

ABORTO Y REFERÉNDUM CONSULTIVO

Joan Oliver Araujo

Resumen. El autor del artículo analiza la posibilidad y conveniencia de utilizar el mecanismo del referéndum consultivo, consagrado en el artículo 92 de la Constitución, para conocer, sin necesidad de intermediarios, la opinión del pueblo español ante la previsible ampliación de los supuestos de despenalización del aborto. En concreto, se plantea e intenta responder a estas dos preguntas: 1ª) ¿Es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo? 2ª) ¿Es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?

Según se desprende de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación en los últimos meses, el Gobierno está preparando una ampliación de los supuestos de despenalización del aborto. Junto al sistema de las indicaciones introducido por la Reforma del Código Penal de 5 de julio de 1985 (despenalización del aborto cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada — indicación terapéutica—, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación — indicación ética—, y cuando se presuma que el feto habrá de nacer con grandes taras físicas o psíquicas — indicación eugénica—) se pretende ahora abrir la puerta al denominado sistema del plazo (esto es, despenalizar toda interrupción voluntaria del embarazo realizada durante las doce primeras semanas de la gestación, sin necesidad de alegar causa alguna)¹. Esta anunciada ampliación, que supone un cambio cualitativo en la contemplación del conflicto de intereses en juego (protección de la vida humana dependiente *versus* derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad), provocará sin ninguna duda una amplia y dura polémica en el seno de la sociedad española, que conserva a pesar de todo un importante sustrato cristiano².

No pretendo, en este artículo, manifestar mi opinión personal sobre

(1) Para un estudio de la problemática del aborto desde una perspectiva jurídico-penal, pueden verse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: COBO DEL ROSAL, Manuel y CARBONELL MATEU, Juan Carlos en la obra colectiva: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 553-574; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 75-94; ARROYO ZAPATERO, Luis: "Prohibición del aborto y Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico número 3, 1980, págs. 195-222.

(2) Como botón de muestra, pueden verse las manifestaciones del Presidente de la Conferencia Episcopal Española, el cardenal Ángel Suquía, en su discurso de apertura de la 52ª asamblea plenaria. A su juicio, los católicos deben hacer oír su voz ante la posible liberalización completa del aborto en las primeras semanas de embarazo, lo que —en opinión del prelado— "representa un nuevo y gravísimo atentado ante el que los creyentes no pueden permanecer inactivos". Cfr. *El País*, día 20 de febrero de 1990, págs. 1 y 31; *El Periódico de Catalunya*, día 20 de febrero de 1990, págs. 1 y 21.

la bondad o inconveniencia de adoptar el sistema del plazo como técnica para despenalizar el aborto, mi pretensión es exclusivamente jurídica: analizar la posibilidad y la conveniencia de utilizar el mecanismo del referéndum consultivo consagrado en el artículo 92 de la Constitución en un tema tan delicado como éste. Dicho con otras palabras, lo que nos planteamos son dos cuestiones diferentes: 1ª) determinar si es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo; y 2ª) precisar si es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica referendaria. Veamos ambas cuestiones.

1ª. ¿Es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto a través del sistema del plazo?

A mi juicio, esta pregunta tiene una respuesta indudablemente afirmativa, como intentaré demostrar a continuación.

La Constitución española de 1978, aunque contempla la institución del referéndum con manifiesta desconfianza y antipatía, ha introducido diversas modalidades del mismo. La modalidad más novedosa y a su vez problemática³ la consagra en su artículo 92.1, al afirmar que "las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos". El referéndum consultivo es una figura valiosa, tanto por sí misma como, sobre todo, por lo que significa de nuevo intento de incorporar a una Constitución eminentemente representativa algunas fórmulas de democracia directa⁴.

Es importante subrayar que el referéndum previsto en el artículo 92 de la Constitución tiene carácter facultativo⁵, lo que significa que los poderes públicos pertinentes podrían adoptar la decisión política de especial trascendencia sin consultar previamente al pueblo. Dicho con otras palabras, se consulta al cuerpo electoral porque se quiere, no porque haya una obligación jurídica de hacerlo. Sentada esta precisión, debemos señalar que el proceso que conduce a la celebración de un referéndum consultivo se compone básicamente de tres fases: 1ª) propuesta del Presidente del Gobier-

(3) Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Referéndum" en Diccionario del sistema político español (dirigido por J.J. González Encinar), Akal, Madrid, 1984, pág. 794.

(4) Valoración análoga puede verse en el trabajo del profesor Pedro CRUZ VILLALÓN titulado "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional" en Revista de Estudios Políticos, núm. 13, 1980, pág. 145.

(5) Cfr. DE ESTEBAN, Jorge en la obra colectiva: El régimen constitucional español. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, vol. I, pág. 96; CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., págs. 149 y 160; LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución española de 1978" en Boletín informativo del Departamento de Derecho Político, núm. 3, primavera 1979, pág. 37; LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92. Referéndum" en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978 (dirigidos por Ó. Alzaga Villaamil), Edersa, Madrid, 1985, tomo VII, pág. 395.

no; 2ª) autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta; y 3ª) convocatoria formal y obligada del Rey⁶. Aunque no es previsible un uso frecuente de esta modalidad de referéndum, debemos recordar que el 12 de marzo de 1986 fue utilizada en un tema extraordinariamente polémico: la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica⁷.

La delimitación precisa de lo que puede ser objeto de referéndum consultivo es un tema complejo⁸, pues la fórmula "decisiones políticas de especial trascendencia", que utiliza el artículo 92, adolece de una notable y tal vez premeditada oscuridad. A mi juicio, los constituyentes consagraron conscientemente un concepto jurídico-político indeterminado, que pone de manifiesto la voluntad de dejar en manos del convocante un amplísimo margen de libertad⁹. A pesar de esta ambigüedad, es opinión generalizada en la doctrina¹⁰ que el referéndum consagrado en el artículo 92 no puede utilizarse para aprobar proyectos de ley ni para derogar leyes en vigor, por tanto es evidente que no podrá someterse a referéndum un proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal despenalizando el aborto, ni un texto legal en esta línea que ya esté en vigor. Esta exclusión de los textos legislativos como posible objeto de la consulta, que tiene su fundamento en el propio tenor literal del precepto y en el desarrollo del proceso constituyente¹¹, no ofrece, sin embargo, grandes dificultades para dar una respuesta afirmativa a la cuestión que ahora nos estamos planteando. En efecto, aunque

(6) Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: "El referéndum en el sistema constitucional español" en *Revista de Derecho Político*, núm. 29, 1989, págs. 154-158.

(7) En el Boletín Oficial del Estado de 7 de febrero de 1986 se publicó el Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero, por el que se sometía a referéndum de la Nación la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica. Para un estudio de esta consulta puede verse el trabajo del EQUIP DE SOCIOLOGIA ELECTORAL DE LA UNIVERSITAT AUTONOMA DE BARCELONA titulado: "El referéndum del 12 de marzo de 1986 sobre la permanencia de España en la OTAN y sus consecuencias para el sistema político" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 52, 1986, págs. 183-215.

Los resultados que se produjeron el 12 de marzo de 1986 fueron mucho más progubernamentales de lo que era previsible a tenor de las encuestas electorales. En concreto, fueron los siguientes (BOE de 2 de abril de 1986 y BOE de 11 de abril de 1986)

Electores:	29.024.494
Votantes:	17.246.452
Votos afirmativos:	9.054.509
Votos negativos:	6.872.421
Votos en blanco:	1.127.673
Votos nulos:	191.849

(8) Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, vol. I, pág. 151.

(9) Con criterio análogo, cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92...", op. cit., págs. 377-378.

(10) En este sentido, cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios...*, op. cit., vol. I, pág. 151; LINDE PANIAGUA, Enrique: "Artículo 92...", op. cit., págs. 378, 380 y 383; LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", op. cit., págs. 39-40; AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Referéndum", op. cit., págs. 794-795; CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., págs. 153 y 160; SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: "Artículo 92" en *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, págs. 1.317-1.318.

(11) Cfr. OLIVER ARAUJO, Joan: "El referéndum...", op. cit., págs. 158-159.

la pregunta que se formula al cuerpo electoral no puede tener un contenido normativo expreso¹², es muy posible que el resultado del referéndum provoque una determinada actividad legislativa (en la hipótesis de que el Gobierno sometiera a referéndum su decisión política de despenalizar el aborto, es evidente que el resultado de esta consulta podría motivar la presentación de un proyecto de ley en consonancia con la voluntad popular mayoritaria). Como afirma el profesor Tomás Villarroya¹³, "el tenor literal del artículo 92 puede quedar eludido mediante un expediente fácil: se consulta al pueblo y el resultado de la consulta se articula en un texto legislativo". Por todo ello, se puede concluir de forma categórica que es técnicamente posible someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto.

2ª. ¿Es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?

La respuesta a esta segunda pregunta es mucho más compleja que la anterior y exige ser examinada desde dos perspectivas distintas. Desde una *perspectiva formal*, acudir a la voluntad popular directa, sin intermediarios, para determinar la legalidad o ilegalidad de las prácticas abortivas me parece una vía ciertamente adecuada, pues es uno de estos pocos temas en los que, a menudo, la opinión particular de un ciudadano no coincide con la opinión oficial que sostiene el partido al que habitualmente aquel ciudadano da su voto (en este sentido, es frecuente encontrar electores de derechas favorables a la libre interrupción del embarazo y votantes de izquierdas que consideran el aborto como un grave atentado al derecho a la vida). Por tanto, considero que formalmente éste es un tema adecuado para ser sometido a referéndum, pues los ciudadanos más que votar según las instrucciones de tal o cual partido, actuarían en este tema concreto según el exclusivo dictado de sus conciencias. Podrían organizarse, a los efectos de la campaña previa al referéndum, dos plataformas públicas, una a favor del "sí" y otra a favor del "no", ambas con fondos públicos y con igualdad de oportunidades, pues, como afirma el profesor Cruz Villalón¹⁴, "lo que se requiere en el desarrollo de un referéndum de esta naturaleza es la formación y promoción de organizaciones *ad hoc* que aglutinen a los ciudadanos en razón de su posición ante la cuestión planteada" (así, por ejemplo, con ocasión del referéndum sobre el Mercado Común, se formaron en Gran Bretaña dos grandes organizaciones: *Britain in Europe* que reunía a los que propugnaban el sí, y *The National Referendum Campaign* que aglutinaba a

(12) Cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", op. cit., pág. 39.

(13) Cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: "Comentario al libro El régimen constitucional español 1" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pág. 346.

(14) Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El referéndum...", op. cit., pág. 164.

los partidarios del no). De este modo, en este caso concreto, el referéndum dejaría de ser un instrumento subsidiario de los partidos políticos, para convertirse en un mecanismo circunstancialmente sustitutorio de los mismos¹⁵, una forma de plantear y resolver el problema al margen del sistema de partidos¹⁶. Por tanto, sintetizando lo dicho anteriormente, se puede afirmar que desde una perspectiva formal el referéndum consultivo sobre la penalización o legalización del aborto es políticamente útil y conveniente.

Por el contrario, dar una respuesta precisa a la segunda cuestión (¿es conveniente o, al menos, útil políticamente acudir en este caso concreto a la técnica del referéndum consultivo?) desde una *perspectiva material* es bastante más difícil. Para comprender el alcance de esta dificultad hay que tener presente que el resultado de un referéndum consultivo es jurídicamente vinculante y, por tanto, los poderes públicos están totalmente obligados por este resultado¹⁷. Y digo que es complejo responder afirmativamente a la pregunta de si es conveniente someter a referéndum la ampliación del aborto, por dos motivos antagónicos. Por una parte, porque desde una posición rígidamente antiabortista se negará legitimidad a la consulta (se dirá que votar el tema del aborto es lo mismo que votar el tema de la legalidad del asesinato o de la violación; que es un tema que no es susceptible de ser sometido a consulta popular y, por ende, los hipotéticos resultados carecerían de valor). Por otra parte, porque desde una posición decididamente abortista se argumentará que es innecesario acudir a la vía del referéndum, costosa y crispadora, para despenalizar el aborto, bastando que las Cortes Generales —representantes del pueblo español (art. 66.1 CE)— aprueben la reforma con la mayoría propia de las leyes orgánicas. Por tanto, por uno u otro motivo, es muy dudoso que desde una perspectiva material sea conveniente o, al menos, útil políticamente someter a referéndum consultivo la proyectada ampliación de los supuestos de despenalización del aborto.

15) Cfr. LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel: "Comentario a la Ley Orgánica de modalidades de referéndum" en Revista del Departamento de Derecho Político, núm. 6, primavera 1980, pág. 88.

16) Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis: Democracia directa y Estado constitucional, Edersa, Madrid, 1977, pág. 316.

17) Cfr. DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis: "Referéndum consultivo y decisión política" en el diario El País, 30 de enero de 1986, págs. 11-12.