

LA INDICACIÓN EUGENÉSICA

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla – La Mancha

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de
Madrid

Monográfico 11

<http://www.cienciaspenales.net>

LUIS ARROYO ZAPATERO

LA INDICACION EUGENESICA

Publicado en la
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Monográfico 11

La indicación eugenésica

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO I. Evolución histórica y determinación conceptual.—II. Regulación jurídica de la indicación en el Derecho comparado.—III. Elementos y presupuestos de la indicación.—IV. Fundamento de la indicación eugenésica.

I. EVOLUCION HISTORICA Y DETERMINACION CONCEPTUAL

El supuesto recogido en la circunstancia tercera del artículo 417 bis suele conocerse como indicación «eugenésica». Sin embargo, conviene advertir que tal denominación puede resultar hoy inadecuada y dar lugar a cierta incomprensión, que conviene afrontar desde un primer momento, pues afecta a la determinación de los bienes o interés en conflicto y a su adecuada ponderación¹.

La equivocidad semántica proviene de que en la evolución histórica el concepto ha pasado de tener un significado objetivo-biológico a uno objetivo-subjetivo, en el que el núcleo de la autorización del aborto en estos casos se ha desplazado desde la evitación de seres humanos física o psíquicamente tarados hacia la voluntad ético-política por parte del Estado de no imponer a la mujer y a la pareja la maternidad de un hijo que adolece de taras. En definitiva, se ha desplazado el fundamento de

¹ No es frecuente que la doctrina se ocupe específicamente de la indicación eugenésica. Suele limitarse a realizar sucintas referencias a la misma cuando se ocupa del sistema de indicaciones. Pueden verse: Landrove, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976, págs. 73-80; García Vitoria, *El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, págs. 32-35; Horstkotte y otros, *Protokoll der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, Deutscher Bundestag, 7 Whl., p., 1973; págs. 1332 y sigs. y 1469-1971; Hofmann y otros, *Schwangerschaftsunterbrechung*, Francfort, 1974, págs. 62-76 y 170-171; Kaiser, «Eugenik und Kriminalwissenschaft heute», en NJW, 1969, págs. 538 y sigs.

la indicación del fin «eugenésico» al fin de respeto de la posición de los padres ante el nacimiento de un hijo tarado.

La expresión de esta variación semántica se pone de manifiesto en las definiciones y argumentaciones legales y doctrinales de anteriores decenios, contrastadas con las actuales.

Así, por ejemplo, Jiménez de Asúa manifestaba que «la interrupción de un embarazo con miras eugénicas persigue la recta finalidad de impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa»². En el mismo sentido se justificaba la razón eugenésica en el Decreto de la Generalitat de Cataluña de 25 de diciembre de 1936, por el que se legalizaba el aborto por razones terapéuticas, eugénicas y éticas, cuya exposición de motivos denominaba «reforma eugenésica» a la innovación legislativa y aludía literalmente como uno de los fines de la misma al de «ser un instrumento al servicio de los intereses de la raza»³.

El interés propiamente eugenésico de evitación de fenómenos de degeneración biológica de la raza fue elevado al más alto rango en la Alemania nacional socialista por una ley de julio de 1933 denominada Ley para la Prevención de Descendencia Hereditaria Tarada (*Gesetzes zur Verbütung erbkranken Nachwuchses*). El fundamento de tal indicación era, por una parte, colectivo, de «higiene racial». Por otra, comportaba una valoración negativa de la vida en formación como ser desprovisto de valor vital. El fundamento de su eliminación radicaba precisamente en la falta de valor vital y no en el conflicto con el interés de la embarazada en una vida sin la carga emocional de un hijo subnormal.

Tras 1945, la mencionada justificación biológico-racial del aborto ha sido rechazada en Alemania como expresión del pensamiento nacional-socialista y contraria al principio de la dignidad humana, y sobre ello es unánime el acuerdo⁴. Es más, la indicación en todas sus dimensiones fue considerada tabú durante años, pues la definición biológico-racial de la vida humana constituyó también la base de la «solución eutanasia», que llevó a la legalización de la masiva destrucción de la vida de personas de «razas inferiores» y de personas —ya nacidas— de la propia raza aria desprovistas de normalidad biológica⁵.

Por la mencionada razón ha sido en Alemania donde más cuidado se ha puesto en la elaboración conceptual del fundamento de la indicación eugenésica, destacando —inclusive en la letra de la ley— que éste no se encuentra en el hecho de la enfermedad o malformación del futuro niño, sino en la salud física y psíquica de la mujer, que se vería realmente afectada.

² *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid, 1928, págs. 96 y 97.

³ Véase texto de la disposición y comentario de Martí Ibáñez en *La reforma eugenésica del aborto*, Ediciones de la Consejería de Sanidad y Asistencia Social, Barcelona 1937.

⁴ Véase Horstkotte, *loc. cit.*, pág. 1334.

⁵ Véanse Eser, en Hofmann, *ob. cit.*, pág. 170, y Hirsch, en Barbero Santos y otros, *La reforma penal*, Madrid, 1982, págs. 39-40.

tada de obligarla a asumir la maternidad y crianza de un niño en las condiciones citadas, estimándose que no resulta lícito al Estado imponer a esa mujer, contra su voluntad, la continuación del embarazo.

Es este pensamiento el dominante respecto de la tradicionalmente denominada indicación eugenésica, hasta el punto de que se ha podido afirmar que cuando el Derecho toma en consideración en relación al aborto las taras genéticas, no puede verse en ello nada relacionado con el pensamiento del darwinismo social y de las teorías de la evolución que imperaron en los primeros decenios de nuestro siglo también en el ámbito jurídico⁶.

II. REGULACION JURIDICA DE LA INDICACION EN EL DERECHO COMPARADO

Para el examen de la presencia y los presupuestos de la indicación eugenésica en el Derecho comparado es preciso tener en cuenta los tres sistemas básicos de despenalización:

- a) Sistema de plazos: Francia y Austria;
- b) Sistema de indicaciones: Reino Unido y República Federal Alemana;
- c) Sistema de plazo con referencia expresa a indicaciones que no limitan la libertad de decisión de la mujer: Italia.

En el sistema de plazo, al atribuir a la mujer dentro de éste la libertad para decidir la interrupción del embarazo, el supuesto de hecho de la indicación eugenésica debe considerarse implícitamente incluido en el mismo. Tan sólo merece una regulación explícita en el caso de que para tal supuesto se reconozca una ampliación del plazo de autorización, como ocurría en la Ley alemana de 1974 o como es el caso de la regulación vigente en Italia (sistema *c*) y en Francia.

En los sistemas de indicaciones, la eugenésica suele ser contemplada autónomamente (Reino Unido, República Federal Alemana), si bien, como ocurre en este último país, puede aparecer vinculada a la terapéutica.

Reino Unido⁷

Ley de Aborto (*Abortion Act*) 1967 (entrada en vigor el 27 de abril de 1968). Capítulo 87:

«Artículo 1(1). (No es punible el aborto) cuando el embarazo ha sido interrumpido por un médico y dos médicos son de buena fe de la opinión de que...

⁶ Kaiser, *ob. cit.*, pág. 544.

⁷ Véase «Bericht: Erfahrungen mit dem Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Grossbrinanien», en *Protokoll*, cit., en nota 1, págs. 1538 y sigs.

a)

b) Existe el peligro fundado de que si el niño llegara a nacer sufriría de tales anomalías físicas o psíquicas que quedaría seriamente impedido.»

*República Federal de Alemania*⁸

Código Penal, párrafo 218.a) (Ley de 18-V-1976):

«1. La interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico no es punible si

1) la embarazada consiente, y
2) si, en consideración de las presentes y futuras condiciones de vida de la embarazada, la interrupción del embarazo resulta indicada conforme a los conocimientos médicos para evitar un peligro para la vida o peligro de un grave menoscabo de la salud corporal o mental de la embarazada y el peligro no resulte evitable de otra manera que le fuere exigible.

2. Las condiciones del apartado 2) del párrafo 1 se consideran igualmente cumplidas cuando, conforme a los conocimientos médicos,

1) existen serias razones para estimar que el niño habría de sufrir una lesión no evitable en su estado de salud, a consecuencia de una tara genética o de influencias lesivas previas al nacimiento y cuya trascendencia es tal que impide el exigir a la mujer que continúe el embarazo;

.....

3. En los casos del apartado 1) del párrafo 2 no deben haber transcurrido más de 22 semanas...»

*Italia*⁹

Ley 194, de 22 de mayo de 1978 (Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo):

Artículo 4. «Para interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los noventa días, la mujer que manifieste síntomas de que el embarazo, el parto o la maternidad acarrearían un serio peligro para su salud física o psíquica a causa de... o en previsión de anomalías o malformaciones del concebido...»

Artículo 6. «La interrupción voluntaria del embarazo después de los primeros noventa días podrá ser practicada:

⁸ Véase Gropp, *Der Strafloße Schwangerschaftsabbruch*, Tubinga, 1981, páginas 211-215, con ulteriores referencias.

⁹ Véanse Casini/Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padua, 1978, págs. 122-131; Galli y otros, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Milán, 1978, páginas 165-173; Nuvolone y Grosso, en «Interrupción voluntaria del embarazo/Responsabilidad penal objetiva», II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal, Avila, 1981, págs 23 y sigs., y 41 y sigs., respectivamente.

a) Cuando la gravidez o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer;

b) Cuando hayan sido constatados procesos patológicos tales como los relativos a anomalías relevantes o malformaciones del *nasciturus* que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer.» (En este caso, certificado por un médico distinto del que va a intervenir, pero del mismo ente hospitalario, la interrupción del embarazo sólo puede verificarse hasta el momento en que no es posible la vida autónoma del feto —artículo 7, párrafo primero y último—, que se sitúa entre las semanas veinticuatro y veintiocho).

Francia¹⁰

Código de la Salud Pública (L. 17/1975 y 1204/79) (Interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos):

«Artículo L. 162.12. La interrupción voluntaria del un embarazo puede, en todo momento, ser practicada si dos médicos certifican, tras examen y discusión, que la prosecución del embarazo pone en peligro grave la salud de la mujer o que existe una fuerte probabilidad de que el niño al nacer sufra una afección de una particular gravedad, reconocida como incurable en el momento del diagnóstico.

Uno de los médicos debe ejercer su actividad en un establecimiento de hospitalización público o en un establecimiento de hospitalización privado que satisfaga las condiciones del artículo L. 176, y otro, estar inscrito en una lista de expertos del Tribunal de Casación o de un Tribunal de Apelación.»

Austria

Código Penal de 14 de enero de 1974. Parágrafo 97 (Impunidad de la interrupción del embarazo):

«1. No son punibles los hechos previstos en el parágrafo 86... si la interrupción del embarazo es necesaria para evitar un serio peligro no evitable de otro modo, de graves perjuicios para la salud física o psíquica de la embarazada o existe un serio peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o la embarazada es menor en el momento del embarazo y, en todos estos casos, la interrupción es realizada por un médico...»

¹⁰ Roujou de Boubee, *L'interruption volontaire de la grossesse*, París, 1975, páginas 26-29; Feuillard, en «Interrupción voluntaria del embarazo/Responsabilidad objetiva», cit. en nota 9, págs. 65 y sigs.

III. ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DE LA INDICACION

Del análisis de las legislaciones de los países de referencia se deducen diversos elementos comunes en la regulación de la indicación, que pueden agruparse en dos apartados: A) elementos referidos al ser en formación y a la caracterización del futuro niño, y B) elementos referidos a la mujer embarazada y a su estado de salud futura de llegar a dar a luz.

A) *Los presupuestos referidos al ser en formación*

Estos presupuestos vienen constituidos por el diagnóstico médico de una afección de carácter genético (hereditario) o embriopático (adquirido durante el embarazo a través de la madre) determinante de graves taras físicas o psíquicas no evitables en el niño si llegara a nacer.

1. *Afección grave.* Las normas reguladoras emplean las expresiones siguientes para determinar la afección y su gravedad: «afección de particular gravedad» (Francia); «graves taras físicas o psíquicas» (Austria, par. 97,1); «procesos patológicos relativos a relevantes anomalías o malformaciones» (Italia, art. 6.b); «el niño habría de sufrir una lesión no evitable en su estado de salud a consecuencia de una tara genética o de influencias lesivas previas al nacimiento» [República Federal de Alemania, par. 218.a) 2,1], y «anomalías físicas o psíquicas tales que determinarían que resultase un niño seriamente impedido [Reino Unido, artículo 1(1).b)].

En síntesis, puede afirmarse que elemento común es una afección grave, adquirida hereditariamente o por vía de la madre, en la que la gravedad viene definida por las consecuencias de la misma, determinante de impedimento, minusvalía o tara psíquica o física. Elemento de la gravedad es también la no evitabilidad de la tara, tanto mediante una curación espontánea como mediante un tratamiento terapéutico. Esta nota se reconoce expresamente en la ley francesa y en la alemana («reconocida como incurable en el momento del diagnóstico» y «lesión no evitable», respectivamente).

En el artículo 417 bis el elemento «afección grave» se describe con los términos «graves taras físicas o psíquicas». No se precisa, pues, un catálogo concreto de las afecciones que constituyen el presupuesto material habilitante de la interrupción del embarazo. Tampoco se prevé tal catálogo en las demás legislaciones. Se debe sin duda a la decisión de situar el problema en el ámbito estricto de los conocimientos médico-biológico, que, como todo conocimiento científico, es abierto y permite tanto el que en un determinado momento se pueda descubrir un procedimiento para la terapia efectiva de una afección considerada hasta tal momento como incurable, como el que se descubran procedimientos para

diagnosticar afecciones de esta clase que no eran diagnosticables, o no lo eran en la primera fase del embarazo. Las leyes se satisfacen en este punto con una certificación médica que acredite el diagnóstico de la grave afección, exigiendo en ocasiones el que la certificación se verifique por más de un médico (República Federal Alemana, par. 219; Reino Unido, art. 1; Francia, sólo con posterioridad a los tres primeros meses, artículo 162-12; en Italia se exige después de los tres meses que el médico comunique expresamente su certificación a la autoridad), como medida cautelar para evitar el recurso de mala fe a esta indicación.

Sólo sería necesaria la precisión de un catálogo concreto de afecciones si el fin de la indicación fuere el de servir a la depuración biológica de la raza, como así hacía coherentemente con tal propósito el parágrafo 10 de la Ley alemana para la Prevención de la Descendencia Hereditaria Tarada de 1933¹¹. No es éste el fin de la indicación hoy ni en el Derecho comparado ni en el artículo 427 bis del Código Penal.

Pueden mencionarse algunas de las afecciones que se consideran constitutivas del presupuesto de la indicación¹²: Por una parte, se distinguen las taras genéticas, previas al embarazo, como las enfermedades genéticas, gametopatías, anomalías en la carga cromosómica, etc.¹³ Por otra, se distinguen aquellas que son producto de influencias dañosas sobre el embrión o el feto, denominadas enfermedades congénitas, que pueden provenir de tres fuentes: enfermedades infecciosas de la embarazada que se transmiten en sus efectos al fruto de la concepción (por ejemplo, rubéola, citomegalia, toxoplasmosis y otras embriopatías infecciosas); alteraciones metabólicas de la mujer derivadas de procesos patológicos o de alteraciones artificialmente provocadas (embriopatías producidas por fármacos: antiblásticos, sulfamidas y antibióticos, talidomida, tripanol, antitiriodeos, etc., hormonas, alcohol, drogas¹⁴ y tóxicos)¹⁵, y por último, alteraciones en el embrión producidas directamente en él por agentes externos, como las radiaciones iónicas, etc.

La grevedad viene determinada, como se ha señalado, no por la naturaleza intrínseca de la afección, sino por sus consecuencias en el estado físico y psicológico del niño y sobre todo por la gravosidad de tal estado del niño que podría nacer para la mujer y, en su caso, la familia. Y es este último el criterio concluyente en una indicación en la que el aborto se autoriza no en beneficio de la raza ni en el del propio afectado, sino de la embarazada y la familia, en atención a la carga material, somática y psíquica que puede representar para ella un hijo con graves impedi-

¹¹ Véase Hofmann, *ob. cit.*, pág. 63.

¹² Véase Gropp, *ob. cit.*, págs. 212-213.

¹³ Véanse Domarus-Farreras, *Medicina interna*, II, Barcelona, 1970, págs. 1243-1282; Robbins, *Tratado de patología*, México, 1968, págs. 153-172.

¹⁴ Sobre la incidencia de drogas y tóxicos en las malformaciones fetales, véase Sopena, *Tríptico médico-social*, Madrid, 1981, págs. 39-49.

¹⁵ Véase Botella Llusia, *Tratado de ginecología*, II, Barcelona, 1970, páginas 305-361.

mentos. Así, anomalías que en relación al futuro individuo pudieran considerarse graves, como, p. ej., una esterilidad, y no actúan como carga a sufrir por la mujer no son, en consecuencia, relevantes para la indicación.

No se exige en el artículo 417 bis que la enfermedad sea «incurable». Tal requisito, presente en la ley alemana, no es necesario que se prevea explícitamente, pues, como se entiende en otros países³³, queda implícito en el concepto de «grave tara» y en el de «probabilidad» o, entre nosotros, en la «presunción» de la misma. Si al tiempo del diagnóstico se estima que la tara es evitable o curable no puede valorarse como «probable» la existencia futura de taras, no hay riesgo *real*. Y estas mismas no pueden ser consideradas «graves».

2. *Grado de seguridad del pronóstico de las anomalías o malformaciones.* Las leyes no exigen una «absoluta seguridad» del pronóstico. «Fuerte probabilidad» (Francia), «peligro fundado» (Reino Unido), «serias razones para estimar...» (R. F. A.), «serio peligro» (Austria) son los términos que se emplean. Lo que las leyes exigen es una seguridad en el diagnóstico de la afección, que es lo que básicamente certifica el médico. Y no exigen una seguridad absoluta en el pronóstico de las anomalías o malformaciones post-parto. En este segundo aspecto pueden distinguirse dos grupos de anomalías a partir de la verificación de amineocentesis. Por una parte, aquellas en las que un diagnóstico seguro del caso concreto permite afirmar un pronóstico igualmente seguro de consecuencias negativas para el futuro ser. Por otra parte, un segundo grupo —constituido por la inmensa mayoría de los supuestos— en el que el diagnóstico seguro sobre el caso concreto permite obtener por deducción teórica o por conocimientos empírico-estadísticos un juicio de mayor o menor probabilidad de efectiva anomalía futura, pero del que no se deduce un juicio seguro sobre lo que habría de ocurrir en el desarrollo del caso concreto.

Desde el punto de vista jurídico-valorativo, no es la distinción mencionada tan relevante como a efectos puramente médicos. Desde este último punto de vista, el problema que plantea el segundo grupo es que comporta la posibilidad mayor o menor de que al interrumpir el embarazo se sacrifique un niño efectivamente sano. Pero, como he señalado, tal riesgo no es relevante para la valoración jurídica, pues no estriba ésta en los términos niño sano-niño tarado, sino en el juicio de exigilidad a la mujer de que asuma un hijo con seguridad o probablemente tarado. El problema es, pues, tan sólo estimar el grado de probabilidad de taras que se pueden exigir o no que la mujer asuma. La cuestión fue ampliamente discutida en el curso de la reforma alemana y lo sigue siendo tras su vigencia¹⁶. La falta de coincidencia y las discrepancias son notables,

¹⁶ Véase los porcentajes de riesgo estimados por médicos y juristas en Gropp, *op. cit.*, pág. 214. Sobre el riesgo medido de cada tipo de afección, véase Hofmann, *ob. cit.*, págs. 65-69.

lo que pone de relieve que no es razonable establecer en forma alguna grados concretos de probabilidad para distinguir entre aborto punible y no punible. Los cuatro años de experiencias en la ley vigente, analizada por la Comisión oficial de expertos en informe publicado en 1980, han llevado a la Comisión a poner de manifiesto que lo relevante en estos casos no es el concreto porcentaje de riesgo, sino la aceptación o rechazo por la familia del concreto grado de riesgo constatado en cada caso, y señala como criterio procedimental a los médicos —de quienes depende la certificación habilitante— el que tomen en consideración al respecto la actitud de la mujer y la familia ante dicho riesgo, una vez informada debidamente por el médico¹⁷.

El artículo 417 bis aborda la cuestión con la referencia a «que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas». La redacción definitiva ha experimentado aquí una variación respecto del proyecto, toda vez que éste se satisfacía con la expresión «que sea probable...», que es la que se emplea en el Derecho comparado. En su literalidad, el texto definitivo viene a exigir un grado de probabilidad de la presencia futura de la tara tan alto que permita suponer la misma como segura, o, en términos más habituales en la técnica penal, que la tara se diagnostique con un grado de probabilidad rayano en la seguridad, pues sólo este grado de probabilidad permite «presumir» la efectividad de la tara.

La interpretación expuesta comporta una restricción más fuerte de la despenalización que la que establecía el proyecto, lo que aleja a la indicación de su regulación en el Derecho comparado y de las consideraciones anteriormente expuestas como justificadoras de aquélla. La sustitución de los términos del proyecto no encuentra fundamento en la sentencia del Tribunal Constitucional, que, en su fundamento 10, último párrafo, admitió la adecuación del término «probable» del proyecto¹⁸. El cambio se opera exclusivamente por obra de la enmienda número 4 del Grupo Parlamentario Socialista y sin que su motivación lo justifique.

Ahora bien, no siendo la voluntad del legislador de la modificación del texto una voluntad restrictiva del presupuesto material de la indicación, y no operando *contra el reo* una interpretación amplia del literal de la ley, cabe mantener una interpretación de los términos «que se presume» en el sentido de «que sea probable», recuperando así la indicación la racionalidad que le es propia.

¹⁷ Véase Informe de la Comisión para la valoración de las experiencias con el párrafo 218 del Código penal reformado: «Bericht», en *Deutscher Bundestag Drucksache*, 8/3630, de 31-I-1980, pág. 79.

¹⁸ Dice el Tribunal Constitucional: «El término 'probable' expresa la idea de razonable presunción de verdad y responde... a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho.»

3. *El plazo temporal para interrumpir el embarazo en la indicación eugenésica.* Las legislaciones sobre aborto examinadas difieren entre sí considerablemente a los efectos de fijar el plazo de tiempo del embarazo durante el cual se autoriza la interrupción de éste en base a la indicación eugenésica:

— En el Reino Unido y en Francia el aborto puede verificarse en todo momento del embarazo sin límite temporal alguno. En Francia esta ausencia de limitación se refiere sólo a la indicación eugenésica y a la terapéutica, configurada ésta aquí como indicación médica estricta.

— En Italia, tras los noventa primeros días del embarazo, sólo se autorizan el aborto terapéutico y el eugenésico con un límite temporal no determinado por un elemento cuantitativo, sino cualitativo: el momento a partir del cual «subsiste la posibilidad de vida autónoma del feto» (art. 7, párrafo tercero). Más allá de este momento sólo es autorizado el aborto en defensa de la *vida* de la mujer y no sólo de la salud. Los autores indican como momento límite el que médicamente se establece para la viabilidad del feto alrededor de la semana veinticuatro del embarazo¹⁹.

— En Alemania se establece un plazo específico para esta indicación de veintidós semanas. Este plazo, superior al de las doce semanas previsto para las indicaciones ética y de situación de necesidad, se justifica en que determinados procedimientos de diagnóstico, como, p. ej., la aminocentesis, sólo son posibles en el estado actual de la medicina tras los tres primeros meses, y requiere, además, un cierto período de observación. La ampliación del plazo se entiende que sirve a evitar decisiones apresuradas a favor del aborto y por ello sirve para ofrecer mayor oportunidad al desarrollo de la vida en formación²⁰.

El artículo 417 bis establece también un plazo de veintidós semanas. El problema se reduce a la determinación de su cómputo, que puede realizarse conforme al criterio biológico o al médico, existiendo entre ambos una diferencia de dos semanas, al operar el cómputo médico *post menstruationem* y el biológico a partir de la fecundación. El criterio en lo penal debe ser el biológico, pues sólo a partir de la fecundación se da lugar a la existencia real del bien jurídico, al nuevo ser. Por ello el plazo de veintidós semanas debe entenderse conforme al cómputo médico (post menstruación) como de veinticuatro semanas²¹.

B) *Condiciones relativas a quienes realizan el diagnóstico y la intervención*

Las legislaciones comparadas suelen establecer alguna precisión respecto de los facultativos llamados a efectuar el diagnóstico y la interven-

¹⁹ Véase Casini/Cieri, *ob. cit.*, pág. 136.

²⁰ Véase Schöncke/Schröder/Eser, *StGB Kommentar*, Munich, 1980, pág. 1406.

²¹ Véase al respecto Jähnke, *Leipziger Kommentar*, par. 218, núm. marg. 38.

ción. Las cautelas varían, exigiendo en unos casos que el diagnóstico sea realizado por uno o más médicos —en algún supuesto, además, médico especialista— distintos del que realiza la intervención (véase textos *supra*).

El artículo 417 bis del Código Penal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, requiere la acumulación de todas las distintas variantes que se presentan en la legislación comparada: que el dictamen sea expresado con anterioridad al aborto y emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario acreditado al efecto de este tipo de diagnósticos distintos del médico por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Además, y como en las demás indicaciones, la intervención se ha de realizar en un centro o establecimiento acreditado. Esta minuciosa regulación, que se desarrolla en la Orden Ministerial de 31 de julio de 1985 (BOE, 2 de agosto), es correlato de la sentencia del Tribunal Constitucional, que encontró en la carencia de alguna de estas precisiones en el texto del proyecto la *ratio* de inconstitucionalidad del mismo.

IV. FUNDAMENTO DE LA INDICACION EUGENESICA

El fundamento formal de la inclusión de la indicación eugenésica en las legislaciones comparadas y en la nuestra es la idea de la no exigibilidad. Tal idea llega a consagrarse de modo expreso en algunas normas despenalizadoras, como la alemana, pero está implícita en todas ellas. Así en la española se hacía referencia a tal fundamento en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983, del que luego se desgajaría lo relativo al aborto. Allí se justificaba la despenalización en los casos de la indicación eugenésica y de la criminológica con el argumento de que «no es exigible (a la mujer) otra conducta». Por su parte, el Tribunal Constitucional asume el argumento de la no exigibilidad como fundamento de la constitucionalidad de la despenalización de ambas indicaciones, reservando a la indicación terapéutica el fundamento relativo al conflicto de bienes²².

Ahora bien: se ha adjetivado de formal al argumento de la no exigibilidad porque, en realidad, lo que no explica es el por qué no resulta exigible el que la mujer continúe su embarazo en tales casos. En mi opinión, las renunciadas a la prohibición penal del aborto en estos casos tiene un fundamento más concreto que la abstracta referencia a la no exigibilidad.

En efecto, si se repasan las normas despenalizadoras de otros países se puede colegir que la indicación eugenésica no tiene un fundamento diferente de la indicación médica misma. Así, la mencionada configuración de la indicación eugenésica como supuesto especial de la indicación

²² Véase *Fundamentos*, 9, último párrafo y 11, apartado c).

médica ha sido obra en Alemania de la propuesta legislativa de la Coalición Demócrata Cristiana, que mereció un reconocimiento general de las fuerzas políticas parlamentarias y de la doctrina científica²³. La indicada concepción se plasma expresamente en la legislación vigente alemana y en la generalidad de los países europeos de referencia.

Así, en Alemania, tras definir la indicación terapéutica, se indica que los presupuestos de la misma se consideran igualmente dados en los casos de la indicación eugenésica y ética, que a continuación se definen en los números 1 y 2 del apartado 2) del artículo 218.a). En Francia se regula la indicación médica y la eugenésica en un mismo párrafo intitulado «Interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos» (art. 162-12). En Italia, en el artículo 6.b) se exige expresamente que las anomalías o malformaciones «determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer». En Austria, la conexión de la indicación eugenésica con la defensa de la salud física o psíquica de la mujer deriva tanto de la ubicación conjunta de ambas en el número 2 del artículo 97 como de la adición a las mismas del supuesto de minoría de edad de la embarazada, cuya justificación se reconduce también a la salud y al normal desarrollo psíquico de la mujer.

Tan sólo en el Reino Unido no aparece conectada la indicación eugenésica con la médica, lo que obedece sin duda a la peculiar construcción legislativa de las normas jurídicas del sistema del *common law*, y a que el pragmatismo anglosajón no suele hacerse eco de las preocupaciones antropológicas que inquietan a los continentales.

Lo que las legislaciones continentales ponen de manifiesto es que la razón de la renuncia a exigir la continuación del embarazo radica en la fenomenología que para la mujer y la familia puede comportar la singular carga de un hijo con graves anomalías o malformaciones, fenomenología que coincide con la afectación a la salud y, en primer término, de la salud psíquica de la mujer. Tanto la seguridad como cualquier grado serio de probabilidad de malformaciones puede ser realmente vivido como una incerteza torturante para la mujer y la familia. Resulta sumamente improbable que en los casos concretos de la indicación eugenésica la mujer no sufra tipo alguno de sobrecarga psíquica. En esencia, la indicación eugenésica en los términos en los que se contempla en las legislaciones actuales constituye un caso especial de indicación médica²⁴.

La diferencia entre la indicación eugenésica y la médica no estriba, pues, en su fundamento, que es el mismo para ambas, sino en una consideración de otro orden. Consiste ésta en que así como la afirmación de la indicación médica requiere una concreta comprobación en cada caso de que concurren los elementos relativos a los procesos patológicos

²³ Cfr. Eser, en Hofmann, *ob. cit.*, pág. 171, y el texto de la Proposición de ley del CDU-CSU, en pág. 284.

²⁴ Así, Horstkotte, *loc. cit.*, en nota 1, pág. 1472.

y al peligro para la salud de la mujer, y sólo comprobados éstos en el supuesto de que se trate es posible verificar el juicio acerca de la exigibilidad de que la mujer continúe o no el embarazo, en la indicación eugenésica los legisladores operan con una suerte de presunción: la de que si concurre el presupuesto del proceso patológico determinante de un futuro niño anómalo o malformado, *por lo general* la salud de la mujer va a verse gravemente afectada.

Ahora bien: interesa señalar que no es una presunción irrefutable o impuesta sobre la mujer. Al contrario, es una presunción a la que la mujer —una vez constatado el riesgo de anomalías o malformaciones— puede acogerse o no, voluntariamente, operando la presunción no en contra de la madre y la familia, sino a favor de la misma y frente al juicio de la sociedad acerca de si ésta le puede o no exigir que continúe el embarazo. Con el reconocimiento legal de la indicación eugenésica, lo que el legislador hace es establecer que, constatados médicamente los presupuestos relativos al feto, no se requiere comprobar en concreto el peligro para la salud psíquica de la mujer, por presumir que la gravedad de la afección infantil comporta generalmente dicho peligro.

En definitiva, puede estimarse que la despenalización del aborto en el supuesto de la indicación eugenésica no se fundamenta ni en razones de higiene racial ni de beneficio para el nuevo ser, en el sentido de ahorrarle una existencia gravosa, poco digna de ser vivida, sino en el hecho de que el legislador toma en cuenta la dura carga emocional y de condicionamiento vital que comportaría la maternidad respecto de un hijo que adolece de tan graves afecciones físicas o psíquicas, toma en cuenta, en suma, la salud psíquica de la mujer y, por tal razón, no le exige la continuación del embarazo.

La cuestión del fundamento de la despenalización de la indicación que nos ha ocupado no es académica, sino que afecta a la argumentación de todos los supuestos y sistemas de despenalización, ya que sitúa el problema en el plano que, a mi entender, es más seguro: el del conflicto entre bienes jurídicos y sus técnicas de solución legislativa. La caracterización del conflicto como una colisión entre el bien jurídico vida en formación y el derecho de la mujer a la salud permite situar coherentemente dentro del ordenamiento a las consecuencias jurídicas de que el legislador ha dotado a la indicación: impunidad también para el médico que realiza la intervención abortiva, consecuencia coherente tan sólo con un juicio de justificación de la lesión del bien jurídico y no de exigibilidad, puramente exculpante, que liberaría de pena únicamente a la persona que se encuentra en tal situación: la mujer²⁵.

A su vez, configurando el conflicto como se ha propuesto, como hipótesis de justificación, se excluye la subsistencia de la antijuricidad

²⁵ En relación a este argumento sistemático, véase Cerezo, en Barbero y otros, *La reforma penal*, Madrid, 1982, pág. 28.

de la lesión del bien jurídico vida en formación y queda abierto el paso a otras consecuencias jurídicas propias de los actos lícitos, no antijurídicos, como es el caso de la cobertura de la intervención por los diversos sistemas de aseguramiento frente a la enfermedad, públicos y privados, que quedarían excluidos si la interrupción del embarazo fuese meramente una conducta exculpada en vez de una conducta justificada.

Por último, situar la cuestión del fundamento de la indicación en el plano del conflicto de bienes jurídicos permite continuar la discusión del problema general de la despenalización del aborto sobre una base también general y coherente para la argumentación jurídica, como he pretendido desarrollar en mi *Prohibición del aborto y Constitución*²⁶.

²⁶ En RFDUC, núm. monogr. 3, 1980, págs. 195 y sigs., y también en *La despenalización del aborto*, ed. de S. Mir, Barcelona, 1983, págs. 55 y sigs.