAT, E.: *Por un aborto libre*, en *Interrupción*, cit., pp. 35-36.

(79) Ver RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, pp. 97-98.

(80) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, p. 97.

(81) Ver CEREZO MIR: *La regulación del aborto en el proyecto del nuevo Código penal español*, ADPCP, 1982, pp. 576-77. Cfr., además, *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)*, p. 211.

(82) Cfr. ROXIN, K.: *Problemas básicos*, cit., p. 77. Cfr., además, BRUGGER, LI. M. WINDFRIED: «*Abtreibung ein Grundrecht oder ein Verbrechen*». *Ein Vergleich der Urteile des Unites States Suprema Court und des B Verg G.*, NJW, 1986, pp. 896 y ss.

miento y consultorios de orientación serían totalmente ineficaces, ya que la persona que vaya a abortar si considera que se puede dificultar su decisión no acudirá al consultorio de orientación o asesoramiento (83). Por consiguiente, como ya indicó el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe en 1975 y análogamente se deduce de los fundamentos jurídicos alegados por el Tribunal Constitucional español, diez años después, la protección del nasciturus, esto es, de la vida en formación goza de preferencia en la duración total del embarazo antes que el derecho a la autodeterminación de la embarazada y no puede ser cuestionada en un determinado período de tiempo (84). No se podrá razonablemente pretender la continuación de la gravidez, bajo la amenaza de la pena, cuando se demuestre que la interrupción es necesaria para evitar a la gestante un peligro de muerte o una grave lesión en su salud, o bien en aquellos casos de indicación ética, cuando la mujer es forzada al yacimiento o en aquellos otros de indicación eugenésica cuando se trata de verdaderos casos límite en que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Pero también deben considerarse aquellos supuestos de graves conflictos personales y sociales que originan situaciones de tal calibre y gravedad que no puede exigirse a la embarazada mediante el instrumento del derecho penal, más que hasta ciertos límites, sacrificios en favor del «nasciturus». En todos estos casos se imponen a la madre unos sacrificios desmesuradamente graves que sólo deben ser realizados voluntariamente, pero no bajo la amenaza de pena. El Derecho Penal no debe ni puede exigir el heroísmo. En tales situaciones, es evidente que a la mujer no puede serle exigible otra conducta. Fuera de estos casos la interrupción de la gravidez es un hecho injusto punible, es decir, que merece ser perseguido penalmente en cuanto supone la destrucción de un bien jurídico de rango supremo no motivada por una situación de necesidad o de no exigibilidad (85).

(83) Cfr. ROXIN, K.: *Ob. cit.*, p. 78.

(84) Vd. *Leitsätze der Bundesverfassungsgericht*, en *ob. cit.*, p. 210: «Dieser Vorang gilt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft und dari auch nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden. Confr, además, ROXIN, *El desarrollo del derecho sobre el aborto... cit. rev. cit.*, p. 256.

(85) Ver *Bundesverfassungsgericht, cit.*, pp. 214-15. Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, espec. fundamentos 9 y 19. Cfr., además, ROXIN: *Problemas básicos, cit.*, p. 79. Sobre la naturaleza de las indicaciones como causa de justificación obedientes al principio del interés preponderante o de no exigibilidad, ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 129. Sobre la inexigibilidad entendida como causa de justificación, ver COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 569, ya que respecto v.g. de la indicación ética señalan estos autores que prevelacen en todo caso la dignidad de la mujer y estaríamos, por consiguiente, ante una causa de justificación. La cuestión, si la relacionamos con el principio del interés preponderante, es, sin embargo, discutible. Ver también CEREZO: *Regulación del aborto en rev., cit.*, p. 471, quien con más claridad, y acertadamente a mi juicio, precisa cómo en las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética debe autorizarse únicamente a los médicos, teniendo entonces las exigentes naturaleza de causa de justificación. La conducta del médico es lícita

El legislador ha reconocido en el artículo 417 bis del Código Penal la indicación médica (durante todo el tiempo del embarazo) en que se produce una colisión entre la vida del «nasciturus» y la vida o salud de la embarazada que no puede resolverse de ningún otro modo. El término «grave» que emplea la Ley indica claramente que ha de tratarse de peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo. En el número 2, se reconoce la indicación ética en base a la violación denunciada dentro del plazo de 12 semanas, aunque la doctrina echa de menos otros casos como el incesto o la inseminación artificial no consentida (86). Finalmente, en cuanto al número 3 (indicación eugenésica), empleado en la primitiva redacción de la Ley de 1985 (1983), el término «probable» expresaba mejor la idea de razonable presunción de verdad en la tara, lo que la doctrina alemana denomina «probabilidad rayana en la certeza», dados los conocimientos médicos actuales, así como la importancia y profundidad de aquélla y su permanencia en el tiempo, con evidente repercusión psíquica en los padres (87). En los dos últimos casos parece predominar la idea de la prevalencia de la dignidad de la mujer en base al principio de la no exhibibilidad, siendo las características de estas indicaciones, no las de disminuir el valor de la vida en formación, sino la de incrementar el de la libertad o libre desarrollo de la personalidad de la embarazada (88). Esta última indicación está condicionada a

—aparte los supuestos de objeción de conciencia que no es del caso ahora analizar—, al estar autorizada por el ordenamiento jurídico, a la vista de los intereses en juego, y se trataría de una ampliación del ámbito de la eximente del ejercicio legítimo de la profesión médica. Ver en relación al Derecho alemán, también RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, II, B. Teil, 1978, parágr. 218 a, 1, pp. 58 y 59. Estima, sin embargo, STRATENWERTH, G.: *Schweizerisches Strafrecht*, B. Teil, *Straftaten gegen individual interessen*, Stämpeli 3.^a Aufl., 1983, Berna, pp. 48-49, que en el caso del aborto terapéutico, si es la propia embarazada la que efectúa la intervención, el aborto no puede justificarse por la indicación (en España, art. 417 bis), pero si por el estado de necesidad (en España, art. 8, 7), aunque la cuestión parezca en principio discutible en nuestro Derecho, es imposible tratarla aquí, dada la índole del trabajo. El número 2, párrafo último, artículo 417 bis Código Penal, parece hacer innecesaria en nuestro derecho la tesis de Stratenwerth.

(86) Respecto del aborto terapéutico, la interpretación que se hace en el texto, particularmente en relación a la «salud», es una interpretación lógica y restringida acorde con la Sentencia del Tribunal Constitucional (fund. n.º 10). Cfr., también, RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, p. 98. El artículo 162 del *Anteproyecto de 1979* reconocía indicaciones terapéutica, eugenésica y ética. En el número 2.º se especificaba que el embarazo fuese consecuencia de un delito de violación, incluyéndose, además, la inseminación artificial no consentida (no en el proyecto de 1980 como por error indican COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 570). Precisamente, la no inclusión de las indicaciones en el proyecto de Código Penal de 1980 dio motivo a las más severas críticas de la doctrina mayoritaria (Ver, por todos, CEREZO: *Regulación, cit.*, en ADPCP, *cit.*, pp. 566 a 569).

(87) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional, *cit.*, fund. 11 c) aludiendo a la «inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara para el caso de que les sobreviva». También opera aquí el principio de no exigibilidad. Respecto a la repercusión psíquica en la salud de la madre, en sentido afirmativo, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 138.

(88) Cfr. COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 571.

la existencia de un dictamen previo de dos especialistas distintos de quien practique el aborto, sin cuyo dictamen sólo quedará exenta de responsabilidad criminal la embarazada (89). Un sector de la doctrina reprocha al legislador la ausencia de la indicación denominada de angustia social o económica, que suele constituir, en la generalidad de los países de nuestro ámbito cultural la causa de la gran mayoría de los abortos producidos (90). Estimo, sin embargo, contra la creencia de algún autor (91), que, de *lege data*, los casos más conflictivos y de mayor gravedad —en cuanto tienen, o pueden tener, repercusión de la salud psico-física de la embarazada— podrían incluirse en el número 1 del artículo 417 bis del Código Penal (92), sin perjuicio,

(89) Ver artículo 417 bis, 2, Código Penal. La exención parte de la base de que se diagnostiquen con la certeza suficiente las taras físicas o psíquicas que puede padecer el feto, previo dictamen, anterior al aborto, de dos especialistas de centro acreditado y distintos de quien practique el aborto (Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 133 y 138). La información o asesoramiento a la embarazada no es requisito necesario, en principio, en nuestro Derecho, como lo es en el Derecho de Alemania Federal, si bien la Orden de 31 de julio de 1985 establece la necesidad de informar y asesorar a la embarazada solicitante sobre las consecuencias médicas, psicológicas o sociales de la interrupción del embarazo, y orientarla en orden a las ayudas y otras medidas de asistencia social; pero ello no deja de ser una reglamentación administrativa que origina, si acaso, sanciones disciplinarias, pero no penales. Se discute si la exención del número 2 del artículo 417 bis del Código Penal es causa de justificación o de inculpabilidad con base en la no exigibilidad, ya que no se exigen los requisitos necesarios para las indicaciones previstas en las tres primeras circunstancias, sin que nada se diga respecto de los médicos que lo llevan a cabo. Planteándose, además, el problema de si la mujer queda exonerada faltando el requisito de la intervención del médico. Aun cuando la contestación debe ser negativa, dado el espíritu de la ley, queda latente la cuestión de que si se trata de una exención personal no afectaría a terceros y tampoco al médico, con el peligro en este último caso del favorecimiento del aborto por la propia mujer o por personas imperitas. Ver CEREZO: *La regulación, cit.*, p. 571. RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, p. 102, reconduce la cuestión al aborto terapéutico para el caso de peligro para la vida de la madre, solución parcial que no resuelve plenamente el problema. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P. Especial, 7.ª ed., Valencia, 1988, p. 87, considera la exención como una excusa absolutoria para la mujer, aplicable sólo a la embarazada, pero no a las demás personas que intervienen en el aborto, aun cuando se pronuncia en contra de la exclusión a terceros en el aborto terapéutico. La solución que da es la de que cuando se den los presupuestos materiales, que no formales, de cualquiera de las indicaciones, se aplicaría el estado de necesidad del artículo 8, 7. Tal solución, aunque fuese deseable, no me parece que en todos los supuestos sea plenamente factible ni convincente. Sobre esta cuestión, en relación al Derecho alemán, ver HIRSCH: *ob. y rev. cit.*, pp. 44-45, quien resalta la dificultad de practicar el aborto para la mujer, si se trata de excusa personal, dada la dificultad de encontrar en la República Federal un médico cuando no se cumplen los requisitos formales, y especialmente porque el médico que practica el aborto en estos casos sería punible (Cfr. ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto, cit.*, p. 258). Ver también STRATENWERTH: *ob. y pp. cit.*

(90) Ver HIRSCH: *ob. y rev. cit.*, p. 47 señala el 71 por 100 en 1980 para la llamada «situación de necesidad» (*Notlageindikation*), cuya amplitud y ambigüedad en orden a los supuestos personales y económico sociales ha suscitado la crítica de una gran parte de la doctrina, que afirma que la licitud del aborto en estos casos conduce a la práctica iompunidad del mismo y, por consiguiente, a la nula protección, prácticamente, del feto (Cfr. GOSSEL: *ob. cit.*, p. 143).

(91) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 139, considera tal inclusión como «poco probable, por la razón de que las exenciones están sumamente condicionadas».

(92) Ver CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 381.

en su caso, de la posibilidad de aplicación del «estado de necesidad» como eximente genérica del artículo 8, número 7, del citado Código, que no debe quedar excluido en aquellos supuestos en que no fuera factible aplicar el artículo 417 bis (93). De *lege ferenda* cabría plantearse, al menos, la posibilidad de exención personal de la punición para la embarazada ante situaciones de angustia social con repercusión personal de desviación extrema, que puedan determinar supuestos de no exigibilidad y de análoga significación a las ya previstas legalmente en el artículo 417 bis del Código Penal (94). Pero habría que precisar y delimitar claramente aquellos supuestos de carácter psicosocial, de excepcional relieve, que determinen una situación angustiosa en la madre y la familia, sin recursos y con muchos hijos o con miembros muy necesitados de atención. No debe olvidarse que la regulación de cada indicación presenta el peligro de su uso impropio, dentro del cual puede ser comprendida una intervención que exceda o sea insuficiente a la realización de las indicaciones (95), debiendo ser, además, en principio, en este último caso, preceptivo el consultorio y diagnóstico de los especialistas sobre la existencia de dicha indicación (96). Todo lo cual no impediría, tanto en ésta como en las demás hipótesis de indicaciones ya previstas legalmente, estimar, si no se diesen todos los requisitos aunque sí los suficientes o con menor intensidad, la existencia de una eximente incompleta o cláusula genérica de atenuación a la pena taxativa para todos los supuestos de indicaciones en el aborto (97). En todo caso, debe evitarse la imprecisión y la ambigüedad legislativa que puede producirse al crear tipos abiertos como el establecido en el párrafo 218 a), 3, del Código Penal alemán (STGB), para la llamada «situación de necesidad», donde encarna también la indicación social, que puede conducir a la práctica impunidad del aborto, ya que al no definirse exactamente ese término, se corre el peligro de estimar que tal situación se da en todo embarazo, convirtiendo así la protección de la vida del feto

(93) COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, pp. 567-68.

(94) Bundesverfassungsgericht, en «L'aborto», *cit.*, p. 260.

(95) Ver ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto...*, *cit.*, p. 260.

(96) La inexistencia del centro acreditado y dictamen médico fueron, en síntesis, la causa del rechazo del proyecto de modificación del Código Penal; la práctica del aborto por un médico o bajo su dirección constituyen requisitos esenciales, pero ni el requisito del centro acreditado ni el dictamen médico son necesarios en lo que concierne a la exención de responsabilidad de la mujer embarazada, respecto de las tres indicaciones previstas en el vigente artículo 417 bis del Código Penal. En cuanto al problema de la exención personal de la embarazada y de la responsabilidad del médico o de terceros en general, en su caso, ver nota 157.

(97) Ver COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 567, *idem.* LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53. En sentido restrictivo, y en los casos en que falta el centro o establecimiento acreditado, sólo para los terceros, no para la mujer, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 139.

prácticamente en papel mojado (98). El inconveniente de elegir entre las dos vías una intermedia es el de que se pueden acumular los errores de ambas posiciones y ninguna de sus ventajas, especialmente al no precisarse situaciones tales como la ya indicada de la «especial situación de necesidad» del Código Penal alemán, después de la reforma de 1976; lo cual, frente a la falta de control que la Ley prevé, hace que una gran parte de la doctrina estime dicha legislación contraria a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en cuanto que semejante situación acaba de hecho en una solución del plazo y, por consiguiente, sería anticonstitucional (99).

Finalmente, los centros asistenciales deberán dictaminar y también asesorar para superar los conflictos, sin convertirse tan sólo en registradores de las previas decisiones de la mujer (100). Por lo demás, el número 2 del artículo 417 bis del Código Penal, exime de pena a la mujer, aún cuando no se cumplan los requisitos médicos y administrativos que, precisamente, fueron causa principal de que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de aborto de 1983, y no ya, propiamente, por las indicaciones en sí mismas consideradas, cuya constitucionalidad no fue, en absoluto, puesta en tela de juicio. Sin embargo, un tanto paradójicamente, y a pesar de la falta de las citadas medidas de garantía, médicas y de control asistencial, el citado Tribunal estimó, en su sentencia de 11 de abril de 1985, que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en el supuesto de la falta de requisitos tales como el establecimiento público o privado acreditado

(98) GÖSSEL, K. H.: *ob. y rev. cit.*, pp. 142-43, pone de relieve la prácticamente nula protección que se brinda en la nueva regulación alemana de 1976 a la vida del feto, lo que resulta incomprensible en una época en que las técnicas anticonceptivas son casi perfectas. En forma crítica, por la falta de delimitación clara de los supuestos de «necesidad» y falta de control previo, JESCHECK: *Das neue Deutsche Strafrecht in der Bewährung*, Max Plak-Gesellschaft «Jahrbuch», 1980, p. 25; RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar, cit.*, § 218, p. 19.

(99) Ver GÖSSEL: *ob. y rev. cit.*, p. 142; HIRSCH: *ob. y rev. cit.*, p. 50.

(100) La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 declaró anticonstitucional el proyecto de Ley Orgánica que introdujo el artículo 417 bis, no en razón de los supuestos concernientes al contenido de las indicaciones, sino por falta de las garantías formales, que, según el citado Tribunal, el legislador debería prever para que la realización del aborto se llevase a efecto en centros sanitarios públicos o privados autorizados con objeto de que el citado artículo 417 bis se situase dentro del marco constitucional. No me parece en absoluto rechazable que aquellos casos de interrupción del embarazo subsumibles en algunos de los supuestos legales deban realizarse en dichos centros y previo dictamen o asesoramiento y consulta; lo que, sin duda, haría, en muchos casos, cambiar de opinión a la mujer, ante las posibilidades, v.g., de asistencia y ayuda; pero es discutible que el Tribunal Constitucional sea competente para indicar al legislador lo que debe o no hacer, sin invadir competencias del legislativo (Ver votos particulares de los miembros del Tribunal, F. Tomás y Valiente, Jerónimo Arozamena, Luis Díez Picazo, Manuel Díez de Velasco y Francisco Rubio). Cfr. fundam. 12 de la Sentencia.

y del dictamen médico. Con ello parece degradarse la causa de justificación a la condición de causa de inculpabilidad, por lo que, dado su carácter subjetivo, la exención no se extendería al médico (101). No parece, sin embargo, que tal solución fuese políticamente acertada si se piensa que podría favorecer el aborto por la propia madre o por personas imperitas, lo que supondría un grave peligro para su vida o para su integridad corporal (102). Y precisamente, la reforma que incorpora el artículo 147 bis al C), que ha sido tildada por unos de insuficiente y por otros de excesiva, no siempre con acierto, no obstante sus defectos o insuficiencias, ha supuesto un evidente avance sobre la vieja regulación anterior, cuyas deplorables consecuencias fueron puestas de manifiesto por la doctrina científica (103). Y si puede hablarse de aspectos positivos de la reforma, uno de ellos ha sido, precisamente, el evitar el gran número de abortos clandestinos cometidos por curanderos y personas no especializadas y, con ello, las graves consecuencias que aquellos producían en la integridad personal e incluso en la propia vida de la embarazada (104).

(101) Tal degradación ocurriría, según COBO CARBONELL: *ob. cit.*, p. 571, cuando la conducta no sea adecuada a la norma, o sea, cuando no quepa acudir al estado de necesidad. Ver, además, fundam. 1.º a) de la Sentencia del Tribunal Constitucional, citada.

(102) Cfr. CEREZO: *La regulación del aborto, cit., rev. cit.*, p. 571, cuando alude a la exención de culpabilidad en los supuestos de peligro grave para la salud, violación o inseminación artificial no consentida o graves y probables taras físicas para el futuro niño, plantea el problema, que es perfectamente reconducible al caso en que en tales supuestos falten algunos de los requisitos formales y en que el Tribunal Constitucional precisa que no se da la inconstitucionalidad y, por consiguiente, cabría la exclusión de la embarazada de responsabilidad penal. Ver espec. nota 157. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, cit.*, ed. 1988, p. 88, piensa que la excusa absolutoria es personal y sólo aplicable a la embarazada, aunque no cree que la intención del legislador sea sancionar, v. g., al médico que practicó un aborto que objetivamente existía (v. g., peligro para la salud), castigando penalmente un simple ilícito administrativo. Si bien, según dicho autor, cabría acudir al estado de necesidad del artículo 8, número 7, del Código Penal; tal solución, aunque loable, no parece plenamente satisfactoria. Ver *supra*, p. 13.

(103) Legislación que procede de la Ley de Protección a la Natalidad, de 24 de enero de 1941, vieja ley de posguerra, reflejo de las orientaciones de la política demográfica del Estado «nacional-sindicalista», y en la que ejerció un decisivo influjo el Código Rocco, Cuerpo legal que sustrae la materia del aborto de los delitos contra las personas, ubicándola en un título, el denominado «Contra la integridad y sanidad de la estirpe», de corte utilitario-fascista, típico de la ideología entonces imperante y hoy definitivamente superada (Ver LANDROVE: *Política criminal...*, *cit.*, pp. 13-14. Ver, además, en relación a la doctrina y legislación italiana: NUVOLONE: *La nueva disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, en *Il Jornadas Italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, Avila-Alcalá de Henares, 1980, pp. 23 y ss.).

(104) Ver BARBERO SANTOS: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Rev. intern. de droit pénal», número 1, 1978, pp. 65-68. Cfr. , además, en relación a la legislación alemana federal GÖSSEL: *ob. y rev. cit.*, pp. 138—139, quien a pesar de la dura crítica que hace a la reforma alemana sobre el aborto, de la Ley de 1976, vigente, mucho más amplia y ambigua que nuestra reforma, reconoce en ella, como aspecto positivo, la práctica eliminación de casi todos los abortos realiza-

En definitiva, las interrupciones de embarazos inmotivadas o sin motivos serios y consistentes no pueden dejar de reprobarse jurídicamente y, por tanto, dejar de ser consideradas delictivas por ser incompatibles con la tutela de la vida en formación, establecida y amparada por nuestro ordenamiento jurídico constitucional (105). La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece, en su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida...». Por consiguiente, el citado artículo (análogo al art. 2, 2 de la GG [Ley Fundamental de Bonn] alemana no puede, a mi modo de ver, interpretarse en el sentido de que la vida humana sólo se protege después del nacimiento. La palabra «todos» significa «todos los que viven», todo ser humano que posee vida y, por tanto, también del ser humano no nacido. La vida en el sentido de la existencia histórica de un individuo humano comienza, según los más certeros conocimientos biopsicológicos, en todo caso, a partir del 14.º día después de la fecundación (105 bis a)). Cuando el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en su sentencia de 25 de febrero de 1975, declaró inconstitucional gran parte de la reforma del Derecho Penal del aborto en Alemania Federal hubo que promulgar una nueva Ley, en consecuencia, y formular nuevamente el comienzo de la punición por la «interrupción del embarazo», pero, sin definir ésta, sino aquélla en el párrafo 219 d): «No se consideran interrupciones del embarazo en el sentido de esta Ley las acciones cuyos efectos se producen antes de que tenga lugar la anidación del óvulo fecundado en el útero». (15 Ley de Reforma del Derecho Penal de 18 de junio de 1976.) Por consiguiente no se define ya el embarazo, sino la acción de interrumpirlo (105 bis b)).

dos clandestinamente por curanderos, charlatanes y personas inexpertas e irresponsables. Si bien hay que reconocer que dicha reforma, de la que se dice persigue como uno de sus fines primarios mejorar la protección de la vida del *nasciturus*, sirve, más bien, y casi exclusivamente, a los intereses de la embarazada (Ver HIRSCH: *ob. y rev., cit.*, p. 50). En todo caso, la reforma española, con sus defectos, insuficiencias o imprecisiones ha supuesto un avance sobre la anterior y no puede ser calificada en absoluto de inútil, como algún articulista de prensa, no muy fundamentadamente, ha escrito (Así, v.g., VALLS, M.ª A., artículo publicado en la revista «*Epoca*», número 192, de 1988, p. 164), lo cual no significa que no sea, o pueda ser, perfeccionable en un inmediato futuro, al igual que otros muchos preceptos de la legislación penal.

(105) Ver *Bundesverfassungsgericht, cit.*, p. 225 (D III); ídem Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, *cit.*, Fund. 9.

(105 bis a) Cfr. Informe (*Bericht*) de Heinrischen ante la Comisión especial para la reforma del Derecho penal alemán, 6.º legis. Sección 7.ª (APVI, pp. 2142 y ss).

(105 bis b) Cfr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 61. Frente a la objeción según la cual la palabra «Todos» significa en el lenguaje común y jurídico una persona humana completa (Ver GIMBERNAT: *Constitución y aborto*, en «Despenalización», *cit.*, 1983, p. 84) el artículo 15 de la Constitución implica la necesidad de extender la tutela de la vida a la de quien se está desarrollando, ya que de otro modo la tutela sería incompleta. Por consiguiente, también la «vida en germen» debe incluirse aquí como «bien jurídico protegido» y, en principio, debe ser respetada, al igual que la vida del nacido (incluso antes de cumplirse los requisitos del artículo 29 del Código Civil para ser

La vida del embrión que se desarrolla en el seno materno es, ciertamente, un bien digno de protección, pero el legislador deberá, sin duda, expresar tal protección también con medios diversos de la conminación penal. Sólo si la tutela, amparada por la Constitución (106), no puede ser obtenida de ningún otro modo, el legislador estaría obligado, para garantizar la vida del embrión, a emplear el aparato represivo del Derecho Penal (107).

Por consiguiente, la tutela de la vida del embrión debe prevalecer, en principio, durante todo el período de gravidez, frente al derecho de autodeterminación de la madre (108). Ahora bien, el derecho a la vida del *nasciturus* puede comportar, sin embargo, para la mujer sacrificios de tal naturaleza que plantean el problema de si en tales casos el Estado tiene derecho a imponer a aquélla, con el instrumento de la pena, la prosecución de la gravidez. El legislador, a la hora de reformar los preceptos penales, deberá tener en cuenta el que la resolución de interrumpir el embarazo nace, en general, de un conflicto de intereses ante situaciones que se fundan en múltiples motivaciones en relación con las circunstancias del caso (109). La norma

considerado «persona», pues, a efectos penales, el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios). El embrión no es sólo una parte del organismo materno (*Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*), porque entonces la gravidez quedaría en el ámbito de la determinación privada que al legislador está prohibido invadir. El derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de su personalidad no es ilimitado, lo limita la Constitución y la ética social, y no se puede atacar la esfera jurídica protegida de la vida del embrión durante el período de gravidez *sin una motivación justificada* (Ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 200, 205 y 29; ídem *Convention américaine relative aux Droits de l'homme*, «Rev. intern. de juris», Mars, 1970, pp. 47-48. En todo caso, se entienda o no que el artículo 15 de la vida humana independiente, es un bien jurídicamente protegido, en principio y en todo momento, frente a la libre decisión de la mujer embarazada; lo que no supone la necesidad de conceder el mismo valor e idéntico tratamiento a la vida del feto y a la del recién nacido (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev.*, *cits.*, p. 98).

(106) Ver Fund. 6 Sentencia del Tribunal Constitucional, *cit.*

(107) Ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 212. En último extremo cabe preguntarse si no será con medidas extrajudiciales de prevención social, más que con medidas propiamente punitivas, bastante ineficaces, por cierto, como deberá afrontarse esencialmente el problema de los abortos clandestinos con las consiguientes secuelas de lesiones irreversibles o de muerte que suelen acarrear inexorablemente las prácticas abortivas. La cuestión se plantea no solamente en función del momento de la intervención abortiva, sino también en razón del hecho de que los abortos clandestinos se cifran en centenares de millares, lo que contrasta con la rareza de los procesos (Ver, v.g., en relación al Derecho suizo, RUMPF, L.: *Le point de vue éthique et théologique (L'interruption de la grossesse*, en «Rev. intern. de crim.», cit., p. 365. Ver también ROXIN: *El desarrollo*, cit. rev. cit., p. 264.

(108) Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 210; ídem Sentencia del Tribunal Constitucional, cit. fund. 7.

(109) Recientemente se ha puesto de relieve que incluso cuando por su situación personal aparecen en primer plano motivaciones irracionales de comodidad o egoísmo, especialmente del consumismo, no puede ser cargado todo sobre la mujer, en cuanto que ello no es sino el reflejo de las concepciones materialistas, ampliamente hostiles a los niños de la «sociedad del bienestar». No se olvide, además, como señala CHA-PUIS, J. M.: *En guise de conclusion: Quelques questions (L'interruption de grossesse*,

penal, al asegurar la tutela efectiva del *nasciturus*, deberá considerar también aquellos intereses de la mujer que sean realmente dignos de protección. La contención de la «epidemia del aborto» es no sólo un fin de política social, sino también una urgente necesidad de mejorar la tutela de la vida y la credibilidad en el ordenamiento jurídico (110). Hoy no se puede ignorar que en la mayor parte de los países democráticos del mundo occidental las normas penales sobre el aborto han sido modificadas, o mejor, «liberalizadas», lo cual está en línea con la «comunis opinio» en este campo, y esto no debe ser incompatible con los principios fundamentales del orden jurídico y de la ética social (111).

2. En resumen, tampoco en la época clásica romana existe una protección directa del *nasciturus*. El Derecho Penal sólo interviene cuando el marido no está de acuerdo con la realización del aborto, luego la mujer, si es sancionada, lo es por la *injuria* causada al marido al defraudar una expectativa jurídica: la *spes prolis*. El feto no es, en absoluto, sujeto pasivo del delito, sino sólo después de haber nacido vivo (112). Las fuentes sólo se refieren a éste en el sentido de «viscera de la mujer» (113). Y en el supuesto de que se respetasen los derechos de la mujer, no lo serían, sin embargo, en tanto en cuanto fuesen opuestos a los derechos del marido, pues, ya dijimos (114) que en la sociedad romana la capacidad jurídica de la mujer le fue reconocida paulatina y tardíamente, considerándose que incluso la mujer divorciada actúa siempre maliciosamente (115). el aborto provocado mediante el suministro de sustancias o bebedizos se considera como *malum exemplum* y tiene consecuencias penales, tales como el trabajo en las minas o el destierro a una isla, discriminándose, sin embargo, según se trate de *honestiores* o de *humiliores* (116). Parece que la fundamentación radicaría en lo que hoy llamaríamos prevención general o, más concretamente, ejemplaridad, habida cuenta de las consecuencias demográficas o quizá en la *spes patris*, pero no existe una auténtica protección al *nasciturus*, que sigue siendo considerado como viscera de la madre (*portio mulieris, pars viscerum matris*).

Los planteamientos cristianos van a tener una relativa influencia

cit., «Rev. intern. de crim.», cit., p. 381, que nuestra sociedad se hace cada día más «permisiva» y más «opresora».

(110) También en este sentido la «opinión discrepante» de los jueces de Karlsruhe, en *Bundesverfassungsgericht, cit. (Awichende Meinung)*, p. 239. Cfr., además, ROXIN: *La propuesta, cit.*, en «Problemas», cit. p. 82.

(111) MARTY, Df. F.: *La répression pénale de l'avortement (Notes de droit comparé)*, «Re. intern. de crim. et police thec.», Genève, 1974, pp. 391-92.

(112) FERRINI: *Pand.*, p. 85.

(113) Ulp. 24 D. 25, 4, 1, I «*Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*».

(114) Ver nota 24.

(115) Ver NÚÑEZ PAZ, M.^a 1.: *ob. cit.*, p. 28.

(116) PAOLO: *De poenis*, D. 58, pár. 5, IV-VIII. Cfr. NARDI: *ob. cit.*, pp. 324, 433-35.

en el bajo Imperio, en lo que los romanistas denominan época post-clásica. La idea de los padres de la Iglesia es la de que el feto es persona en cuanto tiene alma y, por consiguiente, matar a un feto se equipara al homicidio del nacido. El concepto romanista plasmado en la sentencia de Ulpiano, por el que se mantuvo el criterio de la filosofía estoica y epicúrea de ser el feto mera porción del cuerpo materno (117), es sustituido por la idea de que «*homo est qui futurus est*» (118). Siguiendo las opiniones de Aristóteles y Plinio se distingue entre el *feto animato (corpus formatum)* y el *feto inanimato (corpus informatum)*, estimándose el aborto cuando el alma penetraba en el feto varón después de los 40 días de la concepción, y en el feto femenino después de 90 días («*nonagesimo die in femina, in masculo vero die quadragesimo, ita Plinius*») (119), doctrina ésta que se mantuvo, con diversos matices, en eminentes especialistas cristianos, más o menos, en los mismos períodos que indicaba Aristóteles (120). Rechazada por algunos Padres de la Iglesia, la distinción fue definitivamente condenada por Pío IX en 1869. El Código de Derecho Canónico de 1917, proclamó la intangibilidad absoluta del embarazo, principio ratificado en las Encíclicas *Casti connubii*, de 1930 y *Humanae Vitae*, de 1968. Contrariamente a lo que podría pensarse bajo ciertos puntos de vista recientes, la Iglesia no prohibió desde sus orígenes toda interrupción del embarazo (121). Pero, en todo caso, en el tiempo que nos ocupa y hasta la época en que la distinción citada fue declarada infundada, cabe, sin embargo, sostener que para la Patristica, al menos a partir de un determinado momento, el feto es considerado como hombre, y como tal tiene derecho a la vida (122). Por consiguiente, destruir un feto era matar a un hombre, ya que el feto es persona en cuanto tiene alma, estimando Tertuliano que en cuanto se le impide nacer se está cometiendo un homicidio (123). Sin embargo, se jus-

(117) Idea que se reflejó, como es sabido, en las leyes romanas por la fórmula del *partus antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum eam maritum liberis fraudasse*. Cfr. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 360. Ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, I, p. 545.

(118) «*Homo est et qui est futurus etiam fructus omnis jam in semini est*» (Tert. *Apologeticus adversus gentes*, 9). Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 23. Cfr. además, NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 390 y 396.

(119) MENOCHIO: *De arbitraris Cas.*, 357, n. 5. Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 25; ídem NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 587-636.

(120) Cfr. GRAVEN Phil.: *ob. y rev. cit.*, p. 295, nota 8.

(121) Ver BERISTAIN, A.: *Interrupción voluntaria...*, *cit.*, en «Despenalización», *cit.*, p. 43. Hoy, como indica el citado autor, «tampoco parece unánime la condena del aborto por la Iglesia católica, pues no hay declaración ex cátedra ni hay unanimidad total en la jerarquía, en los teólogos, ni menos en el pueblo de Dios». Particularmente existe cierta discrepancia en las comisiones episcopales respecto del aborto terapéutico (p. 45). Ver también GAFO, S. J., e INIESTA, entre otros, *cit.* de BERISTAIN: *ob. y p. ult. cit.*, nota 21 y 24. Ver, además, GRAVEN, Phil.: *ob. y rev. cit.*, p. 294.

(122) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 25.

(123) Tert. *ob. ult. cit.*, p. *cit.*; el motivo de punición aducido por el Derecho romano, es decir: *Indignum videri potest impune eam maritum fraudasse*, no era adecuado

tifica el aborto en caso de peligro para la vida de la madre, como «crueldad necesaria» (124). Esta situación, que es lo que hoy constituye el llamado «aborto terapéutico» es condenada, sin embargo, también por la Iglesia con el mismo rigor que los demás casos de aborto, incluyéndolo en la indiscriminada prohibición del Canon 1398 del *Codex*, con excomunión *latae sententiae*, en base a la tesis de la ilicitud de conseguir un bien por el camino de sacrificar a un inocente (125). Tal punto de vista, propio de lo religioso, resulta, sin embargo, desplazado en el orden civil donde interesa tan sólo la salvaguarda de un mínimo ético de naturaleza relativa y social, y donde el heroísmo no es penalmente exigible (126). No obstante el aborto terapéutico, aunque con diversos matices, es admitido hoy prácticamente de modo unánime por la doctrina, como es lógico, e incluso por los partidarios de la tesis del derecho a la vida, si bien estos aceptan este tipo de indicación sólo al amparo del estado de necesidad del número 7 del artículo 8 del Código Penal (127).

El principal problema radica, sin embargo, en precisar si las nuevas ideas aportadas por la corriente cristiana de la época que nos ocupa tuvo encaje efectivo en los textos jurídicos. Ciertamente que la penetración de las ideas cristianas fue profunda y tuvo su reflejo sobre el derecho, aunque, fundamentalmente, en el ámbito del Derecho privado, particularmente en la legislación de los emperadores cristianos, algunos de los cuales (Teodosio II y Valentiniano III), dictan una Constitución de acuerdo con las ideas cristianas de protección de los hijos y limitación de las amplias facultades de la *patria potestas* clásica, aunque con restricciones respecto de ciertas actividades de la mujer. Pero no figura el aborto ni entre las causas de repudio, y aunque se contempla, sin embargo, en principio, en la legislación de Justiniano, desapareció posteriormente por la sencilla razón de que se acudía frecuentemente al aborto para disolver el matrimonio (128).

a la gravedad del caso, porque no se trataba de privar al padre de familia de un heredero, sino de la humanidad de la vida de una persona, de donde la supresión de una vida humana constituía un verdadero y propio homicidio (Ver TOCCI: *ob. cit.*, pp. 24-25. Ver también QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 547).

(124) Cfr. NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 26.

(125) Pero el feto, como indica CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, no puede ser calificado de inocente, de la misma manera que no puede ser culpable. Sólo puede ser inocente quien puede ser culpable y si no puede ser culpable tampoco puede ser inocente (pág. 345 y nota 24, *cit.* a Savater).

(126) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 578; Ver, además, en relación al Derecho alemán, ROXIN: *Problemas, cit.*, p. 79. En relación al derecho suizo, ver GRAVEN, Philip: *ob. y rev. cit.*, p. 304.

(127) Así, JIMÉNEZ DE ASUA: *Libertad de amar y derecho a morir*, 4.^a ed., 1929, p. 99; FERRER SAMA: *Comentarios al CP*, t. 4.º, 1956, pp. 296 y ss.; DÍAZ PALOS: *Aborto*, NEJ, tomo II, 1950, p. 89; ORTEGO COSTALES, J.: *La legalización del aborto*, Salamanca, 1984, p. 17.

(128) NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 30.

La influencia cristiana se evidencia, sin duda, en relación a la indisolubilidad del matrimonio y en la limitación del dominio absoluto del *pater familias* en aras de la protección de los hijos. Punto de vista este último que concuerda con los motivos de la última reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, por lo que al Título VII del Libro I se refiere (129), y con la interpretación que la doctrina penalística, aunque con diversos matices, hace de la eximente número 11 del artículo 8 del Código Penal, ya que el límite máximo del derecho de corrección ha de buscarse —habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 154, 2.º y 263 del C.c.—, en la moderación de la conducta correctiva de padres o tutores (130). Se consideran, además, hoy, requisitos del ejercicio de esta facultad la necesidad y la proporcionalidad en orden a la finalidad educativa y al bien del menor (131). Un derecho de corrección del marido sobre la mujer no existe hoy en nuestro país, que, además, como acertadamente afirman Cobo y Vives Antón, entraría en colisión con el artículo 14 de la Constitución (132).

(129) El artículo 154 del Código Civil reformado por Ley 11 de 1981, de 13 de mayo, establece en su párrafo 2.º que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...», y el párrafo último del número 2.º del citado artículo, inc. último, que aquellos «podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». La discriminación jurídica entre las diversas clases sociales pretende ser corregida por la doctrina de la Iglesia a su advenimiento en Roma sobre la base de la evangélica igualdad entre todos los hombres. Hemos visto que incluso en las sanciones para aquellos casos de aborto punibles, particularmente después de Septimio Severo, se distinguía entre *honestiores* y *humiliores*, imponiéndose una pena más suave a los primeros (destierro a una isla con parcial confiscación de bienes) que para los segundos (trabajos forzados en las minas). Sabido es, igualmente, que las fuentes distinguen y contrastan entre el concebido *ex iustis nuptiis* y el que lo es *vulgo conceptus*, porque el primero adquiría algunos derechos, como el *status libertatis*, el *status civitatis*, el *status familiae* y algunos otros, desde el momento de su concepción, mientras el otro (vulgo *conceptus*) seguía la condición de la madre y adquiría la capacidad jurídica *ex conceptionis tempore* (siempre con la condición de su nacimiento), mientras el otro (vulgo *conceptus*) seguía la condición de la madre y adquiría la capacidad jurídica *ex tempore editio-nis*. Cfr. ALBERTARIO: *Studii di Diritto romano*, I, pp. 4 y 24, Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, pp. 17-18. Cfr. también NARDI, E.: *ob. cit. esp.*, pp. 345, nota 84, 443 y 444.

(130) Ver ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 2.ª ed. anotada y puesta al día por H. Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 284. Ver, además, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, I, trad. S. Mir y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 543; STRATENWERTH, G.: *Derecho penal*, P.G., Madrid, 1982, trad. de la 2.ª ed. alemana por Gladys Romero, p. 154; ver, además, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P.G., 9.ª ed., rev. y puesta al día por Alfonso Serrano, Madrid, 1985, p. 513. Ver, además, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *ob. cit.*, 1984, pp. 715 y ss.

(131) Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, P.G., Barcelona, 1985, 2.ª ed., p. 422. «El límite máximo de la facultad de corrección —afirma el citado autor— no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo como en la moderación de la conducta correctiva».

(132) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, P.G., Valencia, 1987, p. 324.

Sin embargo, la influencia cristiana no se manifiesta plenamente en la legislación de la época postclásica de la *spes patris* (133). El aborto se contempla en función de la *injuria* que supone para el padre el verse defraudado en su expectativa de tener hijos (134) o se protege la integridad física de la madre, que no, propiamente, su libertad de autodeterminación, como hoy se preconiza por las posiciones radicales partidarias del derecho al aborto (135), ya que aquélla no podía operar sin el *consentimiento* del *pater familias*, como repetidamente se ha expuesto con anterioridad (136). Y nunca se consideró el aborto como homicidio, ni siquiera como ataque dirigido contra la vida del *nasciturus*, que tampoco en el derecho justinianeo fue considerado como sujeto de derecho, pues, según esta legislación, «el hombre se convierte en sujeto de derechos tan sólo después del nacimiento», porque antes «non recte dicitur» (137).

Por consiguiente, tampoco en la última etapa del derecho romano y, no obstante la influencia cristiana, especialmente en el ámbito privado —a partir, sobre todo, de los emperadores cristianos—, no queda desarraigada la idea de la *libertas* en el aborto. Ciertamente se sanciona la interrupción del embarazo sin aquiescencia de la mujer, aunque, más bien, por el ataque que conlleva a la integridad física de aquélla (138), y su consentimiento ha de ponerse en relación con el del padre, pues de otro modo se atacarían los derechos de éste a la prole, como antes se indicó (139). Por tanto, no se trata de proteger un supuesto derecho a la maternidad por parte de la mujer o, como hoy se dice por los partidarios del derecho al aborto, el derecho a tener o no tener hijos, lo que no se concibió en derecho romano respecto de la mujer. No cabía el «mi vientre me pertenece» por más que el *nasciturus* fuera considerado como «viscera de la madre», si el aborto era considerado como un ataque a los derechos de los esposos a la prole, en su caso, por razones demográ-

(133) N.º 22, 16. Cfr. NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 31; QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, pp. 547-48. Algunos autores, v.g., BIONDI: *Il Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 487, afirman que en derecho justinianeo el aborto consentido es castigado, por sí mismo, como delito contra el *nasciturus*. Tal punto de vista, que no es en absoluto compartido por la generalidad de la doctrina romanística, no concuerda en absoluto con otras fuentes más autorizadas. Ver, Fr. 1.9, D, 50-16. Idem cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 605 y ss., espec. 605, nota 60.

(134) Ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 546, nota 14, Ver, además, *Marcianus, L., 1, regulatorum*, Nov. 22, 16. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, p. 31.

(135) Sobre la posición que preconiza el derecho al aborto, ver CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, pp. 356-57.

(136) Ver *supra* II, A.

(137) C. 2, C. 6, 29. Fr. 1, 25, 4. Fr. 1, 9, D. 50-16. Papin 19.º libro de las *Questiones*, Cfr. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 396.

(138) Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, p. 24. PAOLO: *De Poenis*, D. 58, pár. 5 IV-VIII.

(139) TOCCI: *ob. cit.*, p. 15; NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 360.

ficas (140). Ya se ha dicho que el aborto no fue nunca considerado como homicidio, salvo en el caso en que como consecuencia del mismo se produjese la muerte de la mujer, y en que, a partir de Septimio Severo el tercero que lo produce es castigado incluso con la pena capital; pero, en todo caso, se trata de un ataque a la integridad de la mujer y no se pretende la protección del *nasciturus* (141). Tal supuesto, aunque castigado con menor pena —como es lógico, dadas las diferencias en el tiempo y entre la sociedad romana y la actual—, está previsto en el artículo 411, pf.º último del Código Penal, y aunque esta tipología supone un paliativo, a tenor de lo dispuesto en el número 2 del artículo 1 del citado texto, no deja de ser un supuesto de responsabilidad objetiva, como ya se demostró (142). Tampoco puede decirse que las motivaciones estén ausentes a la hora de la realización de la interrupción del embarazo, al menos de hecho, como en las épocas anteriores, y en forma de supuestos más o menos análogos a las hoy denominadas indicaciones y reguladas con más o menos amplitud en las legislaciones vigentes; y si bien las influencias de las nuevas ideas cristianas abogan por la restricción de ciertos supuestos, incluso en la doctrina de Tertuliano se acepta el aborto terapéutico, como «*necesaria crudelitate*» (143).

Lo cierto es, por tanto, que, no obstante la influencia de las ideas formuladas por los padres de la Iglesia en la sociedad romana de la época que nos ocupa y su parcial repercusión, especialmente en el campo del Derecho privado —como acabamos de exponer—, tales ideas no plasmaron plenamente en las legislaciones de los emperadores cristianos. Las leyes permanecieron mucho tiempo a la zaga en materia de aborto, quizá —como recordaba Quintano— «por el prestigio de las tradiciones clásicas que íntegramente pasaron a las grandes compilaciones cristianas de Teodosio y Justiniano. Chocaba... con ellas... la extremada posición de los teólogos de asimilar, pura y simplemente, el aborto al homicidio, lo que implicaba un reconocimiento de la plena personalidad al concebido no nacido, en pugna con el Derecho romano como lo está con el moderno» (144). Cierto que tal

(140) GRAVEN, Philip: *ob. y rev. cit.*, p. 294.

(141) NÚÑEZ PAZ, M.ª 1.: *ob. cit.*, p. 24.

(142) Ver *supra* Nota 29. Ver MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, ed. 1988, p. 91, «se trata de un delito cualificado por el resultado, en el que el resultado cualificante (muerte, etc.) no es necesario que sea abarcado por el dolo del autor. Creo que asiste la razón a MUÑOZ CONDE, en cuanto que, si bien es necesario que el resultado sea al menos culposo (art. 1, 2. CP), es «insoportable que imponga la misma pena que si hubiese sido producido dolosamente».

(143) Tert. De an. 25, 4-6. La Iglesia, por tanto, no se olvidó en esta primera época, de ocuparse, también del aborto que S. Agustín llamaría «*libidinosa crudelitas*» (TOCCI: *ob. cit.*, p. 23). Ver también NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 408, nota 255.

(144) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 548. El provocar el aborto de una mujer fue, por tanto, considerado por la Iglesia un acto condenable, ya desde los primeros tiempos del cristianismo. El motivo de punición aducido por el Derecho romano «*indignum videri potest impune eam maritum fraudase*» no era adecuado a la

asimilación fue mantenida por los prácticos, que parangonaron también el aborto con el homicidio, aunque confundiendo aborto e infanticidio, pero hubieron de reconocer que «entre el hijo que ha respirado y abierto los ojos a la luz y el feto que todavía no ha nacido debe encontrar el buen sentido un abismo de diferencia. El infanticidio es la destrucción de una persona, y el aborto, de una esperanza...» (145). Y es curioso observar que la consideración del feto como «esperanza de persona» se mantiene por un sector de la doctrina científica (146). De otro lado, el que en el niño «recién nacido» en el infanticidio puedan no concurrir los requisitos especificados en el artículo 30 del Código Civil, ha dado pie a algún autor para afirmar que, tampoco en este caso, el «recién nacido» estaría protegido por la Constitución, supuesto que ésta protege tan sólo a las personas (147), si bien el propio artículo 30 del Código Civil especifica que se fija el nacimiento sólo a efectos civiles. A efectos penales, el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios: el recién nacido, según el artículo 410 del Código Penal (147).

Por último, la distinción agustiniana entre feto «animato» e «inanimato» y a la que se refiere Dante en su «Divina Comedia» (149), se mantuvo durante toda la edad media, hasta bien entrada la edad moderna no fue declarada infundada por la Iglesia y sólo fue definitivamente cancelada en 1869, con el Papa Pío IX y encíclicas posteriores. Después de la cual fue el aborto consentido o no sancionado en cualquier otro tiempo en que se hubiese verificado (150). A finales del siglo XVIII se observa una dulcificación general de la punición, al mismo tiempo que la supresión por numerosas leyes de la distinción entre feto «animado» e «inanimado». La corriente individualista y liberal encuentra plena expresión en el Código Penal francés de la revolución de 1791, que recoge el principio romano de la «*portio*

gravidad del caso, porque no se trataba sólo de privar al *pater familias* de un heredero, sino de la humanidad de la vida de una persona, y en consecuencia, de la supresión de una vida humana, lo que constituía un verdadero y propio homicidio (Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 23). Ver Tert. *Apologeticus adversus gentes*, 9. «*Homicidii festinatio est prohiberi nasci, natum quis eripiat animam nascentem disturbet*», «*Homo est et qui est futurus etiam fructus omnis jam in semine est*». Idem. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 396.

(145) Ver PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado, artículo 336*, vol. III, p. 35 a 41. «*Qui est in ventre non est homo, sed efflci speratur*» (Saliceto, Arentino, Baldo, etc.).

(146) Así, HUERTA TOCILDO, S.: *ob. y rev. cits.*, p. 10.

(147) Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal*, 10.^a ed., *cit.*, p. 108.

(148) Ver CEREZO MIR, J.: *Interrupción...*, *cit.*, en «La reforma penal», *cit.*, p. 32. Cfr., además, ARROYO ZAPATERO, L.: *Prohibición del aborto y Constitución*, *cit.*, p. 68, nota 35. «Tal opinión —v.g. RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit. y p. cits.*— desconoce —dice acertadamente ARROYO ZAPATERO—, tanto que el tipo de homicidio recoge la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección. La polémica entre el «todos» y el artículo 30 del Código Civil carece de toda relevancia.»

(149) Purg., XXV, 68-75.

(150) MENOCHIO: 4, *De Straord. crim.*, 47-51.

mulieris»; no pune sino al tercero que causa el aborto, especialmente por el peligro que hace correr a la madre (151). Las legislaciones penales del siglo XIX presentan en conjunto los siguientes rasgos: represión del aborto en cualquier estado del embarazo en que sea practicado; punición tanto de la madre (autoaborto) como del tercero causante del aborto, pero con penalidades más suaves para la primera que para este último. Tales son las características del aborto punible que subsistirán durante una gran parte del siglo XX, al menos hasta después de la segunda guerra mundial, y a las cuales se va a añadir paulatinamente el reconocimiento expreso o implícito de la impunidad en caso de interrupción del embarazo con peligro para la vida de la madre (152). Y éstas han sido, en general, también las características de nuestra legislación —que no se caracterizó, precisamente, ni por su blandura ni por su eficacia— (153), hasta la reforma penal de 1985, que incorporó al Código Penal el nuevo artículo 417 bis, el cual, como ya se demostró, establece un sistema restringido de indicaciones y en que plasma el criterio de la regla excepción, en cuanto que, en general, se pune el aborto consentido, salvo que se den las circunstancias justificativas, precisadas en dicho artículo, del referido cuerpo legal (154).

(151) Cfr. GRAVEN, Philippe: *ob. y rev. cit.*, p. 295; ver, además, QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado, cit.*, p. 551. La Corte Suprema de los EE. UU., situándose en este terreno, establece en Sentencia de 22-1-1973 que los Estados no pueden intervenir tratándose de interrupción del embarazo dentro del primer trimestre, pues esta intervención violaría el *right* o *privacy* garantizado por la Constitución de los EE. UU.: pueden, en interés de la protección de la madre, reglamentar la interrupción por el período comprendido entre el fin del primer período y el momento de la viabilidad, y pueden, si así lo estiman, proteger la vida en formación, reglamentar o incluso prohibir la interrupción del embarazo más allá del momento de la viabilidad (Ver GRAVEN, Ph.: *ob. cit.*, *rev. cit.*, p. 295, nota 9; MARTY, Dick F.: *La repression pénale de l'avortement, Notes de droit comparé, rev. cit.*, p. 392, nota 5. Cfr. HERRMAN, J.: *La suprema Corte deglo Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto*, «Rev. it. di Diritto e proc. pen.», 1974, pp. 379 y ss. Un análisis de la sentencia de la *United States Supreme Court Roe v. Wade, decided January 22, 1973*, puede verse en *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano, 1976, p. 1 y ss. Ver, además, GARCÍA VITORIA, A.: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales*, ADPCP, 1981, p. 509; BRUGGER LL. M. W.: *Abtreibung eim Grundrecht oder ein Verbrechen, cit.*, pp. 896-901.

(152) GRAVEN, Ph.: *ob. y rev. cit.*, p. cit.

(153) BARBERO SANTOS, M.: *La reforma penal española, cit.*, *rev. cit.*, p. 66; QUINTERO OLIVARES, G.: *Observaciones sobre la parte especial del anteproyecto de Código Penal*, en «La reforma del Derecho penal», Bellaterra, 1980, p. 253; LANDROVE, G.: *Política criminal del aborto, cit.*, pp. 31 y ss.; HUERTA TOCILDO, S.: *Criterios para la reforma del delito de aborto*, en «La despenalización», *cit.*, pp. 11-14.

(154) La doctrina dominante entiende que las exenciones de responsabilidad del artículo 417 bis del Código Penal constituyen causas de justificación con base en el principio del *interés preponderante* o principio de *no exigibilidad*, aunque esto último se presta a discusión. Vid. por todos, LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, pp. 30-31. El caso del artículo 417 bis, párr. 2.º, parece operar como excusa absolutoria (ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 129; RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cit.*, p. 97; ROMEO CASABONA, C. M.: *El diagnóstico antenatal, cit.*, en «La Ley», julio 1987, *cit.* p. 6. Respecto de la excusa absolutoria del número 12 del artículo 417 bis, como exención personal de la pena, ver MUÑOZ CONDE: *ob. cit.*, p. 88. Idem LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, pp. 54-55.

III

A) Se impone ahora una recapitulación, siquiera sea brevemente, sobre lo anteriormente expuesto, haciendo, al mismo tiempo, algunas consideraciones finales a modo de conclusión sobre el planteamiento fundamental en torno al cual gira todo este trabajo. La idea de que en derecho romano el feto es una parte de las vísceras de la madre (*portio mulieris, pars viscerum matris*) ha dado lugar —como ya hemos podido analizar ampliamente con anterioridad (155), particularmente entre las actuales posturas radicales partidarias del derecho al aborto, y quizá como reacción pendular contraria absolutamente negatoria, en todo caso, de la interrupción del embarazo— a la discutible consecuencia —con base en el lema «mi vientre me pertenece»— de que existe un absoluto derecho de autodeterminación de la madre a la hora de interrumpir su embarazo. Tal opinión procede, a mi entender, de un equívoco en el análisis histórico. Hemos expuesto cómo, en general, en las primeras etapas del derecho de Roma hay que descartar todo tipo de incriminación pública del aborto, pues, aun en el supuesto de una posible sanción, ésta habría de ejercitarse, en su caso, solamente por el *pater familias* en el ámbito familiar. Se trataba, por tanto, de una sanción pura y simplemente privada, en ningún caso pública. Por consiguiente, no tendría realmente el carácter de sanción en el sentido punitivo, es decir, propiamente penal, sino que entraría tan sólo dentro del campo familiar privado y se impondría a criterio del *pater familias*, en tanto éste no consintiese el aborto por considerar que la interrupción voluntaria del embarazo truncaba su expectativa de padre al no poder tener un heredero. No se olvide, además, que los intereses demográficos van unidos en una época en que el alza demográfica es considerada como una necesidad. Es cierto, además, que el embrión no es protegido en cuanto tal derecho romano, contrariamente a lo que ocurre actualmente, en general, en el derecho vigente (156); se protegió, si acaso, indirectamente, a

(155) Ver *supra* II.2. 24 D. 25, 4, 1, 1.

(156) Ver *Bundesverfassungsgericht, cit.*, C I, c, p. 206. Según el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, el significado y objeto de la disposición constitucional del artículo 2, c 2, a 1 de la GG supone la extensión de la tutela de la vida, también a la vida en formación. Y en igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, precisa claramente «que la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Que el aborto es un delito contra la vida del feto no se pone en duda por la doctrina dominante, por más que se considere lícito en determinadas condiciones o cuando concorra alguna de las indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal, que no suponen sino la resolución de un conflicto de intereses. Pero la regla es la prohibición del aborto doloso, la excepción su licitud en los supuestos autorizados por la Ley (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.^a: *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales*, en «La Ley», 1987, número 1751, año VIII, p. 6). El aborto, dice BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho penal, cit.*, p. 55, es un

través de la protección a la integridad física de la madre. De aquí que se llegue incluso a castigar como homicidio la muerte de la madre si ésta se produce a consecuencia de las prácticas abortivas, de modo curiosamente análogo a lo que ocurre todavía en nuestro propio Derecho vigente en el párrafo último del artículo 411 del Código Penal, siendo precisamente éste uno de los últimos vestigios de responsabilidad objetiva, aunque paliada por lo dispuesto en el reformado artículo 1, párrafo 2.º, después de 1983 (157).

Ahora bien, ante el conflicto de intereses entre la vida de la madre y la vida del feto, en el Derecho de Roma —incluso en la última época de los emperadores cristianos como «crudelitas necesaria» (158)— se opta por proteger la primera. Tal vez en una primitiva aplicación de lo que hoy llamaríamos principio del interés preponderante en el estado de necesidad, por el mayor valor social de la madre —que diría Radbruch— (159). Ciertamente que en Derecho romano preclásico y clásico no se formuló, como es obvio, habida cuenta de las diferencias sociales, culturales y jurídicas con nuestro sistema actual, una tesis propia sobre las «indicaciones», al menos en su sentido actual. Pero también es cierto que el aborto —aun consentido y no punible— no fue, al menos de hecho, en general inmotivado, salvo en determinados momentos y en casos excepcionales y, precisamente, entre las clases elevadas (160). Por tanto, el aborto, aún no sancionable, en Roma fue, sin embargo, socialmente rechazado, en general, como *malus exemplum* cuando era inmotivado. Tales motivaciones no dejaban de ser, más o menos, análogas a las que hoy se regulan en las legislaciones vigentes dentro de lo que se denomina sistema de las indicaciones. Evidentemente no se regularon en Roma, pero de hecho existieron incluso con mayor amplitud, particularmente la indicación social

delito contra la vida del embrión o feto, esto es, contra la vida dependiente (es decir, una vida humana que aún no tiene la calidad de persona). No puede decirse, por tanto, que en el Derecho vigente el feto no sea otra cosa que una parte del vientre de la madre. El bien jurídico protegido es la vida en formación (ver COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal, cit.*, p. 555), por más que se reconozcan como bienes jurídicos secundariamente protegidos la vida o la integridad de la madre y el interés demográfico del Estado (Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 121).

(157) Ver QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE: *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Barcelona, 1983, p. 36; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal, cit.*, 7.ª ed., 1988, p. 91, para quien este delito sigue siendo un «delito cualificado por el resultado, aunque el resultado cualificante se produzca por imprudencia».

(158) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 33; test. De an, 25, 4-6.

(159) Ver RADBRUCH: *Abtreibung*, VDV, V, 159; Cfr., además, BLEI, Hermann: *Strafrech*, II, 10 Aufl. Beck, 1976, pp. 31 y ss. Ver en nuestro Derecho, QUINTANO-GIBERNAT: *Tratado*, I, cit., p. 578.

(160) NARDI: *Il procurato aborto nel mondo grecoromano, cit.*, pp. 16-29. A pesar de lo cual y con la prolongación de la corrupción en el período imperial se puso de moda entre las matronas que de ese modo conservaban los senos turgentes (Cfr. AULO GELLIO: *Notti Attiche, cit.*; TOCCI: *ob. cit.*, p. 14).

y económica, que hoy se discute por la doctrina en relación a su inclusión en las legislaciones (161), especialmente en la nuestra (162).

Por ello no se puede llegar a la peligrosa conclusión de que en Roma la falta de sanción jurídica suponga la licitud moral, porque la mayoría de la sociedad romana consideró los abortos inmotivados como éticamente reprochables y entre contracepción y aborto se optaba por el primero (163); postura ésta que hoy, en general, se mantiene en primer plano por la doctrina dominante (164).

(161) Ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 629. En relación al Derecho actual, ver por lo que al Derecho suizo se refiere, SCHULTZ, Hans: *La réforme, cit., rev. cit.*, pp. 263-64. En sentido crítico, por la amplitud dada en el Derecho de la República Federal de Alemania, GÖSSEL: *ob. cit., rev. cit.*, p. 142, dado que la «situación especial de necesidad» conduce —dice por su amplitud y ambigüedad— a la práctica impunidad del aborto». Críticamente, también ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto, cit., rev. cit.*, pp. 258-251, particularmente en relación a la razón personal de exclusión de pena para la mujer; idem. HIRSCH: *Interrupción, cit.*, p. 49, por considerar esta indicación, tal y como se regula y por la falta de un control previsto legalmente, incompatible con los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional. Con respecto a la impunidad de la mujer que se deja producir el aborto por un médico dentro del plazo de veintidós semanas, aunque no exista indicación, dice el citado autor, constituye un paso atrás en la protección de la vida del feto y en favor de la autodeterminación de la mujer (*Balance de la reforma del Derecho penal en la República Federal alemana. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca*, 1984). Ver, además, EL MISMO: *Tendencias evolutivas de la reforma de la parte especial (desde la específica perspectiva del Derecho penal de la República Federal alemana. Conferencia pronunciada en las Jornadas Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, abril 1987).

(162) Ver BARBERO SANTOS: *La reforma penal española, cit. rev., cit.*, p. 68; HUERTA TOCILDO, S.: *Criterios para la reforma de delito de aborto, cit.*, p. 21, n. 51; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *ob. cit.*, p. 120, quien afirma que la ausencia en nuestro derecho de la indicación económico-social incitará a alguien a intentar colocar por la vía del concepto de salud psíquica aquella indicación ausente. Aunque estima difícil su inclusión, lo que me parece desacertado, y ya nos hemos manifestado, en los casos extremos con evidente repercusión psíquica comprobada, en favor de su inclusión, en este sentido también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España en «Estudios penales y Criminológicos»*, Santiago de Compostela, 1987, pp. 222 y 223. Más difícil nos parece, como pretende BAJO con interpretación un tanto forzada, incluir los casos en que la mujer embarazada sea menor de edad. Acertadamente, en sentido, negativo COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E., cit., p. 568. Incluye también BAJO FERNÁNDEZ, *ob. y p. cit.*, dentro del concepto salud psíquica las depresiones que conducen a la tendencia suicida. Pero hay que precisar, no obstante, que los graves trastornos conducentes a esa tendencia depresiva son producidos precisamente por los graves conflictos ocasionados por las situaciones extremas económico sociales en la mujer (Cfr. HIRSCH: *La reforma de los preceptos, cit. rev., cit.*, p. 47), aunque en algunos casos los trastornos psico-vegetativos no alcancen el grado de seriedad de la indicación médica. Tal vez, por ello, fuera necesario precisar independientemente tales situaciones si se estiman fundamentadas en estados de necesidad o no exigibilidad, para evitar ambigüedades o desigualdades a la hora de interpretar los preceptos del artículo 417 bis y del artículo 8,7 del Código Penal. En todo caso me remito a la posibilidad, en su caso, de atenuación, de la que se habló *ut supra*, p. II. Ep. 14 hasta 97. Vid., en este sentido y de *lege lata* LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53.

(163) Ver NARDI, Enzo: *Il procurato aborto, cit.*, espe. pp. 283 y 335 «con especial anteposición del anticonceptivo al abortivo».

(164) Cfr. ROXIN, cit., p. 73; idem. HIRSCH: *La reforma, cit.*, p. 53, quien precisa que los problemas no revisten hoy tanta importancia gracias al perfeccionamiento de

Es cierto, también, que los valores en aquella sociedad eran muy distintos a los surgidos después de la cristianización (165) y que la influencia de la Iglesia fue evidente, aun no plasmando plenamente en la legislación, por los motivos ya señalados (166). Pero el feto tuvo como hoy un valor subordinado al de la madre. El aborto terapéutico justifica incluso la sanción privada en el supuesto de interrupción del embarazo, aun antes de que éste fuera sancionado públicamente. Y la sociedad romana pensó que debía en general llevarse a término el embarazo, teniéndose, por tanto, en cuenta, aun no siendo sancionada la interrupción, motivaciones tanto éticas como económicas, de modo análogo, si bien en forma más simple por las diferencias culturales, de desarrollo y de época, que los planteamientos actuales sobre las diversas formas de indicaciones. Consideraciones demográficas dieron origen a las leyes augustinianas por miedo a la despoblación, al modo de lo ocurrido recientemente en diversos países, especialmente en los socialistas orientales. Los planteamientos basados exclusivamente en criterios demográficos utilitaristas, resultan

los métodos anticonceptivos. Ver artículo publicado en «Diario 16» de 12 de febrero de 1989, «Dosier semanal» donde se hace ver el peligro que se corre de que muchos médicos (se refiere a la URSS) que practican el aborto ilegalmente cobrando determinadas cantidades, no están precisamente interesados en que se popularice el conocimiento de los mecanismos anticonceptivos, aunque el Ministerio de Sanidad ha creado recientemente un Servicio de Planificación familiar dedicado a informar a la población sobre la utilización de medidas preventivas. Y es evidente el peligro de que la no utilización de medidas preventivas pueda hacer de la interrupción del embarazo el método exclusivo de planificación familiar. En favor de la educación sexual y libre circulación de los anticonceptivos, ver RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio*, cit., p. 23.

(165) El Derecho romano, habiendo considerado el feto siempre y solamente como *portio viscerum*, no podía acoger la equiparación aborto/homicidio ni tenía razón de ser la distinción entre un primero y un segundo estadio de desenvolvimiento (ver NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 148, n. 6). Los padres de la Iglesia y los canonistas conciliares que, no distinguiendo en base al grado de desenvolvimiento fetal, se fundaron solamente sobre la infusión del alma, reteniéndola inicial fueron inducidos a considerar el feto como un hombre en todo caso y, en consecuencia, el aborto consentido como homicidio, incluso desde antes de haber sobrevenido la «conformación». Pero los juristas romanos, para los cuales el feto *ante partum* no era más que *portio viscerum*, no podían reconocer en un aborto un homicidio (Cfr. NARDI: *ob. cit.*, p. 147, n. 5). Para San Agustín la equiparación cristiana aborto/homicidio está ligada al valor del alma, cuya presencia se reputa decisiva para la recurrección en el caso de los fetos «formados» Confr. ROBERTI, M.: *Svolgimento storico del diritto privato* in Italia, 2.^a ed., I, 1935, p. 120. En los siglos III y II a.C., se difundió el estoicismo, que va a condicionar la jurisprudencia romana vinculándola a la opinión de que el feto es sólo una *spes homini* que no adquiere autonomía respecto del cuerpo de la madre gestante (de la cual es *portio viscerum*) hasta el momento del nacimiento. La libre versión griega de la *Torah* alejandrina influye en la doctrina canónica haciendo también a ésta distinguir entre fetos «informados» y «formados», y hablar de homicidio en éste último caso en antítesis con los esquemas del Derecho romano. Tal distinción paso y se conservó después largo tiempo, como sabemos, en el derecho común (Cfr. NARDI; *ob. cit.*, pp. 145-48).

(166) Niega la influencia de la Patrística en el derecho laico, NARDI: *ob. cit.*, pp. 630-637, quien afirma, además, que aquélla, con su concepto aborto/homicidio no fue acogida en su dirección mayoritaria de la distinción entre feto *formatus* e *informatus* en las normas de los canones conciliares.

además un tanto equívocos y cambiantes, pues puede sancionarse con diversos fines no ya la interrupción, sino la no interrupción voluntaria del embarazo (167).

De otro lado, del análisis de las fuentes romanas y hasta la etapa justiniana, por lo menos, se deduce que para que hubiese capacidad jurídica se requería vida y forma humana, así como un total desprendimiento del claustro materno (168). Por consiguiente, antes del parto el producto de la concepción es una parte de las vísceras maternas. Pero tal criterio no coincide con el nuevo slogan de «mi vientre me pertenece», si se quiere utilizar la idea romana de la *pars viscera* para justificar hoy un absoluto derecho de autodeterminación de la madre justificativo, sin más, de su interrupción del embarazo (169). Por eso algunos de los partidarios del derecho de autodeterminación de la madre o del libre ejercicio de su maternidad, conscientes quizá de la falta de base remitida al derecho romano, renuncia al criterio de «mi cuerpo es mío» o «mi cuerpo me pertenece» para fundamentar tal derecho de la madre en diversas consideraciones (170). La mujer, por consiguiente, no tenía en Roma más derechos que aquéllos que su marido o, en definitiva, el *pater familias* le permitiera ejercitar. Por consiguiente, aparte planteamientos demográficos, que se mantienen hoy a través de la prohibición de la difusión y prácticas antiabor-

(167) En relación a las leyes *Julia* y *Papia Poppaea*, éstas fueron promulgadas por Augusto para promover la política de incremento demográfico dado el abuso del aborto, pero no produjeron los resultados previstos, ya que su fin era reducir los efectos demográficos negativos, dado que la inclinación combatida era más fuerte que la norma que la quería combatir (Cfr. DESMEULLES, A.: *L'abortement et le contrôle des naissances* (Lausanne, 1954, p. 21; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, pp. 241-42). Respecto del Derecho actual, ver MUÑOZ CONDE: *Interrupción*, *cit.*, en *Jornadas*, *cit.*, *Política demográfica, planificación y aborto*, pp. 107 y ss.

(168) NARDI: *ob. cit.*, pp. 297, 388, 476 Y 609. Es mayoritaria la opinión de que aún siendo universalmente conocido que la primitiva Iglesia se opuso de forma radical al aborto y lo consideró como un asesinato, no hay ninguna traza de ello en la codificación de Justiniano (Cfr. JONKERS, E. J.: *La législation de Justinien et la protection de l'enfant à naître*, I, 1947, p. 242). En contra BIONDI, B.: *Il diritto romano cristiano? III. La famiglia Rapportii patrimoniali, Diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 487 y ss.; su opinión es, sin embargo, muy minoritaria, casi aislada.

(169) Ver sobre la cuestión QUINTANO GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 573. En relación a la consideración de los movimientos radicales pro aborto libre con base en el principio romano de la *portio viscerum*, ver MERLE, R.: *Tratité de droit pénal, P. spéciale*, París, 1982, p. 1703; ver además, HUERTA TOCILDO, S.: *ob. y rev., cit.*, aludiendo a las declaraciones emitidas por los movimientos feministas (p. 15, n. 26); GARCÍA VITORIA, A.: *El tipo básico*, *cit.*, p. 47; BLEI, Herman: *Strafrecht*, II, C. H. Beck, München, 10 Aufl., pp. 29 y 30; COBO DEL ROSAL-MARTORELL MATEU: *ob. cit.*, p. 554.

(170) Así v.g., CUERDA RIEZU: *ob. y rev., cit.*, p. 357, «lo verdaderamente importante —dice— es reconocer un (relativamente) libre ejercicio del derecho a la maternidad»; QUERAL: *Derecho penal*, P.E., Barcelona, 1987, p. 52, «libertad de la mujer ante un embarazo no deseado», aunque el punto de vista de que parte me parece discutible. Ver también, aunque con argumentos más coherentes ARROYO ZAPATERO: *ob. y p. cit.*, p. 73; sin embargo, afirmar que el valor de la vida humana en formación es un bien jurídico, pero no en relación al *nasciturus*, sino a la comunidad no nos parece convincente y, por eso, lo rechazamos con anterioridad, ver *ut supra* t. espec. notas 48, 56 y 69.

tivas en el Código Penal (171), el conflicto de intereses se resuelve en Roma en favor, no del *nasciturus*, que sólo tiene ciertas expectativas y en relación al derecho privado, sino, en definitiva, del *pater familias*; pues si bien, ante un ataque a la vida o integridad personal de la madre, la balanza habría de iniciarse en favor de ésta, como en la actualidad sucede en el llamado aborto «terapéutico», la solución del conflicto se remite también, en cierto modo, particularmente en relación a la vida —e incluso a la integridad corporal, de la madre por el peligro que ésta supone para la vida del feto— al ataque a los derechos del padre a la progenitura. Se trataría no de peligro para la vida del feto, sino de peligro de que se frustrasen las expectativas del padre en relación a sus derechos sobre los hijos (172). Por consiguiente, la pretensión de acudir hoy por los sectores radicales partidarios del derecho al aborto a fundamentar éste en la capacidad de decisión previa de la mujer, con base a un supuesto libre ejercicio del derecho a la maternidad, sin más, prescindiendo del feto como algo digno de protección jurídico penal no plantearía la resolución de ningún conflicto de intereses, sino que predeterminaría previamente el resultado de dicho conflicto, inclinándolo la balanza de antemano

(171) Ver artículo 416 Código Penal. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, cit., P.E., ed. 7.ª, 1988, pp. 93-94. En el Derecho romano las leyes *Julia* y *Papia Poppaea* dictadas como se ha dicho, por el emperador Augusto en el año 18 a.C. y 9 d.C., respectivamente, y destinadas a promover la política de incremento demográfico, fueron consecuencia en gran parte de la propagación y abuso del aborto consentido, pero no tuvieron ni siquiera en los primeros años efectividad práctica, pues el aborto y los medios anticonceptivos habían penetrado sobremedida en la sociedad de entonces en todas las clases sociales y, sobre todo, en las clases más elevadas (Ver DESMEULES: *ob. cit.*, p. 21; NARDI: *ob. cit.*, pp. 241-42).

(172) Al menos en los primeros tiempos y habida cuenta de la discrecionalidad del *pater* en esta materia, consecuencia de su *ius vitae ac necis*. Parece que si sólo el aborto de la mujer independiente era libre (en el límite la prostituta), en cualquier otro caso sería ordenado, consentido o punido por el *pater*, que en caso de disensión tendría acciones por daños contra terceros (Ver NARDI: *ob. cit.*, p. 47). Por consiguiente, cabe preguntarse si ante un conflicto de intereses, en estos últimos casos, quedaba la solución al arbitrio del *pater familias*. Pensemos que el feto no es solo *pars viscerum* sino esperanza del padre, *spes patris*, heredero de una familia y futuro ciudadano del Estado (ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 217 y 357, n. 121). La *spes* no hace referencia al *nasciturus* en sí, sino a los intereses del padre (Cfr. LAFRANCHI: *Voce Nascituri (diritto romano)*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. N-0, Torino, 1965, p. 14, n. 4). El problema se plantearía, por tanto, en el caso de que el *pater* optase por la *spes patris*. Quedaría en pie, sin embargo, el tema del consentimiento de la mujer.

En relación con el aborto terapéutico, ver NARDI: *ob. cit.*, p. 145, nota 2, p. 152, nota 8, p. 337, n. 60, 537 (con referencia a Prisciani, para quien «sólo la necesidad de salvar la vida de la mujer justifica el aborto terapéutico») nota 144. En épocas anteriores, pero dentro de la época clásica, SIMONI: cit. de NARDI: *ob. cit.*, p. 145, nota 2, considera que es producto del estoicismo la orientación médica favorable a sacrificar el feto a la vida de la madre. En los siglos II, y finales del IV y V d.C. prevaleció la orientación favorable al aborto terapéutico para los casos previstos de impedimento de nacimiento del feto, oclusiones o grietas en el orificio uterino o irremediable pequeñez, inmadurez o vicio de la matriz (Cfr. NARDI: *ob. cit.*, p. 634).

en favor de la embarazada, lo que supondría un derecho al aborto (173).

Un tal criterio se relativiza, en cierto modo, con el criterio del «plazo», pues si bien a partir de los tres meses ha de acudirse al sistema de indicaciones, habiendo de regularse las motivaciones de la mujer a efectos de la interrupción de su gravidez, durante tres meses, noventa días o doce semanas, existiría una desprotección del *nasciturus* en cuanto que el sistema sirve exclusivamente, durante este período, a los intereses de la embarazada, que así puede solucionar los problemas que supone un embarazo no deseado (174). Y es curioso que la tesis greco-romana de la «animación», mantenida durante siglos por la Iglesia, coincidiría, en cierto modo, con el criterio del plazo, al menos en los ochenta o noventa primeros días desde la concepción respecto de la hembra y de cuarenta respecto del varón. No se olvide que la tesis de la animación ya referida fue mantenida por la Iglesia desde sus primeros tiempos, incluso hasta el siglo XIX (175). Pero, en todo caso, no es que se protegiese, en primer término, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, como parece pretender hoy el criterio del plazo —el derecho a tener los hijos que desee—, sino porque, pura y simplemente, en Roma, tanto antes como después de la influencia cristianizadora, antes de los días precitados discriminatoriamente para varón y mujer se entendía que no había vida humana por no haber penetrado el alma en el cuerpo de aquéllos (176).

Hemos querido dejar patente que en Roma, en su distintas épocas, no existió una verdadera protección del *nasciturus*, sin que ello supusiera el dejar de reconocerle ciertas expectativas para el caso de su nacimiento, al modo como se hace hoy en el artículo 30 del Código Civil. No se da, sin embargo, en la actualidad una discriminación como sucedió en Roma respecto de los *conceptus ex iustis nuptiis* y *vulgo conceptus* y *honestiores* y *humiliores*. Pero tales expectativas, que no trascendían del ámbito privado, no supusieron nunca protección directa del *nasciturus*, que no fue considerado como sujeto de derecho ni siquiera en la época justiniana (177).

(173) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 115. El derecho al aborto tiene que prescindir del feto como algo digno de protección jurídico penal (Cfr. CUERDA RIENZI: *ob. y rev. cit.*, p. 356).

(174) Ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 211. Confr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cit.*, p. 95; CEREZO MIR: *La regulación del aborto*, cit. en ADPCP, 1982, p. 574.

(175) Ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 181, 264, n. 158, 579, 580, 637 y 682; *idem*. TOCCI: *ob. cit.*, p. 25 «nonagesimo die in femina, in masculino vero die quadregesimo, ita Plinius». Ver además, GRAVEN, Philippe: *ob. cit.*, p. 295, n. 8. Ver *Bundesverfassungsgerichts*, p. 201.

(176) Ver NARDI: *ob. cit.*, p. 579.

(177) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; JONKERS: E. J.: *La législation de Justinien et*

Cierto que por influencia de la Iglesia y particularmente con los emperadores cristianos se debilita el poder del *pater familias*, produciéndose entonces una cierta confluencia de derechos entre los del padre, verdadero portavoz de derechos en Roma, que no la madre, y los del *nasciturus*; más, en todo caso, nunca se consideró equiparable el aborto al homicidio, ni siquiera después de la cristianización y aun habida cuenta de la influencia de las ideas de los padrés de la Iglesia, salvo en el caso de la muerte de la madre como consecuencia de las prácticas abortivas. Es más, como hemos podido apreciar (178), cuando el aborto fue objeto de sanción pública a partir de Septimio Severo, aun dando por sentada la certeza —cuestión, sin embargo, todavía discutible— de las fuentes directas, el aborto no es reprimido en cuanto ataque a la vida del producto de la concepción, sino en cuanto ataque a la institución del matrimonio, a la potestad paterna y a los derechos de los esposos a la progenitura, aparte consideraciones demográficas (179). El feto sigue siendo víscera de la madre y los derechos de ésta en el supuesto de ser considerados, se protegen, si acaso, en cuanto no se opongan a los derechos del marido. El consentimiento operante es el del marido o el padre, no el de la mujer. En todo caso, cabría hablar de consentimiento de la mujer siempre que no exista oposición paterna.

En la actualidad, sin embargo, cualquiera que sea la fundamentación o basamento de que se parta en orden a la interrupción del embarazo, sea de la protección del feto por sí mismo o a través de la comunidad (180) o de la dignidad o libre ejercicio del derecho a la maternidad (181), es dominante la tesis que se centra pre-

la protección de l'enfant a naître, V.C. I, 1947, p. 242; NARDI: *ob. cit.*, pp. 605 y ss. Respecto de *honestiores* y *humiliores*, ver el mismo: *ob. cit.*, pp. 435 y ss.

(178) Ver *ut supra* II. 1. D, y nota 61.

(179) TOCCI: *ob. cit.*, p. 15; ZUCCALÁ, G.: *Voce «Aborto» b) diritto penale*, en *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 128; NARDI: *ob. cit.*, pp. 413-14. La mujer que voluntariamente abortase debía ser enviada al exilio temporal *ut temporali exilio coerceatur*, pero el fundamento estaba en la preocupación de reforzar la tutela al marido no consentido «*indignum enim videri potest impune eam maritum fraudasse*». Se encuentra siempre como justificación de la pena impuesta el hecho de que la mujer ha privado al padre de sus descendientes. El derecho romano —dice DESMEULLES: *ob. cit.*, p. 26 «consideraba el *fetus* como *pars viscerum matris*, cuya destrucción lesionaba los derechos del *pater familias*. El feticidio fuera del matrimonio no parece fuera mencionado. (La opinión general parece considerar impune el aborto cometido con su consentimiento por la madre ilegítima o con el consentimiento del marido (Ver para un análisis general de la doctrina romanista NARDI: *ob. cit.*, p. 304, nota 4). En definitiva, el aborto punible viene concebido en Roma como frustración de la esperanza legítima del marido, como una ofensa a éste al impedirle tener descendientes.

(180) Cfr. ARROYO ZAPATERO: *Problemática Constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, en *Jornadas II*, *cit.*, p. 83; BAJO FERNANDEZ: *ob. cit.*, p. 123, distinción no muy claramente entre bien jurídico *nasciturus* y sujeto pasivo comunidad.

(181) Ver CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, p. 357.

ponderantemente en la protección del *nasciturus*, o al menos pretende no desprotegerlo, aunque por lo que se refiere a la comunidad o a la libertad de ejercitar su derecho a la dignidad la cuestión resulta doctrinalmente discutible (182) y plantea el problema de si una reforma basada primordialmente en estos criterios no servirá, prácticamente, de modo exclusivo a los intereses de la embarazada (183).

Una reforma que pretenda responder de forma justa a las exigencias del Tribunal Constitucional y a una verdadera solución de las indicaciones debe estar orientada fundamentalmente a la protección del feto, más o menos directamente, por más que se discuta hoy acerca de su titularidad, aunque ésta sea rechazada por el Tribunal Constitucional contra la opinión de un sector doctrinal (184), titularidad que fue negada también en Derecho romano incluso en la época justiniana y a pesar de la influencia de la doctrina de la Iglesia que siempre equiparó el *nasciturus* con el ya nacido (185).

Hemos considerado que de modo distinto a lo sucedido durante las diversas épocas del Derecho de Roma, en el ordenamiento jurídico vigente, la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido, esto es, digno de tutela (186). Y si bien el modelo de que parte la reforma se centra preponderantemente en la protección del *nasciturus*, lo que es coherente con la solución de las indicaciones, ello no significa que la vida del producto de la concepción deba prevalecer incondicionalmente frente a la vida, salud o incluso dignidad de la mujer, en su caso, pues, junto y frente al valor de la vida de aquél ha de reconocerse la dignidad de la persona, vinculada al libre desarrollo de su personalidad (187). Y sin que tampoco los derechos de la mujer hayan de prevalecer o tener siempre la primacía sobre la vida del *nasciturus*. Deben ambos derechos armonizarse y delimitarse. Y ha de ser igualmente precisado y formulado de manera clara cuándo y en qué condiciones uno de los dos debe prevalecer ante una

(182) Ver RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cit.*, p. 96.

(183) Ver HIRSCH, H. J.: *Interrupción*, cit., p. 50.

(184) Ver NORELLI, G. A.: *L'aborto come reato*, en «L'aborto. Aspetti medicolegali della nuova disciplina», Milano, Giuffré, 1979, pp. 15 y 17; *idem*. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E. cit., p. 555, quienes consideran titular y sujeto pasivo del delito al «*nasciturus*».

(185) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, p. 608 y ss., nota 66; JONKERS: *ob. cit.*, p. 242.

(186) Ver CERESO MIR: *La regulación*, cit., ADPCP, 1982, p. 575; ROMEO CASABONA, C.: *El médico ante el derecho*, Madrid, 1985, p. 36. Confr. en relación a la República Federal de Alemania al parágrafo 2, Abs. 2 Satz 1 GG, *Bundesverfassungsgesetz*, cit., pp. 205-6.

(187) *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 210; sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, fund. 8 (B) (1985-49 RI-38). Ver también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, p. 210.

situación de conflicto. Por consiguiente, no se puede, sin más, destruir la vida del *nasciturus* sin una motivación justificada, dado que el legislador, a tenor de la normativa constitucional, tiene una responsabilidad cual es la de proteger dicha vida, incluso dentro de los tres meses a que hace referencia el criterio del plazo, y a partir de la «anidación» como ya se demostró (188).

Si el *nasciturus* fuese considerado como *pars viscerum matris*, como en Derecho romano, la interrupción quedaría dentro del ámbito privado que estaría prohibido invadir penalmente al legislador. Pero el *nasciturus* es un ser humano autónomo, y la interrupción de su vida, por su dimensión social, necesita de la intervención estatal, pública (189).

Pero si la vida en formación —contrariamente a lo sucedido en Derecho romano— es un bien jurídico digno de protección —como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, su destrucción no puede depender del libre antojo del particular, sino que debe concurrir una motivación no ya sólo a partir de los tres meses o noventa días (190) del embarazo, sino desde el mo-

(188) Ver *supra* II, 1.B. Vid., además, *Bundesverfassungsgericht*, cit. p. 216. En relación a la anidación, ver LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 49.

(189) *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 290.

(190) En 1974 (5.ª Ley para la reforma del Derecho penal en la República Federal de Alemania) se estableció (1ª modif. del parágr. 218 StGB) que la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico y con el consentimiento de la embarazada quedaba impune cuando no hubieran transcurrido más de doce semanas (*Fristenlösung*) desde la concepción. Aceptándose, además, la indicación eugénica hasta las 22 semanas y la médica durante todo el tiempo del embarazo (*Indikationemlossung*). El sistema del *Fristenlösung* fue admitido en el *Alternativ Entwurf* hasta tres meses. El sistema de plazos no prosperó, como es sabido, debido al fallo del *Bundesverfassungsgericht*, en 1975, que decidió que la 5.ª Ley para la reforma del Derecho penal era nula y no estaba en concordancia con la Ley fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal de Alemania), como se ha visto con anterioridad. La Ley federal austríaca de 23 de enero de 1974 que entró en vigor el 1 de enero de 1975 y que modificó los artículos 96 a 98 del StGB establece en el artículo 97 la impunidad de los hechos previstos como aborto en el artículo 86, cuando la interrupción de la gravidez es realizada por un médico dentro de los tres primeros meses después del comienzo de la gestación. Ley francesa de 17 de enero de 1975 que modificó el artículo L. 162-1 del *Code de la santé publique*, precisó que la interrupción del embarazo en las condiciones que señala debía ser practicado antes de la décima semana de embarazo; después de este tiempo el aborto sería punible. La Ley francesa no ha llegado a adoptar la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos que en 1973 ha reconocido a toda mujer el derecho de abortar dentro de los seis primeros meses de embarazo. Y el artículo 4 de la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 autoriza la interrupción del embarazo dentro de los primeros noventa días, si bien sobre la base de que la mujer en la que concurren circunstancias por las cuales la prosecución de la gravidez, el parto o la maternidad comportarían un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación a su estado de salud o a sus condiciones económicas, sociales o familiares o a las circunstancias en que haya sobrevivido la concepción o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido si se dirige a un consultorio público establecido en el sentido de la Ley o a una institución socio-sanitaria habilitada o a un médico de su «difucia». ARROYO ZAPATERO: *Prohibición del aborto y constitución*, cit., p. 80, estima que el sistema italiano merece ser considerado como un sistema de plazo más que de indicaciones, ya que dentro de los noventa días es la propia mujer la

mento de la «anidación», pues lo contrario equivaldría a una absoluta liberalización del aborto que vendría a coincidir con el ideal de las nuevas corrientes feministas en su deseo ilimitado de autodeterminación, al menos durante el tiempo establecido por el citado criterio y por consiguiente en una desprotección del feto; pues la solución de los plazos no se basa en la hipótesis de que dentro del plazo exista ningún bien jurídico (191). Frente a la solución del plazo el Tribunal Constitucional adopta el criterio de las indicaciones, en cuanto acepta que la vida del *narciturus* está incorporada a los derechos fundamentales del hombre, deduciendo de aquí la obligatoriedad por parte del Estado de conceder protección también penal al *nasciturus* (192). Tales motivaciones aparecen en el Derecho español en 1985, cuando concurren algunas de las indicaciones establecidas en el artículo 417 bis, ya referidas, del Código Penal; pudiéndose afirmar que el legislador ha seguido en esta materia el criterio de la regla excepción. La regla es la prohibición del aborto doloso, que no culposo, salvo el caso del artículo 412 del Código Penal. La excepción es su licitud en los supuestos autorizados, y ya mencionados, por la Ley.

que valora su situación. Creemos que más bien debe considerarse lo contrario, es decir, que se inclina al sistema de indicaciones aunque en un sentido de cierta amplitud al recoger la indicación social y de cierta restricción al referirla a la salud física o psíquica de la madre (ver NOUVOLONE: *ob. cit.*, pp. 26 y ss.; *idem*. GORSO, C. F.: *Interruzione volontaria della gravidanza*, en *II Jornadas*, cit., pp. 45-6.

(191) Confr. v.g. GIMBERNAT, E.: *Por un aborto libre*, Despenalización, cit., p. 35 y 37; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, cit., p. 83; ver además, aunque con razonamientos más estrictamente jurídicos que biológicos, ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, en *Despenalización*, cit., al afirmar que se trata de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer, solución que nos parece ingeniosa, pero que no podemos compartir, por lo expuesto *ut supra* II. 1, B. *Notas* 48-56 y 69. Habida cuenta de que en las primeras doce semanas tiene lugar el mayor número de interrupciones de embarazos, surge así un cuadro en que puede considerarse que existe una cuasi completa liberalización penal de la interrupción de la gravidez (Cfr. ROXIN: *Das Abtreibungsverbot des da* 218, p. 185.

(192) Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, fundms. 4 y 5 a), b) y c) 7 y 8 incluyendo junto al valor vida humana la dignidad como valor espiritual inherente a la persona. Y el Tribunal Constitucional de Karlsruhe había dicho que «toda existencia humana supone dignidad» y no es importante si el titular es o no consciente de esta dignidad; la capacidad potencial implícita en el comienzo de la vida humana sería suficiente para fundamentar la dignidad humana. Por consiguiente, no sería necesario dilucidar la debatida cuestión de si el *nasciturus* es titular del derecho fundamental o sí, por el contrario, a causa de la falta de capacidad jurídica concerniente a los derechos fundamentales, esté protegido «solamente» por las normas objetivas de la Constitución (GG) en su derecho a la vida (ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 209-9). Según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal los derechos fundamentales no contienen solamente derechos subjetivos de defensa de los particulares contra el Estado, sino que incorporan al mismo tiempo un orden objetivo de valores que tienen fuerza de decisión jurídico constitucional fundamental para todas las ramas del derecho. La obligación de tutelar la vida en formación se deduce del contenido jurídico objetivo de las normas sobre los derechos fundamentales. Ello no significa, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que la protección haya de revestir carácter absoluto, pues como sucede en todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones (fund. 8 de la sentencia).

Por consiguiente, el legislador ha adoptado el criterio de las indicaciones frente al de los plazos, siquiera sea en forma relativamente restringida en comparación con otras legislaciones (193), planteándose, por ello, sobre todo, el problema respecto de la inclusión y en qué condiciones de la llamada indicación social y económica, junto con la cuestión relativa a las garantías médicas, informes, centros de orientación y asesoramiento, posibilidad práctica de la interrupción, así como otros problemas de objeción de conciencia por parte del médico, fecundación in vitro, etc., que no es posible examinar aquí dada la índole de este trabajo, y que, como es obvio, además no se plantearon en la sociedad romana ni proceden a los efectos de hacer un análisis comparativo sobre determinados supuestos concretos. Únicamente cabe decir respecto de la objeción de conciencia que el problema no ha sido tratado dentro del Código Penal y que, en principio, un médico que por motivos éticos o religiosos, políticos o de otro carácter no desee llevar a cabo una interrupción de embarazo no puede ser obligado a ello, salvo en el caso de que se trate de una indicación exclusivamente terapéutica. En tal caso, y si ello es necesario para evitar un peligro para la vida o salud de la embarazada, el médico deberá colaborar en la interrupción, pues de otro modo, el primero puede ser punido como autor de un delito de omisión de socorro (194).

La discusión se plantea hoy en relación a aquellas situaciones constitutivas de graves conflictos personales ocasionados por el embarazo que conduciría a un estado de angustia (*detresse*) o desamparo, a la vista de determinados factores familiares, sociales y económicos e imposible de apartar con los medios disponibles o, en todo caso, la extensión que habría de darse a esta indicación (195).

No ha sido misión de este trabajo abordar a fondo los dificultosos problemas que plantea la regulación y tratamiento penal de la temática de la despenalización de la interrupción del embarazo, sino realizar un examen comparativo entre los diversos sistemas actualmente vigen-

(193) De tímida la califica LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, en «Estudios penales», cit., pp. 189 y ss., y de conservadora moderada, VIVES ANTÓN, T.: *Valoraciones ético sociales y jurisprudencia constitucional; el problema del aborto consentido*, «Rev. esp. de Derecho constitucional», 1985, p. 122, fundamentalmente porque no da cabida a la indicación económica social, al modo de otras legislaciones como la alemana federal o italiana, si bien en ésta tal indicación es más restringida y referida a la salud de la embarazada (art. 4 de la Ley de 1978).

(194) Cfr. COBO CARBONELL: *Derecho penal*, cit., P.E. p. 572-73, si es funcionario público con aplicación del CP 194. En relación a la objeción de conciencia, tratada adecuadamente en la legislación italiana de 1978, ver D'AMBROSIO, V.: *la cosiddetta «obiezione di coscienza» nell'interruzione volontaria della maternità*, II Jornadas, cit., pp. 95 ss. El derecho a la objeción de conciencia debe conciliarse, dicen COBO DEL ROSAL-CARBONELL: *ob. y p. cit.*, con el de la mujer embarazada a hacer efectivo el aborto. Ver Real Decreto de 21 de noviembre de 1986.

(195) Ver SSSCHULTZ, H.: *La réforme suisse de l'interruption de la grossesse*, «Rev. de sc. crim.» cit., p. 262-63.

tes con especial referencia al seguido en nuestro Derecho positivo después de 1985; y el tratamiento jurídico del problema, en sus diversas etapas, en el Derecho romano, procurando sobre todo disipar algunos de los equívocos que hoy desafortunadamente todavía permanecen, produciendo una distorsión en los planteamientos doctrinales, tanto en orden a la protección/desprotección del *nasciturus* como de la fundamentación de la interrupción del embarazo en la autodeterminación de la mujer. No obstante, y partiendo del sistema de indicaciones, mantenido por nuestro legislador en el artículo 417 bis del Código Penal, no hemos podido ni debido renunciar a realizar, al menos, un breve análisis del mismo, así como de la problemática de la protección jurídica del *nasciturus*, aunque sin dejar de poner de relieve las comparaciones con las motivaciones que de hecho existieron en derecho romano no obstante la desprotección en el plano penal del *nasciturus* y la relativa libertad en la interrupción del embarazo, pues sin el consentimiento del padre/marido, el aborto, especialmente a partir de una determinada época, como repetidamente se ha espuesto, podría ser punible.

No es tampoco principal misión de este trabajo adentrarnos en el dificultoso problema de analizar, y menos con profundidad, aquellas situaciones que puedan ser objeto de la llamada indicación social o económica, que sólo hemos podido esbozar comparativamente, ya que también en Derecho romano se planteó, aunque, como es obvio, no con la intensidad que actualmente. Pero no hemos podido dejar de constatar que de *lege data* los casos considerados como más graves y conflictivos y que, en general, se refieren a conflictos personales (196) conducentes a situaciones de *detresse* (angustia o desamparo en la persona encinta, e imposible de evitar por otros medios menos perjudiciales), podrían ser subsumibles en el artículo 417 bis, número 1 del Código Penal. En realidad se trataría de una indicación mixta médico-social (habida cuenta de su repercusión en la salud, prevalentemente psíquica de la madre), y sobre la base de la influencia en la misma del entorno social; lo que no excluiría la aplicación, en su caso, del artículo 8.º número 7 del texto punitivo fundamental en aquellas situaciones de necesidad producidas como consecuencia y relativas al entorno social o familiar de la mujer (197).

De *lege ferendae*, y en el plano político criminal, tales situaciones extremas podrían constatarse legalmente, si bien convenientemente precisadas y delimitadas —con particular referencia a la incidencia de

(196) HIRSCH, H. J.: *Interrupción voluntaria...*, cit., rev. cit., p. 47.

(197) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 130. Ver BRUGGER, LI. M. Winfried: *Abtreibungen Grundrecht oder Verbrechen? Ein Vergleich der Urteile des United States supreme Court un B Verfg*, NJ, p. 896 y ss., quien comparando las diversas sentencias de los Tribunales (TC alemán de Karlsruhe, y Corte Suprema de USA, caso J. Roe) niega que la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo sea un derecho constitucional.

las condiciones sociales o familiares sobre la salud de la gestante, pudiéndose incluir junto al prevalente consentimiento de la embarazada el asentimiento del marido, en su caso, en forma más o menos análoga a lo requerido en la Ley italiana de 1978 (198). Todo ello de acuerdo con las últimas experiencias sociológicas y jurisprudenciales para evitar ambigüedades y desigualdades jurídicas desacordes con las valoraciones ético-sociales mantenidas por el ordenamiento jurídico y orientadas —contrariamente a los planteamientos del Derecho romano, que, como sabemos, lo consideró como «pars viscerae»— a la protección del *nasciturus* (199). Lo importante es evitar la inseguridad y arbitrio a que puede conducir la ambigüedad e imprecisión o la amplitud de esta causa, como ha ocurrido en otras legislaciones, especialmente en la legislación de la República Federal de Alemania, donde la llamada «situación de necesidad» o emergencia en que se incluye la indicación social no responde a las exigencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, orientada fundamentalmente a la protección del feto, sirviendo en la práctica, como ha señalado ya reiteradamente la doctrina científica, exclusivamente a los intereses de la embarazada (200). Tal imprecisión y ambigüedad, en este punto, en una futura reforma de nuestro Derecho positivo, sería aparte de éticamente reprobable contraria a la fundamentación jurídica formulada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (201).

De otro lado, son de particular interés las experiencias obtenidas en otros países respecto de los centros de orientación y asesoramiento, si se pretende prestar ayuda social a la embarazada, especialmente en aquellos casos en que tal ayuda permita la prosecución del embarazo y para que ésta sea suficientemente eficaz, particularmente en relación a los conflictos psico-sociales (202). Tales consultorios deben

(198) Confr. NUVOLONE, P.: *ob. cit.*, en *II Jornadas*, cit., pp. 26-27. Ver artículo 4 de la Ley italiana de 22 de mayo de 1978.

(199) El derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de la personalidad requiere, sin duda, reconocimiento y tutela pero no es un derecho limitado, lo limitan los derechos que el ordenamiento jurídico y la ética social otorgan y ceden a la vida del *nasciturus* (ver *Bundesverfassungsgericht* cit., pp. 209-10). Ver sentencia Tribunal Constitucional, cit., fund. 9.º

(200) Cfr. HIRSCH, H. J.: *Interrupción*, cit., rev. cit., p. 50.

(201) El Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de abril de 1985 alega como fundamento contra los recurrentes, que aducen la imprecisión de los supuestos previstos en el Proyecto, que aquéllos, aunque contengan un margen de apreciación, no se transforman, por ello, en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica y eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación (ver fund. núm. 10) contrariamente al caso de «especial necesidad» de la legislación alemana después de 1976 que según, GÖSSEL, K. H.: *ob. y rev. cits.* conduce a la práctica impunidad del aborto, pues al no definirse exactamente este término se corre el peligro de estimar que esta situación se da en todo embarazo» (p. 142).

(202) Ver parágrafo 218 bis b) del Código penal alemán federal. En nuestro derecho no es requisito para la exención del aborto la información a la mujer embarazada, si bien, la disposición final de la Orden de 31 de julio de 1985 establece que «los

contribuir a que la mujer pueda superar las causas que podrían inducir a la interrupción de su gravidez (203). Y es curioso observar cómo en determinadas legislaciones, como v.g., la italiana de 1978, se tiene en cuenta la voluntad o consentimiento del padre, pero tan sólo en el sentido de que puede ser escuchado y la ayuda requerida sea motivada por la incidencia de condiciones económicas o familiares sobre la salud de la gestante. El viejo criterio romano del necesario consentimiento del padre o marido para la libre interrupción del embarazo o para su sanción, en su caso, queda eclipsado o reducido en la vigente legislación italiana, pues sólo tiene efectividad en este caso concreto, «siempre y cuando la mujer lo consienta» (204).

La eliminación total del delito de aborto como planteamiento que parte del lema feminista de que «el vientre es mío» otorga primacía al cuerpo de la madre y considera que el feto o embrión es un apéndice corporal de la misma, sin importancia alguna, totalmente dependiente de aquélla y, por consiguiente, eliminable por voluntad de la madre (205). El pretender, por otra parte, como hace algún autor, que hay que prescindir de la consideración de la vida del *nasciturus* como bien jurídico digno de protección (206) supondría el absoluto desconocimiento del valor de la vida humana en discordancia con la protección que el derecho concede al producto de la concepción (207). Existe, por tanto, una contradicción entre la actual pro-

profesionales sanitarios habrán de informar a los solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo y de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle, de las exigencias o requisitos que en su caso sean exigibles». Pero, como pone de relieve BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 134, el incumplimiento de tales disposiciones dará lugar a sanciones disciplinarias o laborales, pero no suponen requisito para la exención de responsabilidad criminal a que alude el artículo 417 bis del Código penal. Ver también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización...* en «Estudios penales», cit., pp. 215-217. Idem. LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, pp. 33-34.

(203) Ver el problema, planteado en sus justos términos en los Proyectos suizos en SCHLITZ: *La réforme du droit pénal suisse... cit.*, rev. cit., pp. 263-65. Confr. También ROXIN: *Problemas*, cit., p. 76.

(204) Cfr. NUVOLONE, P.: *ob. cit.*, en «II Jornadas», cit., p. 25.

(205) Ver BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, II, P. E. Barcelona, 1986, p. 55.

(206) V. G., CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, pp. 356-58. De «irracional» califica la posición de CUERDA BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 115-16. En sentido más o menos análogo a Cuerda se manifiesta QUERAL: *Derecho penal*, P.E. cit., pp. 47-48. Tal posición no me parece sólidamente fundada y menos aún admisible en absoluto en nuestro derecho positivo.

(207) Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (53/1985 de 11 de abril, BJC, RI 38). La doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional ha sentado que el derecho a la vida (art. 15 CE) «es la proyección de un valor de ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», deduciendo de ello el Tribunal Constitucional que «la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la CE, «constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Cfr., además CEREZO: *La*

tección que el ordenamiento jurídico otorga al *nasciturus* y la falta de protección que, al menos de una forma directa y especialmente en el ámbito punitivo, caracterizó al Derecho de Roma. Lo cual no significó que a *sensu contrario* se otorgase plena protección a la mujer en el aborto provocado con su consentimiento (208), pues el ascenso de aquélla operaría en todo caso siempre que el *pater familiae* no fuese opuesto al mismo, siendo inoperante en caso contrario, salvo cuando se produjesen consecuencias funestas para la vida o integridad de la mujer.

De otro lado, el equiparar el aborto al asesinato o asimilarlo grotescamente a la eutanasia (209), excluyendo, además, todo tipo de anticonceptivos, punto de vista éste mantenido por la Iglesia católica en las Encíclicas y disposiciones ya referidas (210) y otros sectores doctrinales y profesionales (211) —que ciertamente reconocen valor

regulación del aborto, cit., ADPCP, 1982, pp. 576-77; ver también COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., P.E. 2.ª ed., p. 555; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 56.

(208) Cfr. TOCCI: *Il procurato aborto*, cit., p. 15.

(209) Ver Documento de la Conferencia Episcopal bajo el enunciado «La vida y el aborto» difundido por dicha Conferencia y publicado en el periódico «El País» de 6 de febrero del mismo año. De «genocidio» califica, v.g., PÉREZ DELGADO, J.: *Aspectos médico-legales del aborto*, en «Rev. esp. de Med. legal», núms. 22-23, 1980, p. 57.

(210) Ver *supra*, I, nota 9.

(211) Ver el artículo de CORREDERA ZAMBRANA, J.: «El aborto y la ciencia médica» publicada en la revista «Tapia», abril de 1983, pp. 27 y ss. En la misma revista «Declaración de la Conferencia Permanente del Episcopado sobre la despenalización del aborto», pp. 2 y 6, y la «Carta Pastoral de Monseñor Guerra Campos» donde se califica al aborto de «homicidio con todas las agravantes», p. 3. Pero la «destrucción del feto» no afecta a una «persona», sino a un embrión y siempre ha sido castigada con una pena mucho menor (Confr. ROXIN: *Problemas*, cit., p. 71). «Lo cierto es —decía QUINTANO: *ob. cit.*, 2.º ed. p. al día por GIMBERNAT: p. 106— que por unas u otras razones la Ley otorga un *minus valor* a la vida del feto que a la del hombre nacido». Ello no significa —sigue diciendo el citado autor— que el feto aunque no sea persona deje de ser «un ser humano vivo, *spes personae* y no mera *spes vitae*...». La tesis de la prohibición absoluta del aborto predicha, al proyectarse fuera del plano moral, deriva a consecuencias penales tales como las de que el aborto no quedaría nunca excluido ni siquiera por una causa de justificación, cosa que no ocurre con el asesinato y con los demás delitos en general. Por consiguiente, aun supuesto que el aborto es un delito contra la vida del embrión, el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Pensemos en las eximentes de la legítima defensa y estado de necesidad (Confr. CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 344). Tampoco se puede equiparar el aborto a la «eutanasia», ni siquiera en el caso de la llamada «indicación eugenésica» que absurdamente se ha llegado a hacer coincidir con la «eliminación de enfermos mentales o de los seres desprovistos de valor vital» de la legislación nazi. Tal indicación, por el contrario se mueve, como bien indica LANDROVE: *La tímida despenalización*, cit., en «Estudios penales», cit., p. 228, en el campo de la eugenesia restrictiva, es decir, aquélla que trata de impedir el nacimiento de infelices seres tratados por una carga degenerativa. «Se prescinde en suma —dice el citado autor— de aberrantes planteamientos no demasiado lejanos en el tiempo que incidían en la conservación de la pureza de determinadas razas. Desviaciones que han contribuido a despertar lógicos recelos en la materia. No se trata, pues, de conseguir una raza de superhombres, sino de evitar el nacimiento de seres infelices». Vid., también LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53. Pero sobre todo, y de acuerdo en este punto con la sentencia del Tribunal

a la vida del feto o embrión, pero lo equiparan a las personas—, desconoce la trascendencia y significado que la norma jurídica otorga al nacimiento, como también el que la protección jurídica nunca es de carácter absoluto, como lo demuestra la necesidad de solución del problema ante una situación de conflicto de intereses entre la madre y el embrión (212). Ya sabemos que en determinadas circunstancias y ante diversas motivaciones la protección, en principio prevalente, del feto debe ceder, siquiera sea con base al principio del interés preponderante o de la no exigibilidad de otra conducta.

B) En resumen, y para concluir, el problema de la interrupción del embarazo parte, como es obvio, de un conflicto de intereses (213). En Derecho romano, salvo los casos de ataque a la vida o integridad corporal de la madre —y prescindiendo de los supuestos de falta de asenso de la mujer en el aborto consentido— se resolvió, no en pro de una supuesta autodeterminación, dignidad o derecho a la maternidad de la madre —como parecía deducirse de los supuestos que actualmente parten como fundamento de determinados movimientos radicales partidarios del derecho al aborto, esto es de que el *nasciturus* es *pars viscerae matris*—, sino en favor del padre o del marido, en su caso, y en definitiva —prescindiendo ahora de consideraciones demográficas, que no es oportuno examinar aquí (recordemos la poco exitosa legislación del emperador Augusto), pero que prevalecieron en Derecho romano y, en cierto modo, prevalecen en nuestro Derecho en determinados casos y especialmente en relación a la difusión y venta de abortivos (214)— del *pater familias*, cuyo consentimiento era requerido en todo caso.

Constitucional de 11 de abril, cit., se trata de evitar la perturbación de los padres ante la amenaza de dar a luz a un niño anormal. La sentencia citada, fundamenta dicha indicación en que «el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excedería de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia». Es decir, fundada en el principio de la «no exigibilidad de otra conducta». La necesaria gravedad de las malformaciones fetales es, por otra parte, hoy perfectamente detectable a través de muy sofisticados métodos en una fase precoz del embarazo (Cfr. ROMEO CASABONA: *El diagnóstico prenatal... cit.*, en «La Ley», pp. 6-8) con una probabilidad rayana en la certeza. Se trata en definitiva de un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto que el legislador ha resuelto en favor de la primera. Pero, además, como indica el último autor citado, se basa en el principio de no exigibilidad de otra conducta a la madre (p. 7), esto es, de soportar las cargas de todo tipo que supondría llevar a cabo el embarazo y tener un hijo con graves anomalías físicas o psíquicas.

(212) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal, cit.*, p. 55.

(213) Ver BAJO FERNÁNDEZ, M.: *ob. cit.*, pp. 116-20; *idem.* BUSTOS RAMÍREZ, J.: *ob. y p. cit.*, *idem.* ROMEO CASABONA, C.: *El método ante el derecho, cit.*, p. 36.

(214) Ver artículo 416 del Código Penal. Si bien, —dice RODRÍGUEZ DEVESA:— *Derecho penal*, 10.^a ed. Madrid, 1987 puesta al día por A. Serrano, el texto de este precepto pone de manifiesto que la prohibición no es tan absoluta, ya que expresamente se reconoce la posibilidad de que existan comerciantes autorizados para la «venta» y, por consiguiente, su lícita adquisición y fabricación. Sin embargo, como indica MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, cit.* pp. 93-94, la supresión de las referencias a los anticonceptivos no ha cambiado demasiado el sentido originario del precepto, que no es otro que el de proteger más un interés demográfico del Estado que la vida del

Hemos podido apreciar cómo en las primeras etapas del Derecho romano el aborto no era castigado públicamente, aunque podía serlo privadamente, y al arbitrio del pater familias quedaban, dentro del ámbito familiar, las posibles sanciones. Es más, cuando en la época del bajo Imperio el aborto llega a convertirse en delito lo es por consideraciones demográficas o por una supuesta defraudación de los derechos del padre o del marido en sus derechos a la progenitura, y era necesaria la querrela de éstos para que la pena pudiese ser impuesta. Incluso las consideraciones demográficas no dejan de ir en cierto modo referidas a los derechos del marido. El Estado quedaba, por ello, también privado de un ciudadano necesario para la defensa.

Por consiguiente, el que el feto fuese sólo parte de las vísceras de la madre no daba derecho a ésta a disponer de su «propio cuerpo» interrumpiendo libremente el embarazo, sino que se requería, como reiteradamente se ha expuesto, no el consentimiento de la madre, sino del padre o marido en el supuesto de que éste no se considerase defraudado en su expectativa sobre los posibles futuros hijos o herederos (215).

En consecuencia, una remisión al Derecho romano en orden al conflicto de intereses nos lleva a concluir que no hubo en aquél una verdadera protección jurídica penal del *nasciturus*, que es *pars viscerum matris*, pero tampoco una supuesta libertad de autodeterminación de la madre, puesto que se requiere el consenso del *pater familias*, quedando, además, a disposición de éste el ejercicio de las posibles acciones para el supuesto de la punición del aborto consentido. Sólo en el caso de ataque a la integridad de la mujer o en la interrupción realizada sin su asentimiento, juega, en cierto modo, la valoración, si se quiere, de los derechos maternos.

No puede, por tanto, con base en el principio romano de la *portio mulieris* fundamentarse un derecho de autodeterminación de la madre, que no existió en ninguna etapa del Derecho romano; lo que no impidió, sin embargo, el que de hecho el aborto fuese, en general, motivado, ya que, de otro modo, la sociedad romana consideró a aquél en general y salvo ciertos momentos como *malus exemplum*, hasta el punto de que en tiempos de la República fue considerado como acto inmoral, del que se ocupaba el *Censor de buenas costum-*

es otro que el de proteger más un interés demográfico del Estado que la vida del feto, respecto al cual los comportamientos descritos en el artículo 416 no pasan de ser meros actos preparatorios. La tipificación expresa de los anticonceptivos, después de la supresión de tales conductas del artículo 416 del Código Penal, y habida cuenta de su posible inclusión dentro de los delitos contra la salud pública en general, carecería —según el citado autor— de sentido.

(215) La libertad de la madre jugaría tan sólo en relación al aborto producido en ella por terceros sin su consentimiento y haría referencia generalmente, como se ha dicho, a los ataques a su libertad o en tanto en cuanto ésta pudiera a su vez, además, suponer un ataque a su integridad personal, en cuyo caso la sanción al tercero también se impondría con el asenso de la mujer (Cfr. NARDI, E.: *Il procurato aborto*, cit., pp. 312-13 y 426-27).

bres (216), acudiéndose, además, a los anticonceptivos con preferencia que al aborto (217).

Se ha puesto de relieve, además, cómo en la última etapa del Derecho de Roma y no obstante la influencia del cristianismo en el ámbito moral, familiar y social y la consideración del feto como persona, tal influencia no derivó en una plasmación legislativa, especialmente en el ámbito de Derecho penal. Y el aborto consentido por la mujer siguió contemplándose en función de la *iniuria* que supondría al padre, al ser éste defraudado en sus expectativas sucesorias, sin estimarse como un ataque a la vida del *nasciturus*. La idea de aborto libre, pero en el sentido relativo ya indicado, esto es, con el consenso del marido o del padre y de la no protección directa del *nasciturus* habría de prevalecer hasta la época de los juristas bizantinos (218).

Finalmente, cuando en la futura reforma del Código Penal que se avecina se aborde el difícil problema del aborto, habrá de considerarse que si el primer cometido del Estado es, ciertamente en este punto, impedir la muerte del embrión, tal cometido deberá llevarse a efecto, en primer lugar, mediante el empleo de medidas preventivas de la gravidez —lo que también se consideró en la sociedad romana (219)—, así como de procedimientos más eficaces de promoción social. Es, por otra parte, evidente que la educación sexual, la instrucción sobre los medios anticonceptivos son de una primordial importancia. No se olvide que el aborto es, antes que nada, un problema político-social y sólo en segundo término debe constituir una cuestión jurídico-penal (220). Sin embargo, las medidas de asistencia y previsión escapan al poder del legislador penal. Muchas de las dificultades pueden ser superadas con la ayuda de la asistencia social. De aquí la necesidad de los centros de consulta, asesoramiento y asistencia en su caso como ayuda para la mujer embarazada que piense en la interrupción de su embarazo, dotados de medios financieros necesarios y de colaboradores idóneos tanto en el orden médico como social y ético (221). El legislador debe abandonar la inmovilidad reaccionaria tradicional, eliminando los obstáculos para llevar a cabo un correcto asesoramiento y orientación de la embarazada que lo socilite para que pueda superar las dificultades existentes a fin de llevar a cabo su embarazo o, en su caso, para constatar debidamente cada una de las indicaciones que la Ley vigente establece (222).

En último término —como *última ratio*—, las normas penales que tutelan la vida del feto deberán ser aplicadas, si bien el legislador

(216) Ver. TOCCI: *Il procurato aborto, cit.*, p. 14.

(217) Cfr. NARDI: *Il procurato aborto, cit.*, espe. p. 335 (siglos I y II).

(218) Ver. NUÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 40. Cfr., además, NARDI: *ob. cit.*, pp. 5635-38.

(219) Cfr. NARDI: *ob. cit.*, pp. 246, 266-67, 335-36 y 445.

(220) Ver. ROXIN: *Desarrollo, cit.*, en *Rev. cit.*, p. 264; HIRSCH: *La reforma de los preceptos sobre interrupción del embarazo, cit.*, *rev. cit.*, p. 54.

(221) Ver. SHULTZ, H.: *La réforme du droit pénal suisse... cit.*, *rev. cit.* p. 264.

(222) Ver. HIRSCH: *La reforma, cit.*, *rev. cit.*, p. 54.

puede y debe considerar todas aquellas situaciones dignas de respeto para la interrupción de la gravidez y en que no se puedan razonablemente exigir a la mujer sacrificios excepcionales (223).

El problema que hoy se plantea a la ciencia penal es el relativo a la procreación que tiene lugar en probetas y, en general, con las nuevas técnicas genéticas, porque la normativa en orden a la interrupción del embarazo supone la anidación en la matriz del óvulo fecundado. Por tanto, mientras el embrión, cualquiera que fuese su etapa evolutiva, se encuentra fuera del claustro materno quedará sin protección jurídico penal. El Derecho vigente manifiesta aquí una evidente laguna legal (224). Esto, como es obvio, no se planteó en el Derecho de Roma. Problemas como el relativo al diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídicas, particularmente en el aborto eugenésico, o el que suscita el de que la Ley no proteja la salud del feto engendrado y procreado en la matriz de la mujer embarazada (225) como lo hace con la vida, siquiera no sea de forma absoluta, son cuestiones básicas que habrán de abordarse necesariamente a la hora de elaborar el futuro derecho penal, pero que no son misión y exceden los límites de este trabajo.

(223) Ver *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik) en ob. cit.*, pp. 213-14.

En todos estos casos se impone a la madre unos sacrificios desmesuradamente graves, casi sobrehumanos y que sólo deben ser realizados voluntariamente, pero no forzados bajo amenaza de pena. Como ha repetido la doctrina, el Derecho penal no puede ni debe exigir el heroísmo. En estos casos es evidente que a la mujer no puede serle exigida otra conducta. Limitando la punición a aquellos casos realmente dignos de castigo, o sea, los inmotivados, los necesitados y los menos privilegiados económica y socialmente quedarían excluidos. Con ello, como afirmó ya ROXIN: *ob. cit.*, en *Problemas, cit.*, p. 82, el juicio de la sociedad sobre las normas relativas al aborto, normas que en gran parte no motivan, podrá ser modificado, máxime si a todo ello se une el desarrollo de medidas de asistencia y ayuda eficaces junto al desenvolvimiento de una política social adecuada en relación a las medidas anticonceptivas. Nunca se repetirá bastante; la autoridad del Derecho penal gana más con la aplicación, rigurosa de una legislación liberal que con la aplicación liberal de una legislación rigurosa (Cfr. GRAVEN, Philippe: *ob. y rev. cit.*, p. 306).

(224) Ver CUERDA RIEZU, A.: *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, «ADPCP», 1989, D. II, pp. 426-27.

(225) Ver ROMEO CASABONA, C.: *El diagnóstico antenatal, cit.*, en «La Ley» julio de 1987, número 1751. CUERDA RIEZU, A.: *Límites, cit.*, pone de relieve acertadamente como el delito de aborto no está previsto para los supuestos relativos a la salud del feto engendrado y procesado, pues aquella infracción consiste en la destrucción del feto y aquí se parte del supuesto en el que sólo hay lesiones físicas, psíquicas o genéticas en el feto, y propugna de *lege ferenda* por la creación de un delito que prohíba las lesiones —al menos dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo. La cuestión es apuntada igualmente por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual, cit.*, p. 55. Respecto del problema de la utilización del feto humano con fines de investigación, ver ROMEO CASABONA, C.: *El médico y el Derecho penal, cit.*, pp. 30 y ss. Sobre las diversas técnicas de genética humana y su regulación jurídica, particularmente en relación al diagnóstico prenatal, inseminación artificial, fertilización «in vitro» y transferencia de embriones y los problemas que se plantean actualmente, ver ESER, Albin: *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán*, «ADPCP», número 38, pp. 348 y ss. El tema ha sido objeto de debate en el reciente XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal que ha tenido lugar en Viena, en Octubre de 1989.