

LAS «DISFUNCIONES» INTRODUCIDAS POR EL SISTEMA DE INDICACIONES EN LA PROTECCIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD EN LA FASE PRENATAL: UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE ABORTO Y DE LESIONES AL FETO A PARTIR DE LA PROVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONFLICTO¹

JULIA ROPERO CARRASCO

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario:

I. Planteamiento de problemas. El artículo 417 bis del Código penal, el delito de lesiones al feto y la trascendencia de la provocación «culpable» de alguna de las indicaciones. II. Las propuestas de la doctrina. III. ¿Contiene el 417 bis «estados de necesidad específicos» o «causas de atipicidad»? IV. La trascendencia de la responsabilidad por el peligro en la solución de los conflictos de intereses. V. Aplicabilidad de la solución de la «actio illicita in causa». VI. La provocación de la indicación «eugenésica» y el delito de lesiones al feto. VII. Conclusiones.

¹ Este trabajo representa el desarrollo de algunas de las cuestiones que propuse en mi ponencia «Algunos problemas de fundamentación del sistema de indicaciones en el delito de aborto», impartida en las VIII Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Nacional de Educación a

I. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS. EL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL, EL DELITO DE LESIONES AL FETO Y LA TRASCENDENCIA DE LA PROVOCACIÓN «CULPABLE» DE ALGUNA DE LAS INDICACIONES

Al parecer, al menos así lo relata LUZÓN PEÑA², durante un juicio celebrado en la Audiencia Provincial de Navarra, en el año 1987, se suscitó, en un caso de aborto realizado al amparo del artículo 417 bis del Código penal, la cuestión de la trascendencia de la provocación «culpable» (con dolo o imprudencia) de la indicación eugenésica, que, como es sabido, constituye uno de los supuestos excepcionales que permite el aborto, cuando «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»³. Según se desprende de lo indicado por LUZÓN, en el momento de la vista la acusación pretendió la inaplicación del artículo 417 bis por estimar que la propia embarazada había provocado intencionadamente el riesgo de malformaciones en el feto, al someterse a radiaciones con el propósito de causar una situación de necesidad que le permitiera abortar impunemente. A pesar de que he indagado en la Audiencia de Navarra sobre este caso, no he encontrado una sentencia que recoja este problema, por lo que cabe imaginar que la tesis sostenida por la acusación no fue tenida en cuenta en la decisión judicial. Tampoco parece haber en nuestra jurisprudencia una sola sentencia en la que se enjuicie la conducta de una mujer (o de un tercero), que haya provocado de manera «culpable» las situaciones de conflicto contenidas en las distintas indicaciones del artículo 417 bis.

Distancia, del 27 al 29 de abril de 2004. He preferido centrar mi atención, como sugiere el título, en las dificultades que el sistema de indicaciones introduce cuando se toma en consideración el sistema de protección de la salud prenatal en conjunto, lo que requiere una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto. Precisamente, la posibilidad de la provocación de las indicaciones introduce distintas vías de reflexión al respecto, que son las atendidas en el texto. He optado por apartar de este análisis, por obvias razones de concreción, las reflexiones político criminales sobre la oportunidad del sistema de indicaciones, que sí apunté en la ponencia.

² Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», *Cuadernos de Política Criminal*, 1988, p. 648.

³ El Código penal de 1995 declara en su disposición derogatoria la vigencia del artículo 417 bis del Código de 1973, precepto que completa el sentido del tipo del artículo 145, en el que se castiga el aborto consentido (incluyendo las conductas del tercero que lo practica — en el número 1 —, así como las de la mujer que lo consiente o que por sí misma lo causa — número 2—). De este modo, el aborto consentido es impune en una serie de supuestos excepcionales contemplados en la ley (peligro para la vida o la salud de la mujer — indicación terapéutica—; embarazo consecuencia de la violación —indicación criminológica—; riesgo de malformaciones en el feto — indicación eugenésica—).

Claro que esto no es desconcertante. Habida cuenta que tras la entrada en vigor de la LO 9 / 1985, de 5 de julio (que introdujo el sistema limitado de indicaciones en el aborto), la mayoría de los abortos «legales» en España se practican en clínicas privadas, supuestamente al amparo de la indicación terapéutica en consideración del grave riesgo para la salud psíquica de la mujer (lo que representa una aplicación «encubierta» de una indicación socio económica o directamente del sistema del plazo), es lógico pensar que la mujer que quiere interrumpir su embarazo al amparo de la ley no recurre a provocaciones artificiosas de complejas situaciones de conflicto, sino que acude a una clínica privada en el plazo legalmente previsto, e interrumpe la gestación⁴. Así las cosas, no parece muy creíble que puedan tener lugar en la práctica supuestos en los que, presentado un embarazo, la mujer (o un tercero) provoque la situación de conflicto: por ejemplo, que se exponga a cualesquiera maniobras al objeto de crear un riesgo para su propia vida o un riesgo grave para su salud, o que se someta a radiaciones o se exponga al contagio de la rubéola (ejemplos ofrecidos por la doctrina para explicar estos problemas), todo ello con el propósito de que se genere la situación de conflicto contemplada en las indicaciones. Resulta innecesario invocar estudios sociológicos para poner de manifiesto que si una mujer

⁴ La despenalización parcial del aborto ha sido llevada a cabo en la mayoría de los países de nuestro entorno a través de dos sistemas: el de indicaciones y el del plazo. El sistema de las indicaciones permite la realización del aborto en una serie de supuestos: además de las ya explicadas indicaciones terapéutica, eugenésica y criminológica, los Ordenamientos que han optado por este sistema incorporan una indicación mal llamada «socioeconómica», que en la práctica lo que pretende es tener en cuenta las especiales dificultades que el embarazo no deseado y la maternidad plantean en el proyecto vital de la mujer, atendiendo sus circunstancias personales y sociales, y que a fin de cuentas está contemplando los intereses de la mujer en el libre desarrollo de la personalidad (y no aspectos de carácter económico). Además de estas dificultades, algunos países han atendido a la concurrencia de un estado psicológico de «angustia», para cuya apreciación, sin embargo, no se exige la comprobación de un riesgo para la salud mental. El sistema del plazo adopta como punto de partida la consideración de que en la primera fase de la gestación, durante el llamado período embrionario, la prevalencia de los derechos fundamentales de la mujer permite la realización del aborto sin necesidad de una situación conflictiva especial, adicional a la que todo embarazo no deseado conlleva (en este sistema, se suele exigir un apoyo social y un asesoramiento a la mujer, con el fin de que la decisión sea tomada con la mayor libertad posible y con el mayor respeto también posible a la vida embrionaria en desarrollo). En España está en vigor uno de los sistemas más rígidos en la punición del aborto, al contemplar sólo una serie de supuestos despenalizadores que resultan absolutamente excepcionales, por lo que en rigor sólo podemos hablar de un sistema restringido de indicaciones. Como es sabido, la realidad, sin embargo, presenta una práctica «legal» del aborto más allá de esos casos. Por supuesto, esta situación no me parece la óptima, pero no porque abogue por un sistema todavía más restrictivo, sino porque considero necesaria una nueva ley de despenalización que responda de manera más efectiva a la situación real, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el ejercicio de los derechos de la mujer y la protección del «nasciturus».

quiere interrumpir su embarazo, en el ejercicio de sus derechos a la libertad y a la intimidad, busca realizarlo de la manera más digna posible, a fin de superar cuanto antes una situación cuando menos traumática, y no lleva a cabo actuaciones que sólo contribuyen al aumento de su angustia.

Si tomamos en consideración la escasa trascendencia práctica del problema de la provocación «culpable» de las indicaciones, realmente cabe pensar que el análisis que a continuación se propone carece de interés, incluso en el plano teórico. Sin embargo, entiendo que esto no es así. Como algunos autores ya han señalado⁵, la posibilidad de que las distintas situaciones contenidas en las indicaciones del artículo 417 bis puedan ser causadas dolosa o imprudentemente por la propia mujer (o por un tercero) abre distintas vías de reflexión que requieren una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto, la cual ha de indagar en los criterios axiológicos que se encuentran en el susttrato de la tipificación de estos delitos y contribuir a la superación de las posibles contradicciones entre los mismos.

1. *¿Influye la provocación en la aplicabilidad del artículo 417 bis?*

El primer grupo de problemas que se plantea en esta investigación se refiere a la posibilidad de que la provocación afecte de algún modo a la aplicación del artículo 417 bis. Tomando como ejemplo el hipotético caso antes expuesto, en el que una mujer, ante un embarazo no deseado, se somete a radiaciones precisamente con la intención de que se genere el riesgo de malformaciones en el feto y así poder abortar al amparo de la llamada «indicación eugenésica», cabe preguntarse si esa provocación afecta de algún modo a la exención de responsabilidad que permite el mencionado precepto. Si nos ceñimos a lo dispuesto en la ley, parece que la respuesta ha de ser negativa: pues el artículo 417 bis no indica nada sobre la trascendencia de la provocación, por lo que cabe entender, *a contrario sensu*, que el propósito de la ley es el de negar relevancia a la provocación de la situación.

Sin embargo, la respuesta no es tan fácil, ya que, por un lado, si el 417 bis representa, como sostienen algunos autores⁶, una especie del estado de necesidad regulado en el artículo 20.5.º del Código penal, y se admite entre ambos preceptos dicha relación de especialidad, habrá que

⁵ Véase la doctrina citada *infra*, en el siguiente epígrafe.

⁶ Esta doctrina es revisada en el siguiente epígrafe.

determinar si de ello se deriva la aplicación de los requisitos de la regla general, el estado de necesidad recogido en el artículo 20.5º, a la norma específica, el 417 bis. De este modo, en la medida en que el artículo 20.5º hace depender la exención (al menos de forma completa⁷) de la ausencia de provocación intencionada de la situación, también cabría cuestionar si esta exigencia ha de ser trasladada al artículo 417 bis. Bajo esta hipótesis, la provocación de la situación de conflicto impediría la apreciación de la indicación y determinaría la responsabilidad por el aborto, en aplicación del artículo 145 del Código penal (si se entiende que el requisito no es esencial, cabría atenuación de la pena).

Por otra parte, en el caso de que se rechace la mencionada relación de especialidad, todavía cabe defender que en el sustrato de las indicaciones se encuentra una situación de conflicto de intereses, y que como tal ha de ser resuelta, siguiendo una suerte de «principios generales de interpretación de las colisiones de intereses», supuestamente derivados de otros valores superiores del Ordenamiento jurídico. Desde esta interpretación, se suscita la cuestión de si el origen del conflicto o la «culpa» o «responsabilidad» en la creación del peligro representan factores que, al margen de la previsión legal, han de ser tenidos en cuenta en la ponderación de intereses que resuelve la colisión, por lo que nuevamente habría que precisar el alcance de la provocación. Es decir, si se admite la vigencia de determinados principios generales para la resolución de las «situaciones de necesidad», también es posible que en el caso concreto se haga depender la aplicación de la exención de la ausencia de responsabilidad en la causación del peligro: bajo este punto de vista, si la mujer (o un tercero) generan el riesgo de las malformaciones, entonces no podrían invocar la aplicación del 417 bis.

⁷ El artículo 21.1º del Código penal permite una atenuación privilegiada (en consideración a lo dispuesto en el artículo 68), cuando concurre de manera «incompleta» alguna de las circunstancias eximentes recogidas en el artículo 20, entre ellas el estado de necesidad. Concretamente, dicho artículo 21.1º se refiere expresamente a la posibilidad de que no se presenten «todos los requisitos necesarios» para la exención. Esta disposición ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia en un sentido restrictivo, pues parece ser opinión unánime la de que sólo cabrá esta atenuación cuando el requisito o los requisitos que falten sean «inesenciales». De este modo, se suscita la necesidad de interpretar qué requisitos pueden ser considerados «inesenciales» (cuya ausencia impediría la exención pero permitiría la atenuación) y cuáles son «esenciales» (cuya falta cerraría el paso a la atenuación). En mi opinión, el requisito de ausencia de provocación intencionada del artículo 20.5º es de carácter inessential, ya que la concurrencia de la provocación no afecta a la existencia de la situación de conflicto, que en cualquier caso se produce cuando para conjurar un peligro es necesario lesionar un bien jurídico ajeno, con independencia de que el peligro haya sido creado por el sujeto. Por ello, en los casos de provocación intencionada no podrá ser aplicada la eximente, pero cabrá la atenuación (si concurre una auténtica situación de necesidad).

Por último, en el caso de que se estime que, a pesar de la provocación, la acción realizada al amparo de lo establecido en el 417 bis (que resuelve la situación de conflicto recogida en la indicación respetando los requisitos legalmente previstos), es de todos modos una acción legítima, la teoría de la *actio illicita in causa* sugiere la posibilidad de imputar el resultado final (muerte del feto, es decir, aborto), al momento precedente en que dolosa o imprudentemente se genera la situación de conflicto⁸. De esta manera, se establece una fórmula de imputación que responsabiliza a la mujer (o al tercero) por un delito de aborto (del artículo 145 del Código penal), conectando el resultado al momento de la provocación, con independencia de la valoración jurídica que merezca la fase en la que se produce el aborto.

2. ¿Cabe el castigo por las lesiones al feto?

El segundo grupo de problemas aparece cuando se introduce en la valoración jurídica la acción consistente en producir lesiones en el feto. Porque en el caso con el que estamos trabajando, la mujer o el tercero provocan la indicación eugenésica causando precisamente lesiones al embrión o al feto, lo que nos lleva a plantear la posibilidad de que también quepa una responsabilidad por este resultado. La solución no es nada fácil por las siguientes razones: si se castiga por el aborto, la consunción de las lesiones (que parecería la solución indicada en aplicación de un concurso de leyes) no está del todo explicada, ya que el delito de lesiones al feto tiene una pena superior a la prevista para el aborto realizado con el consentimiento de la mujer, lo que dificulta la mencionada consunción; por otra parte, si se entiende que, a pesar de la provocación, la causación del aborto bajo la indicación es legítima, entonces el castigo por las lesiones al feto, que parece inevitable, resulta más gravoso que el que correspondería al aborto, lo que en principio resulta paradójico, pues viene a significar que para el Ordenamiento es más gra-

⁸ Como más adelante se explica con mayor detenimiento, la teoría de la «actio illicita in causa» representa una exportación de las soluciones de la «actio libera in causa» al campo de las causas de justificación. Con su formulación en Alemania por autores como Lenckner, Baumann, Bertel o Küper, entre otros, se pretende resolver en un primer momento los supuestos de provocación de la legítima defensa, trasladándose después sus conclusiones al campo del estado de necesidad. Esta teoría, que es acogida por un importante sector de la doctrina española, propone la posibilidad de imputar el resultado a la provocación precedente, a pesar de que la acción de defensa o la acción necesaria se siga considerando una conducta legítima (sobre el origen de esta teoría, su desarrollo posterior y sus problemas de aplicación, véase LUZÓN PEÑA, «Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación», *Anuario de Derecho Penal y de las Ciencias Penales —ADPCP—*, 1994, pp. 61 – 86; también mi monografía *La provocación del estado de necesidad*, Granada, 2002, Comares, pp. 338 y ss.).

ve la causación de las lesiones que la de la muerte. En definitiva, el problema de la provocación de las indicaciones genera la necesidad de construir una correcta interpretación sistemática de los delitos de aborto y lesiones al feto, que indague en las supuestas paradojas penológicas y en las decisiones axiológicas que sustentan la configuración de estos delitos.

En la exposición que sigue, tras la revisión de algunas de las interpretaciones ofrecidas desde la doctrina, se ofrece una propuesta de solución a cada una de estas cuestiones.

II. LAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA

Hasta hace muy poco, era opinión mayoritaria en nuestra doctrina la de que la provocación carece de relevancia en la aplicabilidad del artículo 417 bis⁹. A favor de esta postura se ha argumentado fundamentalmente que el artículo 417 bis no se refiere en ningún momento a la provocación. Otros autores han insistido en la escasa relevancia práctica de esta cuestión¹⁰. Sin embargo, en principio parece que desde un punto de vista político criminal puede resultar inadecuado conceder el

⁹ En este sentido, cfr. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976, Bosch, p. 62, nota 30 (refiriéndose, no obstante, a la provocación de la indicación terapéutica); HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, p. 78; TALÓN MARTÍNEZ, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 89; GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, Aranzadi, pp. 128 – 129. Refiriéndose concretamente a la indicación eugenésica, CUERDA RIEZU señala que «es indiferente que la disminución física o psíquica haya sido provocada por la madre» (cfr. «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal», *Documentación jurídica*, núm. 37 – 40, 1983, p. 380). Por su parte CUERDA ARNAU señala (en su comentario sobre la STS de 1 —XII— 1990 que permite la aplicación de la eximente de estado de necesidad a un supuesto de aborto por razones socio – económicas) que «cuál sea la causa que dé origen a una colisión de intereses no es algo que pueda afectar a la existencia o inexistencia de la misma» (cfr. «Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1990», *Poder Judicial*, 1991, p. 221). Concretamente, Cuerta Arnau se expresa del modo indicado cuando pretende afirmar la presencia de un auténtico conflicto de intereses en el caso de un embarazo no deseado, en la medida en que los intereses del «nasciturus» entran en colisión con el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, con independencia de cuál sea la causa origen del conflicto.

¹⁰ La dudosa trascendencia práctica de la provocación «intencionada» del aborto terapéutico ha sido destacada por Huerta Tocildo, que entiende que «sería absurdo pensar» que la mujer, en el momento del acto sexual, buscara la producción de un peligro para su vida o para su salud (cfr. HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte*, 1977, p. 78). También García Vitoria alude expresamente a las dificultades existentes para imaginar supuestos de provocación intencionada de las situaciones contenidas en las indicaciones (cfr. *El tipo básico de aborto*, 1981, pp. 128 – 129). En un trabajo posterior,

mismo tratamiento a aquellos casos en los que la situación de conflicto se genera de manera natural (en el transcurso normal de la gestación surge el riesgo de graves taras físicas o psíquicas) que a aquellos en los que de forma intencionada o imprudente, la propia mujer o un tercero crean la situación.

Es posible que esta percepción explique que en la doctrina más reciente haya aumentado el número de partidarios de la solución de la responsabilidad por la provocación¹¹. Ahora bien, tampoco existe una clara uniformidad entre los argumentos aducidos por estos autores. En lo que sí parece haber acuerdo es en la percepción político criminal y de justicia material de que la provocación de la indicación no puede ser un acontecimiento irrelevante para el Derecho. Igualmente se aprecia un cierto acuerdo en la consideración de que, al margen de la relación existente entre el artículo 417 bis y el artículo 20.5.º, los requisitos de este último precepto, como hipotética norma general, no pueden ser trasladados a los supuestos contemplados en la primera disposición mencionada (el artículo 417 bis, como supuesta norma «especial»)¹². En consecuencia, la relevancia de la provocación no se hace derivar de una disposición legal expresa, ya que ni el artículo 417 bis lo contempla, ni parece que mayoritariamente se

HUERTA TOCILDO se refiere a la provocación de la indicación eugenésica insistiendo en la escasa probabilidad de que la embarazada provoque intencionadamente lesiones al feto, optando, en todo caso, por la impunidad, al defender la inaplicación del delito de lesiones al feto a la gestante (cfr. HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, Aranzadi, p. 1433).

¹¹ En este sentido, cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, Bosch, pp. 209 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 321; LATORRE LATORRE, «Lesiones al feto», en *Mujer y Derecho penal*, Valencia, 1995, Tirant lo blanch, p. 201; MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 200 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003, p. 246; PÉREZ MANZANO, en (dtor.) Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal PE*, vol. I, Madrid, 2003, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 453.

¹² A pesar de que la mayoría de la doctrina española aprecia la conexión existente entre las indicaciones del artículo 417 bis y la exigente genérica de estado de necesidad recogida en el artículo 20.5.º, no existe acuerdo a la hora de concretar la relación concursal entre estos preceptos. Algunos autores invocan una cierta relación de «especialidad», pero discrepan con respecto a las consecuencias de la misma. Díez Ripollés parece admitir que la especialidad del 417 bis implica que en las situaciones de aborto haya que comprobar, además de los requisitos de la norma especial (el mencionado 417 bis), las exigencias del artículo 20.5.º (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis», *Comentarios a la legislación penal*, t. IX, Madrid, 1989, p. 243), opinión que con ciertas restricciones también comparte LAURENZO COPELLO (cfr. *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss.). Sin embargo, ROMEO CASABONA sólo admite una

admira que quepa trasladar a este precepto los requisitos del estado de necesidad genérico del 20.5.º, que sí que exige que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Para mantener la responsabilidad por el aborto en el caso de provocación, a pesar de que expresamente las normas penales no contemplan esta posibilidad, se han utilizado dos vías:

1) Por un lado, algunos autores invocan una suerte de principio general según el cual la responsabilidad por el peligro ha de repercutir necesariamente en la valoración de la acción que «resuelve» el conflicto, negándose, a continuación, la impunidad del aborto. En el caso del que hemos partido, la provocación intencionada por parte de la mujer de las taras en el feto determinaría la punibilidad del aborto realizado al «amparo» de la indicación eugenésica. En esta dirección, LAURENZO COPELLO señala que «el silencio de la ley no es argumento suficiente para dejar impune el aborto intencionalmente provocado, como no lo sería tampoco para excluir la pena por estado de necesidad si este requisito no estuviera contemplado en el artículo 8.7»¹³. Según LAURENZO, la ausencia de provocación intencionada constituiría un «requisito implícito en las indicaciones», porque «el Derecho no puede favorecer a quien voluntariamente provoca una situación que hace necesaria la lesión de un bien jurídico ajeno»¹⁴. En sentido similar, PÉREZ MANZANO afirma la responsabilidad de la gestante que hubiera provocado la situación de la indicación, «pues no puede quedar amparado por una causa de exclusión de la responsabilidad quien provoca dolosamente la situación que habilita a la aplicación de la misma»¹⁵.

Mención especial, dentro de esta tendencia, merece la solución ofrecida por MOLINA FERNÁNDEZ. Según este autor, tanto el artículo 417 bis, que regula el sistema de indicaciones, como el 20.5.º, que recoge el estado de necesidad genérico, forman parte de un sistema de causas de justificación que se encuentran inmersas en una «estructura piramidal» en cuya cúspide, por otra parte, se encuentra el principio de la ponde-

relación de especialidad «funcional» en el caso de la indicación terapéutica, a la vez que niega la posibilidad de trasladar los requisitos de la eximente genérica a las indicaciones (cfr. *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 320 y ss.) En el texto se revisa más ampliamente la opinión de Molina Fernández, que explica la relación entre el artículo 20.5.º y el 417 bis dentro de un sistema general de causas de justificación.

¹³ Cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 209 – 210.

¹⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, p. 210.

¹⁵ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio PE*, 2003, p. 453. También Latorre Latorre considera que la mujer que causa dolosamente las lesiones al feto no puede «alegar después la indicación», por lo que será castigada por el aborto (cfr. LATORRE LATORRE, «Lesiones al feto», p. 201).

ración de intereses, como «principio básico» que expresa «la propia esencia de la justificación»¹⁶. En este sistema, siguiendo la propuesta de MOLINA, se diferencian tres niveles: en el primer nivel se situaría una disposición general, como expresión de la idea de justificación; en el segundo nivel, estarían las causas de justificación genéricas que cumplen la función de solucionar «conflictos – tipo» con capacidad de afectar a cualquier bien jurídico; en el tercer nivel se encuentran, según MOLINA, las causas de justificación específicas, como el artículo 417 bis, precepto que en opinión de este autor concreta las reglas del primer nivel, especificando una ponderación legal entre la vida del «nasciturus» y los intereses de la gestante¹⁷. En este sistema, MOLINA soluciona los supuestos de concurso entre reglas justificantes tomando como punto de partida la diferenciación entre la concurrencia «horizontal» (que en su opinión tiene lugar entre disposiciones que se encuentran el mismo nivel) y la «vertical» (entre reglas de diferente nivel). Esta última clase de concurrencia es la que en opinión de MOLINA tiene lugar entre el estado de necesidad genérico y las indicaciones en el delito de aborto, y tiene como principal repercusión el efecto oclusivo de la ley especial sobre la general, en tanto en cuanto la regla concreta es necesaria en temas complejos en los que no es fácil una solución inequívoca, y en los que la decisión explícita del legislador se impone ante discrepancias de fondo sobre la resolución del conflicto¹⁸. Por otra parte, la concurrencia vertical permite que los principios generales de justificación puedan servir para interpretar las disposiciones inferiores¹⁹. Con relación al problema de la provocación, la tesis de MOLINA parece ser la siguiente. Por un lado, el efecto oclusivo de la ley especial impide recurrir a la ley general, por lo que en la resolución de los conflictos regulados expresamente en el artículo 417 bis, como es el caso de la situación descrita en la indicación eugenésica, no cabe invocar lo estipulado en la norma que regula el estado de necesidad genérico. Teniendo en cuenta esta primera aseveración de MOLINA cabe interpretar que este autor comparte la opinión de que no es posible trasladar el requisito de

¹⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», pp. 200 y ss.

¹⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», pp. 229 y ss. Molina cree que las causas de justificación específicas resuelven concretos conflictos de intereses, señalando expresamente cuál es el interés prevalente, tanto a través de la concreción de reglas de «primer nivel» (como cree que ocurre con el 417 bis), como de «segundo nivel» (como cree que hace el artículo 20.4, 1, cuando especifica el régimen particular de la defensa legítima en el caso de agresión a la morada o a los bienes). Además, Molina añade un cuarto espacio en el que incluye «el resto de disposiciones del ordenamiento jurídico», desde principios constitucionales a reglas concretas, para proporcionar al intérprete material suficiente para decidir sobre la justificación.

¹⁸ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», p. 233.

¹⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, como en nota anterior, pp. 232 – 237.

ausencia de provocación intencionada a los supuestos contemplados en las indicaciones²⁰. Por otro lado, sin embargo, este autor considera que en los casos de concurrencia vertical (entre reglas justificantes de distinto nivel, según su esquema), los «principios generales de justificación» que se recogen en el primer nivel tienen validez general y deben servir en la interpretación de las disposiciones inferiores²¹. Teniendo en cuenta que MOLINA cree que la provocación dolosa o imprudente de las situaciones de necesidad son factores que afectan al principio general de justificación²², también cabe interpretar que, en la aplicación del sistema propuesto por este autor, la provocación de la situación contenida en las indicaciones representa un factor a tener en cuenta en la interpretación del artículo 417 bis. No obstante, es preciso advertir que MOLINA no ha establecido expresamente esta relación. Sobre todo ello, volveremos en los siguientes epígrafes.

2) La segunda vía que se ha utilizado para negar la impunidad en los casos de provocación es la ofrecida por la teoría de la «actio illicita in causa» (a.i.i.c.). Como ya se ha señalado, la teoría de la a.i.i.c. defiende la imputación del resultado a la provocación precedente, cuando esta conducta representa la creación de una situación de conflicto de intereses que se resuelve con la lesión de un bien protegido por el Derecho. Algunos autores han creído que en el caso de provocación de la indicación eugenésica, se reproduce una situación similar a los supuestos que tradicionalmente son resueltos por un sector de la doctrina con la figura de la a.i.i.c. Como se ha señalado, estos casos tienen la siguiente estructura: en un momento precedente el sujeto provoca dolosa o imprudentemente (es decir, de forma «culpable»), una situación de conflicto en la que se ve compelido a lesionar un bien jurídico ajeno. La teoría de la a.i.i.c. sostiene que, a pesar de que se considere legítima la acción que resuelve el conflicto, la responsabilidad por el resultado ha de ser finalmente afirmada, a través de la imputación a la conducta previa.

²⁰ Según MOLINA FERNÁNDEZ, «el 417 bis es la regulación expresa de un conflicto de intereses especialmente difícil (...) Si la regla genérica del estado de necesidad no puede resolver el problema es porque la valoración jurídica del hecho es incierta. Pero una vez que el legislador ha fijado en el artículo 417 bis una solución conciliadora, nos guste o no, aceptarla y reconocer el efecto oclusivo que tiene sobre la disposición general del art. 20.5 CP resulta forzado» (cfr. *op.cit.*, pp. 253 – 254).

²¹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 236 – 237.

²² Como se ha señalado, MOLINA FERNÁNDEZ defiende de *lege ferenda* la introducción de una «cláusula general» que represente la expresión de un «principio general de justificación». En su opinión, esta cláusula desempeñaría la función de establecer los criterios generales que han de servir a la determinación del interés preponderante entre los que se hallan en colisión, y, precisamente, considera que la provocación dolosa o imprudente es uno de los factores a tener en cuenta en dicha ponderación.

Con relación a la provocación de las indicaciones, DÍEZ RIPOLLÉS defiende el castigo del aborto invocando, precisamente, la teoría de la a.i.i.c., cuando la provocación se realiza con dolo directo o dolo eventual (en el caso de provocación imprudente, este autor cree que la provocación no tiene relevancia): la provocación, considera DÍEZ RIPOLLÉS, impide la justificación de las prácticas abortivas. También PEÑARANDA RAMOS cree que en los casos de provocación de la indicación eugenésica estamos ante supuestos que responden a la estructura de la a.i.i.c., por lo que mantiene el castigo por el aborto que sigue a la situación de conflicto, argumentando que «el art. 417 bis no ampara el abuso del Derecho»²³. En sentido similar, ROMEO CASABONA defiende la responsabilidad por aborto en los casos de provocación invocando la teoría de la a.i.i.c., pues considera que la lesión del concebido resulta contraria a la protección que el Ordenamiento jurídico le dispensa²⁴.

A pesar de encontrarnos en un apartado de mera exposición de las diversas soluciones doctrinales, que después serán sometidas a crítica, considero oportuno hacer un alto y plantear desde este momento una reflexión personal en torno a los problemas de utilización de la a.i.i.c. en este ámbito. Como más adelante se explicará más detenidamente, las soluciones que invocan la teoría de la a.i.i.c. pueden estar condicionadas, a mi modo de ver, por una extendida confusión en torno a esta construcción. En mi opinión, lo que esta teoría defiende es la diferenciación de dos momentos en el comportamiento del sujeto. De modo similar a lo que ocurre en la construcción de la «*actio libera in causa*», los supuestos tradicionalmente afrontados por la solución de la a.i.i.c. (provocación de la legítima defensa y del estado de necesidad) tienen la siguiente estructura: en un momento previo («*actio praecedens*»), en el que concurren con normalidad las condiciones que permiten la imputación, un sujeto genera una situación de colisión de intereses, por lo que en un segundo momento lleva a cabo una acción en la que, al amparo de la causa de justificación, lesiona intereses jurídicos ajenos. En este segundo momento, según la terminología empleada por JOSHI JUBERT, estamos ante una «situación defectuosa», en la que falta un requisito

²³ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas...», p. 246.

²⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética*, p. 321. Es preciso tener en cuenta que esta posición de Romeo es mantenida con anterioridad al Código penal de 1995, cuando todavía no existía una tipificación expresa del delito de lesiones al feto. Teniendo en cuenta que el autor insiste en que la «lesión de la integridad del concebido es penalmente atípica» pero que «no por ello deja de ser contraria a la protección que el ordenamiento jurídico le otorga», cabe pensar que Romeo está acudiendo al castigo por aborto fundamentalmente para cubrir un vacío que vendría propiciado por la imposibilidad de castigar por las lesiones. En la medida en que esta situación ha cambiado, se suscita la duda de si para este autor sigue siendo necesario el recurso a la «*actio illicita in causa*» o es suficiente con el castigo por la lesiones dolosas al feto.

necesario para la imputación penal, ya que la acción necesaria (conducta «in actu»), no representa un comportamiento antijurídico²⁵. En definitiva, la solución de la a.i.i.c. adopta como presupuesto la legitimidad de la acción cubierta por la causa de justificación, ya que es precisamente la imposibilidad de imputar el resultado a una acción legítima la que obliga a recurrir a la acción precedente, es decir, a la provocación, para fundamentar la imputación del resultado²⁶.

En el estado de necesidad provocado, la diferenciación apuntada se ve con mayor claridad en una constelación de casos en los que la provocación tiene especial trascendencia práctica: la provocación imprudente de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico. Por utilizar un caso tipo, supongamos un sujeto que causa de manera imprudente (por ejemplo, mediante un adelantamiento inadecuado) una situación de conflicto para los bienes propios o de terceros que sólo puede ser resuelta con la lesión de bienes ajenos (como el adelantamiento se produce en el momento en que otro vehículo se aproxima en dirección contraria, el sujeto, para evitar el choque frontal con el mismo y ante el riesgo para su propia vida, ha de girar bruscamente hacia el arcén situado en el lado izquierdo de la calzada, atropellando y causando lesiones graves a un peatón que por el mismo circulaba). Estos casos suscitan dos tipos de cuestiones que han de ser nítidamente diferenciadas. De un lado, la de si, admitida una auténtica situación de colisión de intereses

²⁵ JOSHI JUBERT es autora del hasta ahora más amplio estudio en España sobre la doctrina de la «actio libera in causa» (véase *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona, 1992, Bosch, 443 pp.). Joshi parece adoptar la tesis de Maurach que permite una utilización amplia de la teoría de la «actio libera in causa» para todos aquellos casos en los que el sujeto provoca la ausencia de alguno de los presupuestos necesarios para la imputación penal (cfr. MAURACH, «Fragen der «actio libera in causa», *Juristische Schulung*, 1961, pp. 373 – 382). De esta manera, JOSHI cree que la solución de la a.i.i.c. representa la aplicación de la teoría de la «actio libera in causa» en el campo de las causas de justificación, y que a.i.i.c. o a.l.i.c. se refieren a situaciones en las que la lesión del bien jurídico se produce en un estado defectuoso, por cuanto en la conducta «in actu» (la que inmediatamente lesiona el bien jurídico) falta algún requisito necesario para la imputación y la declaración de responsabilidad por el resultado, mientras que en un momento anterior («actio praecedens»), el sujeto ha provocado, de forma imputable, la situación defectuosa y el desenlace de la misma (cfr. JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, pp. 83 y ss.).

²⁶ En este sentido, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos a motor en el Derecho penal español», en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Valencia, 1975, Universidad de Valencia, pp. 127 y ss.; KÜPER, *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur «actio illicita in causa»*, Berlin, 1983, Duncker & Humblot, pp. 36 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación», ADPCP, 1994, pp. 62 y ss.; también esta diferenciación en mi monografía *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, 2002, pp. 392 y ss.

(presupuesto del estado de necesidad), la provocación precedente influye en la legitimidad de la acción de necesidad que resuelve el conflicto, de tal modo que haya que concluir en el rechazo de la exención por estado de necesidad. De otro, la de sí, aceptada la justificación de la acción necesaria a pesar de la provocación, cabe la responsabilidad por el resultado, a través de la imputación del mismo a la provocación inicial (en el ejemplo, imputando las lesiones de los peatones a la imprudencia cometida al realizar el adelantamiento)²⁷. La confusión de estos dos grupos de problemas (por un lado, la repercusión de la provocación en la valoración de la acción necesaria y, por otro, la posibilidad de imputar el resultado a la provocación inicial), y, por tanto, la falta de distinción entre dos conductas (la provocación y la acción de necesidad) de significado diverso, está en la base de algunas decisiones jurisprudenciales, justamente criticadas en la doctrina²⁸, por cuanto arrojan resultados insostenibles tanto desde un punto de vista dogmático como desde una perspectiva de política criminal. El ejemplo apuntado puede ayudar a comprender estos problemas. Así, en primer lugar, si se considera que la provocación imprudente afecta ya a la legitimidad de la acción necesaria, entonces la responsabilidad del sujeto habrá de construirse en torno a esta conducta y a sus circunstancias. Si en el momento en que emprende la acción necesaria y lesiona al peatón, el sujeto actúa con dolo, entonces la responsabilidad ha de ser construida sobre la base de un delito doloso. Sin embargo, si se considera que la provocación no influye en la valoración de la acción de necesidad, pero representa la creación antijurídica del riesgo de producción de un resultado que en todo caso el Derecho está interesado en evitar (como considera la teoría de la a.i.i.c.), entonces la conducta que se ha de tomar como punto de partida para la imputación del resultado es la provocación, y si en ese momento sólo concurre imprudencia, entonces la responsabilidad se estructura sobre un delito imprudente. En segundo lugar, la posible

²⁷ Con relación a la provocación de situaciones de conflicto en el tráfico automovilístico, veáanse las siguientes sentencias del TS: 8 de noviembre de 1951 (A. 2228); 13 de diciembre de 1951 (A. 2476); 11 de diciembre de 1952 (A. 2624); 24 de septiembre de 1953 (A. 2258); 21 de enero de 1954 (A. 30); 23 de junio de 1955 (A. 1848); 14 de diciembre de 1956 (A. 3731); 28 de octubre de 1957 (A. 2422); 30 de octubre de 1957 (A. 2706); 24 de octubre de 1958 (A. 3047); 18 de abril de 1959 (A. 1338); 1 de diciembre de 1959 (A. 4633); 30 de enero de 1960 (A. 244); 1 de febrero de 1960 (A. 251); 2 de julio de 1960 (A. 2551); 17 de octubre de 1960 (A. 3057); 15 de abril de 1962 (A. 1828); 10 de octubre de 1964 (A. 4255); 4 de mayo de 1965 (A. 2050); 26 de enero de 1968 (A. 643); 27 de marzo de 1969 (A. 1727); 15 de junio de 1971 (A. 2877); 27 de junio de 1973 (A. 2915); 29 de octubre de 1976 (A. 4365); 16 de diciembre de 1980 (A. 4942); 14 de diciembre de 1983 (A. 6560).

²⁸ Especialmente claro al respecto GIMBERNAT, cfr. «Dos aspectos de la imprudencia...», 1975, pp. 127 y ss. Excepcionalmente, también aprecia esta diferenciación la STS de 15 - 6 - 1971 (A. 2877), comentada por LUZÓN DOMINGO, cfr. «Nota a la STS 15 - 6 - 1971», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1971, pp. 367 y ss.

punición de otros sujetos que intervienen en los hechos dependerá de las concretas circunstancias de la conducta en la que efectivamente participen y del conocimiento de las mismas por parte de dichos sujetos. Aunque se pueden dar diferentes combinaciones, a título de ejemplo cabe enunciar las siguientes posibilidades: si un sujeto colabora en la lesión de bienes jurídicos ajenos que representa la acción de necesidad, la justificación de la misma determinará la impunidad de su conducta²⁹; la ilegitimidad de dicha acción necesaria, sin embargo, permitirá el castigo de los partícipes que dolosamente intervienen en ella. Si un sujeto sólo participa en el momento de la provocación, su responsabilidad dependerá únicamente de la valoración de esta conducta: si la provocación es imprudente, sólo si se admite la participación imprudente cabrá la responsabilidad de este sujeto.

En el caso de provocación de la situación contenida en las indicaciones, la necesidad de diferenciación es la misma. Si tenemos en cuenta el supuesto que hemos tomado como ejemplo, una correcta interpretación jurídica exige analizar, en primer lugar, si la supuesta provocación (la exposición a las radiaciones), impide la justificación de la práctica abortiva, cuando se ha demostrado que existe un riesgo de que el feto nazca con importantes malformaciones (y la conclusión que se obtenga tendrá distinto alcance con relación a la responsabilidad de las distintas personas que intervienen, dependiendo de su conocimiento de la situación). En segundo lugar, si se rechaza cualquier influencia de la provocación en la apreciación de la indicación, todavía es posible plantear si cabe la imputación del resultado final, el aborto, a la provocación, como conducta disvaliosa por cuanto causante del riesgo para intereses jurídicamente protegidos.

Esta diferenciación ha sido correctamente vista, en mi opinión, por LUZÓN PEÑA, quien defiende que en los casos de provocación intencionada, al no estar recogido expresamente en el artículo 417 bis el requisito de ausencia de provocación, la conducta abortiva estaría cubierta por la indicación. Sin embargo, añade LUZÓN, como la mujer ha provocado en un momento precedente un «curso causal» que conduce a la producción del resultado lesivo, el cual sigue estando desvalorado, cabe la responsabilidad por un delito de aborto. LUZÓN aclara que esta posibilidad no implica analogía «in malam partem», sino la aplicación de la teoría de la a.i.i.c.³⁰.

²⁹ En aplicación del principio de accesoriedad limitada, la punición de los partícipes depende de que el autor de los hechos haya realizado como mínimo una conducta típica y antijurídica.

³⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación...», pp. 648 – 649. En los casos en los que en el momento de la provocación sólo concurra dolo eventual o

Como conclusión, la línea que distingue entre las dos vías de tratamiento al problema de la provocación de las indicaciones, consiste precisamente en la oportunidad de diferenciar (o no), para su valoración social y jurídica, entre la provocación y la práctica del aborto que resuelve una situación objetiva de colisión de intereses. Los autores que se inclinan por negar la justificación a la acción necesaria en si misma, ponen el acento en la repercusión de la creación del peligro en la valoración de la acción abortiva. La doctrina de la a.i.i.c., sin embargo, propone una vía de imputación diferente, admitiendo la justificación de dicha acción y fundamentando la responsabilidad en la provocación.

Antes de continuar es preciso indicar lo siguiente. Como se habrá advertido, la dimensión de la cuestión que nos ocupa varía de manera importante según estemos hablando de provocación de la indicación por parte de la gestante o por parte de un tercero, sobre todo en función de la presencia o ausencia de consentimiento de aquélla. En este trabajo he concentrado la atención sobre la hipótesis de que sea la mujer la que provoca el conflicto (o un tercero con su consentimiento). Por otra parte, hay que hacer notar que hasta ahora hemos hablado en clave de justificación, admitiendo, sólo como hipótesis de trabajo para facilitar la comprensión de los problemas, la opinión mayoritaria de la doctrina, que considera a las indicaciones contenidas en el 417 bis como causas de justificación específicas, basadas en principios similares a los contenidos en el estado de necesidad. Esto explica el razonamiento paralelo entre los supuestos de estado de necesidad provocado y los de provocación de las indicaciones. Sin embargo, esta opinión no es unánime. De hecho, algunos autores consideran que la indicación eugenésica no representa una causa de justificación, sino una causa de «inexigibilidad». Naturalmente, si se sostiene que la indicación eugenésica es una circunstancia de inculpabilidad, entonces las soluciones han de discurrir por derroteros diferentes. Y si se sostiene que las indicaciones representan causas de atipicidad, entonces las conclusiones también han de ser muy distintas.

Precisamente, ésta es la cuestión que se aborda en el siguiente epígrafe.

imprudencia con respecto del resultado final, Luzón niega la posibilidad de responder por el aborto, por cuanto asume la doctrina dominante que entendía que según el Código penal de 1973 el aborto sólo era punible cuando se realizaba con dolo directo. Puesto que esta interpretación se basaba en el artículo 411, que exigía la causación «de propósito» del aborto, cabe deducir que ese obstáculo apreciado por Luzón desaparece con el nuevo Código penal de 1995, por cuanto no sólo ya no incluye ese requisito subjetivo, sino que permite el castigo del aborto imprudente (cuando lo causa un tercero).

III. ¿CONTIENE EL 417 BIS «ESTADOS DE NECESIDAD ESPECÍFICOS» O «CAUSAS DE ATIPICIDAD»? REPERCUSIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LA PROVOCACIÓN

Como ya se ha señalado, un importante sector de la doctrina considera que las indicaciones representan supuestos específicos de estado de necesidad. En torno a esta afirmación se suscitan dos tipos de cuestiones conectadas entre sí: por un lado, cabe preguntarse si esto es efectivamente así, es decir, si la naturaleza de las indicaciones se corresponde realmente con el estado de necesidad entendido como causa de justificación o estamos ante otra clase de circunstancia; por otro, en virtud de la respuesta que se obtenga, es preciso determinar cuál es la relación existente entre el artículo 417 bis y el 20.5º u otros preceptos que puedan tener alguna clase de nexo con la fórmula de las indicaciones.

1. *¿Son realmente las indicaciones supuestos específicos de estado de necesidad?*

La mayoría de la doctrina, a pesar de considerar a las indicaciones como un supuesto específico de estado de necesidad o, al menos, como manifestaciones concretas del principio de ponderación de intereses, no reconoce el efecto oclusivo del «precepto específico», el 417 bis, sobre la «regla general», el 20.5º, que recoge el estado de necesidad genérico. En efecto, la tendencia mayoritaria parece ser la de permitir el recurso al estado de necesidad cuando falten algunos de los llamados requisitos formales del 417 bis pero concurra la situación de conflicto reflejada en las distintas indicaciones. Incluso, algunos autores permiten la aplicación del artículo 20.5.º a otros supuestos materiales de conflicto, como el que tiene lugar en los casos tradicionalmente comprendidos en la llamada «indicación socio – económica»³¹.

³¹ No obstante, los criterios que permiten la aplicación de la eximente de estado de necesidad al aborto no son uniformes. Luzón Peña cree que el artículo 417 bis pretende ampliar y no restringir las eximentes aplicables al delito de aborto. Por tanto, considera apreciable el estado de necesidad cuando no se cumplen los requisitos específicos del 417 bis, o en algunos supuestos excepcionales de conflicto entre intereses jurídicos distintos a los recogidos en las indicaciones, como puede ser el caso en el que la continuación del embarazo amenace la libertad ambulatoria de la embarazada. También permite este autor la aplicación del estado de necesidad a los casos recogidos en la llamada indicación socio – económica, pero sólo como eximente incompleta (cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación...», 1988, pp. 629 – 631). Como ya se ha señalado, Díez Ripollés defiende una peculiar relación de especialidad entre el artículo 417 bis y el 20.5.º, según la cual tanto el 417 bis como el 20.5º se basan en el principio de la ponderación de intereses

La opinión de MOLINA FERNÁNDEZ es diferente, ya que este autor sí que defiende un efecto oclusivo en términos mucho más rigurosos. No obstante, sería excesivamente simplificador definir la posición de MOLINA simplemente como una postura a favor de una estricta relación de especialidad entre el 417 bis y el 20. 5º. Este autor ha realizado un esfuerzo especial en fundamentar la teoría según la cual las indicaciones representan causas de justificación específicas, que regulan de una manera concreta una situación de estado de necesidad en una específica colisión de intereses, tras construir un sistema de causas de justificación que permita establecer con claridad la relación entre las distintas reglas justificantes³². Como ya se ha señalado, MOLINA cree que las indicaciones especifican una ponderación legal entre la vida del «nasciturus» y los intereses de la mujer embarazada, lo cual representa una

y comparten unos principios generales que determinan la aplicación de los requisitos de la norma general en el precepto especial; en los casos de ponderaciones distintas a las contenidas en el 417 bis, este autor tampoco descarta la posibilidad de acudir a la norma general (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», 1989, p. 243). Romeo Casabona, sin embargo, desde su interpretación de la relación de especialidad entre el artículo 417 bis y el 20.5.º como «funcional» y no «lógica», permite la aplicación del estado de necesidad genérico cuando concurriendo la situación de conflicto falten alguno de los requisitos del 417 bis, pero rechaza su utilización en los casos de la indicación socio – económica (cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, 1994, pp. 320 – 326). Por su parte, CUERDA RIEZU también rehúsa el efecto oclusivo, aunque considera innecesario el recurso al estado de necesidad genérico en los casos de indicación socio – económica, que reconduce a la indicación terapéutica utilizando un concepto amplio de salud, en el sentido de «bienestar», defendido por la Organización Mundial de la Salud. Por último, tanto MIR PUIG (cfr. «Aborto, estado de necesidad y Constitución», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pp. 247 y ss.) como CUERDA ARNAU (cfr. «Aborto y estado de necesidad», 1991, pp. 222 y ss.) admiten el estado de necesidad genérico en los supuestos de indicación socio – económica.

³² La tesis de Molina Fernández, que ya ha sido parcialmente revisada más arriba, me parece adecuada en su planteamiento inicial, que insiste en la oportunidad de sistematizar las distintas causas de justificación, y en la búsqueda de principios, tras un proceso de abstracción, que ayuden a la interpretación de las normas. También estoy de acuerdo en el papel fundamental que en las causas de justificación desempeña el principio de ponderación de intereses. Sin embargo, no creo que sea posible utilizar al estado de necesidad como «regla general de justificación». Naturalmente, esto va a depender de la concepción que sobre el estado de necesidad se maneje. Y ahí se centra mi desencuentro con la propuesta de Molina. Aunque no es éste el espacio para afrontar esta cuestión, me gustaría apuntar por qué afirmo esto. A mi modo de ver, el estado de necesidad recoge una específica situación de conflicto que se encuentra al límite de la intervención del Derecho, lo que ha suscitado la duda de si la permisión de la acción necesaria puede fundamentarse más bien en la creación para los casos de estado de necesidad de un espacio «libre», de un «ámbito fuera del Derecho»: las conductas en estado de necesidad serían acciones no prohibidas, ante las que el Ordenamiento jurídico no toma posición (han mantenido en algún momento esta tesis los siguientes autores: Arthur KAUFMANN, en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 327 y ss.; Mezger / Blei, *Strafrecht AT*, 15ª ed., 1973, pp. 239 y ss.; Blei, *Strafrecht I AT*, 17ª ed., 1977, pp. 191 y ss.; Dingeldey, *Jura*, 1979, pp. 478 y ss.; Otto, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3ª ed., 1978, pp. 112 y ss.). Este modo de ver

las cosas no ha convencido, precisamente porque en estos estados de conflicto se pone en evidencia la necesidad de que el Derecho intervenga, aunque sea con importantes limitaciones. Precisamente, creo que el estado de necesidad se caracteriza esencialmente por representar una especie de situación de «déficit», que no puede ser saldada con la salvaguarda de todos los bienes jurídicos involucrados, sino que su resolución representa realmente un “mal” que el Derecho preferiría evitar, pero que ha de asumir con el objeto de que la situación acabe con el menor coste posible. Por esa razón, incluso cuando la colisión se plantea entre intereses equivalentes, o cuando es difícil realizar una operación que arroje un resultado certero sobre el interés preponderante, la norma que recoge el estado de necesidad, el artículo 20.5.º, ha de poder desplegar su función de determinación, de tal modo que el sujeto que se encuentra en el conflicto haga todo lo posible por conseguir el menor coste: respetando las reglas de proporcionalidad y subsidiariedad, que en mi opinión rigen con claridad en la regulación española del estado de necesidad. En sentido diferente a lo que parece opinar Molina, considero que el artículo 20.5.º de nuestro Código penal resulta preferible al precepto alemán que ampara el estado de necesidad «justificante», el parágrafo 34 del StGB, que recoge la famosa «cláusula de ponderación de intereses», la cual ha sido interpretada por la doctrina como una especie de correctivo que permite emplear una amplia y compleja ponderación de todos los intereses en conflicto, lo que al parecer resulta más apropiado que las reglas de la proporcionalidad y la subsidiariedad que se desprenden de nuestro precepto. Sin embargo, entiendo que una ponderación de intereses completa y rigurosa tal vez sólo pueda ser realizada en un momento «ex post» y si esto es así, tendríamos que llegar a la conclusión de que la decisión sobre la justificación y, en definitiva, sobre la definición de la conducta «legítima» sólo pueda ser realizada cuando el sujeto ya ha actuado. Pero si ésta es la única conclusión, entonces la norma que regula el estado de necesidad no contribuiría a orientar al ciudadano sobre cómo resolver esa situación (cuando ésta es su función primordial), ya que en un momento «ex post» sería imposible que éste reconociera cuál es la acción legítima. Molina ha intentado salvar esta objeción defendiendo la regulación expresa de una cláusula general de ponderación de intereses a la que denomina «causa de justificación general» en la que especifica los principios a tener en cuenta para la ponderación, exigiendo que los elementos a ponderar sean «conocibles» en el momento de la acción (cfr. «El estado de necesidad como ley general», p. 228, nota 58). Sin embargo, a pesar de la exigencia teórica de la reconocibilidad «ex ante», a mí se me siguen suscitando importantes dudas sobre la posibilidad de que en la práctica la ponderación pueda operar en ese momento: Molina introduce en la ponderación «todos los intereses y obligaciones jurídicamente reconocidos, directos e indirectos, generales y particulares», que deberán ser ponderados «según su respectivo valor jurídico y el grado de peligro que los amenacen». Si tenemos en cuenta que la mayoría de las situaciones de necesidad se caracterizan por la urgencia, y que en muchas de ellas están involucrados importantes bienes jurídicos del sujeto, resulta arriesgado hacer depender la operatividad de la norma de que este sujeto acometa con éxito una tarea tan difícil como la que parece imponer esta cláusula. Pues deberá efectuar una valoración «in actu» que incluso en la reflexión sosegada del Juez es difícil. ¿Qué ocurre si el sujeto no tiene tiempo de hacerla, o no sabe, o es imposible determinar el valor exacto de todos esos intereses y obligaciones para calcular la preponderancia? ¿Habría que concluir entonces que no hay vía para la justificación? Si defendemos esto, entonces no hay «salida» legítima: haga lo que haga, la acción del sujeto será antijurídica, con lo que careceremos de un mecanismo para exigirle que respete la proporcionalidad y la subsidiariedad, es decir, para que resuelva la situación con el menor coste posible, que es lo que al principio pretendíamos. El estado de necesidad, por tanto, no puede ser una regla general, al contrario, es una cuestión de mínimos, en la que el Derecho en buena parte admite su fracaso, pero consigue algo: en lugar de dejar que la necesidad propia se imponga sin límites, pretende que se salven intereses jurídicos, aunque sea a

expresa decisión del legislador en una cuestión en la que, en opinión de este autor, no existe el suficiente consenso como para dejar la determinación de la prohibición al funcionamiento de las reglas generales³³. Por tanto, las «discrepancias de fondo» sobre la resolución del conflicto determinan la necesidad de una regla específica y, a su vez, el efecto oclusivo de la misma sobre la norma general, ya que, a juicio de MOLINA, no es posible recurrir a la causa de justificación genérica, puesto que «si se admite la posibilidad irrestricta de acudir a la regla general (...) se estará negando al legislador su legítimo derecho a determinar qué intereses preponderan en el caso concreto»³⁴. En atención a estas consideraciones, MOLINA diferencia tres grupos de casos. En primer lugar, estarían aquellos supuestos en los que claramente, en su opinión, se produce un efecto oclusivo de la norma especial sobre la general: cuando el conflicto se plantea en términos que ya han sido evaluados por el legislador, que finalmente ha decidido no tener en cuenta. De este modo, MOLINA cree que no se puede emplear el 20.5º como «pértiga para pasar por encima del artículo 417 bis y ampliar los supuestos de aborto a casos que fueron expresamente excluidos, como la indicación económico – social»³⁵. En el esquema propuesto por el autor se sitúa, en segundo

costa de otros, pero siempre con el menor perjuicio posible y cuando no quede otra posibilidad. A mi modo de ver, esto lo expresa con claridad el artículo 20.5º del Código penal, mejor que lo puede hacer la cláusula del párrafo 34 del StGB.

³³ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 229 y ss.

³⁴ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 235.

³⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 255. En esta cuestión, tampoco comparto la opinión de Molina. Si se revisan las Actas de la discusión parlamentaria previa a la aprobación del Código penal de 1995 se aprecia con claridad que, salvo el Partido Popular y el Partido Nacionalista Vasco, el resto de los grupos muestra su disposición a la reforma del sistema limitado de indicaciones (ya sea mediante la introducción de la llamada indicación social o, en menor medida, con la implantación del sistema del plazo). Sin embargo, igualmente se observa como al final del debate la cuestión del aborto se aparta para aprobar con el mayor consenso posible la nueva ley penal: es decir, el mantenimiento del 417 bis a partir de 1995 parece obedecer más bien a cuestiones de oportunidad política que a una decisión fundada del legislador sobre la resolución del conflicto de intereses. Esta situación, así como la que se desprende de la realidad del aborto en España comentada al inicio del trabajo, suscita como mínimo la duda de si la regulación del 417 bis se adecua al sentir social y a las exigencias constitucionales, que no sólo se refieren a la protección del «nasciturus», sino también a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la mujer. Y esta duda que yo me planteo, que considero legítima, es la que determina que efectúe una concreta interpretación de los delitos que regulan el aborto y de la exigente de estado de necesidad, de tal modo que aun contando con la decisión legal de establecer una zona de riesgo permitido (la que delimita el 417 bis), todavía cuente con el posible recurso al estado de necesidad. Entiendo que esto no implica ningún «salto» o infracción del principio de legalidad, de la misma manera que no lo suponía el recurso al estado de necesidad cuando el legislador había decidido en el Código penal de 1878 que el aborto estaba castigado en todo caso, sin referirse a la posibilidad de exención cuando se practicaba para salvar la vida de la mujer.

lugar, un reducido grupo de casos en los que admite la aplicación del estado de necesidad genérico: cuando la situación de conflicto sea «ajena» a la resuelta por el legislador en el artículo 417 bis (como ejemplo, MOLINA se refiere a los supuestos de reducción de embriones), o cuando concurren dos causas de justificación específicas incompletas del artículo 417 bis (y aquí el autor recurre a un supuesto de embarazo procedente de una violación en el que además el feto tiene graves taras y falta alguno de los requisitos previstos en las indicaciones). Por último, MOLINA reconoce la existencia de una serie de «casos dudosos», cuando concurren la situación contenida en la indicación, falta alguno de los llamados requisitos formales (la denuncia en la indicación ética, los dictámenes médicos, la práctica en centro médico y por personal sanitario). En estos casos, el autor cree que sólo cabe el recurso al estado de necesidad genérico en el supuesto de aborto terapéutico con grave riesgo para la vida de la embarazada que no puede ser realizado por médico o en centro médico³⁶.

En realidad, toda esta discusión en torno al efecto oclusivo del artículo 417 bis sobre el 20.5º toma como punto de partida la creencia de que las indicaciones representan causas de justificación específicas, que guardan una fuerte conexión con el estado de necesidad. Y, a pesar de las discrepancias sobre la concreta naturaleza de cada una de las indicaciones, sí que parece existir una tendencia mayoritaria a tratar los problemas relativos a las indicaciones en sede de justificación³⁷. Este punto de vista se explica en la percepción de que en las situaciones descritas en las indicaciones subyace una ponderación de intereses, y que preci-

³⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 252 y ss.

³⁷ Sostienen que las indicaciones representan causas de justificación específicas los siguientes autores: MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución», 1982, p. 248, quien señala que el conflicto de intereses se encuentra en la base tanto del sistema de las indicaciones como del plazo (convicción que, por otra parte, comparto); ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución», en *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, Bellaterra, pp. 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en *La despenalización del aborto*, 1983, p. 10; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación...», 1988, pp. 632 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, «La reforma del delito de aborto», *Comentarios a la legislación penal*, 1989, pp. 69 y ss.; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss. (aunque es preciso matizar que Laurenzo considera las indicaciones «causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho»); BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, 1991, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 118 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida», *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, pp. 668 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad», 1991, pp. 220 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, 1994, pp. 312 y ss.; VALLE MUÑIZ, en Quintero Olivares (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, Aranzadi, p. 76; GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (dtor.), *Compendio de Derecho Penal español PE*, Barcelona, 2000, Bosch, pp. 82 y ss.

samente es el estado de necesidad la circunstancia eximente que se estructura sobre un conflicto de intereses³⁸.

Sin embargo, y esto es lo que me propongo demostrar, el reconocimiento de que en las indicaciones subyace un conflicto entre intereses jurídicos no tiene por qué conducir necesariamente, en primer lugar, a establecer una relación de especialidad con el estado de necesidad, ya que es posible encontrar conexiones entre las indicaciones y otras causas de justificación, ni, en segundo lugar, a la consideración de que las indicaciones han de representar causas de justificación.

a) Conexión de las indicaciones con otras causas de justificación

Esta primera reflexión no es en absoluto novedosa ni creo que esconda especiales dificultades. En efecto, ya otros autores han destacado que las indicaciones no tienen una relación exclusiva con el estado de necesidad, sino que mantienen a su vez conexión con otras causas de justificación, como el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio legítimo de un oficio o profesión³⁹. A mi modo de ver, ésta es la interpretación correcta, sobre todo si se concede el valor que corresponde a los intereses de la mujer en el conflicto planteado. Como ya he señalado en otro trabajo⁴⁰, en las indicaciones no se recoge una colisión entre la vida del feto y difusos intereses de la mujer, sino que estos intereses son, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución: esencialmente, los derechos a la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la intimidad. Por tanto, toda mujer que decide interrumpir su embarazo lo hace en el ejercicio del derecho a disponer libremente sobre su proyecto vital, en las mayores condiciones posibles de respeto a su intimidad y a su dignidad, ante una situación especialmente

³⁸ Esta interpretación se ve auspiciada por lo declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 53 / 1985, de 11 de abril, que se pronunció sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones, sentencia en cuyo texto se reconocía la existencia de un conflicto de intereses entre la «vida del *nasciturus*», como sustrato de la valoración jurídica que preexiste a la adquisición de la titularidad del derecho a la vida y los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (véanse los fundamentos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º de la sentencia).

³⁹ Apuntando esta relación, cfr. LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación...», 1988, p. 631; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad», 1991, pp. 220 – 221; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual PE*, 2ª ed., 1991, Pp. 117 – 119; CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, edit. Tecnos, pp. 57 y ss.

⁴⁰ Al que ahora me remito con el único propósito de no caer en reiteraciones (este trabajo lleva por título «La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto», y está en prensa).

traumática (pues en cualquier caso significa también la no continuidad de un proceso de formación de vida humana, con el que la gestante guarda un estrecho vínculo)⁴¹.

Además, es preciso advertir que el principio de ponderación de intereses no es exclusivo del estado de necesidad. MOLINA FERNÁNDEZ considera que toda justificación entraña una ponderación de intereses. Por esa razón cree que es posible elaborar una «fórmula general de justificación» sobre la consideración del conflicto de intereses y la salvación del interés preponderante con el menor coste posible⁴².

En definitiva, creo posible obtener como primera conclusión que el reconocimiento de que en las indicaciones subyace un conflicto de intereses no tiene por qué conducir a la conclusión de que éstas representan «subcasos» de estado de necesidad. Es más, entiendo que es preciso resaltar la conexión entre la realización de abortos al amparo del artículo 417 bis con el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la mujer (o con el ejercicio legítimo de la profesión por parte del médico que los practica), situaciones que guardan cierta relación con la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, recogida en el artículo 20. 7º del Código penal⁴³. La cuestión que ahora se plantea

⁴¹ Como pone de manifiesto VIVES ANTÓN (“Valoraciones ético – sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 1985, pp. 121 y ss.), ya en la STS 53 / 1985 algunos magistrados insistieron, en sus Votos Particulares, en la necesidad de otorgar un papel esencial en la discusión a los derechos de la mujer como derechos fundamentales del individuo (en este sentido, los Votos Particulares de Tomás y Valiente o de Rubio Llorente). En la doctrina, insisten en reconocer el valor de los intereses de la mujer en el conflicto, como manifestaciones del ejercicio de derechos fundamentales, MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución», 1982, pp. 251 y ss.; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto», 1983, pp. 355 y ss.; el propio VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético – sociales», 1985, pp. 138 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad...», 1991, pp. 699 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad» 1991, pp. 220 y ss.; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, 1992, Siglo XXI de España, pp. 266 y ss.

⁴² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», pp. 208 y ss.

⁴³ Tal y como ha puesto de manifiesto Mestre Delgado, la interpretación tradicional del contenido de esta exigencia ha de ser revisada, por cuanto en la sociedad actual no puede ser invocada para los casos de «vías de hecho» o «ejercicio de derechos de corrección o disciplinarios», que hasta hace muy poco comprendían el hipotético ámbito de aplicación de esta circunstancia. Teniendo en cuenta que en los Ordenamientos jurídicos occidentales se recurre a causas supralegales para amparar como circunstancia justificante el ejercicio de derechos fundamentales, podría resultar apropiado recuperar esta exigencia, sometida a límites constitucionales y derivados de principios internacionales, para configurar un precepto de Derecho positivo que realizara la función atribuida a las mencionadas circunstancias supralegales (en este sentido, cfr. MESTRE DELGADO, *La exigencia de ejercicio de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Madrid, 2001, Edisofer, pp. 214 y ss.).

es la de si el conflicto de intereses inmanente a las indicaciones determina la naturaleza de las mismas como causas de justificación.

b) ¿Es la determinación de límites entre derechos e intereses en conflicto un exclusivo problema de justificación?

Según BALDÓ LAVILLA, las normas de justificación representan «reglas permisivas» que tienen como función establecer criterios de resolución de conflictos sociales complejos, en los que la salvaguarda de determinados intereses exige la puesta en peligro de otros intereses jurídicamente protegidos⁴⁴. De este modo, la acción amparada por una causa de justificación se convierte en una «actio duplex», es decir, una conducta con un doble significado, por cuanto por un lado lesiona bienes jurídicos y por otro los salvaguarda⁴⁵. También MOLINA FERNÁNDEZ parece compartir esta concepción, a la que añade como conclusión que la regla de justificación ha de conducir a una ponderación de intereses, que determine, en el ámbito de estas acciones «dobles», cuál es el interés que ha de ser salvado⁴⁶.

Si consideramos la acción que provoca el aborto al amparo de una indicación esencialmente como una conducta que, para salvaguardar determinados intereses jurídicos (a saber, el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la mujer), lesiona otros intereses jurídicos (en este caso la vida del «nasciturus»), entonces es fácil concebir esta conducta como una de las «actio duplex» a las que se refieren BALDÓ y MOLINA. El reconocimiento del conflicto de intereses y la posible consideración de este doble significado de las acciones abortivas parecen conducir inexorablemente al tratamiento de las indicaciones como reglas de justificación. Sin embargo, como he tratado de demostrar, resulta innegable que en el caso de aborto consentido subsumible en alguno de los supuestos del 417 bis, estamos ante supuestos en los que esencialmente se está regulando el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la mujer, sometidos a los límites que se derivan de determinadas situaciones de colisión (y en relación con ese ejercicio legítimo de derechos, se regula también el ejercicio legítimo de determinadas profesiones).

Con el único propósito de ser honesta, debo nuevamente remitirme al trabajo antes citado, en el que desarrollo una propuesta que consiste en considerar a las indicaciones como circunstancias de atipicidad,

⁴⁴ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, Bosch, pp. 33 y ss.

⁴⁵ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *op.cit.*, p. 35, nota 8.

⁴⁶ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general...», pp. 207 y ss.

por lo que ahora me limitaré a resumir las conclusiones obtenidas⁴⁷. A mi modo de ver, la consideración de las indicaciones como causas de justificación parece encontrar su principal sustento en la supuesta acomodación de este sistema de despenalización del aborto a la estructura de la «regla – excepción» que tradicionalmente ha explicado las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. De esta manera, la regla general es la punición del aborto, mientras que la permisión sólo opera de manera excepcional⁴⁸. Esta forma de entender las cosas aparece como una posición «más moderada», si se me permite decirlo así, ante la permisión de un hecho que representa la destrucción del «nasciturus», vida humana en formación. Sin embargo, ante esta comprensión cabe oponer las siguientes reflexiones:

1. Por un lado, esta perspectiva reduce a un ámbito absolutamente excepcional, con un margen mínimo de expresión, a los intereses que se encuentran en el otro lado del conflicto: los derechos de la mujer, derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Lo que no resulta equitativo (si la Constitución protege los derechos fundamentales y el valor vida humana en formación de tal modo que ninguno de los dos bloques de intereses puede prevalecer sobre el otro)⁴⁹, es que se otorgue la consideración de expresión completamente residual a la afirmación de los derechos de la mujer⁵⁰. Desde mi punto de vista, la presencia de los derechos fundamentales de la mujer en el núcleo del conflicto asemeja la estructura del delito de aborto consentido a la de otros tipos en los que también se castigan

⁴⁷ Es el ya mencionado trabajo titulado «La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto», que en el momento en que escribo esto se encuentra en prensa. Permítaseme aclarar que la actual reflexión sobre el problema de la provocación de las indicaciones surge de la interrelación de otras cuestiones que ya he abordado previamente en otros trabajos. Por eso, espero que se comprenda que la «auto cita» no obedece a razones de complacencia sino a un mayor rigor con el lector, pues no es mi propósito escribir tres veces lo mismo.

⁴⁸ Y en el sistema limitado de indicaciones vigente en España, de forma especialmente excepcional.

⁴⁹ En este sentido, al menos, se expresa la mencionada STC 53 / 1985.

⁵⁰ Salvando las diferencias por cuanto se trata de un conflicto diverso, Quintero Olivares emplea un razonamiento similar en la interpretación de los delitos contra el honor. Este autor considera que la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, que la mayoría de la doctrina solventa en sede de justificación, debe ser resuelta en sede de tipicidad, ya que ostentando estos derechos el mismo rango constitucional, no resulta equilibrado que el ataque al honor sea como regla típico mientras que la manifestación de la libertad de expresión e información tenga el carácter de excepción (cfr. QUINTERO OLIVARES, «La intervención del Derecho penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones», en *Libertad de expresión y medios de comunicación, Poder Judicial*, núm, especial XIII, 1990, p. 70).

conductas cuya antijuridicidad debe ser entendida en conexión con la problemática de los límites en el ejercicio de los derechos. La constatación de que en el ejercicio de determinados derechos fundamentales es posible lesionar otros intereses jurídicos, incorpora la necesidad de delimitar el ámbito lícito de ejercicio de esos derechos, determinación que, en mi opinión, ha de ser realizada en sede de tipicidad, mediante la determinación de zonas de riesgo permitido y zonas de prohibición. Precisamente, porque en estos casos el conflicto de intereses no es la excepción, sino que representa la «regla»: el legislador ha de definir, de forma específica y certera, cuáles son los límites del comportamiento típico, como regla, y cuáles quedan fuera del ámbito de permisión⁵¹. En consecuencia, creo que cabe defender que en los delitos de aborto consentido y también en los delitos de lesiones al feto (en los que se producen

⁵¹ Esta argumentación se corresponde con las razones empleadas por un sector de la doctrina para afirmar que las colisiones entre el derecho al honor y la libertad de expresión deben ser resueltas en el ámbito del tipo y no en el de la justificación. Como recoge SANZ DÍEZ DE ULZURRUN en su tesis inédita, titulada «El sistema de imputación subjetiva del Código penal de 1995» (Madrid, 2004), aunque la doctrina mayoritaria considera que el problema de los límites entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión es una cuestión de justificación (entre los autores citados por la autora como partidarios de esta posición, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, «Causas de justificación en los delitos contra el honor», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 87 y ss.; JAÉN VALLEJO, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, Colex; GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, «El Derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y de la intimidad», en *Estudios penales*, Barcelona, 1994, pp. 373 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos contra el honor*, Madrid, 2000, Dykinson, pp. 1 y ss.), otros autores (también citados por Sanz Díez de Ulzurrun) han acudido, sin embargo, a los criterios de adecuación social o de riesgo permitido, para definir en sede de tipicidad los límites permitidos del ejercicio de la libertad de expresión, en tensión con la protección del derecho al honor. En este sentido, ASÚA BATARRITA (cfr. «La tutela jurídica del honor. Consideraciones político – criminales en relación a la LO 1 / 1982», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1984, p. 28) y FERNÁNDEZ PALMA (cfr. *El delito de injuria*, Elcano, 2001, Aranzadi, pp. 219 y ss.) se deciden por la institución del riesgo permitido, mientras que MORALES PRATS (cfr. «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», *Cuadernos de Política Criminal*, 1988, pp. 633 y ss.) acoge el criterio de la adecuación social como delimitador de la tipicidad en estos supuestos de ejercicio de la libertad de expresión. La solución de la tipicidad es también la preferida por la autora que nos ha servido de referencia. A mi modo de ver, si cabe defender que en los delitos de expresión (injurias, calumnias) la tensión entre los derechos al honor y a la libertad de expresión e información ha de ser resuelta en sede de tipicidad al suponer el conflicto entre los derechos una variable de mayor frecuencia que la inexistencia de conflicto (lo que permite calificar el conflicto como «regla»), con mayor razón puede ser atendido en el plano del tipo la confrontación entre los derechos de la mujer y el interés del «nasciturus», pues en los casos de aborto consentido (artículo 145 del CP) ese conflicto es la «regla» en todo caso.

ciertos niveles de conflicto con los derechos de la mujer), las tensiones entre los intereses involucrados son resueltas en el ámbito de la tipicidad, estableciéndose zonas de riesgo permitido (como por ejemplo, dejando a la mujer fuera de la modalidad imprudente de estos tipos o, en el caso del aborto, habilitando un ámbito de licitud, en el que, a mi modo de ver, la conducta ni siquiera es típica)⁵².

2. Pero es que, por otro lado, si atendemos a las consecuencias prácticas que se derivan de la aplicación del artículo 417 bis del Código penal, hemos de concluir que las indicaciones no están funcionando como causas de justificación, sino como circunstancias de atipicidad. De esta manera, y como es sabido, los abortos realizados al amparo del sistema de indicaciones no son objeto de proceso penal, a pesar de que al Ministerio de Sanidad son remitidos por las Clínicas autorizadas los datos de abortos efectuados, que según la concepción mayoritaria serían conductas típicas hipotéticamente cubiertas por causas de justificación, que tal y como determina nuestra ley procesal deben ser probadas en un proceso penal⁵³. Esta regla se extiende también a los casos de tentativa de aborto cubierto por alguna indicación, que tampoco son considerados como tentativas en sentido estricto.

⁵² Según PÉREZ MANZANO, la exclusión de la mujer del ámbito típico de las lesiones al feto imprudentes supone «la resolución legal de una situación de conflicto entre la restricción de la libertad de la embarazada que implica el imponerle deberes de cuidado y la protección de la salud del feto, de manera que se trata de habilitar una zona de riesgo permitido más amplia para la embarazada que para terceros» (cfr. *Compendio PE*, 2003, p. 456). Abundando en esta perspectiva, también es posible aportar otros ejemplos en nuestra ley penal en los que se evidencia, a mi modo de ver, que el legislador ha resuelto en el campo de la tipicidad determinadas tensiones entre intereses, derechos y valores constitucionales. Esto es lo que creo que ocurre en los delitos de funcionarios cometidos en el cumplimiento de la función de averiguación de los delitos y detención de los responsables. De esta manera, en relación con los delitos contra la intimidad y contra la inviolabilidad del domicilio, se amplía el ámbito de permisión de estos ataques cuando los funcionarios actúen en el cumplimiento de dichas funciones, siempre que se respeten unos límites (que medie «causa legal por delito» y que se respeten las garantías legales y constitucionales que guían estas actuaciones) (véanse los artículos 197 y ss., 202 y s., y 534 y ss. del Código penal, así como el artículo 18 de la Constitución española, y los artículos 545 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁵³ Véanse los artículos 637, 641 y 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De hecho, las causas de justificación genéricas sólo pueden dar lugar al sobreseimiento libre cuando su presencia sea indudable, pero una vez iniciado el proceso. A mayor abundamiento, en los casos de estado de necesidad (que es la causa de justificación de referencia en las indicaciones, según la opinión mayoritaria), el proceso debe continuar a los efectos de responsabilidad civil.

3. Por último, el hecho de que el legislador no haya previsto en el sistema de indicaciones un sistema de exención completa puede obedecer no a un hipotético olvido o desatención, sino precisamente al hecho de que en la descripción del 417 bis no se contienen elementos de justificación, sino circunstancias que perfilan qué es típico y qué no lo es en el ámbito del aborto consentido, y si esto es así, es razonable que el legislador no haya tenido en cuenta una especie de tipicidad «a medias».

En conclusión, el hecho de que las indicaciones funcionen en la práctica como circunstancias de atipicidad parece aconsejar que como tales sean tenidas en cuenta, sobre todo si la consideración de los conflictos de intereses, como he intentado demostrar, es una tarea que en determinados casos (en los que el conflicto representa la «regla»), ha de ser llevada a cabo ya en el ámbito de la tipicidad.

Lo que corresponde ahora analizar son las consecuencias inmediatas de esta opción por las circunstancias de atipicidad.

2. *Las relaciones entre el artículo 417 bis y las causas de justificación recogidas en el artículo 20 del Código penal*

A mi juicio, la consideración de las indicaciones como causas de atipicidad no complica las relaciones con otros preceptos del Código penal que según la doctrina mayoritaria representan causas de justificación, sino que más bien la clarifica. Porque bajo este punto de vista, indicaciones y artículos 20.5º y 20. 7º del Código penal están en niveles distintos. Ante la reiterada cuestión de si cabe aplicar el estado de necesidad u otras causas de justificación a supuestos no previstos específicamente en las indicaciones, creo que hay que contestar que sí, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en dicha causa de justificación: y esto no significa una puerta abierta a la impunidad del aborto, pues no hay que olvidar que las circunstancias eximentes exigen para su aplicación una serie de requisitos que han de ser demostrados en el caso concreto. Esta interpretación es plausible, de igual manera que antes de la introducción del artículo 417 bis en el Código penal cabía defender la aplicación de la circunstancia de estado de necesidad, en consideración del conflicto de intereses planteado entre la vida de la mujer y la del «nasciturus». El hecho de que hasta hace muy poco existiese una cierta inercia a considerar que sólo la vida de la mujer podía entrar en conflicto con el interés «vida humana en formación», no significa que en la sociedad actual no hayan cobrado mayor relieve otros derechos fundamentales de la mujer. A mi modo de ver, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la dignidad de

la mujer, también cuando es una gestante, tienen la entidad suficiente como para plantear una colisión con el interés «vida en formación» fuera de los casos contemplados en las indicaciones. Y ese conflicto de intereses puede ser atendido a través del estado de necesidad⁵⁴.

3. *¿Qué repercusiones tienen estas conclusiones en el tratamiento de la provocación?*

Si las indicaciones representan circunstancias de atipicidad y no de justificación, entonces hay que extraer tres conclusiones con relación a los casos de provocación: en primer lugar, no es posible ampliar *contra legem* el ámbito del aborto prohibido, sumando requisitos para la aplicación del 417 bis que la propia ley no exige, como podría ser el de ausencia de provocación; en segundo lugar, todas aquellas teorías que defienden la relevancia de la provocación en el tratamiento de las causas de justificación en general o del estado de necesidad en particular no son aplicables a los casos de provocación de las indicaciones, que no representan causas de justificación; por último, tampoco la teoría de la «*actio illicita in causa*», que trata de resolver los supuestos de causas de justificación provocadas, sería aplicable a estos casos.

En consecuencia, parece que la única conclusión posible es que la provocación de las indicaciones, como ocurre en nuestro ejemplo de causación de malformaciones al feto, no puede impedir la aplicación del artículo 417 bis, por lo que la impunidad se impone como solución, a no ser que se aprecie un delito de lesiones al feto del artículo 157. De este modo, pasaríamos de esta cuestión a la última de las que al principio proponíamos.

Sin embargo, no me resisto a revisar las posibilidades antes apuntadas por dos razones. En primer lugar, porque soy consciente del grado de raigambre que tiene en la doctrina y en la jurisprudencia la consideración de las indicaciones como causas de justificación. Pues bien, aunque esa no es mi opinión, me parece interesante revisar las posibles soluciones para el caso de que se parta de esa hipótesis. Por otra parte, no hay que desconocer que en la doctrina más moderna han surgido

⁵⁴ Como se ha mantenido en el texto, además del estado de necesidad también caben ciertas conexiones entre los conflictos que se suscitan en los casos de embarazo no deseado y los susceptibles de ser solventados a través de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho y ejercicio legítimo de un oficio o profesión. De nuevo, he de advertir que ya me he ocupado de esta cuestión en el trabajo sobre el sistema de las indicaciones que vengo citando, por lo que me remito al mismo con respecto a las relaciones entre el 417 bis, el 20.5º y el 20.7º.

algunas tendencias, como las provenientes desde lo que se ha dado en llamar tesis «victimodogmáticas», que conceden especial importancia a la responsabilidad de la «víctima» en la creación del peligro. Concretamente, en el ámbito de las causas de justificación esta perspectiva plantea la duda de si el sujeto que origina peligros que dan lugar a situaciones de conflicto puede después invocar el derecho de defensa de sus intereses. En el ejemplo que nos ocupa se trataría de dirimir si, desde una interpretación de los tipos de aborto, cabe considerar legítima la conducta de aborto por riesgo de malformaciones cuando precisamente ha sido la embarazada quien ha creado ese riesgo.

Ésta es la tarea que se acomete a continuación.

IV. La trascendencia de la responsabilidad por el peligro en la solución de los conflictos de intereses

1. El «deber de tolerancia» y el «merecimiento» (o «desmerecimiento») del «derecho a la solidaridad ajena» en el estado de necesidad provocado.

En el ámbito concreto del estado de necesidad, que como hemos visto representa la causa de justificación que, en opinión de la doctrina mayoritaria, más conexión guarda con las indicaciones del artículo 417 bis, algunos autores, especialmente en Alemania, han defendido que el problema de la provocación ha de ser resuelto con la interrelación de dos principios: la «disminución del derecho a la solidaridad del Ordenamiento» y la «pérdida del merecimiento de protección de los intereses del provocador». Según KÜPER, la situación de necesidad se caracteriza por la contraposición de dos sectores de intereses: los que se encuentran bajo titularidad del sujeto necesitado (*Erhaltungsgut o Erhaltungseite*) y los pertenecientes al sujeto afectado, «víctima» de la intromisión que representa la acción necesaria (*Eingriffsgut o Eingriffseite*). La justificación de esta última conducta depende, en función de lo establecido en el parágrafo 34 del StGB alemán y de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina en aquel país, de la preponderancia de los intereses pertenecientes a la esfera del sujeto necesitado. Con este punto de partida, KÜPER cree que tanto la provocación de la situación de conflicto como la del previo peligro de creación de la misma, repercute en una pérdida de valor de los intereses del sujeto provocador y en el «derecho» del mismo a la «solidaridad» ajena, por lo que dicho sujeto no podrá invocar un derecho a lesionar intereses de otros sujetos no involucrados en la creación del peligro: todo

ello representa un deber de tolerar la lesión de sus propios intereses⁵⁵. También ROXIN está de acuerdo en que la provocación «culpable» de la situación de necesidad ocasiona una disminución de valor en el sector de intereses del sujeto necesitado —provocador, los cuales verían aminorado su derecho a la protección del Ordenamiento jurídico⁵⁶—. En resumen, un importante sector de la doctrina alemana parece asumir la vigencia de una serie de principios con aplicación en el ámbito de las situaciones de conflicto de intereses, de acuerdo con la siguiente cadena de premisas y conclusiones: la provocación del peligro ocasiona una pérdida de valor de los intereses del sujeto provocador; esto representa a su vez una disminución en el «merecimiento» de protección de estos intereses por parte del Ordenamiento jurídico; al mismo tiempo, la provocación conlleva la pérdida del derecho a la solidaridad de otros sectores de intereses⁵⁷.

En España, ya JIMÉNEZ DE ASÚA defendió que en los casos de provocación se crea un «deber de tolerancia» para el sujeto creador del peligro⁵⁸. Tiempo después, CÓRDOBA RODA desarrolló este principio poniéndolo en relación con la idea de «exigibilidad». Según CÓRDOBA,

⁵⁵ Cfr. KÜPER, «Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten», *Juristenzeitung*, 1976, pp. 515 – 519; EL MISMO, *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, Berlin, 1983, Duncker & Humblot, pp. 26 y ss. En sentido similar, cfr. DENCKER, «Der verschuldete rechtfertigende Notstand», *Juristische Schulung*, pp. 780 – 781 y JAKOBS, *STRAFRECHT AT*, 2ª ed., 1992, § 13, núm. marg. 27.

⁵⁶ Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, 2ª ed., München, 1994, Auflage Beck, § 16, núm. marg. 52 – 53.

⁵⁷ No obstante, es preciso advertir que esta opinión no es unánime. Según HRUSCHKA lo relevante no es la relación entre los intereses en colisión y el sujeto titular de los mismos. A juicio de este autor lo importante es la determinación de los costes y utilidades de la acción necesaria, en un cálculo en el que «lo que se cuestiona es, únicamente, cómo salir de la situación que amenaza con el mínimo coste posible y no cómo han llegado los intereses en cuestión a esa situación» (cfr. «Entscheidungsanmerkung», *Juristische Rundschau*, 1979, pp. 126 – 127). También Maurach / Zipf sostienen que la provocación «culpable» de la situación de necesidad no representa siempre la pérdida del «derecho» a la acción necesaria, sino que más bien impone una restricción en la elección de los medios que pueden ser empleados en el salvamento (cfr. MAURACH / ZIPF, *Strafrecht AT*, t. 1, 8ª ed., Heidelberg, 1992, C.F. Müller Juristischer Verlag, p. 389). En sentido similar, LENCKNER considera que «un bien jurídico no pierde la cualidad de un mayor merecimiento de protección porque el sujeto amenazado haya provocado culpablemente una situación en la que tiene que lesionar otro bien jurídico» (cfr. *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1965, J. C. B. Mohr, pp. 104 – 105; más recientemente en SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1991, C. H. Beck'sch Verlagsbuchhandlung, p. 572, si bien en esta obra admite, como hacen Maurach / Zipf, que la provocación influye en las posibilidades de elección de los medios de salvamento).

⁵⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Madrid, 1930, Reus, pp. 68 – 70; EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 3ª ed., Buenos Aires, 1975, Losada, pp. 405 y ss.

la provocación representa la introducción de un peligro en el «acontecer social», y por ello se genera una obligación de tolerancia para el sujeto creador del mismo, que debe soportar en sus bienes las consecuencias lesivas que de dicho peligro se deriven⁵⁹. Es preciso advertir que esta amplia formulación de la responsabilidad por el peligro, basada en un supuesto «deber de tolerancia» de la lesión, guarda una estrecha relación con el principio señalado por BINDING, según el cual, «quien se ponga en peligro, que perezca en el mismo», que ha sido rechazado en su concepción extrema por la mayoría de la doctrina alemana, la cual sostiene que la creación del peligro no puede conducir al rechazo automático de la justificación de la acción necesaria⁶⁰.

Más allá de esta vaga referencia al «deber de tolerancia» derivado de la creación del peligro, LUZÓN PEÑA ha recogido en parte este planteamiento, concretando su aplicación y poniéndolo en relación con el criterio de la «exigibilidad general». Según LUZÓN, la provocación del peligro se traduce en una reducción del valor de los intereses del sujeto provocador, que a su vez afecta a la «exigibilidad general»: tras la provocación y la pérdida de valor de sus intereses, al provocador le es exigible tolerar la lesión de sus bienes⁶¹. No obstante, cabe interpretar que LUZÓN no concede validez general a este planteamiento, ya que considera que la pérdida de valor de los intereses del provocador y el aumento de la exigibilidad general sólo tiene lugar en los casos de provocación del sujeto «necesitado» que no es a la vez «agente» (supuestos tradicionalmente entendidos como de «auxilio necesario»), mientras que en los

⁵⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, pp. 200 y ss. Más recientemente, Mir Puig ha utilizado en parte este criterio, en los casos de auxilio necesario, para fundamentar la responsabilidad del sujeto agente que provoca una situación de necesidad para intereses jurídicos ajenos. También Mir parece compartir la convicción de que al sujeto que provoca el peligro le corresponden deberes jurídicos especiales. Ahora bien, puesto que en los casos de auxilio necesario con provocación del agente no necesitado los intereses del provocador no están en peligro, no es un «deber de tolerancia» el que se genera, sino que, en opinión de MIR, lo que se crea es un deber de auxiliar al sujeto puesto en peligro, aunque finalmente la conducta necesaria reciba un castigo, «no por haber cumplido el deber de auxilio, sino porque la lesión es imputable a una provocación dolosa anterior» (Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 5ª ed., Barcelona, 1998, Reppertor, p. 477. De la misma opinión, CUERDA ARNAU, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, Tirant lo blanch, pp. 159 – 160; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español PG*, 5ª ed., Madrid, 1996, Tecnos, pp. 316 – 317).

⁶⁰ Véase la evolución histórica desde este principio a la teoría actual del tratamiento de la provocación en la ponderación amplia de intereses del § 34 del StGB, en mi monografía *La provocación en el estado de necesidad*, pp. 271 y ss.

⁶¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, 1995, p. 2915; EL MISMO, *Curso de Derecho penal PG*, t. I, Madrid, 1996, Universitas, pp. 631 – 632.

casos de estado de necesidad propio no concede repercusión a la provocación del sujeto (que es a la vez «agente» y «necesitado») en la valoración de los intereses y de la situación de conflicto, proponiendo en estos supuestos el recurso a la a.i.i.c. (cuya aplicación, como el mismo LUZÓN reconoce, exige la previa conformidad a Derecho de la acción necesaria en sí misma)⁶².

2. *La tesis de BALDÓ LAVILLA: la provocación como «competencia» del sujeto en la creación del conflicto y la imposición de «deberes de tolerancia»*

BALDÓ LAVILLA parece reincorporar el principio de responsabilidad por la creación del peligro en los términos amplios en los que fue formulado en su origen, ya que mantiene que la situación «legítima» de estado de necesidad «agresivo» o «defensivo» es aquélla en la que el sujeto «necesitado» no ha provocado «la situación de peligro que ha originado la situación de necesidad»⁶³. Ahora bien, la propuesta de BALDÓ se enmarca en un contexto más amplio en el que propugna una serie de principios con vocación de validez general en la solución de los conflictos de intereses originados en diversas situaciones de necesidad (con especial atención a la legítima defensa y al estado de necesidad⁶⁴). Resumiendo considerablemente su planteamiento, cabe interpretar que BALDÓ toma como punto de partida la necesidad de articular una serie de criterios axiológicos que expliquen por qué en los casos de conflicto de intereses, las reglas permisivas que los resuelven (en interacción con los mandatos y prohibiciones que constituyen un primer sistema normativo) establecen, en su opinión, facultades de salvaguarda y deberes de tolerancia de lesión⁶⁵. Tomando como punto de partida las ideas de libertad y solidaridad como valores superiores del orden social, así como el reconocimiento de una «esfera de intereses agregada al individuo», BALDÓ sostiene que los principios o ideas rectoras que explican la resolución de los conflictos de intereses son el de «autonomía individual» y el de «solidaridad intersubjetiva»⁶⁶. Desde esta interpretación, la autonomía del individuo en la organización de su «esfera de intereses» se trasluce tanto en «libertad de organización», como en «responsabilidad por

⁶² Cfr. LUZÓN PEÑA, «*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación», *ADPCP*, 1994, p. 62; EL MISMO, *Estado de necesidad*, p. 2915; EL MISMO, *Curso*, 1996, p. 632.

⁶³ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 121, notas 259 y 261.

⁶⁴ Siguiendo la diferenciación alemana, Baldó distingue entre «defensa necesaria», «estado de necesidad agresivo» y «estado de necesidad defensivo».

⁶⁵ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 33 y ss.

⁶⁶ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 43 y ss.

organización» y se concreta, a su vez, en otros tres principios: el de libertad de «autodefinición» de los propios intereses (lo que explica, según BALDÓ, la concesión de facultades de salvaguarda de los mismos)⁶⁷; el principio de responsabilidad por «el propio comportamiento organizador – generador de riesgos para terceros» (de tal manera que según la competencia del sujeto en la creación del peligro, se produce, en el ámbito de las causas de justificación, el nacimiento de específicos «deberes de tolerancia»)⁶⁸; y el de «asunción personal de los riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas»⁶⁹. La idea de autonomía personal así especificada ha de ponerse en relación en el pensamiento de BALDÓ, en segundo lugar, con la de solidaridad entre las diversas «esferas organizativas autónomas». Esta solidaridad intersubjetiva es la que explica, a juicio de BALDÓ, la afirmación de determinados «deberes de tolerancia» en el caso del sujeto afectado, que recibe la acción necesaria o de defensa. Estos deberes, por otra parte, tienen distinta intensidad en función del valor de los intereses en conflicto⁷⁰.

¿Cómo se articulan estos principios y cómo se concreta dicha articulación en el caso de la provocación en el estado de necesidad? A juicio de BALDÓ, el principio con mayor virtualidad «ordenadora» es el de «responsabilidad por el propio comportamiento organizador», o, de forma más clara, el de «competencia por la fuente del peligro»⁷¹. De este modo, la «coordinación axiológica justa» de los conflictos de intereses individuales, en atención al punto de vista del sujeto necesitado y el sujeto afectado, requiere tener en cuenta el «contexto» origen de la situación de necesidad. Con ello, o al menos eso es lo que parece desprenderse de la exposición de BALDÓ, la provocación no supone un factor más a tener en cuenta, sino que, como expresión de la «competencia» del sujeto en la creación del conflicto, supone el punto de inflexión en la atribución, o no, de «facultades de salvaguarda» y en la imposición, o no, de «deberes de tolerancia»⁷².

⁶⁷ Cfr. BALDÓ, *op. cit.*, pp. 52 – 53.

⁶⁸ BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

⁶⁹ BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁷⁰ BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

⁷¹ BALDÓ LAVILLA, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

⁷² A favor de este punto de vista se ha mostrado Silva Sánchez, quien considera que en el ámbito de la justificación lo «decisivo» es en qué medida la conducta del sujeto «compromete» los principios de autonomía de esferas jurídicas y de solidaridad interpersonal. Bajo esta comprensión, la justificación determina «deberes de abstención» en el tercero afectado por el hecho, mientras que la ausencia de justificación origina «facultades de reacción» de ese tercero (cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una «situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA / MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, Mc Graw Hill, pp. 167 – 168).

Las ideas de «deber de tolerancia» o de «solidaridad» y «derecho a la solidaridad» manejadas por BALDÓ son, como hemos visto, similares a las que ha utilizado un sector de la doctrina alemana para explicar la relevancia de la provocación en el estado de necesidad. Sin embargo, las tesis de KÜPER o ROXIN no son del todo coincidentes con la propuesta de BALDÓ. Para la doctrina alemana, el elemento decisivo en la justificación lo representa la ponderación de intereses, que expresamente ha reconocido el legislador en el parágrafo 34 del StGB, que regula el estado de necesidad justificante. Con este punto de partida, un sector de la doctrina de aquel país defiende una ponderación amplia de intereses en la que se incluirían distintos factores (y entre ellos la provocación⁷³), aunque específicamente la ley sólo se refiera a los «bienes jurídicamente afectados» y el «grado de peligro que los amenaza»⁷⁴. Desde esta perspectiva, la provocación o creación del peligro constituye un factor más a incluir en la ponderación, pero no el decisivo, pues hay que tener en cuenta que la ley se refiere expresamente al valor de los bienes jurídicos afectados y al grado de peligro que los amenaza. Sin embargo, BALDÓ considera que el criterio de la ponderación de intereses concebido de una manera tan amplia en realidad carece de «capacidad explicativa» y no aporta criterios materiales de regulación del orden social que puedan ser directamente aplicados⁷⁵. Por tanto, la primera diferencia entre la propuesta de BALDÓ y las opiniones de KÜPER y ROXIN se encuentra en que para estos últimos el criterio determinante sigue siendo la ponderación de intereses, mientras que para BALDÓ la ponderación sólo representa un instrumento analítico o metodológico⁷⁶.

⁷³ Si bien también hemos visto que esta opinión no es unánime y otro importante sector de la doctrina niega la influencia de la provocación en la ponderación de intereses.

⁷⁴ El § 34 del StGB tiene el siguiente texto:

«§ 34. *Estado de necesidad justificante*. El que ante un peligro actual, y no evitable de otra manera, para la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para evitar el peligro para sí mismo o para un tercero, no actúa antijurídicamente cuando, ponderando los intereses en conflicto, especialmente los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés protegido prepondere esencialmente sobre el lesionado. Sin embargo, ello sólo regirá para el caso de que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro».

⁷⁵ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 38 y ss.

⁷⁶ En este aspecto difiere con la tesis defendida en España por Molina Fernández, quien también adopta como punto de partida la existencia de las «actio duplex» a las que aludía Baldó, pero considera que el principio de la ponderación de intereses, articulado con el de la creación del menor coste posible en las resoluciones de las situaciones de conflicto tiene la suficiente entidad como para constituir un principio básico «esencia» de la justificación. Precisamente, Molina objeta a Baldó que no haya diferenciado en su crítica al principio de ponderación entre la conveniencia de incluir en la valoración todo lo relevante en el conflicto y la «mezcolanza inarticulada de elementos a valorar», que, en opinión de Molina, es la que de alguna manera arruina la utilidad de la cláusula de ponderación (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general», pp. 168 y ss.).

El segundo punto de divergencia entre estas posiciones se encuentra, en mi opinión, en la importancia esencial que BALDÓ otorga a la idea de reconocimiento de esferas de intereses jurídicos individuales, sobre las que se proyecta la autonomía de organización y la responsabilidad del sujeto. Desde esta comprensión, el principio de responsabilidad (y en consecuencia, la responsabilidad por la provocación de peligros para bienes jurídicos) pasa a un primer plano, determinando de manera esencial la posibilidad de obtener o no las facultades de salvaguarda de los intereses propios y, en definitiva, la protección del Derecho.

Sin lugar a dudas la propuesta de BALDÓ tiene mucho más que ver con el pensamiento de JAKOBS. Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva defendida por este autor (y en general su sistema de teoría del delito) se basa en el reconocimiento, como primera premisa, de esferas organizativas autónomas, en las que el sujeto desempeña un rol social que debe ajustarse a unas expectativas. En segundo lugar, la concepción de la imputación objetiva en JAKOBS se asienta en la consideración, que deriva de la primera premisa, de un deber de garante del sujeto, tanto en los delitos de acción como en los de omisión, que consiste en la obligación de organizar su esfera de intereses sin introducir riesgos para intereses jurídicos ajenos. La idea de «responsabilidad por organización» se presenta de esta manera como el fundamento de la imputación⁷⁷. Estos conceptos son trasladados al ámbito de la justificación y en concreto al del estado de necesidad, para resolver aquellos casos en los que la «responsabilidad por organización», en cuanto creación del peligro, corresponde al sujeto que se encuentra inmerso como sujeto necesitado en la situación de necesidad. En este sentido, JAKOBS apunta los criterios que desarrolla después BALDÓ: en caso de que el peligro no provenga del sector de intereses del sujeto necesitado pero tampoco del afectado, entonces, según JAKOBS, procede la responsabilidad «preferente» del sujeto necesitado (lo que se traduce en que este sujeto debe sacrificarse «primero»); si la responsabilidad por el peligro corresponde al sujeto necesitado, la consecuencia es la reducción del valor de los bienes de este sujeto, en función de la clase de provocación (en los casos de provocación dolosa, según JAKOBS, se excluye el derecho a la «solidaridad» ajena; en el resto de los casos el derecho disminuye en función del grado de imprudencia)⁷⁸.

⁷⁷ No obstante, esta «responsabilidad por organización» es complementada por Jakobs con una «responsabilidad estatutaria» derivada de la existencia de deberes especiales de protección. Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá), Madrid, 1997, Civitas, pp. 209 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal PG*, 2ª, (trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, Marcial Pons, pp. 258 y ss.

⁷⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal PG*, 2ª, 1997, pp. 510 – 511.

3. ¿Conexión de los principios de «responsabilidad por el peligro» y «deberes de tolerancia» con enfoques «victimodogmáticos»?

Creo que en el planteamiento de JAKOBS se encuentra una importante base argumental que ha sido después utilizada por los partidarios de la llamada «Victidogmática», que precisamente defiende la trascendencia, en la responsabilidad penal del autor, de la participación de la víctima en la creación del peligro, entendida ésta como sujeto responsable que también tiene unos deberes de organización y protección de su esfera de intereses. Si establezco esta relación es porque precisamente los autores que se han ocupado de la repercusión del planteamiento «victidogmático», advierten que el requisito de ausencia de provocación en las eximentes de legítima defensa o de estado de necesidad, así como las teorías que defienden la influencia de la provocación en la resolución de las situaciones de conflicto, guardan una estrecha relación con los principios de la victidogmática, en la medida en que asumen la idea de «responsabilidad por organización» en un conflicto entendido como colisión entre esferas de intereses individuales⁷⁹.

En realidad, más que de una «victidogmática» entendida como una rama de la ciencia del Derecho penal o siquiera como una corriente de pensamiento, cabe hablar de «enfoques» o «aproximaciones» victidogmáticas, que se ocupan de distintas constelaciones de problemas que como denominador común requieren, para su solución, una reflexión sobre la trascendencia de la responsabilidad de la víctima en la creación del peligro⁸⁰. De este modo, el análisis fundamentalmente de dos grupos de casos (aquellos en los que la víctima consiente en la generación

⁷⁹ En este sentido, TAMARIT SUMALLA advierte que el tratamiento legal de la provocación en la legítima defensa y en el estado de necesidad «se corresponde con criterios de carácter victimológico», y recuerda algunas de las teorías utilizadas por un sector de la doctrina alemana que niegan el derecho de defensa al provocador sobre la base de una pretendida «pérdida de tutela» o de una «ausencia en la necesidad de protección» (cfr. en *La víctima en el Derecho penal*, Pamplona, 1998, Aranzadi, pp. 190 y ss.). Esa correspondencia con la denominada «victidogmática» se aprecia con especial claridad en Bonet Esteva, quien propone la construcción de una escala gradual que recoja actuaciones de la víctima y su repercusión en distintos grados o escalones en función de su intervención, representando la provocación de las causas de justificación uno de los grados de esta escala, que tendría como función la de examinar el comportamiento de la víctima de forma simétrica a la del autor (cfr. BONET ESTEVA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999, Mc Graw Hill, pp. 242 – 243).

⁸⁰ Esta cuestión no puede ser revisada aquí. No obstante, en España contamos ya con importantes trabajos que se ocupan con detenimiento de estos problemas. Especialmente, las aportaciones de SILVA SÁNCHEZ: «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática», en De la

del peligro y participa en la creación del mismo, y los supuestos de donación y suministro de drogas) ha puesto de manifiesto la necesidad de reconsiderar si la participación «libre» y «responsable» de la víctima en la creación del peligro ha de repercutir en una adecuada aminoración de la responsabilidad del autor (o incluso en una exoneración del mismo). A pesar de la inexistencia de un sistema de conclusiones que permitan hablar de una solución «victidogmática», este punto de partida ha permitido la elaboración de una serie de principios, si bien con un perfil aún no acabado, ya que, en mi opinión, operan más bien como propuestas formuladas con cautelas ante la indefinición de sus consecuencias prácticas⁸¹. La base sobre la que suelen operar las reflexiones victidogmáticas es la idea de «auto responsabilidad» o autonomía de la víctima (en alemán, *Selbstverantwortung* o también *Eigenverantwortung*). Sin embargo, como destaca CANCIO MELIÁ, no existe en la doctrina un concepto claro de «auto responsabilidad», lo que repercute en una falta de uniformidad en todos estos planteamientos⁸². No obstante, este principio se basa en la afirmación del concepto de responsabilidad a partir de libertad y autodeterminación: en la sociedad, también la víctima ha de asumir un papel responsable. De la noción de responsabilidad, el enfoque «victidogmático» hace derivar otro de los principios que pare-

Cuesta (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia – San Sebastián, 1989, pp. 633 – 646; «Innovaciones teórico – prácticas de la victimología en el Derecho penal», en Beristain / De la Cuesta, *Victimología*, San Sebastián, 1990, pp. 75 – 83; «La «víctimo – dogmática» en el Derecho extranjero», en *Victimología*, pp. 106 – 112; «La «víctimo – dogmática» en el Derecho español», en *Victimología*, pp. 195 – 203; «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la «víctimo – dogmática»», en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, Consejo General del Poder Judicial, pp. 13 – 52. Muy clarificador, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona, 2001, J. M. Bosch. También los ya citados Bonet Esteva (*La víctima del delito*) y Tamarit Sumalla (*La víctima en Derecho penal*). Recientemente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / PAREDES CASTAÑÓN (COORD.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999*, León, 2004, Universidad de León.

⁸¹ En realidad es difícil hablar de seguidores de la «victimodogmática», sino sólo de autores que reflexionan sobre el enfoque que tiene en cuenta la intervención de la víctima y que admiten ciertas consecuencias de dicha intervención en la imputación del resultado o en la responsabilidad del autor.

⁸² En este sentido, Cancio apunta que la mayoría de las elaboraciones dogmáticas toman como punto de partida el principio de «autorresponsabilidad», pero ciñéndose a enunciarlo sin ofrecer una delimitación conceptual, con los consiguientes riesgos de confusión e inseguridad por cuanto dicho principio es utilizado con significados diferentes (Cancio recoge la opinión de Frisch, crítica en la misma dirección – cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª ed., pp. 261 y ss.; FRISCH, «Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmässigen Verhalten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 3 -).

cen sustentar este planteamiento: el nacimiento de un deber de protección para la víctima⁸³. Precisamente, la infracción de este deber de protección es la que deja a la víctima en una situación desfavorecida frente al Derecho penal: por un lado, el Derecho penal se plantea que en estos casos su intervención no es necesaria, ni adecuada la pena para el autor de los hechos; por otro lado, se produce en el ámbito de la víctima una disminución o pérdida de su derecho a la protección.

¿Son trasladables estas consideraciones al ámbito de las causas de justificación y, en su caso, al problema de las indicaciones en el aborto? El hecho de que todas las reflexiones «victimodogmáticas» giren en torno a la «víctima» y a su responsabilidad, dificulta la inclusión de estos planteamientos en el terreno de la justificación, en el que propiamente no estamos ante una «víctima» clara. Concretamente, ¿quién es la víctima en el estado de necesidad?: ¿el sujeto que ve amenazados sus intereses jurídicos por la situación de conflicto y lleva a cabo la acción de necesidad o el sujeto afectado que soporta la intromisión en sus bienes de la acción necesaria? En definitiva, ¿cuál es la provocación relevante? Sin embargo, no cabe duda de que uno de los principios básicos que sustentan las reflexiones «victimodogmáticas», a saber el de que la creación del peligro se traduce en responsabilidad y ésta en «pérdida del derecho a la protección», es al mismo tiempo el argumento fundamental que utilizan los autores que defienden que la provocación elimina el derecho de necesidad o el de defensa⁸⁴. En el problema concreto de la provocación de las indicaciones en el aborto, lo que en definitiva nos

⁸³ Si bien es necesario precisar que este deber es planteado con cautelas, en las que se expresan las posibles consecuencias negativas de la aceptación de un deber de «autotutela» y la necesidad de que sea expresado bajo ciertos límites. En este sentido, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito», 1989, p. 644; HASSEMER, «Consideraciones sobre la víctima del delito», *ADPCP*, 1990, pp. 251 y ss.

⁸⁴ A mi modo de ver, la utilización indiscriminada del principio de la responsabilidad por el peligro en el ámbito de la imputación y en el de las causas de justificación, sin distinguir adecuadamente entre estos dos grupos de problemas, puede llevar a criticables soluciones, como la contenida en la STS de 17 de septiembre de 1999 (críticamente comentada por distintos autores, en la obra antes citada *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor* – coord. Díaz y García Conlledo / Paredes Castañón -). En esta sentencia se decide sobre un caso que se inicia con una discusión entre dos sujetos en cuyo transcurso, uno de ellos, Francisco Manuel, propinó un tortazo al otro, Federico, tirándolo al suelo; tras esto, Federico se levantó y cogió una silla de plástico de la terraza, al parecer con la intención de agredir a Francisco Manuel. Supuestamente (y es que los hechos no son claros al respecto), Francisco Manuel asió la silla para defenderse de la agresión, lo que ocasionó un forcejeo, que determinó que Francisco Manuel cayera al suelo, sufriendo una fractura en el hombro, que necesitó para su curación tratamiento médico y quirúrgico. El TS considera que no cabe la imputación «objetiva» de las lesiones sufridas (del 147.1 del CP), porque «el perjudicado se ha introducido por su propia decisión en la situación peligrosa que él mismo provocó

cuestionamos es si la provocación de la situación por parte de la mujer representa la pérdida de la protección de sus derechos, y por tanto, la imposibilidad de interrumpir el embarazo de forma legítima.

4. *Toma de postura: revisión crítica de la «regla» que atribuye «deberes de tolerancia» a la simple creación del peligro*

La pregunta a la que llegamos tras la anterior exposición es la de si admitimos la validez de una serie de principios que nos llevarían a afirmar que la provocación de las indicaciones, con independencia de lo expresado en el artículo 417 bis, representa una creación de peligro, que en virtud del principio de responsabilidad genera para la gestante provocadora una pérdida del derecho a la protección de sus intereses en todo caso, lo que determinaría, en consecuencia, la punibilidad del aborto subsiguiente a la provocación.

En el ámbito de la víctima, CANCIO MELIÁ ha puesto de manifiesto, a mi modo de ver de manera contundente, las debilidades del planteamiento «victidogmático» desde sus fundamentos, pues, como señala CANCIO, la intervención de la víctima no explica suficientemente la falta de necesidad de pena para el autor y la inhibición del Derecho penal en estos casos, ni tampoco la pérdida del derecho a la protección⁸⁵. La inhibición del Derecho penal no puede ser entendida por cuanto, a pesar de la intervención de la víctima, existe una conducta, la del autor, que ha traspasado los límites establecidos por el Derecho poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos ajenos. En mi opinión, la necesidad de que el Derecho cumpla con sus objetivos de inhibir comportamientos lesivos para bienes jurídicos, que no son menos graves por la intervención de un tercero, ha de regir también en los casos en los que la víctima anda un tanto despistada o es un poco temeraria (contribuyendo al peligro), o un poco «macarra» (provocando, dentro del límite permitido), sin que quepa considerar estos conflictos como «privados». Por otra parte, el criterio según el cual la intervención de la víctima genera una pérdida del merecimiento a la protección contiene, como apunta

con su primera agresión», por lo que la sentencia concluye que sólo puede ser aplicada una falta de maltrato de obra del 617. 2 del CP. La confusión entre dos momentos que deben ser diferenciados (el tortazo y la posterior agresión con la silla), conduce a una rechazable interrelación entre el problema de la influencia de la provocación en la legítima defensa y el de la imputación de riesgos a conductas antijurídicas (en sentido similar, cfr. Díaz y García Conlledo / Paredes Castañón, *Relevancia de la actuación de la víctima*, op.cit., p. 57; Feijoo Sánchez, en la misma obra, pp. 95 y ss.; Sanz Morán, en la misma obra, pp. 142 – 143).

⁸⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª ed., pp. 244 y ss.

CANCIO, una «petitio principii» sin justificación normativa, lo que se trasluce en la necesidad de que el Juez, en el caso concreto y con la consiguiente inseguridad, utilice valoraciones en torno al «merecimiento» o «desmerecimiento» de protección, sin criterios normativos certeros en los que apoyar tal decisión⁸⁶.

Aunque no estamos ante cuestiones totalmente equivalentes, creo que es posible trasladar parte de estas consideraciones al ámbito de la justificación, en el que, por otra parte, la utilización de principios sin base normativa puede llevar a la indeseable consecuencia, contraria al principio de legalidad, de aumentar el ámbito de las conductas prohibidas. En efecto, mientras que la influencia de la intervención de la víctima en la responsabilidad del autor (que se traduce, como hemos visto en la atenuación o incluso exoneración de la misma) puede ser explicada mediante criterios de «reducción teleológica» de los tipos, sobre la base de una supuesta «hipertrofia punitiva»⁸⁷, es preciso advertir que la reducción del derecho de defensa o de necesidad impuesta al sujeto provocador, significa la consideración de sus actuaciones de defensa como antijurídicas y, por tanto, punibles⁸⁸. Por esta razón, la aplicabilidad de estos principios a las causas de justificación ha de ser vista con especiales cautelas⁸⁹.

Llegados a este punto, quizás resultaría más coherente con nuestro planteamiento inicial, y a estas alturas más clarificador con el lector, preguntarse por las consecuencias prácticas de estos enunciados teóricos, tanto en el ámbito general de exoneración de la responsabilidad del autor por la intervención de la víctima, como en la posible disminución

⁸⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ, *op.cit.*, pp. 249 y ss.

⁸⁷ En este sentido, cfr. SILVA SÁNCHEZ, que defiende la posibilidad de reducción teleológica del tipo por parte del intérprete en atención a la intervención de la víctima, de la misma manera que se opera con los límites del riesgo permitido, la adecuación social o la insignificancia (cfr. «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?», pp. 640 y ss.).

⁸⁸ Esta precisión es señalada por TAMARIT SUMALLA, cfr. en *La víctima en el Derecho penal*, pp. 191 y ss.

⁸⁹ En atención a esta consideración, tiendo a pensar que la teoría de Baldó Lavilla sobre los principios que informan las situaciones de necesidad es más bien una propuesta de «lege ferenda», en el sentido de que, al margen de que se comparta o no el sistema defendido por Baldó, en un estado ideal de cosas, cualquier tratamiento de la provocación que parta de la ley no puede olvidar que en Derecho español la provocación del estado de necesidad, por ejemplo, sólo tiene relevancia en la apreciación de la eximente cuando es «intencionada». Claro que la situación es diferente en Alemania, en la que la fórmula genérica de la cláusula de ponderación de intereses contenida en el parágrafo 34 del StGB permite una defensa de «lege lata» de la solución de Jakobs, que defiende una trascendencia gradual en la concesión del derecho de necesidad en función de la clase de competencia por el peligro del sujeto necesitado provocador.

del derecho de defensa o de necesidad por parte del provocador en el estado de necesidad, la legítima defensa, o en las indicaciones del 417 bis. Si tenemos en cuenta que el enfoque victidogmático y los principios defendidos por KÜPER o ROXIN apuntan, por un lado, al deber de protección de la víctima, en el sentido de «no realizar conscientemente actos que supongan una creación o incremento del riesgo de lesión de los bienes jurídicos de los que es titular»⁹⁰, o de evitar comportamientos provocadores o cooperaciones relevantes⁹¹, y, por otro, al deber del provocador de tolerar sobre sus bienes las consecuencias de la situación de conflicto⁹², veamos qué puede representar esto en la práctica:

- Hasta hace sólo unos diez años, en el pueblo en el que vivo la llegada del verano significaba puertas de la calle abiertas de par en par, mientras los habitantes de las casas hacían las faenas domésticas o charlaban en la calle. La repetición de hurtos durante dos veranos seguidos consiguió prácticamente acabar con esta costumbre, pero gradualmente, de tal manera que todavía ahora algunas puertas continúan abiertas.
- Si se me permite continuar con la anécdota localista: teníamos en el barrio una vecina casada con un individuo violento con el que tenía frecuentes discusiones. Tras una de estas peleas, este sujeto dejó a esta mujer sangrando por la nariz, con otras magulladuras, en medio de la calle, cerró la puerta de la casa con llave, y se marchó al bar como de costumbre, ya que bebía en exceso y con frecuencia. La mujer pidió ayuda a los vecinos, entre lágrimas, pero para que la dejaran una escalera para entrar por el patio, ya que explicaba que no tenía nada más ni a nadie más en la vida, y que quería volver a casa para intentarlo de nuevo y conseguir cambiar la actitud de su marido. Ante los llantos de la mujer, los vecinos, de cuya conducta ahora nos olvidaremos,

⁹⁰ En este sentido, aunque limitándolo a los casos en los que para la producción de la lesión ha de darse un acto de la víctima, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?», pp. 643 y ss.

⁹¹ Actuaciones de la víctima que podrían dar lugar, en opinión de TAMARIT SUMALLA, con las debidas cautelas y tras los oportunos ajustes legales, a una disminución del injusto del autor (cfr. *La víctima en el Derecho penal*, 1998, pp. 169 y ss.).

⁹² Es preciso advertir el distinto significado que adquiere el «deber de tolerancia» en la legítima defensa y en el estado de necesidad. En la legítima defensa, la mayoría de la doctrina se inclina por un deber de «ajustar» la defensa a determinados límites, mientras que en el estado de necesidad se impone un deber de soportar sobre los propios bienes las consecuencias del peligro o del «mal» que amenaza. Ahora bien, si se admite que la acción de necesidad sigue representado la producción de un mal jurídico penal, cabe defender que frente a ella es posible oponer otro estado de necesidad (como defiende CUERDA RIEZU, cfr. *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, Tecnos, pp. 306 y ss.), con lo que propiamente no es posible hablar en estos casos de un auténtico «deber de tolerancia».

hicieron lo que creyeron mejor: dejarle la escalera y llamar a la Guardia Civil. Desafortunadamente, la Guardia Civil vino más tarde que el marido, que volvió a golpear a esta mujer causándole importantes lesiones.

- Supongamos que en el caso que antes se narraba, a la vuelta del marido, la mujer inicia una conducta «provocadora», reprochándole su actitud de abandono y maltrato, responsabilizándole de su sufrimiento, recordándole que el alcohol les estaba separando, negándose a abandonar la casa y la relación, diciéndole repetidamente: «con lo que yo te quiero, y después de que no te voy a abandonar, ¿te vas a atrever a volver a pegarme?». Imaginemos que ante eso el marido inicia una agresión golpeándole en la cara y que ella coge un cuchillo causándole lesiones.
- Por último, para estudiar los problemas de provocación en el estado de necesidad, utilizaremos un caso de la jurisprudencia alemana. En la sentencia del BayObLG de 26 - 5 - 1978 se recogen los siguientes hechos⁹³: Un sujeto, empleado como conductor de camiones en una empresa de transporte de materias fecales, cargó el vehículo con estas materias, con un peso total de 22 toneladas. En busca de un terreno adecuado para su descarga, circuló por un camino de campo que discurría al lado de un foso. Habiendo circulado unos 25 ó 30 metros por el camino, las ruedas del vehículo resbalaron desde el camino hacia el foso, de tal manera que el camión amenazaba con volcar. Para evitar el daño inminente del vehículo y el peligro para su propia vida, el conductor descargó las materias fecales en el terreno agrícola colindante, con el consiguiente daño medio ambiental. Aunque en la sentencia del Tribunal alemán no se dice nada del peligro para la vida del conductor, sino que sólo se refiere a los daños del vehículo, vamos a suponer que ese peligro, como por otra parte parece normal, existía.
- A estos supuestos sólo nos queda sumar el de la provocación de la indicación eugenésica, que nos ocupa desde el principio.

Como se advierte, estos casos esconden problemas diversos, que no admiten una solución «general», ya que una cosa es la contribución de la víctima a la creación del riesgo (que puede afectar a la imputación objetiva del resultado final) y otra muy diversa, la trascendencia de la provocación del peligro en la resolución de situaciones de conflicto, en las que el provocador pretende ejercer un derecho de defensa o de necesidad. Quiero aclarar, por tanto, que mi propósito no es caer en reduc-

⁹³ El supuesto de hecho de esta sentencia es expuesto por KÜPER, en *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, p. 136.

ciones, entre otras cosas porque resulta imposible afrontar aquí todos los problemas que se suscitan, pero sí que me interesa destacar que en la base de algunas de las soluciones que para estos casos se han propuesto, parece encontrarse la aceptación de esta cadena de premisas y conclusiones: la creación del peligro o la contribución al mismo genera una disminución del derecho a la protección del Ordenamiento jurídico, lo que representa, al mismo tiempo, un «deber de tolerancia».

¿Representa la contribución al peligro una pérdida del derecho a la protección de la víctima o del derecho a la acción de defensa o de necesidad? Desde un punto de vista estrictamente teórico, podemos dar por válida la creencia, en primer lugar, de que la responsabilidad en el «suceso» no tiene por qué verse reducida a la esfera del autor y que la víctima, como parte integrante del entramado social, tiene también un sector de responsabilidad; en segundo lugar, también cabe asumir que la provocación de la situación de conflicto no puede representar un hecho irrelevante para el Derecho. Por otra parte, también cabe asentir que la intervención del Derecho penal ha de verse reducida a los casos más graves, y que no puede dispensar protección cuando ésta no sea necesaria. Pero, ¿significa esto que haya que concluir que la responsabilidad de la víctima en la creación del peligro se ha de traslucir en la pérdida de derechos a la protección?; ¿significa que la conducta desafiante de la mujer impide que pueda después defenderse de la agresión o que el sujeto que conduce el camión no pueda arrojar la carga para evitar los daños o las lesiones? Yo no lo creo. Sin lugar a dudas, tanto los vecinos que dejaban las puertas abiertas, como la vecina que pedía la escalera, como ella misma «provocando» siquiera imprudentemente al agresor, contribuían de manera consciente (pues ya había hurtos anteriores y agresiones anteriores) a la creación del peligro de agresión. En consecuencia, podría pensarse que ante estas víctimas provocadoras e imprudentes, el Derecho penal debería inhibirse. Sin embargo, a todas luces se desprende la necesidad de castigar al vecino violento y la de castigar los hurtos. Por otra parte, creo que la mujer, a pesar del desafío, debe conservar su derecho a la legítima defensa cuando el marido la agrede, ya que en otro caso estaríamos «amparando» conductas que realmente lesionan bienes jurídicos protegidos, e indirectamente «castigando» a la mujer por su simple desahogo verbal. En el caso de las heces fecales, parece también adecuado permitir al conductor salvar su integridad física o su vida (aunque quepa castigarle finalmente por la imprudencia que genera la situación posterior, si el tipo lo permite).

Si esto no fuera así, es decir si defendemos que los vecinos que dejan las puertas abiertas o la mujer que vuelve a los brazos de su amante —agresor—, no «merecen» la protección o los autores no necesitan pena, desde luego que no lo podremos hacer en nombre de la libertad, la res-

ponsabilidad o el carácter subsidiario del Derecho penal. Porque aquí el Derecho penal sigue interviniendo, pero lo hace para inhibir comportamientos previos a la auténtica acción antijurídica, que pueden ser osados, imprudentes o incluso, «macarras», si se me permite, pero que no han pasado la barrera de la prohibición penal. La mujer puede que se metiera en la casa del agresor, pero buscaba una reconciliación⁹⁴. Es decir, en lugar de defender la «libertad / responsabilidad» y la subsidiariedad del Derecho penal, estaríamos propugnando la intromisión de este grave instrumento jurídico en parcelas de conductas que no han pasado la frontera que separa, por ahora, lo que es delito y lo que no lo es⁹⁵.

Por otra parte, la idea de que la consideración de la víctima permite una distribución de responsabilidades, en función de la consideración de esferas de responsabilidad, por libertad de organización de estas esferas de intereses, así como la que el estado de necesidad o la legítima defensa han de ser interpretados como conflictos de intereses contrapuestos, también me suscita diversas objeciones. Tal vez todo podría quedarse en una mera cuestión terminológica, y decidir esto dispensaría una reflexión más lenta, pero permítaseme sugerir por ahora que la «atribución de pena» mediante la «asignación de responsabilidad a esferas de intereses» en lugar de nudar dicha responsabilidad tomando como punto de referencia conductas que crean o incrementan un riesgo por encima del nivel permitido de peligrosidad, puede introducir algunos puntos de confusión de indeseables consecuencias. Entiendo que no es preciso recurrir a las nociones de «esferas de intereses» o de «ámbitos de organización» para afirmar el principio de responsabilidad por el hecho, basado en el reconocimiento de la libertad del individuo. Con independencia de la discusión en torno al libre albedrío y las funciones de la pena, creo que existe acuerdo a la hora de admitir, al menos en el caso concreto, que la actuación antijurídica que se juzga ha sido «libre», por cuanto el sujeto no actúa forzado o instrumentalizado, y, por ello, éste es responsable penalmente. Es decir, la importancia del principio de libertad y responsabilidad por el hecho para la atribución de la pena ya puede ser reconocida sin tener que invocar la existencia de «ámbitos

⁹⁴ Incluso en el supuesto en el que de alguna manera «desafía» a su marido, retándole a que le pegue, entiendo que esta actuación no puede influir en la valoración de la conducta del marido, que, sobrepasando el riesgo permitido decide golpearla (con lo que estoy en desacuerdo con la opinión de CANCIO MELIÁ y PEÑARANDA RAMOS, que parecen admitir que las conductas desafiantes de la víctima sí que influyen en la pérdida de valor de sus intereses, y en la atenuación del injusto del autor – cfr. el comentario de estos autores en *Relevancia de la actuación de la víctima*, *op. cit.*, pp. 37 – 38 y nota 23).

⁹⁵ Como señala SANZ MORÁN (cfr. en *Relevancia de la actuación de la víctima*, *op.cit.*, p. 141), esta consideración de la actuación de la víctima en la imputación al autor atribuye al sujeto que «cae» en esta condición todo un conjunto de normas de actuación, convirtiéndose en «alguien sospechoso».

de auto responsabilidad». Pero es que, por otra parte, la utilización de la idea de «esfera de autonomía individual» a la que atribuir «merecimientos» de protección o «deberes de tolerancia», en lugar de hablar en términos de asignación de responsabilidad a sujetos en función de conductas que infringen normas o desobedecen mandatos (creando riesgos), encierra algunas connotaciones al menos inquietantes. Por varias razones. En primer lugar, porque posee un elemento de conexión directa de la responsabilidad «con el individuo» (con su «esfera» o «ámbito» de intereses), sin poner de manifiesto de una manera clara que dicha conexión es a través de la conducta concreta del individuo, lo que puede introducir confusiones, como la que en mi opinión se produce cuando se tienen en cuenta comportamientos previos del sujeto para valorar el que realmente ha cruzado la frontera de lo permitido. En segundo lugar, porque la atribución de resultados lesivos y de responsabilidad penal a «esferas de intereses» presenta una gran complejidad técnica para el intérprete, o al menos así lo veo yo⁹⁶, lo que me hace dudar de la preferencia de este criterio sobre el que anuda la responsabilidad al comportamiento antijurídico⁹⁷. En tercer lugar, porque si ya resulta complejo para el intérprete dibujar el mapa de esferas de intereses individuales

⁹⁶ El reconocimiento de estas «esferas de autonomía» requiere una determinación previa del ámbito de las mismas, lo cual no facilita nada la solución de los complejos casos de aportaciones diversas de riesgos en la producción de un resultado.

⁹⁷ La consideración de una especie de controversia entre esferas de intereses parece querer trasladar al ámbito del Derecho penal principios rectores del Derecho civil patrimonial. Sin ánimo de caer en simplificaciones por el escaso espacio que puedo dedicar a esta cuestión (sobre estos problemas véanse SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 18 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª ed., 2001, pp. 233 y ss.), si quisiera apuntar que, en mi opinión, la utilización de criterios patrimonialistas en Derecho penal cuenta con algunas dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta que esta rama del Ordenamiento jurídico protege bienes que no son disponibles por el individuo, como los bienes jurídicos colectivos o algunos individuales de especial valor como la vida o la integridad física. Hablar en estos casos de «libertad de organización» es imposible. En el ámbito concreto que nos ocupa, la consideración de criterios patrimoniales puede arrojar soluciones que en mi opinión no son satisfactorias. En el «caso de las heces fecales» que se expone en el texto, el peligro, al parecer, se limitaba al camión, que no era propiedad del conductor, sino de la persona para la que trabajaba. Esto significa que si se decide la justificación de la conducta de necesidad en atención a la atribución de la responsabilidad del peligro a determinadas «esferas de intereses» (que verían reducido su valor y su derecho a la protección), entonces no podría ser defendida la influencia de la provocación previa: pues el camionero no era el titular del interés puesto en peligro. Sin embargo, los autores que se ocuparon de esta cuestión entendieron que de todos modos la provocación debía influir en la valoración de la acción necesaria, ya que el camionero actuaba «como defensor» de los intereses del sujeto necesitado (cfr. en este sentido, DENCKER, «Der verschuldete rechtfertigende Notstand», *Juristische Schulung*, 1979, pp. 781 y ss.; KÜPER, *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, Berlin, 1983, Duncker & Humblot, pp. 151 y ss.). Sin embargo, a mi modo de ver, el Derecho penal tiene como función principal regular conductas humanas, también en las situaciones de conflicto, con el objeto de crear el

autónomas para señalar, en el caso concreto, la línea que une la responsabilidad con una concreta esfera (en lugar de atribuir resultados a aportaciones de riesgos, en fin, a conductas), más difícil todavía resulta para el sujeto que se encuentra en el momento «ex ante», en la disyuntiva entre emprender un comportamiento antijurídico o ajustarse a lo requerido por el Derecho, discernir si, en consideración de distintas valoraciones, su «esfera de intereses» sigue «mereciendo» la protección del Ordenamiento jurídico o, por el contrario, le corresponde un «deber de tolerancia»⁹⁸. En definitiva, porque estimo sumamente compleja la elaboración de una especie de mecanismo de subidas y bajadas de «derechos a la protección» o «deberes de tolerar» ataques que funcione en el caso concreto (es decir, que contribuya a los fines del Derecho penal en el momento «ex ante»). En realidad, la pretensión del Derecho penal es mucho más modesta, pero no menos importante: prohibir conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos (u obligar acciones tendentes a la salvación de dichos bienes)⁹⁹, a través de la determinación, que sólo es posible desde la perspectiva de la mayor certeza posible sobre qué está prohibido y qué está permitido.

menor coste posible. De este modo, lo que habría que valorar en el caso de las heces fecales es la entidad de los intereses en colisión: aun admitiendo que el peligro era sólo de daños para el camión (y ese conflicto es el que plantea la sentencia, aunque lo más lógico es suponer que si había riesgo de daños para el camión por caer a un foso, también lo había para el conductor del mismo), la acción de volcar la carga estaría justificada si el mal causado no es superior al evitado y si no quedaba más remedio que realizar esa conducta. Ahora bien, creo que la provocación imprudente de la situación no puede tener relevancia alguna en la resolución del conflicto: si esto fuera así, y se negase la justificación, estaríamos fomentando que el conductor se abstuviera de salvar al camión (desde luego, si su vida o integridad física está en peligro, dudosamente el sujeto se va a abstener de volcar la carga, por muchos deberes de tolerancia que el Ordenamiento jurídico le quiera imponer). En el caso de que el peligro ambiental fuera mínimo (como sucedía en el caso), resulta sorprendente que el Ordenamiento fomente la causación de los daños al camión (o si hubiera riesgo personal que prefiera la lesión de los bienes personales) y que ello se sustente en una especie de deber de «aguantarse» para el propietario del camión, que nada ha tenido que ver en el hecho.

⁹⁸ Desde la perspectiva de la «potencial» víctima, no creo que sea exagerado afirmar que este planteamiento implica a fin de cuentas la imposición de un insostenible recorte de libertades. No es sólo la pérdida del derecho a mantener las puertas abiertas de la casa, sino que puede convertirse, en el caso de las víctimas que, por ejemplo, se cruzan con individuos violentos (ocasionalmente o, por desgracia, durante toda la vida) en la obligación de emprender determinadas acciones (para no defraudar al violento) o de abstenerse de otras, que siendo perfectamente legítimas (al menos desde el Derecho penal) no pueden ser prohibidas de esta forma indirecta.

⁹⁹ Con esta afirmación no pretendo establecer una máxima general, sobre todo porque en este espacio me resulta imposible afrontar la discusión en torno a la vigencia de la teoría del bien jurídico como fundamento de la intervención penal. Únicamente he ensayado una reflexión sobre la función de las normas penales en una atención muy rudimentaria a su interrelación con el destinatario de las mismas. Sobre ello, procuro argumentar más ampliamente en el texto.

Los problemas para admitir la atribución de la responsabilidad a esferas de intereses con unos graduables derechos al merecimiento de la protección e igualmente variables deberes de tolerancia se ven especialmente, en mi opinión, en el ámbito de las causas de justificación, que es al que debemos derivar nuestra reflexión. Con dos advertencias: la primera es que estamos utilizando la hipótesis de que el 417 bis alberga causas de justificación (pero pueden representar causas de atipicidad o circunstancias eximentes de otra naturaleza); la segunda insiste en que el tratamiento de la provocación en los casos de estado de necesidad y los de legítima defensa es distinto.

En la legítima defensa, sí que existe un enfrentamiento entre dos individuos que alcanza una significación especial en los casos de provocación. La existencia de una provocación previa por parte del sujeto que luego se ve frente a la agresión (y que recurre a la defensa), repercute, a mi modo de ver, en la valoración tanto de la conducta agresora como de la conducta defensiva del propio provocador. Ahora bien, es muy importante especificar esta afirmación tan amplia, pues en todo caso habrá que tener en cuenta cuál es la conducta que ha «cruzado la línea» y ha representado una acción antijurídica. El hecho de que un sujeto lleve a cabo una actuación provocadora, pero que se mantiene dentro de un ámbito permitido, no puede finalizar en la negación del derecho a la defensa si luego después es agredido por el provocado. ¿O es que la mujer del ejemplo antes mencionado debe tolerar, sin derecho a la defensa, que el marido le agrede, sólo porque ha decidido tal vez desahogarse verbalmente, por mucho que esto pueda parecer un desafío?¹⁰⁰ En mi opinión, la creación consciente del peligro de agresión no justifica la «pérdida del derecho a la defensa»¹⁰¹.

¹⁰⁰ Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ (cfr. *Relevancia de la actuación de la víctima, op.cit.*, pp. 95 y ss.), la bofetada previa no puede justificar la agresión posterior: tras la bofetada, que no precisa reacción defensiva, sólo cabe esperar un comportamiento adecuado a Derecho (denuncia o querrela en su caso)

¹⁰¹ Una cuestión diferente es la de si en los casos de provocación previa, en la que ésta se incluye en un contexto de agresiones recíprocas, cabe imponer determinados límites a los medios utilizados en la defensa. Ahora bien, habría que determinar claramente si basta con meras provocaciones o es necesario hablar de agresiones que traspasen el límite de lo permitido, aunque sean de baja identidad. Por esa razón, creo que la fórmula contenida en el artículo 20.4.º del Código penal, que exige ausencia de provocación «suficiente» para conceder la defensa no es lo bastante precisa como para resolver adecuadamente esta cuestión (aunque, como señala TAMARIT SUMALLA, sea preferible a la de otros Códigos penales que recogen el requisito de ausencia de provocación sin exigir que sea «suficiente» – cfr. *La víctima en el Derecho penal*, pp. 192 – 193). No obstante, he de insistir en que la primera agresión que cruce el terreno de lo permitido es en todo caso una agresión ilegítima, con independencia de la provocación anterior, y que, por tanto, el que se defiende frente a ese agresor, aunque haya «jugado con fuego», si se ha mantenido dentro del umbral de lo permitido jurídico penalmente, debe poder conservar el derecho a la defensa. En el

En el estado de necesidad se hacen especialmente visibles las dificultades de aplicación de los principios antes mencionados. En esta circunstancia se regulan unas situaciones de conflicto que tienen una característica que les hace singulares: están en el límite de la posibilidad de intervención del Derecho penal. Se trata de conflictos en los que un sujeto ve amenazados sus bienes de tal modo que para poder salvarlos no le queda más opción que lesionar bienes ajenos. En estas situaciones, al Derecho le queda muy poco margen de actuación, pero aun así, tiene que buscar los mecanismos adecuados para intentar que se resuelvan salvando intereses jurídicos con el menor coste posible. Por esa razón, el artículo 20.5.º no representa una simple regla dirigida al Juez para que decida sobre la exención, sino que esencialmente supone una norma de determinación dirigida al sujeto para que adecue su comportamiento, dentro del estrecho margen que deja una auténtica situación de necesidad, a determinados límites, de una gran importancia: la proporcionalidad (es decir, en ningún caso estos conflictos deben ser resueltos creando un mal mayor) y la subsidiariedad (sólo estarán justificadas las acciones de salvamento que representen una auténtica conducta «necesaria», por cuanto dicha conducta constituya la única vía de solución). Estos límites son tan importantes que renunciar a su operatividad supondría ir contra el propio fin de proteger intereses jurídicos con el menor coste posible.

Y eso es lo que ocurre, a mi modo de ver, si se incluye a la provocación previa en la valoración de la acción necesaria. Incluso si el sujeto ha provocado previamente la situación, cuando el estado de conflicto se genera debe intentar sujetar su comportamiento a lo requerido por la proporcionalidad y la subsidiariedad. Si la existencia de la provocación determina una «pérdida al derecho de protección» y el sujeto sabe que, haga lo que haga, su conducta de defensa va a ser antijurídica, entonces, ¿por qué va a respetar los límites que el Derecho impone en estas situaciones?, ¿por qué, por ejemplo, va a detenerse en buscar otros mecanismos de solución no lesivos? La consideración de la provocación por el peligro en la resolución de la acción necesaria puede tener, al igual que la valoración de la responsabilidad de la víctima, un efecto contra-

caso de la agresión con la silla (STS de 17 de septiembre de 1999), he de mostrar mi discrepancia con la solución del TS, que niega el derecho de defensa precisamente porque considera que el bofetón previo supone una provocación. En la solución de este caso es preciso aclarar previamente que el ataque con la silla no puede representar una legítima defensa, ya que la bofetada no es actual en ese momento. Por tanto, la acción de Federico supone una agresión ilegítima que permite la defensa de Francisco Manuel. Esto significa, como ponen de manifiesto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y PAREDES CASTAÑÓN (cfr. *Relevancia de la actuación de la víctima*, *op.cit.*, pp. 49 – 50), que sigue existiendo, a pesar de la «provocación» (la bofetada), una situación base de legítima defensa.

producente: que en el momento en el que se emprende una acción que el Derecho quiere mantener dentro de unos límites, al sujeto que se encuentra en esa disyuntiva se le facilite optar por la vía más lesiva. Si el marido violento sabe que si la víctima contribuye al peligro, entonces su responsabilidad se ve disminuida, no contará en esas ocasiones con un mecanismo efectivo para disuadirle de su conducta. Si el camionero sabe que una vez que está en el camino al borde del foso, da igual que descargue sólo una parte de la carga o que tire todo o que gire a la izquierda bruscamente atropellando a los sujetos que trabajan en el campo, ¿cómo operarán sobre él los límites dispuestos en el 20.5.º?

A mi modo de ver, resulta bastante difícil que en estas situaciones de conflicto el sujeto realice un cálculo en torno a la entidad del derecho a la protección que corresponde a su esfera de intereses, en función del grado de competencia por la fuente de peligro, así como que admita un «deber de tolerancia» de lesión de sus propios intereses¹⁰². La cuestión es, nuevamente, si optamos por castigar a este sujeto que no acata este deber, o todavía esperamos que resuelva la situación de conflicto generando el menor coste posible y con el cuidado, en todo caso, de recurrir a la acción necesaria sólo si no le queda más remedio.

Por tanto, no sólo es que no exista, en mi opinión, un criterio material para explicar que en estos casos el sujeto ha perdido el derecho a la protección, sino que la introducción de estos principios resulta contradictoria con las funciones de protección de bienes jurídicos del Derecho penal¹⁰³.

Ahora bien, todo esto no significa que esté de acuerdo en que sea justo que el sujeto que ha creado el peligro reciba el mismo tratamiento jurídico que el que respeta las normas de cuidado y no introduce peligros en el acontecer social. Cuando niego el «deber de tolerancia» en el momento de resolución del conflicto, no significa que no conciba el resultado del estado de necesidad como un «mal» que en todo caso el Derecho preferiría evitar o que no desapruere el propio desvalor jurídico penal que pueda tener la acción provocadora¹⁰⁴. Lo único que defiende es la necesidad de que el Derecho penal opere sobre conduc-

¹⁰² Expresamente en contra de que la provocación del estado de necesidad genere un deber de tolerancia, cfr. HRUSCHKA, «Entscheidungsanmerkung», pp. 126 y ss.

¹⁰³ Todo ello, sin entrar a examinar en profundidad la validez del principio según el cual la provocación equivale a una pérdida de valor de los intereses en conflicto, el cual encuentra especiales dificultades en el campo de la colisión de deberes (pues el valor de los deberes jurídicos viene predeterminado por el Ordenamiento jurídico) o en el auxilio necesario (en el que el sujeto necesitado y el agente no coinciden).

¹⁰⁴ El hecho de que el resultado de la acción necesaria siga representando un «mal» desde un punto de vista jurídico, permite, como ya se ha indicado, que el sujeto «afectado» al que se dirige la acción necesaria, pueda reaccionar a su vez en estado de necesidad.

tas, y por tanto, diferencie el valor jurídico y social de cada una de ellas, para cumplir adecuadamente con sus fines, estableciendo un mensaje de determinación en cada momento. Por esa razón, considero que resulta preferible admitir la legitimidad de la acción necesaria, pero indagar en la posibilidad de anudar el resultado disvalioso a la provocación inicial, tal y como vimos que sugiere la teoría de la «actio illicita in causa», o valorar la antijuridicidad de la provocación en si misma. En atención a la primera posibilidad apuntada, si el camionero al borde del foso, para salvar su vida lesiona a otra persona que se encuentra en el camino, el hecho de haber provocado imprudentemente la situación le podrá reportar una responsabilidad a título de lesiones imprudentes (al anudar el resultado a la imprudencia inicial), pero no a título de lesiones dolosas (pues el atropello, realizado dolosamente, debe quedar justificado si este sujeto respetó la proporcionalidad y la subsidiariedad).

En el ámbito del 417 bis, las posibilidades de trasladar los principios que defienden la «pérdida del merecimiento a la protección» o la previa distribución de competencias entre esferas de intereses, encuentra especiales dificultades. En primer lugar, porque, como ya se ha indicado, la ley no otorga relevancia alguna a la provocación del peligro, por lo que, a mi modo de ver, la inaplicación del 417 bis a los casos de provocación supondría una extensión «contra legem», y en perjuicio del reo, del ámbito de lo punible. Por otra parte, resulta especialmente complicado entender este conflicto en clave de «esferas de intereses» atribuibles a ámbitos de competencia, cuando de una parte se encuentra la mujer con sus derechos fundamentales y de otra el interés «valor de la vida humana en formación»¹⁰⁵. Por último, parece difícil negar que, aun el caso de que la situación se haya provocado dolosa o imprudentemente mediante la exposición a las radiaciones, en el momento en el que se crean las malformaciones, los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, con determinados límites como veremos, así como los intereses del Derecho en la protección del nasciturus continúan intactos. Sobre esta cuestión volveremos en los apartados siguientes.

En conclusión, claro que la introducción de peligros en el acontecer social ha de tener una relevancia. Pero afirmar esto es señalar muy poco. Hay que tener en cuenta todo el camino que puede conducir a la responsabilidad penal y los fines que persigue el Derecho penal en cada uno de los momentos a tener en cuenta, en los que ha decidido intervenir y enviar un mensaje de determinación a los sujetos que se encuentran inmersos en la situación.

¹⁰⁵ Señala las dificultades para atribuir ámbitos de competencia al «nasciturus», ROXIN, cfr. en *Festschrift für Jescheck*, Berlín, 1985, Duncker & Humblot, pp. 457 y ss.

V. APLICABILIDAD DE LA SOLUCIÓN DE LA «ACTIO ILLICTA IN CAUSA»

Desde mi punto de vista, como ya se ha indicado al inicio de la exposición, una correcta interpretación de la teoría de la «actio illicita in causa» (a.i.i.c.) ha de poner de manifiesto que lo que esta teoría defiende es la imputación del resultado a la provocación inicial, en la medida en que dicha imputación no pueda ser dirigida a la acción necesaria, cuanto ésta resulte justificada. Los defensores de la solución de la a.i.i.c. (en su versión más limitada para los casos de provocación imprudente o en su concepción más amplia para todos los supuestos de provocación) han insistido en la necesidad de diferenciar la valoración jurídica de lo que son dos conductas distintas y se han esforzado en demostrar los requisitos ordinarios de imputación objetiva del resultado a la provocación inicial¹⁰⁶.

Por tanto, si examinamos la aplicabilidad de la solución de la a.i.i.c. a los casos de provocación de las indicaciones (y adoptamos como hipótesis de trabajo la creencia, que no comparto, de que las indicaciones son causas de justificación), hemos de tomar también como punto de partida esa diferenciación entre la provocación del peligro (la causación de las lesiones al feto) y la acción posterior que resuelve la situación de conflicto. Teniendo en cuenta, además, que sólo cabrá invocar la a.i.i.c. y la posibilidad de imputar el resultado final a la provocación si se considera que la acción abortiva al amparo del 417 bis es una conducta conforme a Derecho.

El problema fundamental que presenta la solución de la a.i.i.c. es el de cómo resolver la contradictoria doble valoración que recibe el resul-

¹⁰⁶ En este sentido, cfr. MAURACH, «Fragen der «actio libera in causa»», *Juristische Schulung*, 1961, pp. 373 – 374; SCHRÖDER, «Anmerkung zu BGH», *Monatschrift für deutsche Recht*, 1962, pp. 187 – 189; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965, J.C.B. Mohr, pp. 104 – 105; BERTEL, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 14 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1975, p. 358; GIMBERNAT ORDEIG, «Dos aspectos de la imprudencia...», 1975, pp. 121 y ss.; KÜPER, *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, 1983, especialmente pp. 39 y ss. y 160 y ss.; BAUMANN / WEBER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., Bielefeld, 1985, Ernst und Werner Gieseking, p. 347; VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español», ADPCP, 1992, p. 603; LUZÓN PEÑA, «Actio illicita in causa...», 1994, pp. 74 y ss.; DREHER / TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 1995, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 212 – 214; HAFT, *Strafrecht AT*, 7ª ed., München, 1996, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 81 – 82; MORALES PRATS, en Quintero Olivares (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, Aranzadi, pp. 176 – 177; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español PG*, II, 6ª ed., Madrid, 1998, Tecnos, pp. 284 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 5ª ed., Barcelona, 1998, Reppertor, pp. 475 y ss.

tado lesivo, en nuestro ejemplo, el aborto. Porque como producto de la acción realizada al amparo del 417 bis, se consideraría un resultado justificado, mientras que como consecuencia de una provocación desvalorada pasaría a representar un resultado atribuible a su autor¹⁰⁷. En el ámbito del estado de necesidad, esta dificultad sólo puede ser superada si se considera, como han propuesto en España GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA, que el resultado de la acción de necesidad sigue siendo un «mal» que el Derecho preferiría evitar, atribuible a la imprudencia inicial del sujeto¹⁰⁸. Pero este no es el único problema, pues si se defiende la construcción de la a.i.i.c. como un modelo de imputación ordinaria (y otra cosa sería una imputación extraordinaria «contra legem»), entonces hay que considerar, teniendo en cuenta el sentido del tipo cuyo resultado se ha producido, que la provocación y el resultado representan el desvalor de acción y el desvalor del resultado que el tipo concreto quiere evitar.

Y esta última dificultad no puede ser solventada en el caso de la provocación de las situaciones contenidas en el 417 bis. Si una mujer realiza un aborto, en el tiempo y forma previstos en el mencionado artículo, existiendo realmente el peligro de malformaciones en el feto, en definitiva, cumpliéndose escrupulosamente lo indicado en el artículo 417 bis, su comportamiento no puede infringir la norma de tipo alguno, pues el 145 sólo castiga los abortos consentidos que no están contemplados en los supuestos del artículo 417 bis. El aborto consentido, por tanto, sólo puede ser entendido como delito, y por tanto resultar punible, si encaja en el alcance del tipo del artículo 145, cuyo contenido real sólo se completa con la consideración de lo dispuesto en el artículo 417 bis. Puesto que el artículo 145 castiga a la mujer «que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley», resulta imposible aplicar este tipo cuando precisamente el aborto se produce en uno de los casos permitidos por la ley, la indicación eugenésica, y cumpliéndose todos los requisitos que la ley determina para la exención. Esta dificultad no puede ser superada invocando la solución de la a.i.i.c., pues esta fórmula, como sus defensores han señalado¹⁰⁹, no representa una vía extraordinaria o «supra legal» de imputación, de tal modo que no cabe eludir lo que estrictamente dispone la ley y ampliar, «contra legem», el ámbito de lo punible.

¹⁰⁷ Este problema ha sido especialmente destacado por ROXIN (cfr. «Die provozierte Notwehrlage», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1963, 549 – 551; *Strafrecht AT*, 2ª ed., § 16, núm. marg. 50 – 54).

¹⁰⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Dos aspectos de la imprudencia...», 1975, pp. 125 – 127; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, Bosch, pp. 121 – 126; EL MISMO, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, 1990, PPU, pp. 140 y ss. Ésta es la perspectiva que acojo y desarrollo en mi tesis, *La provocación del estado de necesidad en Derecho penal*, 2001, especialmente en las pp. 392 y ss.

¹⁰⁹ Véanse los trabajos incluidos en las notas anteriores.

En definitiva, no es posible hallar un tipo en el Código penal en el que fundamentar la responsabilidad en este caso. La solución de la a.i.i.c., en consecuencia, no puede ser utilizada para castigar a la mujer por el aborto, si este se sujeta a los límites del 417 bis¹¹⁰.

Ahora bien, todavía queda por determinar si cabe el castigo por la causación de lesiones al feto, según lo dispuesto en el artículo 157 del Código penal.

VI. LA PROVOCACIÓN DE LA INDICACIÓN EUGENÉSICA Y EL DELITO DE LESIONES AL FETO: NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE ABORTO CONSENTIDO Y LESIONES AL FETO

1. *La posibilidad de aplicar el delito de lesiones al feto: ¿paradojas punitivas?*

La teoría de la a.i.i.c., que en los casos de provocación de una situación de necesidad diferencia entre el tratamiento que merece la provocación y el que corresponde a la acción de necesidad en sí misma, no sólo plantea la posibilidad de que el resultado pueda ser imputado a la provocación y castigar así por el delito de resultado correspondiente, sino que, en caso de no prosperar esta alternativa, también permite comprobar la responsabilidad por la provocación¹¹¹.

¹¹⁰ En los casos de provocación imprudente de una situación de conflicto en el tráfico automovilístico (que son los que con mayor frecuencia se han producido en la práctica), que se saldan con la causación de un resultado de muerte o de lesiones, la solución es diferente, fundamentalmente porque en ellos el tipo a aplicar tiene una mayor amplitud en su descripción: si, para solventar la situación, el sujeto gira el vehículo hacia el arcén lesionando a unos peatones, la solución de la a.i.i.c. plantea la posibilidad de que la imprudencia inicial (al realizar la maniobra que provoca el estado de necesidad) represente el desvalor de acción del delito de lesiones imprudentes y las lesiones finales puedan ser imputadas a esta imprudencia configurando el desvalor de resultado del mencionado delito. Esto es así porque una interpretación del delito de lesiones imprudentes permite, sin infringir el principio de legalidad, considerar que los hechos encajan en el tipo, tanto porque estamos ante un delito puro de resultado, como porque la conducta imprudente requiere tan sólo la infracción del deber de cuidado (o el incremento del peligro por encima del índice permitido de peligrosidad). Por tanto, en estos casos cabe interpretar que la provocación imprudente inicial y la lesión final representan el desvalor de acción y el desvalor de resultado del artículo 152 del Código penal (si estamos, como creo, ante un supuesto de imprudencia grave).

¹¹¹ A diferencia de lo que ocurre con el ejemplo manejado en la nota anterior, no es posible encontrar entre los delitos de aborto un tipo en el que la provocación inicial (la

En el caso que nos ocupa, la mujer provoca la indicación eugenésica precisamente a través de la causación de lesiones dolosas al feto (siempre y cuando se hayan producido efectivamente las malformaciones fetales). En principio, pues enseguida veremos que esta consideración no es unánimemente aceptada, esta conducta encaja en el tipo de lesiones al feto dolosas, del artículo 157 del Código penal. De este modo, si se mantiene la impunidad del aborto a pesar de la provocación (y creo que ésta es la única solución que no vulnera el principio de legalidad), todavía quedaría por examinar la posibilidad de castigar a la mujer por la producción de las lesiones dolosas al feto.

Sin embargo, esta opción choca con la supuesta paradoja de que en este caso le correspondería una pena (prisión de uno a cuatro años), mucho mayor que la aplicable en caso de que se le castigara por el delito de aborto del artículo 145.2º (prisión de seis meses a un año). Parece, en consecuencia, que para el Ordenamiento jurídico la causación de las lesiones presenta una mayor gravedad que la propia destrucción del «nasciturus».

Es preciso advertir que esta hipotética contradicción no sólo se produce en estos casos, sino también en aquellos en los que, tras una tentativa de aborto consentido (en la que no concurre indicación alguna, es decir, en un hecho subsumible en el artículo 145), se frustra la producción del resultado y sólo se causan lesiones al feto. En este caso, correspondería a las lesiones una pena superior que a la del aborto consumado, lo que en principio parece, como advierte PEÑARANDA RAMOS, un «extraño aliciente» para consumir el aborto¹¹². En consecuencia, cualquier solución para los casos de provocación de la indicación eugenésica ha de ser sometida a revisión desde una adecuada interpretación sistemática de los delitos de aborto y lesiones al feto, que contribuya a superar las supuestas «paradojas» penológicas que se han observado.

Antes de que nuestro Código penal castigara las lesiones al feto de manera expresa¹¹³, CUERDA RIEZU insistió en la importancia de la salud en el período prenatal, por encima del valor concedido a la vida, en atención a los graves efectos postnatales que las anomalías en la ges-

causación de las lesiones) y el resultado final (el aborto), representen el desvalor de acción y el desvalor del resultado. Cuestión distinta es si la causación de las malformaciones puede constituir un delito de lesiones al feto.

¹¹² Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas...», p. 176

¹¹³ Los delitos de lesiones al feto aparecen por primera vez en nuestro Ordenamiento con la entrada en vigor del Código penal de 1995.

tación pudieran desencadenar¹¹⁴. Su teoría ha sido conocida como tesis de la «inversión valorativa», y sometida a diversas críticas que, a mi modo de ver, no han tenido en cuenta el contexto en el que fue formulada, pues la especial valoración que CUERDA concede a la salud prenatal parece corresponderse con la defensa, entonces de «lege ferenda», de la tipificación expresa de las lesiones al feto¹¹⁵. Desde esta premisa valorativa podría ser explicada la mayor penalidad de las lesiones sobre el delito de aborto consentido¹¹⁶.

En contra de la explicación de la «inversión valorativa», HUERTA TOCILDO cree que, tanto si se atiende un punto de vista histórico (que pone de relieve como frente a la tradicional punición del aborto, sólo recientemente se ha introducido el delito de lesiones al feto), como si se sigue una perspectiva sistemática, hay que concluir que la salud del «nasciturus» no posee menos valor que la vida¹¹⁷. Según esta autora, la supuesta paradoja penológica sólo desaparece si se considera que del círculo de autores del delito de lesiones al feto queda excluida la mujer. HUERTA sostiene que el punto de partida del legislador ha sido la convicción de que la conducta del 157 sólo puede ser realizada sin el consentimiento de la gestante, en atención a las siguientes razones: por un lado, habida cuenta las duras repercusiones que en su propia vida acarrea la maternidad de un niño con graves taras, cabe suponer que la mujer no va a realizar estas conductas; en segundo lugar, la pena de inhabilitación especial pensada para profesionales sanitarios parece insistir, a juicio de HUERTA, en la exclusión de la autoría de la gestante; por otra parte, señala HUERTA, si se incluyera a la mujer en el 157, entonces es que la ley estaría tratando igualmente supuestos en los que se produce el consentimiento de la mujer que aquéllos en los que dicho consentimiento no tiene lugar, lo cual, según el planteamiento de esta autora, «sorprendería», por cuanto en una «materia tan próxima» como es el aborto sí que se ha realizado esta distinción. En conclusión, sostiene

¹¹⁴ Cfr. CUERDA RIEZU, «Límites jurídico – penales de las nuevas técnicas genéticas», *ADPCP*, 1988, p. 422.

¹¹⁵ También GRACIA MARTÍN se ha referido al especial valor de la salud en el período prenatal en el caso del aborto consentido, lo que a juicio de este autor explicaría que, mientras que el consentimiento determina la posibilidad de atenuación (o de exención, en el sistema del plazo), en el caso de las lesiones no hay posibilidad alguna de atenuación (cfr. en DIEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN —coord.—, *Comentarios al Código penal PE*, Valencia, 1997, Tirant lo blanch, pp. 615 y ss.).

¹¹⁶ Si bien es necesario matizar que Cuenda no se refiere a la «inversión valorativa» para defender una mayor pena para el delito de lesiones que para el aborto, sino para que las lesiones sean expresamente castigadas.

¹¹⁷ Cfr. HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, Aranzadi, pp. 1437 y ss.

HUERTA, las penas a comparar no son las del 145.2 y el 157, sino las del 144 (causación del aborto sin el consentimiento de la mujer) y el 157 (causación de lesiones dolosas al feto, en opinión de HUERTA, sin el consentimiento de la mujer)¹¹⁸: de este modo, desaparecería la «paradoja penológica», por cuando el delito de aborto del 144 tiene una pena superior (prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial de tres a diez años) a la del delito de lesiones al feto del 157 (prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a ocho años).

PEÑARANDA RAMOS comparte con HUERTA la consideración de que no existe tal inversión valorativa en la fase prenatal y también llega a la conclusión de que las penas a comparar son las del 157 y las del 144 (y no las del 145.2^o), pero por una vía distinta que no excluye a la mujer como posible autora del delito de lesiones al feto. Aunque PEÑARANDA cree también que los delitos de aborto no pueden ser entendidos si no se tiene en cuenta el conflicto que se plantea al considerar los intereses de la mujer, discrepa con HUERTA en que ese conflicto deba ser considerado en el ámbito de las lesiones al feto: en este caso, el consentimiento de la mujer, señala PEÑARANDA, sería irrelevante, por cuanto aquella estaría ampliando injustamente su libertad a costa de un interés ajeno, «como si el feto fuera un simple objeto del que tiene derecho a usar para satisfacer sus propios intereses»¹¹⁹. Para solventar las «contradicciones penológicas», PEÑARANDA defiende que la comparación ha de efectuarse entre el 157 y el 144, por cuanto ambos tipos representarían los «tipos básicos» de los delitos de lesiones al feto y de aborto, respectivamente¹²⁰. Si he entendido bien su propuesta, este autor cree que el artículo 144, que castiga el aborto causado «sin» la voluntad de la gestante, constituye la conducta «básica» de aborto, frente a las atenuadas del 145 en las que el Ordenamiento jurídico tiene en cuenta el conflicto de intereses que se presenta cuando la mujer quiere causar el aborto: la pena del 144 recoge el desvalor esencial que se produce cuando la conducta contraría el interés esencial del Ordenamiento jurídico en la protección de la vida en formación, y ese interés coincide con el de la mujer en continuar la gestación¹²¹.

¿Significa esto que, lleguemos por una u otra vía, hay que concluir que la única manera de superar las supuestas contradicciones penoló-

¹¹⁸ Cfr. HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias...», pp. 1432 y ss.

¹¹⁹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas...», p. 220. La desproporcionalidad de la penas es también explicada desde la idea de la inexistencia del conflicto de intereses en el caso de las lesiones al feto por CARBONELL MATEU, cfr. en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, Tirant lo blanch, pp. 144 – 145.

¹²⁰ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas...», pp. 203 y ss.

¹²¹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

gicas entre el delito de aborto y el de lesiones al feto consiste en comparar el artículo 144 y el 157? Creo que no, por lo que a continuación paso a exponer.

2. *La superación de las contradicciones penológicas en atención a la protección de la salud postnatal en el delito de lesiones al feto*

Sin entrar ahora en el problema de la clasificación entre tipos básicos y agravados o atenuados¹²², entiendo que la propuesta de PEÑARANDA no consigue desarticular las supuestas contradicciones penológicas. Aún en el caso de que se considere que el tipo básico del delito de aborto es el 144, todavía habrá que concluir que éste tipo no puede ser aplicado a la gestante, pues sólo castiga las conductas de terceros que producen en el aborto sin consentimiento de ésta. Por esa razón, cuando, como en el caso que nos ocupa de provocación de la indicación eugénica, es la mujer la que causa las lesiones al feto (o en otros supuestos imaginables), y después realiza el aborto (o se lo hace practicar), la comparación de las penas para revisar lo adecuado del tratamiento penal que se le confiera ha de ser efectuada entre el artículo 157 y el 145.2, sin que el hecho de que éste precepto sea un tipo básico o atenuado tenga, a mi modo de ver, relevancia en esta comparación. De este modo, en el ejemplo de las malformaciones se sigue llegando a la (aparente) contradictoria conclusión de que si la mujer es castigada como autora de un delito de lesiones puede recibir una pena superior que si se le castiga por lo que en principio es más grave, es decir, por la causación del aborto.

Por otra parte, es cierto, como sostiene HUERTA TOCILDO, que a la hora de valorar jurídicamente las conductas de la mujer y de los terceros que tienen lugar en la fase prenatal, hay que atender los intereses de la mujer, pues un exceso de intervención proteccionista sobre el nasciturus puede conducir a la negación de los derechos de aquélla¹²³.

¹²² No porque el problema no sea lo suficientemente importante, sino todo lo contrario: merecería una atención que ahora no puedo conceder; y que creo que no es absolutamente necesaria para encontrar algunas de las conclusiones que después se desarrollan.

¹²³ Precisamente, el reconocimiento de los intereses de la gestante fue el elemento que impidió que en Alemania prosperase un proyecto de ley de protección de embriones, ante el temor de que una política intervencionista (que castigase comportamientos imprudentes de la mujer o de personas en su ámbito), supusiera la limitación de los derechos fundamentales de la mujer en este aspecto tan íntimo y esencial en su vida (de esta manera, la Ley de Protección de Embriones, de 1992, no introdujo la tipificación de las lesiones al feto) (sobre esta cuestión, véase la información que aporta PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.*, pp. 174 y ss.).

Y también hay que darle la razón a la autora sobre la inverosimilitud de que sea la propia gestante la que cause dolosamente estas lesiones. Ahora bien, en la medida en que cabe esa posibilidad, y en tanto en cuanto desde un punto de vista estrictamente literal resulta ciertamente forzado concluir que la mujer no puede ser autora del 157, es preciso preguntarse si, en atención a la función que cumplen estos delitos y los intereses en ellos protegidos, cabe efectuar una reducción teleológica de dicho precepto, que termine por excluir a la mujer del círculo de autores. Y en este punto es en el que discrepo con HUERTA¹²⁴. Porque, aunque todo parece indicar que la pretensión del legislador al tipificar las lesiones al feto fue la de responder a la actuación de terceros distintos a la gestante y, como señala ROMEO CASABONA, cabe esperar que en la práctica los sujetos activos de este delito sean los profesionales sanitarios o «parasanaitarios»¹²⁵, no cabe descartar a priori la posibilidad de que la mujer sea la causante de las lesiones, ni, como apunta PEÑARANDA, es posible apelar al conflicto de intereses para excluirla del círculo de autores del delito, cuando las lesiones son causadas dolosamente.

A mi modo de ver, la solución pasa por reconocer, en primer lugar, que también en los delitos de lesiones al feto aparece una zona de colisión con los intereses de la mujer, que no puede ser menospreciada, si bien se trata de un conflicto de perfiles muy distintos al que se plantea en el caso del aborto. Como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional¹²⁶, en el aborto no deseado se plantea una clara colisión entre el valor de la vida humana en formación y los derechos fundamentales de la mujer, ya que la continuación de la gestación y la futura maternidad, cuando no se desean, representa para la mujer una clara limitación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de un ámbito de intimidad y privacidad. En este conflicto no hay muchos matices, pues sólo la interrupción del embarazo puede mantener la vigencia de los derechos de la mujer y, en cualquier caso, la interrupción de la gestación representa la destrucción del «nasciturus». Con ello quiero decir que la única manera de conceder atención a los intereses

¹²⁴ Como hemos visto, también cree que la mujer puede ser autora del delito de lesiones al feto PEÑARANDA RAMOS, *op.cit.*, cfr. pp. 197 y ss. En el mismo sentido, cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, 1994, p. 165; Carbonell Mateu, *Comentarios*, 1996, p. 143; RODRÍGUEZ MESA, «Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1996, p. 1075; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2002, Atelier, pp. 41 – 42.

¹²⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, como en nota anterior. En sentido similar, cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio PE*, p. 437.

¹²⁶ STC de 11 de abril de 1985, que se pronunció acerca de la constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema de indicaciones de despenalización parcial del aborto.

de la mujer consiste en establecer un ámbito de riesgo permitido para el aborto¹²⁷. En el caso de las lesiones al feto, la situación es notablemente distinta, ya que la producción de las mismas, como se ha destacado¹²⁸, no contribuye a salvar interés o derecho alguno de la mujer. En mi opinión, el reconocimiento de un margen de autonomía y libertad a la embarazada (dentro de los límites que el propio estado de gestación impone) sólo exige que el Derecho penal se abstenga de intervenir, en el ámbito de la protección de la salud prenatal, en la punición de los hechos imprudentes, pero no puede alcanzar a los comportamientos dolosos. Por esta razón, los intereses de la mujer no pueden ser invocados, desde mi punto de vista, para excluir en todo caso a la mujer del ámbito de aplicación del delito de lesiones dolosas al feto. En conclusión, la causación dolosa de malformaciones al feto con el propósito de crear la situación contenida en las indicaciones puede representar, en principio, una conducta de lesiones al feto del artículo 157, con lo que nuevamente llegaríamos a la supuesta paradoja penológica si se tiene en cuenta la aplicabilidad del artículo 145 (o si se sostiene la impunidad del aborto).

Atendidos los límites con los que puede ser utilizado el principio de colisión de intereses en la interpretación de las lesiones al feto, hay que centrar la atención, más bien, en la «ratio legis» que parece presidir la tipificación de las lesiones al feto, así como el bien jurídico protegido en el artículo 157¹²⁹. Como señala PÉREZ MANZANO, la gravedad de la pena del delito de lesiones dolosas se justifica más bien en la conexión de este tipo con la protección de la salud personal postnatal. Y esto no significa, como señala la mencionada autora, que el bien jurídico protegido sea únicamente la salud postnatal, de tal modo que el delito sólo se consume cuando se produzcan los efectos postnatales. Lo que quiere decir es que en la protección del feto no sólo se ampara la salud pre-

¹²⁷ Si esto representa la concesión de un «derecho» a decidir la continuación de la gestación (en contra PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas...», p. 219) es algo que no debería despertar las controversias que normalmente suscita: si en el desarrollo de su libertad, y en protección de su intimidad y dignidad, la mujer decide abortar dentro del ámbito permitido por la ley, ¿no es esto un derecho a decidir sobre la continuidad del embarazo, aunque sea dentro del espacio autorizado legalmente? Yo creo que lo es, pero sujeto a los límites que se derivan de su colisión con otros intereses jurídicos. El reconocimiento de un derecho no supone, así lo entiendo yo, un ejercicio ilimitado del mismo, por lo que hablar de «derechos» no debería producir reservas, cuando por otra parte son derechos fundamentales los que el propio Tribunal Constitucional invoca para admitir el aborto en determinadas situaciones.

¹²⁸ En este sentido, cfr. PEÑARANDA RAMOS, *op.cit.*, p. 219.

¹²⁹ Pues todo ello contribuye a explicar la mayor penalidad del 157. No obstante, no hay que olvidar que en el otro término de la comparación se encuentra el 145, en el que la menor penalidad sí que se explica por la existencia del conflicto de intereses. Además de los autores antes indicados, es también de esta opinión RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto*, Granada, 2002, pp. 384 y ss.

natal, sino que necesariamente la protección ha de repercutir sobre el ser humano ya nacido, y fundamentalmente, en palabras de PÉREZ MANZANO, en «el normal funcionamiento del conjunto orgánico cuerpo humano en formación para completar el proceso biológico de manera que el producto final del mismo sea un ser humano sano»¹³⁰.

La interpretación de PÉREZ MANZANO contiene otra idea que considero de especial interés: la consideración de la salud postnatal en el origen del precepto y en la construcción del contenido del bien jurídico protegido, ha de influir necesariamente en la interpretación de la conducta típica y en la gravedad de la pena¹³¹. Este modo de ver las cosas conduce, a mi juicio, a las siguientes conclusiones: en primer lugar, cabe una interpretación restrictiva del delito de lesiones en el sentido de considerar sólo típicas las lesiones que tengan capacidad para permanecer en la fase postnatal¹³²; en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, la paradoja penológica en relación con el delito de aborto consentido desaparece, pues es ese plus de protección a la vida y salud postnatal el que se ha tenido en cuenta en la pena reflejada en el artículo 157 del Código penal.

En consecuencia, creo posible concluir que en sentido estricto no existe tal contradicción entre las penas, sino que la mayor gravedad de las lesiones dolosas al feto sobre el aborto doloso consentido es cohe-

¹³⁰ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio*, pp. 440 y ss. No obstante, esta autora advierte previamente (pp. 437 – 439) que también pueden ser castigadas con arreglo a este precepto las lesiones con efecto prenatal curadas antes del nacimiento. Como ya se ha indicado, la pretensión del legislador de dar respuesta a los casos de actuaciones prenatales con resultado postnatal parece estar en la base de la tipificación de las lesiones al feto, lo que sitúa el deseo de proteger la salud postnatal como una necesaria pauta para la interpretación de estos delitos. De esta opinión, cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, 1994, pp. 162 – 163, si bien este autor insiste expresamente en que la salud postnatal no puede ser entendida como bien jurídico en sentido estricto; CARBONELL MATEU, *Comentarios*, 1996, p. 143; RODRÍGUEZ MESA, «Algunas consideraciones...», 1996, p. 1080; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal PE*, 12ª ed., Valencia, 1999, Tirant lo blanch, p. 135; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español PE*, 2002, p. 41; HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias...», 2001, p. 1429. Sin embargo, parece circunscribir la esfera de protección de este delito a la fase «prenatal» LATORRE LATORRE, «Lesiones al feto», 1995, p. 189 y ss. Por su parte VALLE MUÑIZ, aunque admite la indicada «ratio legis» con el propósito de atajar los casos de graves efectos postnatales, insiste en que esto no puede ser utilizado para interpretar la conducta típica de estos delitos (cfr. en Quintero Olivares - dtor. -, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, Aranzadi, pp. 118 y ss.). De una manera a mi juicio un tanto ambigua, GONZÁLEZ RUS admite el origen del precepto en los casos apuntados, pero insiste en que el sujeto pasivo es el feto como tal y no como algo que pueda llegar a ser persona (cfr. en Cobo del Rosal —dtor.— *Compendio de Derecho penal español PE*, Madrid, 2000, Marcial Pons, pp. 88 – 89).

¹³¹ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio*, pp. 442 y ss.

¹³² De esta opinión, PÉREZ MANZANO, *op.cit.*, pp. 447 y ss.

rente con un sistema de protección de la salud y la vida en las fases prenatal y postnatal que exige una mayor gravedad (en el caso de las lesiones dolosas, con independencia del consentimiento de la mujer), cuando se producen importantes repercusiones en la fase postnatal, y una pena menor en los casos de aborto consentido, precisamente en atención al conflicto de intereses que se suscita cuando la mujer no desea continuar con el embarazo (lo que se trasluce en la pena para la mujer, de seis meses a un año, o para el tercero, de uno a tres años).

No obstante, esto no quiere decir que el sistema de protección sea el óptimo. Por un lado, muchos de los problemas que se plantean, como el que sugiere el supuesto de provocación de la indicación eugenésica que nos ocupa, desaparecerían si legalmente se reflejara una convicción que a mi modo de ver parece aceptar la mayoría de la sociedad (o al menos eso es lo que se desprende de la práctica real del aborto), y es la de que los derechos de la mujer y el «nasciturus» estarían mejor protegidos si se estableciera un marco de riesgo permitido durante la fase embrionaria (con este sistema carecería de sentido la provocación de las malformaciones para justificar el aborto). Por otro lado, aun aceptando la necesidad del castigo de las lesiones dolosas (y valorando positivamente la exclusión de la mujer de la modalidad imprudente), entiendo que la regulación del artículo 157 no es la más idónea, ya que el legislador ha incluido en el tipo conductas que en mi opinión tienen un desvalor distinto, pero a la que les corresponde, en principio, un mismo marco penal. Aunque, como propone PÉREZ MANZANO, cabe una interpretación restrictiva del tipo (en atención a la «ratio legis» del precepto y al bien jurídico protegido), que permite considerar típicas sólo las lesiones «a las que es consustancial el riesgo de afectar la salud del ya nacido por transferirse y permanecer en él»¹³³, todavía es posible imaginar diversas conductas típicas, subsumibles en principio en el 157, que presentan un desvalor muy diferente. Tomando sólo en consideración a la mujer y utilizando supuestos en los que se cuenta con su consentimiento, cabe imaginar en primer lugar casos, por raros que sean, en los que la mujer busca directamente la producción de las lesiones al feto (o consiente que otra persona las cause, o utiliza a un tercero para causarlas) con el propósito de que permanezcan en la fase postnatal; también es posible que tras una tentativa de aborto (practicado por la mujer o con su consentimiento) se causen lesiones al feto (supuesto en el que, en principio, no existe dolo sobre los efectos postnatales); también es imaginable la hipótesis que hemos planteado en este trabajo, es decir, que la mujer cause las lesiones al feto con el propósito de crear la indicación eugenésica que le permita abortar (por lo que también en este

¹³³ Cfr. PÉREZ MANZANO, *op.cit.*, p. 442.

caso se suscita la duda sobre la extensión del dolo a las lesiones); por último, pueden tener lugar casos, aunque también sean raros, en los que la mujer lleve a cabo una agresión con dolo alternativo de lesiones y aborto.

El distinto desvalor jurídico que en mi opinión poseen las conductas descritas, y el hecho de que sin embargo todas puedan en principio merecer el mismo tratamiento punitivo obliga a operar con especiales cautelas en la interpretación del tipo del delito de lesiones dolosas al feto. Y esta interpretación es la que nos ha de servir de pauta para resolver los supuestos problemáticos de causación de las lesiones con el objeto de provocar la indicación que permita el aborto.

3. Propuesta de calificación de las lesiones al feto en el caso de la provocación de la indicación eugenésica, a partir de una concreta interpretación del artículo 157 del Código penal

Como sostiene PÉREZ MANZANO, el contenido del tipo de este delito se completa en atención tanto a la lesión de la salud prenatal como al peligro —casi certeza, dice la autora—, de lesión del bien jurídico salud personal postnatal, de tal manera que para considerar «típicas» las lesiones ocasionadas en la fase prenatal es preciso atender a si éstas contienen o no el riesgo de afectar a la salud (o la vida) del ya nacido¹³⁴.

Este punto de vista no sólo plantea la posibilidad de excluir del ámbito del núcleo típico aquellas lesiones, que por su menor gravedad, no tienen capacidad de afectar al desarrollo del feto y, por tanto, a la salud del nacido, sino que también suscita la cuestión de si en aquellos casos en los que se actúa con dolo de causar el aborto hay que rechazar el castigo por las lesiones, en la medida en que se entienda que el dolo de producir el aborto resulta incompatible con el dolo de causar lesiones al feto (por cuanto el dolo del artículo 157 exigiría contemplar los posibles efec-

¹³⁴ Como ya se ha indicado, la necesidad de emplear un criterio restrictivo en la interpretación del tipo del artículo 157 ha sido señalada por PÉREZ MANZANO, que insiste en la importancia de tener en cuenta fundamentalmente el proceso en formación del ser humano, de tal manera que las lesiones al feto típicas serían las que inciden en su desarrollo evolutivo (cfr. *Compendio*, pp. 447 y ss.). También PEÑARANDA RAMOS aboga por una interpretación restrictiva de las lesiones al feto cuando se ocupa de los posibles concursos entre este delito y el de aborto consentido. Según Peñaranda, la menor pena prevista para el delito de aborto consentido demuestra que la «voluntad de la ley» es la de castigar las lesiones de una manera «limitada» (cfr. «La protección de la vida y la salud humanas...», p. 245).

tos a la salud de la persona nacida, algo que parece difícil cuando lo que se busca es interrumpir la gestación). Precisamente, HUERTA TOCILDO ha señalado de manera expresa que el dolo de causar lesiones al feto no puede llevar implícito el dolo de destruirlo, por cuanto «ambas intenciones han de considerarse mutuamente excluyentes»¹³⁵. También MUÑOZ CONDE considera que las lesiones dolosas al feto requieren que se realicen «sin ánimo de provocarle la muerte»¹³⁶.

Desde esta perspectiva, en aquellos casos en los que existe una intención clara de producir la destrucción del feto difícilmente cabría admitir el castigo por el delito de lesiones. Esto podría ocurrir en los supuestos de tentativa de aborto en los que se frustra el resultado pero se producen lesiones¹³⁷, y también en el caso que nos ocupa de provocación de las malformaciones para causar el aborto impunemente, puesto que realmente en esta hipótesis la mujer no busca originar malformaciones que tengan efecto en la salud postnatal.

Ahora bien, a mi modo de ver, la posibilidad de aplicación del artículo 157 no se puede hacer depender únicamente de la consideración del «ánimo» del autor, sino que lo relevante ha de ser el contenido objetivo del riesgo creado y la proyección del conocimiento del sujeto sobre el grado de riesgo. Desde mi punto de vista, nuevamente PÉREZ MANZANO acierta a clarificar esta cuestión cuando destaca, como aspecto relevante, la consideración objetiva del riesgo creado (y sostiene que la creación de riesgo de muerte del «nasciturus» no puede representar un riesgo típico del delito de lesiones al feto), a la vez que exige un dolo directo, precisando para su constatación el conocimiento por parte de la mujer de la producción del resultado típico y la aceptación de su producción (y entiendo que el resultado típico en la concepción de PÉREZ MANZANO lo representarían las lesiones en fase prenatal que llevan implícito el alto riesgo de producción de resultados postnatales)¹³⁸.

Ciertamente, la simple consideración del «ánimo» tanto en los casos de tentativa de aborto con resultado de lesiones al feto, como en el supuesto de provocación de malformaciones (al no concurrir un «áni-

¹³⁵ Cfr. HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias...», p. 1430.

¹³⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal PE*, 12ª ed., p. 137.

¹³⁷ Sin embargo, GONZÁLEZ RUS considera que el dolo de matar incluye el de lesionar, por lo que en los casos de tentativa de aborto con resultado de lesiones, admite el castigo por las lesiones al feto (cfr. *Derecho penal español PE*, p. 89). También RAMÓN RIBAS cree que el dolo de matar incluye el de lesionar, pero rechaza el castigo por lesiones en los casos de tentativa de aborto por un supuesto «efecto cierre» del delito de aborto consentido, de tal manera que en estos casos primaría, en atención a los intereses de la mujer, la aplicación de la tentativa de aborto (cfr. *El delito de lesiones al feto*, pp. 445 y ss.).

¹³⁸ En todo caso, cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio*, p. 454.

mo» de lesionar en el sentido de crear lesiones que afecten al desarrollo evolutivo del feto), parece propiciar la exclusión de la responsabilidad por el delito del artículo 157. Por tanto, en el primer caso sólo cabría responsabilidad por tentativa de aborto (puesto que la imprudencia de la mujer sobre las lesiones carece de relevancia), mientras que en el segundo habría que declarar la impunidad (si el aborto no tiene lugar o se considera impune).

Sin embargo, como se ha señalado, lo que resulta decisivo en estos casos es el tipo de riesgo creado y el conocimiento del mismo por parte del autor. Y para calibrar el riesgo originado es preciso tener en cuenta también cuál es el grado de control que el autor posee sobre el devenir de la relación de riesgo. En los casos de tentativa de aborto, se pone en marcha un riesgo encaminado a la producción del resultado muerte, que aunque representa también un peligro para la «salud» prenatal, sólo en muy menor medida lo es a su vez para la salud personal postnatal, ya que la conducta encaminada a producir el aborto es dirigida con el objeto de producir la destrucción del feto, lo que cierra el paso a las consecuencias postnatales. Con independencia del ánimo, la mujer que se hace practicar un aborto (o lo practica ella misma), lo que se representa es la creación de un riesgo para la vida del «nasciturus», mientras que sólo puede advertir una baja probabilidad de producción de lesiones con efectos postnatales. Por esta razón, si la práctica del aborto se frustra, la solución adecuada para estos casos sería la de concurso ideal entre tentativa de aborto del artículo 145.2 y lesiones al feto imprudentes. El hecho de que el legislador haya previsto un ámbito de riesgo permitido para la mujer durante la gestación (en reconocimiento de una esfera de libertad y privacidad), excluyéndola de la modalidad de lesiones imprudentes, arroja como una única solución la de la impunidad (que, sin embargo, no se extendería a los terceros)¹³⁹.

En los casos de provocación de la indicación eugenésica, igualmente tiene lugar la puesta en marcha de un nexo de riesgo dirigido a la pro-

¹³⁹ A mi modo de ver, esta solución no puede ser desmontada invocando una suerte de regla según la cual la intención de destruir lleva implícita la de lesionar. Esta regla, cuya utilidad como argumento único ha de ser en todo caso cuestionada, puede ser empleada, con cautelas, en la resolución de la concurrencia del homicidio y las lesiones personales. Sin embargo, cuando hablamos de lesiones al feto es preciso insistir en que el dolo en el artículo 157 ha de ser interpretado como la representación no sólo de la agresión «prenatal», sino también de los efectos postnatales (si tenemos en cuenta la «ratio legis» del precepto así como el bien jurídico protegido). De hecho, cuando se produce una práctica de aborto «legal» (en el sentido de que se encuentra amparado por la indicaciones del artículo 417 bis), la frustración de la misma y la producción de lesiones no parece plantear la posibilidad de castigar a los intervinientes como autores de lesiones dolosas al feto, sino, a lo sumo, por unas lesiones imprudentes (que no alcanzarían a la gestante).

ducción de la destrucción del «nasciturus», de tal manera que existe una especie de control del peligro que pretende el aseguramiento del resultado aborto, lo que al mismo tiempo supone una importante aminoración de la posibilidad de creación de lesiones con efectos postnatales. La representación por parte de la mujer de esta situación hace suponer un claro dolo sobre el resultado aborto, mientras que sobre las lesiones *con efectos postnatales*, no sólo se proyecta el conocimiento de una escasa probabilidad de producción, sino que además parece lógico suponer un claro deseo de que no se produzcan. Parece, en principio, que también en este caso habría que rechazar la responsabilidad por las lesiones dolosas al feto, y si se defiende la legalidad del aborto cuando concurre objetivamente la situación de conflicto, entonces, nuevamente la solución debería ser la impunidad.

Esta parece ser la conclusión a la que llega HUERTA TOCILDO, cuando señala que sería una «paradoja» que la mujer en estos casos responda por las lesiones, es decir, por las malformaciones causadas al feto, cuando esas mismas lesiones le permiten la posibilidad de abortar impunemente¹⁴⁰. Y en una primera aproximación a mi propuesta tal vez pudiera dar la impresión que ésta es la única solución que modestamente me queda por defender. Sin embargo, la respuesta no es tan fácil, ya que ha de tener en cuenta la notable diferencia que existe entre los casos antes indicados (tentativa de aborto del 145.2, sin concurrencia de las indicaciones) y el supuesto de aborto al amparo de la indicación eugénica, cuando ésta ha sido provocada previamente. Este último supuesto presenta dos aspectos que no pueden ser obviados: por un lado, no se trata de una sola conducta, sino que estamos ante dos comportamientos diferentes con un significado jurídico y social muy distinto; por otro, y en relación con lo anterior, en el segundo momento aparece un objetivo conflicto de intereses que merece una consideración especial, porque así lo impone la ley, sin que la provocación previa pueda, a mi juicio, disponer en contra de lo previsto por dicha ley¹⁴¹.

La existencia de estos dos momentos diferenciados impone la necesidad de atender cuáles son los fines que persigue el Derecho penal en cada uno de ellos y cuál es el mecanismo más adecuado para responder a esos fines:

¹⁴⁰ Cfr. HUERTA TOCILDO, «De ciertas incongruencias...», p. 1435.

¹⁴¹ Pues soy de la opinión que lo relevante en la interpretación de estos delitos no es el consentimiento de la mujer sobre la agresión al «nasciturus» (que puede estar presente tanto en los casos de lesiones como en los de aborto), sino la concurrencia o no de un objetivo conflicto de intereses entre la vida humana en formación y los derechos de la mujer a proyectar su libertad en la decisión sobre una parcela tan importante de su desarrollo vital como es la maternidad. Este conflicto no se da en el caso de las lesiones al feto.

- a) Cuando se han causado las malformaciones y estamos ante la situación de conflicto, la apreciación de las mismas en la fase prenatal, en un período o plazo en el que la ley ha abierto un ámbito de riesgo permitido, impone una reflexión sobre cuáles son los intereses que el Derecho quiere preservar en este caso. En mi opinión, el respeto escrupuloso al principio de legalidad impide rechazar la apreciación del 417 bis cuando concurren los requisitos legalmente establecidos, lo que hace suponer que la voluntad de la ley es que, en el período que dispone, una situación de conflicto como la expresada pueda ser resuelta con interrupción de la gestación, en atención a los derechos e intereses de la mujer y tal vez también en consideración de la calidad de vida del nacido (en los casos más extremos), cuando las malformaciones ya han sido creadas¹⁴². Me gustaría aclarar, no obstante, que esta situación y estos supuestos intereses del Derecho no me parecen los óptimos. A mi modo de ver, la interrupción de la gestación debería poder desarrollarse en un ámbito de riesgo permitido en la fase embrionaria, en la que se permitiera el aborto en atención exclusiva al valor de los derechos fundamentales de la mujer ante una maternidad no deseada, sin que ésta tuviera que anudar a su conciencia unos concretos motivos (que, como en el caso de la indicación eugenésica, introducen mayor perturbación y, en definitiva, confusión, en todo este problema). En conclusión, y volviendo a la situación de «lege lata», la concurrencia objetiva de la indicación impide castigar, a mi juicio «contra legem», el aborto.
- b) Ahora bien, existe un momento previo diferenciado de éste, en el que dolosamente la mujer causa las malformaciones. Es cierto que lo hace con el propósito de abortar después y que cabe suponer que su intención no es la de tener un hijo con malformaciones. Si esto es así, se suscita la siguiente disyuntiva. Por un lado, es preciso plantearse si al Derecho no le interesaría en este caso contar con un mecanismo que le impidiera interrumpir toda la serie posterior, teniendo en cuenta además que en el momento de la producción de las malformaciones existe realmente un dolo de causar lesiones con capacidad de permanecer en la fase postnatal (por lo que en principio no habría dificultad alguna para considerarlo una conducta típica del artículo 157). Sin embargo, y por otro lado, como la intención es la de controlar el riesgo creado con res-

¹⁴² Soy consciente de las reticencias que produce este planteamiento en torno a la indicación eugenésica, lo que ha conducido a una cierta controversia en la doctrina (en la que ahora no puedo entrar) por la utilización de una explicación «eutanáscica» sobre esta situación. Sin embargo, aunque entiendo que la base de la misma sigue estando en la atención a los intereses de la mujer, tal vez no cabe desprestigiar la concurrencia de una cierta consideración (en los casos más graves) a la calidad de vida del nacido.

pecto a la salud postnatal, aunque sea de modo indirecto a través del aborto, como finalmente ocurre, la aplicación del 157 supondría la equiparación de estos casos con otros que presentan, en mi opinión, un contenido de injusto diferente: por ejemplo, con el de la mujer que lesiona dolosamente al feto con la intención de causar daños postnatales, o a la que lo hace con un dolo alternativo de destruir o lesionar (supuestos casi imposibles, pero con los que cabe contar como hipótesis). Por esta razón, sugerir el castigo en nuestro ejemplo por lesiones al feto (con pena de uno a cuatro años) no puede por menos que chirriar si se comparan los casos planteados. Ahora bien, renunciar a la pena supone desatender un mecanismo de inhibición de una conducta que no sólo desencadena el riesgo de producción de aborto (cuya práctica, aunque respete los derechos de la mujer, supone en todo caso la destrucción del nasciturus), sino que en ese momento representa la producción de unas lesiones dolosas al feto, con independencia de que después se produzca el aborto.

En atención a estas consideraciones, parece que el castigo por las lesiones dolosas puede responder al deseo de intervenir en una fase previa a la generación del conflicto, siempre y cuando se refleje convenientemente en la pena (que en mi opinión no podría superar la de un año, límite superior del marco punitivo previsto para el aborto del 145.2) el menor desvalor frente a aquellos casos en los que no hay control de riesgo sobre el resultado postnatal o la intención se dirige a las lesiones personales.

VII. Conclusiones

En fin, hemos visto que la posibilidad, por otro lado remota, de que la mujer provoque (u otra persona con su consentimiento) la indicación eugenésica que permite el aborto, suscita numerosas cuestiones que pueden ser estructuradas en dos grupos de problemas. Por un lado, es preciso decidir si la provocación impide la aplicación del artículo 417 bis; por otro, la solución que se defienda con respeto a la punibilidad del aborto debe ser coherente con la que se proponga con relación al castigo por las lesiones al feto.

El castigo del aborto, que podría parecer en principio la respuesta adecuada, resulta en mi opinión una solución «contra legem», ya que de la interpretación conjunta del artículo 145 y del 417 bis se desprende que si objetivamente concurren todos los requisitos previstos en este último precepto, entonces los hechos no pueden ser subsumidos en el primero (que se refiere a la producción del aborto «fuera de

los casos permitidos por la ley»). En la medida en que la ley no exige la ausencia de provocación para la apreciación de las indicaciones, no creo que quepa hacer depender la aplicación del 417 bis de dicho requisito. Si esto es así, en realidad lo único que habría que discutir es si cabe castigar a la mujer por un delito de lesiones dolosas al feto, del artículo 157.

Y esta conclusión no puede ser desmontada alegando, en primer lugar, una relación de especialidad entre el 417 bis y el artículo 20.5º del Código penal, pues en mi opinión, las indicaciones no representan causas de justificación específicas, sino que su disposición obedece al deseo de resolver en el ámbito de la tipicidad un conflicto de intereses, que en los casos de aborto consentido representa la «regla», generando un ámbito de riesgo permitido para que los derechos de la mujer puedan ser ejercidos. Por tanto, las indicaciones constituyen causas de atipicidad, sobre las que no pueden operar requisitos aplicables a las causas de justificación.

Tampoco cabe defender la punibilidad del aborto invocando una especie de «competencia» por el riesgo creado con la causación de las malformaciones, de tal manera que la mujer viera su «derecho a la protección del Ordenamiento jurídico» aminorado y se le impusiera un «deber de tolerancia» que le obligara a no interrumpir la gestación, cuando en el momento del aborto lo cierto es que sigue concurriendo el conflicto de intereses (si la mujer no desea continuar con la gestación), y cuando lo cierto es que el 417 bis sigue siendo aplicable.

Por último, tampoco la teoría de la a.i.i.c. puede ser invocada para resolver estos casos, pues como se ha puesto de manifiesto, esta teoría no defiende una solución «contra legem» y si la provocación de la situación (la causación de las malformaciones) y el resultado de aborto no pueden representar el desvalor de acción y el desvalor de resultado del artículo 145 (que se completa con el 417 bis), entonces éste tipo no puede ser aplicado.

Sin embargo, sí que puede tener sentido el castigo de las lesiones al feto, pues en el momento en que se llevan a cabo no existe un legítimo conflicto de intereses que permita a la mujer la producción de las mismas, y puede parecer oportuno que en esa situación el Derecho intente contener el desarrollo posterior de los hechos (castigo de las lesiones con el mínimo de la pena, para evitar injusticias materiales).

Me gustaría concluir que esta solución que defiendo me satisface. Sin embargo, creo que es sólo una defectuosa respuesta en atención a lo impuesto por la ley (a mi modo de ver la única posible), en un comple-

jo problema que merece una solución diferente. La merecen las mujeres, en atención a sus derechos, a su dignidad, a su ámbito de privacidad, y la merece también la sociedad en su deseo de proteger la vida humana en formación: un sistema como el de plazo haría inviable la hipótesis que hemos atendido en este trabajo.