



Universidad  
de Alcalá

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**EL DELITO DE ABORTO  
HISTORIA, ESTUDIO DE LA ULTIMA  
REFORMA POR LO 11/2015  
Y DERECHO COMPARADO**

**Master Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

**Autor: AITOR BLANCO ORTÉS**

**Tutor/a: Dr. D. CARLOS GARCÍA VALDÉS**

**Co-tutor/a: Dr. D. ESTEBAN MESTRE DELGADO**

**Alcalá de Henares, a 1 de diciembre de 2016**



## **Resumen**

En este escrito, estudiaremos la situación legislativa del aborto en España. Para facilitar esta labor, hemos dividido la actividad en dos partes: Por un lado, analizaremos la historia española sobre el aborto hasta hoy, incluyendo un apartado especial a la legislación de 2015. Y, por otro lado, haremos un estudio del tratamiento que en la actualidad recibe el aborto en los países europeos más cercanos a España en niveles socioculturales.

## **Palabras clave**

Aborto, legislación, España, mujer, feto, Europa.

## **Abstract**

In this paper, we will study the legal situation of abortion in Spain. To facilitate this, we have divided the activity into two parts: On the one hand, we will analyze the Spanish history about the abortion until 2015, including a special section to the current legislation. And on the other hand, we will study the treatment that currently receives the abortion in European countries closest to Spain in a social and cultural level.

## **Key words**

Abortion, legislation, Spain, woman, foetus, Europe.

## ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>6</b>  |
| <b>1. HISTORIA DEL DELITO DE ABORTO EN ESPAÑA.....</b>  | <b>10</b> |
| 1.1. Código Penal de 1822.....  | 10        |
| 1.2. Código Penal de 1848.....  | 11        |
| 1.3. Código Penal de 1850.....  | 12        |
| 1.4. Código Penal de 1870.....  | 13        |
| 1.5. Código Penal de 1928.....  | 14        |
| 1.6. Código Penal de 1932.....  | 16        |
| 1.7. Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo y Orden de<br>Aplicación.....   | 17        |
| 1.8. Ley de 24 de enero de 1941 .....   | 18        |
| 1.8.1. Código Penal de 1944.....  | 21        |
| 1.8.2. Código Penal de 1963.....  | 22        |
| 1.8.3. Código Penal de 1973.....  | 23        |
| 1.9. Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código<br>Penal.....  | 23        |
| 1.10. Código Penal de 1995 .....  | 28        |
| 1.11. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la<br>Interrupción Voluntaria del Embarazo .....  | 30        |
| 1.12. Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las<br>menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción<br>voluntaria del embarazo ..... | 38        |
| <b>2. DELITO DE ABORTO .....</b>  | <b>42</b> |
| 2.1. Cuestiones Generales.....  | 42        |
| 2.2. Bien Jurídico Protegido .....  | 45        |
| 2.3. Objeto Material .....  | 46        |
| 2.4. Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo .....   | 47        |
| 2.5. Concurso .....   | 47        |
| 2.5.1. Artículo 144 Código Penal .....  | 48        |
| 2.5.2. Artículo 145 Código Penal .....  | 51        |
| 2.5.3. Artículo 145 bis Código Penal.....   | 55        |
| 2.5.4. Artículo 146 Código Penal .....  | 58        |
| <b>3. DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>   | <b>61</b> |
| 3.1. Reino Unido .....  | 61        |
| 3.2. Alemania.....  | 62        |
| 3.3. Italia.....  | 63        |
| 3.4. Portugal.....  | 64        |
| 3.5. Francia .....  | 66        |
| 3.6. Países Bajos .....   | 67        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>   | <b>71</b> |
| <b>FUENTES CONSULTADAS .....</b>  | <b>78</b> |

## INTRODUCCIÓN

Es sabido que, a lo largo de la historia y en diferentes culturas, el aborto ha significado siempre un asunto de gran controversia debido a los serios problemas que plantea, ya sea de tipo religioso, filosófico o moral, científico, e incluso en materia de género. No obstante, en lo que compete a este escrito, tendremos en cuenta la problemática que se ha dado tanto en España, a lo largo de los últimos siglos, como en países de nuestro entorno en la actualidad. En consecuencia, en lo referente a países occidentales la discusión entre las diferentes posturas se ha llevado a cabo desde un punto de vista científico (aunque en España también ha tenido marcado peso la influencia de la Iglesia católica), a saber: en primer lugar, la determinación del momento en el cual el embrión pasa a estar dotado de una protección igual o similar a la de un ser humano de vida extrauterina, y, en segundo lugar, también origina gran discusión el hecho de precisar hasta qué punto la mujer embarazada es libre para disponer de su cuerpo de forma autónoma e independiente. En el contenido que aquí se presenta, tendremos en cuenta los diferentes puntos de vista que se derivan del referido debate y los proyectaremos en base a la situación que encontramos en España.

En este escrito, llevaremos a cabo un estudio del delito de aborto en la legislación española por medio del análisis de los diferentes tratamientos otorgados al tipo penal en cuestión a lo largo de los diferentes textos penales así como el tratamiento legislativo que se le ha dado a la interrupción voluntaria del embarazo en las últimas décadas.

Para ello, hemos comenzado nuestra investigación en el Código Penal de 1822, como texto fundamental de la historia legislativa y penal española, seguido de los demás Códigos penales que, sin apenas modificaciones introducidas en relación al aborto, se extienden a lo largo del siglo XIX, acompañados de los diferentes tratamientos penales que se producen hasta bien entrado el siglo XX. No es hasta finales del siglo XX cuando se produce un cambio de gran importancia referente al aborto, al llevarse a cabo la aprobación de la primera ley que permite la interrupción voluntaria del embarazo bajo la condición de ciertos supuestos, algo que ya se dio en España por un breve periodo de tiempo cuando en 1937, durante la Guerra Civil, la Generalitat de Cataluña aprobó un Decreto por el que se permitía el aborto en base a un sistema de

supuestos. Por último, en el año 2010 se llevó a cabo la última gran legislación de interrupción voluntaria del embarazo, permitiéndose su realización en base a un sistema mixto en el que se complementaba el sistema de plazos con un sistema de supuestos, reformada recientemente mediante la Ley Orgánica 11/2015, que analizaremos en el presente escrito<sup>1</sup>. Además del uso de los diferentes textos penales y legislaciones aplicables, con el fin de prestar un apoyo a éstos y asegurar una mejor comprensión, también tomaremos como referencia la jurisprudencia correspondiente tanto nacional como de ámbito europeo, así como diferentes informes y dictámenes emitidos por diversos órganos de trascendencia nacional e internacional.

A continuación de lo anterior, llevaremos a cabo un examen detallado de los diferentes supuestos por los que se regula el delito de aborto en el Código Penal actual, mediante el estudio de los diferentes elementos del tipo que lo constituyen (bien jurídico protegido, objeto material, tipo objetivo y tipo subjetivo, así como las diferentes formas de ejecución y de los diferentes concursos que puedan tener lugar), para ello, tomaremos como referencia, en mayor medida, a la doctrina penal, con el objetivo de exponer detalladamente las posturas más importantes e influyentes en el supuesto de hecho que nos ocupe.

Además de tener en cuenta el tratamiento dado en el ámbito nacional, también analizaremos el régimen con el que es dotado tanto el delito de aborto como la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en diferentes países de nuestro entorno –como Reino Unido, Alemania, Italia, Portugal, Francia y Países Bajos– en atención a las legislaciones propias de cada Estado, con el fin de observar cuál es la tendencia legislativa para tener una referencia de en qué momento y situación nos encontramos, y comparar la situación legislativa actual en España con estos países citados.

En relación a todo lo anterior, en los últimos años se ha generado en España un intenso debate social, científico, político e incluso religioso, a causa de las diferentes reformas que se han llevado a cabo en los últimos años en referencia a la interrupción

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de septiembre de 2015, núm. 227.

voluntaria del embarazo. En base a todo ello, pondremos de manifiesto todos los puntos de vista que engloba el debate del tratamiento ofrecido al aborto e intentaremos dar respuesta a las diferentes cuestiones que puedan surgir en aras de facilitar una mayor comprensión.

Como término, se expondrán las conclusiones personales surgidas tras el análisis de las diferentes posturas de una forma meditada y motivada basada en los conocimientos obtenidos en la realización del escrito que se presenta.

Para finalizar y antes de entrar en materia, conviene dejar constancia de que el presente Trabajo de Fin de Máster se basa en una ampliación llevada a cabo del Trabajo de Fin de Grado presentado por el mismo autor en el año 2015, que lleva como título “El delito de aborto en la legislación española”. Con esta presentación se modifican algunos puntos importantes del anterior documento, de tal forma que se actualiza su contenido con la incorporación de la Ley Orgánica 11/2015 y se incide en algunos aspectos en los que se ha considerado necesario.





## **1. HISTORIA DEL DELITO DE ABORTO EN ESPAÑA**

Es importante conocer la evolución del Derecho, y de qué forma, debido a vaivenes histórico-políticos, se producen variaciones en el momento de legislar. Más aún en el delito de aborto, donde juega un papel fundamental la ética, la moral, la libertad e incluso la religión.

Por ello, Antes de llevar a cabo un estudio del tratamiento que dispone el Código Penal actual al delito de aborto, es interesante el estudio de cómo la legislación española ha abordado el delito de aborto a lo largo de las diferentes legislaciones establecidas al efecto, comenzando por el Código de 1822 hasta las diferentes reformas que nos ocupan hoy en día.

### **1.1. Código Penal de 1822**

A semejanza de las diversas revueltas liberales que se generan en Europa, en 1820 se produce el triunfo del Coronel Riego, abriendo lo que posteriormente se conocerá como el “Trienio Liberal”, que acabó tras una gran inestabilidad política volviendo al sistema absolutista con Fernando VII a la cabeza. Y es en esta época, donde nace el Código Penal de 1822<sup>2</sup>.

Este texto penal es el primero que influye de manera significativa en los textos penales posteriores, caracterizado por contenidos liberales que chocan con una España católica y conservadora<sup>3</sup>. Recoge el delito de aborto, quedando tipificado en el Título I, Capítulo I de la Parte Segunda del texto legal, en los artículos 639 y 640.

El artículo 639 se refiere a la producción dolosa del delito de aborto por un tercero. El legislador diferencia, por un lado, entre el consentimiento o no de la mujer embarazada y, por otro, la tentativa y consumación efectiva del aborto. Para el caso de que el tercero “procure” el aborto sin consentimiento ni conocimiento de la mujer, se enfrentaría a la pena de dos a seis años de reclusión, no obstante, si la mujer consiente, la pena se reducirá a la reclusión de uno a cuatro años. Por otro lado, si de los diferentes actos llevados a cabo por el tercero se deriva en una efectiva ejecución del aborto, se

---

<sup>2</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *Códigos Penales Españoles (recopilación y concordancias)*, Ed. Akal, Ávila, 1988, pp 9 -12.

<sup>3</sup> *Idem*.

enfrentaría a una pena de reclusión de seis a diez años, si no hay consentimiento, o de cuatro a ocho, para el caso de que si lo hubiere. Por último, hace referencia al caso según el cual la acción recogida se practicase por un facultativo, castigándose con la pena de cinco a nueve años de obras públicas cuando carece de consentimiento y de ocho a catorce en caso afirmativo, además de la inhabilitación perpetua en los dos casos.

El precepto siguiente, el artículo 640, se vincula únicamente con la punibilidad de la acción de la mujer para el caso de que ella misma se produjera el aborto. Así, la mujer que dolosamente se realizase el aborto, sería castigada con la reclusión de cuatro a ocho años. Sin embargo, el artículo introduce una eximente para el caso de que “fuere soltera o viuda o no corrompida y de buena fama anterior” castigándose con la pena rebajada de reclusión de uno a cinco años, siempre y cuando el motivo por el cual lo hizo fuera el “encubrir su fragilidad”.

En este precepto podemos observar que no existe preocupación alguna por la salud y la vida de la mujer, ni se tiene en cuenta si el embarazo fue causa de un delito de violación. Por otro lado, se puede producir una gran imprecisión a la hora de apreciar la eximente señalada y, a la par, ésta supondría una vía de escape que desembocaría en la desigualdad. Desgraciadamente, será una observación que podamos hacer a lo largo de gran parte de las legislaciones españolas con respecto al aborto y que veremos a continuación.

## **1.2. Código Penal de 1848**

Una vez finalizada la primera guerra carlista tras haber sido nombrada heredera al trono Isabel II, en 1844 acceden al poder los liberales moderados, dando lugar a la “época moderada”, donde ve la luz, tras la Constitución de 1845, el Código Penal de 1848<sup>4</sup>. Dicho texto penal recoge el delito de aborto en su Libro Segundo, en el Capítulo Tercero del Título Noveno, y abarca los artículos 328, 329, 330 y 331.

El artículo 328 se refiere al aborto causado por un tercero en forma dolosa, variando las penas según se dé: violencia sobre la mujer embarazada -para cuyo caso se le aplicará la pena de reclusión temporal-; se haya obrado sin consentimiento de la

---

<sup>4</sup>LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *op. cit.*, pp. 189 y 190.

mujer embarazada –cuyo castigo consistirá en la pena de prisión mayor-; y si la mujer lo consiente –en cuyo caso se impondrá la pena de prisión menor-.

El siguiente artículo, el 329, se refiere al aborto imprudente causado por un tercero de forma violenta castigándose con la prisión correccional.

El artículo 330, por su parte, se refiere exclusivamente a la mujer que cause o consienta que se lleve a cabo el aborto, castigándose con la prisión menor. Sin embargo, como en el caso del Código penal anterior (de 1822) se impone la pena rebajada hasta la prisión correccional para el caso de que la mujer haya actuado de forma delictiva con el fin de ocultar su deshonra.

Por último, el artículo 331 de este Código penal se refiere al caso en el que el autor del delito sea un facultativo, que será castigando con las penas recogidas en el artículo 328 en su grado máximo. A diferencia del texto penal anterior, no se aplica la pena de inhabilitación facultativa, algo que, como podremos observar a continuación, tampoco se dará en los Códigos penales siguientes.

### **1.3. Código Penal de 1850**

Mediante el Real Decreto de 30 de junio de 1850, se reforma el Código Penal de 1848, dando lugar a la Código Penal de 1850. Dicho texto penal tiene cierto carácter regresivo en comparación con su predecesor, debido al sistema de liberalismo personificado de Ramón María Narváez que, tras la proclamación de la Segunda República Francesa, veía con preocupación los diferentes desórdenes sociales y políticos que estaban surgiendo en España<sup>5</sup>.

En el referido Código Penal, se encuentra recogido en el Capítulo Tercero, del Título Noveno, del Libro Segundo, donde lo tipifican los artículos 337, 338, 339 y 340.

El Código penal de 1850 hace una transcripción literal de lo expuesto en el Código penal de 1848 sobre el delito de aborto. Como única variante, se indica que en el caso de que el autor sea un facultativo, en lugar de ser penado con las penas en grado

---

<sup>5</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *op. cit.*, p. 321.

máximo del artículo 328 como indicaba el anterior texto legal, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 337, debido a su orden en el presente Código.

#### **1.4. Código Penal de 1870**

Elaborado en el periodo conocido como “Sexenio Revolucionario” caracterizado por momentos de gran inestabilidad política interna y externa del país, con el nuevo Código Penal de 1870 se pretende armonizar la ley penal con la reciente Constitución de 1869<sup>6</sup>.

En el texto penal, encontramos el delito de aborto en el Libro Segundo, Título Octavo, Capítulo Sexto, entre los artículos 425 y 428. La estructura que adopta el legislador a la hora de tipificar el delito de aborto es la misma que en los textos legales anteriores, en los que se refiere en primer lugar al tercero que lo provoca en forma dolosa, por un lado, e imprudente por otro. Le sigue la referencia a la pena de la mujer embarazada y, por último, al facultativo que lleva a cabo o colabora en la realización del aborto.

El artículo 425 se refiere al tercero que causase el aborto de forma dolosa castigando el aborto provocado con violencia con la reclusión temporal y el llevado a cabo, aun sin violencia, sin el consentimiento de la mujer con la pena de prisión mayor. Estas penas y supuestos son los mismos que los establecidos en los Códigos penales de 1848 y 1850, sin embargo, para el caso de que el aborto haya sido causado con el consentimiento de la mujer embarazada se castigará con la pena de prisión correccional en grados medio y máximo, algo que varía con respecto a los dos Códigos anteriores.

Por otro lado, el artículo 426 se refiere al caso del tercero que causase el aborto de forma violenta, aún no habiendo propósito de causarlo, castigándose con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Por su parte, el artículo 427, como hemos adelantado, se refiere a la mujer que causase o consistiese, castigándose tal comportamiento con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo. Sin embargo, como ocurre en los Códigos

---

<sup>6</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), op. cit., pp. 485 – 490.

penales anteriores, si la mujer lo hubiera llevado a cabo con el fin de “ocultar su deshonor”, la pena propuesta se rebajaría hasta los grados mínimo y medio.

Por último, el artículo 428 se vincula para el caso de que el facultativo causase o cooperase en la realización del aborto, castigándose con las penas establecidas en el artículo 425 elevadas a su grado máximo.

### **1.5. Código Penal de 1928**

Tras acceder al trono Alfonso XIII, se inicia un periodo de gran inestabilidad social, con innumerables huelgas, sublevaciones y atentados. A esta situación interna hay que añadir la grave situación externa debida al “desastre de Annual”, que, a escasas semanas de hacerse público el informe por el cual se le responsabilizaba de lo sucedido en Marruecos al Rey, se hizo cargo del poder estatal el General Primo de Rivera<sup>7</sup>.

El Código Penal de 1928 elaborado dentro de la dictadura de Rivera, mantiene una estructura análoga a la del Código Penal de 1870<sup>8</sup>. El cual, recoge el delito de aborto en el Capítulo Quinto del Título Séptimo del Libro Segundo, entre los artículos 525 y 529, ambos incluidos.

El presente texto legal, introduce algunas variantes a tener en cuenta con respecto a los Códigos penales anteriores. En este sentido, el legislador diferencia entre “causar aborto” y “destrucción del fruto de la concepción”, añadiendo una apreciación más a tener en cuenta en el delito de aborto. Por otro lado, introduce en el artículo 526 el supuesto en el que el tercero causa el aborto sin tener propósito de hacerlo, pero teniendo el conocimiento del estado de embarazo de la mujer. Por ultimo, añade la figura del farmacéutico, diferenciando según tenga o no título, en el supuesto de que facilite sustancias necesarias para llevar a cabo el aborto o la destrucción del feto. A continuación, pasaremos a estudiar los artículos referidos, pudiéndose observar las modificaciones que se señalan.

---

<sup>7</sup>LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *op. cit.*, pp. 665 – 667.

<sup>8</sup> *Idem.*

El primer precepto que regula el delito de aborto es el artículo 525 que se refiere al tercero que dolosamente causase el aborto o destruyese el fruto de la concepción. El mismo artículo se divide en tres puntos. El primero, para el caso de que se hubiese ejercido violencia sobre la mujer embarazada, cuya pena correspondiente se encontraba entre los ocho y quince años de prisión. En segundo lugar, se regula el caso de que el tercero, sin necesidad de utilizar violencia, llevase a cabo el aborto sin el consentimiento de la mujer, correspondiendo en este caso la pena de prisión de cuatro a ocho años. Por último, el artículo 425 se refiere al caso de que el tercero haya provocado el aborto con el consentimiento de la mujer, rebajando la pena de prisión hasta quedarse en un periodo situado entre los dos a los cuatro años.

El artículo siguiente, el 526, se observa una variante con respecto a los textos penales anteriores, regulando el supuesto en que el tercero llevase a cabo actos de violencia sobre la mujer causándole el aborto o destruyendo el fruto de la concepción, aún sin propósito de causarlo, pero siendo conocedor de la existencia del embarazo. Para este caso, será castigando con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, “no correspondiendo mayor pena a las lesiones inferidas” en el supuesto de producirse el aborto, y con la misma pena pero sumando las penas señaladas a las lesiones en su grado máximo para el caso de producirse la destrucción del fruto de la concepción.

El artículo 527, por su parte, regula el supuesto en el que el aborto haya sido llevado a cabo o consentido por parte de la mujer embarazada, castigándose tal supuesto con la pena de dos a cuatro años de prisión. Como sucede repetidamente en los textos penales anteriores, la pena para la mujer queda rebajada, en este caso hasta el periodo de 3 meses a un año de prisión, para el caso de que haya llevado a cabo el comportamiento descrito con el objetivo de “ocultar su deshonra”.

El precepto siguiente, el artículo 528 se centra en la figura del facultativo, ya sea médico, farmacéutico, comadrón o partera, para el caso de que causase o cooperase en la destrucción del fruto de la concepción o la causación del aborto, castigándose con las penas señaladas en el artículo 525 elevadas a su grado máximo.

Por último, como otra novedad que introduce este texto penal con respecto a los anteriores, es el artículo 529 que se centra en la figura del farmacéutico que facilitase

sustancias capaces de provocar el aborto o la destrucción del feto sin ningún tipo de prescripción médica, castigándose con la pena de seis meses a un año de prisión y una multa que varía entre las 1.000 y las 5.000 pesetas. Otra variación que se da en el presente Código es la introducción del supuesto en el que el facultativo sin título facilite las sustancias referidas en el supuesto anterior, castigándose con la pena de prisión de tres a seis meses y una multa de 1.000 pesetas.

### **1.6. Código Penal de 1932**

Con la proclamación de la Segunda República Española, se deroga por Decreto de 15 de abril de 1931, el Código Penal de 1928. En base a una gran política reformista de orientación progresista, se aprueba, en 1932, el nuevo Código Penal con una estructura y contenido similares a lo establecido en el Código Penal de 1870<sup>9</sup>.

El delito de aborto en el texto penal de 1932 se encuentra en el Libro Segundo, en el Título Noveno en su Capítulo Tercero en los artículos 417 y siguientes.

El primero de los artículos que regula el delito de aborto es el 417, el cual se refiere a los casos en que un tercero cause el aborto de forma dolosa, y se divide en tres supuestos. El primero de ellos, hace referencia al caso en el que se ejerza violencia sobre la mujer embarazada, lo cual se castiga con la pena de prisión mayor. En segundo término encontramos el supuesto para el que se produzca el aborto, aún sin que haya sido llevado a cabo mediante violencia, para el cual se impone la pena de prisión menor. En el tercer y último punto se contempla el supuesto de que el aborto por un tercero haya sido llevado a cabo con el consentimiento de la mujer, lo que supondrá para aquél una pena de arresto mayor.

En este mismo precepto se recoge una innovación con respecto a los anteriores textos legales, y es el supuesto del fallecimiento de la mujer a consecuencia del aborto, para lo cual se imponen las penas señaladas en el artículo elevadas a su grado máximo, siempre y cuando haya sucedido de forma imprudente y no corresponda mayor pena en virtud del artículo 558 relativo a la imprudencia temeraria.

---

<sup>9</sup>LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *op. cit.*, pp. 969 – 971.

Los artículos 418 y 419 se refieren únicamente a la punibilidad del comportamiento de la mujer, castigando el primero con arresto mayor para la mujer que se causara o consintiera el aborto, y, en el segundo artículo, castigando a la mujer con arresto mayor en su grado mínimo cuando ésta haya obrado de la manera descrita en el artículo anterior con el objeto de “ocultar su deshonra”.

Por último el precepto 420 se centra en la figura del facultativo que causase o cooperase en el aborto “abusando de su arte”, siendo castigado en ese caso con las penas señaladas en el artículo 417 y con la pena de multa de 2.500 a 25.000 pesetas. En un segundo párrafo, el artículo se refiere al farmacéutico que facilitase una sustancia abortiva sin la debida prescripción facultativa, castigándolo con la pena de multa de 500 a 5.000 pesetas.

### **1.7. Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo y Orden de Aplicación**

En el año 1937, en plena Guerra Civil española, Cataluña era territorio republicano y su gobierno estaba dirigido, en mayor medida, por el sindicato de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT). En este contexto, en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña se publica el día 9 de enero de 1937 el Decreto por el que se legaliza la interrupción voluntaria del embarazo<sup>10</sup>, seguido de otro publicado el 5 de marzo en el que se establece la regulación a seguir para que sea legal aquélla<sup>11</sup>. Cobra gran importancia dichas publicaciones por ser la primera vez en España en la que se despenaliza el aborto tanto para la mujer como para el facultativo, bajo la condición de ciertos supuestos.

En primer lugar, se reconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo para los supuestos terapéuticos, eugenésicos y éticos, siempre a petición de la embarazada, no aceptando ningún tipo de reclamación por familiares de la mujer que decide libremente en el último supuesto. La interrupción del embarazo estará condicionada a dos requisitos: se haya pasado un reconocimiento médico previo, y se

---

<sup>10</sup> Decreto, de 25 de diciembre de 1936, de regulación de la interrupción artificial del embarazo. *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña*, de 9 de enero de 1937, núm. 9.

<sup>11</sup> Orden, de 1 de marzo de 1937, por la que se establecen las normas de regulación de la interrupción artificial del embarazo. *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña*, de 5 de marzo de 1937, núm. 64.



haya estudiado la ficha médica, psicológica y social de la mujer. Por otro lado, se denegará el ejercicio del aborto cuando existan contraindicaciones médicas que lo desaconsejen, el embarazo haya sobre pasado el plazo de tres meses, o no hayan pasado trescientos sesenta y cinco días desde la última interrupción artificial del embarazo a la que se haya sometido la mujer. Los dos últimos supuestos de denegación quedan supeditados a la autorización de las autoridades si se diesen cuestiones terapéuticas.

En otro orden de cosas, los profesionales especializados en este ámbito quedan obligados a colaborar en la interrupción voluntaria del embarazo. Así mismo, tal actividad se realizará únicamente en los Centros autorizados dependientes de la Generalitat, la cual también creará órganos tales como la Comisión Técnica para el estudio y control de las interrupciones artificiales del embarazo.

### **1.8. Ley de 24 de enero de 1941<sup>12</sup>**

Tras la Guerra Civil y con la llegada de la dictadura de Francisco Franco, sale a la luz la Ley para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista, en cuya exposición de motivos reconoce como razón única la cuestión demográfica. En base a esta ley, quedará regulado el delito de aborto en los posteriores Códigos Penales (de 1944, 1963 y 1973) que se prolongarán durante todo el periodo franquista.

En su primer artículo deja claro el carácter y finalidad de esta ley cuando señala que será punible “todo aborto que no sea espontáneo”. A continuación, estudiaremos las diferentes conductas punibles que se recogen.

En primer lugar, nos centraremos en la figura del tercero que cause el aborto a la mujer embarazada. La ley diferencia básicamente en dos supuestos: sin consentimiento de la mujer y con consentimiento de ésta. En el primer caso, al tercero que provoca el aborto se le impone la pena de prisión mayor o reclusión menor en su grado mínimo, sin embargo, en el caso de que la mujer consienta, será castigado con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo. En este punto, la ley señala que si la mujer

---

<sup>12</sup> Ley, de 24 de enero de 1941, para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de febrero de 1941.

careciera de capacidad para emitir su consentimiento o éste estuviera viciado, el tercero respondería con la pena de reclusión menor en su grado mínimo señalada para los supuestos en que su conducta careciera de consentimiento. Además de esto, si a raíz del aborto se diera la muerte de la mujer o le fueran producidas lesiones, se le impondrá al tercero la pena del delito más grave en su grado máximo.

La ley también castiga las prácticas abortivas sobre la mujer no encinta creyéndola embarazada con la pena de prisión menor en su grado medio si se hubiera obrado sin consentimiento, o con la prisión menor en grado mínimo si se hubiera dado aquél. A esto hay que añadir que si de estas prácticas derivasen lesiones para la mujer o la muerte de ésta, se impondrá la pena del delito más grave en su grado máximo.

También se castiga al tercero que, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, emprendiera contra ella actos de violencia, amenaza o intimidación determinante de su aborto, imponiéndole la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio si no correspondiese mayor pena por la conducta llevada a cabo, y, en otro caso, con las señaladas a éstas en su grado máximo.

Por otro lado, la ley también penaliza el comportamiento de la mujer cuando causase o consintiese su propio aborto con la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio. Sin embargo, cuando de dicho comportamiento se derive de la intención de la mujer de “ocultar su deshonra” se aplica la pena señalada anteriormente rebajada a su grado mínimo, la cual también se aplicará a los padres de la mujer cuando cooperen en el aborto para evitar la deshonra de su hija.

Se tiene en cuenta también el supuesto en que el facultativo causara o cooperase en el aborto, castigándose con penas de prisión mayor a reclusión menor o de prisión menor, elevadas a su grado máximo, además se le impone una multa que varía de dos mil quinientas pesetas a cincuenta mil pesetas y se le inhabilitara profesionalmente durante un periodo de diez a veinte años. Estas penas llegarán a ser superiores en grado con una inhabilitación profesional perpetua si se da habitualidad.

Por otro lado, se contemplan también penas para los farmacéuticos que sin la debida prescripción facilitasen sustancias abortivas, cuyo castigo varía de arresto mayor

en su grado máximo a prisión menor en su grado medio, y multa de quinientas a diez mil pesetas. Además, los Tribunales podrán imponer inhabilitación de cinco a diez años en atención a la gravedad del hecho. En caso de que este comportamiento sea habitual, las penas serán superiores en grado y la inhabilitación tendrá carácter perpetuo.

Se incluyen dentro de la ley los fabricantes y negociantes de aparatos ginecológicos capaces de provocar o facilitar un aborto cuando dichas herramientas se vendiesen a otras personas distintas del Cuerpo Médico autorizado, castigándose con la pena de multa de mil a veinticinco mil pesetas y, en caso de reincidencia, además se le impondrá el cierre del establecimiento.

En este orden de cosas, la ley se refiere al que sin título causasen o cooperasen en un aborto serán castigados con las penas de prisión mayor a reclusión menor en su grado mínimo en el primer caso, y con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo para el segundo caso. Además se le impondrá la pena de multa de mil a quince mil pesetas y quedarán inhabilitados permanentemente para cualquier actividad de servicio en clínicas y establecimientos sanitarios.

Por último, hace referencia al supuesto del facultativo que asiste a un aborto, obligándolo a informar de ello a la Autoridad sanitaria en un plazo de cuarenta y ocho horas. Si se diese incumplimiento de dicha obligación, se impondrá una pena de multa de cien a quinientas pesetas. Con la misma pena se penalizará a practicantes y matronas que prestasen su asistencia en cualquier proceso que no fuere el parto o aborto natural.

Además de lo expuesto en lo referente al delito de aborto, sin entrar al estudio por quedar fuera del asunto que nos ocupa, la ley también hace referencia a la publicidad de sustancias anticonceptivas, prohibiendo tal actividad en todo caso.

Cabe recordar que, como hemos señalado, esta ley introduce de nuevo la pena de inhabilitación especial para el facultativo, algo que no se recogía en los Códigos penales anteriores, salvo en el texto de 1822.

### **1.8.1. Código Penal de 1944**

Se trata del primer Código penal del franquismo, y basa su regulación del delito de aborto en la Ley de 24 de enero de 1941, estudiada anteriormente. Contempla el delito de aborto en el Capítulo Tercero del Título Octavo del Libro Segundo del texto legal, entre sus artículos 411 y 417.

El primer artículo relacionado con el aborto, el 411, se refiere al tercero que provoque el aborto de forma intencionada, imponiendo la pena de prisión mayor si se hubiera actuado sin consentimiento de la mujer, o con la pena de prisión menor si la mujer hubiera consentido. Señala también el mismo artículo que si se hubiera obtenido el consentimiento de forma viciada (mediante violencia, intimidación, amenaza o engaño) se impondría la pena de prisión mayor en su grado máximo. Por último, este precepto hace referencia al supuesto por el que, a causa del aborto o por las prácticas abortivas en mujer no embarazada creyéndola encinta, o bien por emplear medios inadecuados para la producción del aborto, se derivase en la muerte o en las lesiones a las que se refiere el artículo 420 del texto legal<sup>13</sup>, penalizándose con la pena de reclusión menor, y si se le causase lesión grave con la pena de prisión menor. También se añade que el aborto ocasionado de forma violenta a sabiendas del embarazo de la mujer pero sin propósito de causarlo, se castiga con la pena de prisión menor, tal y como señala el artículo 412.

---

<sup>13</sup> Artículo 420 del Código Penal de 1944:

El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro, será castigado como reo de lesiones graves:

1.º Con la pena de prisión mayor si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente o ciego.

2.º Con la de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él, o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado.

3.º Con la pena de prisión menor si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días.

4.º Con la pena de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, si las lesiones hubiesen producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el art. 405 o con alguna de las circunstancias señaladas en el art. 406, las penas serán la de reclusión menor, en el caso del núm 1.º de este artículo; la de prisión mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, en el caso del número 2.º; la de prisión mayor, en el caso del núm. 3.º, y la de prisión menor, en el caso del núm 4.º del mismo.

No están comprendidos en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su corrección.

Por otro lado, los artículos 413 y 414 penalizan la conducta llevada a cabo por la mujer embarazada. De este modo, se castiga con la pena de prisión menor a la mujer que produjese o consintiese su propio aborto, sin embargo, si dicho comportamiento ha sido llevado a cabo con el fin de “ocultar su deshonor”, se le impondrá la pena de prisión mayor. La misma pena se aplica a los padres que cooperen en el aborto de su hija por la misma razón, imponiéndose la pena de prisión mayor si de la intervención se derivase la muerte de la mujer o lesiones de carácter grave.

En otro orden de cosas, el facultativo (médico, matrona, practicante y demás personas en posesión de título sanitario) que causase o cooperase en un aborto será castigado con las penas expuestas en los casos anteriores y una pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas. Con la misma agravación de penas y multa de 1.000 a 15.000 pesetas se impondrán a los que se dedicasen a la actividad mencionada cuando careciesen de título. El mismo artículo 415 también se refiere al farmacéutico que facilitase alguna sustancia abortiva sin la debida prescripción médica, castigándolo con la pena de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Por último, el artículo 416 castiga con pena de arresto mayor y multa de 1.000 a 25.000 pesetas a personas que vendieran o publicitaran sustancias, aparatos o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto, o evitar la procreación, incluyendo la propaganda anticonceptiva.

Además de las penas anteriormente expuestas, debe sumarse lo señalado por el artículo 417 al establecer la pena de inhabilitación especial para los culpables de aborto con o sin título sanitario, no pudiendo llevar a cabo cualquier tipo de ejercicio en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, ya sean privados o públicos.

### ***1.8.2. Código Penal de 1963***

Inspirado en la Ley de 24 de enero de 1941, recoge el delito de aborto en el Capítulo Tercero del Título Octavo de su Libro Segundo, en sus artículos 411 y siguientes. No solo queda reflejada la semejanza con el anterior Código penal

únicamente por la situación en la que queda regulado el delito de aborto, sino que es una transcripción casi idéntica de los artículos ya expuestos en aquél.

Las escasas variaciones que se producen en la redacción del presente texto legal afectan únicamente a la cuantía de las penas de multa, quedando el resto de penas inalteradas. De este modo, para el facultativo que causase o cooperase en el aborto, además de la pena privativa de libertad y de la correspondiente inhabilitación especial, se le impone la pena de multa con un aumento de las cantidades variando éstas entre los 25.000 a los 250.000 pesetas, castigándose con multa de 5.000 a 50.000 pesetas cuando se careciera de título sanitario. Por otro lado, al farmacéutico se le aumentará también la pena de multa oscilando ésta entre los 5.000 y 50.000 pesetas.

Por último, aumentan las multas del artículo 416 llegando a imponerse entre las 5.000 y 100.000 pesetas para quienes vendieran o publicitaran sustancias, aparatos o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto, o evitar la procreación.

### ***1.8.3. Código Penal de 1973***

Se trata del último texto penal aprobado por el régimen franquista y, como ocurría con los anteriores, la regulación del aborto estaba basada íntegramente en la Ley de 24 de enero de 1941. El Código penal de 1973 recoge el delito de aborto en el Capítulo Tercero del Título Octavo del Libro Segundo, entre los artículos 411 y 417.

El texto penal de 1973 es una transcripción literal de lo dispuesto en el Código penal de 1963, en tanto que no contiene ninguna variación en cuanto a la disposición del delito de aborto en el mismo, ni tampoco sobre su regulación ni penas aplicables con respecto a éste.

## **1.9. Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código Penal<sup>14</sup>**

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 12 de julio de 1985, núm. 166.

Con la muerte de Francisco Franco en 1975 se abre un periodo de transición en España que se culmina con la Constitución de 1978, texto que derivó en importantes reformas en todos los ámbitos, hasta crear un sistema semejante al de los países democráticos de nuestro entorno.

En el año 1982, el Gobierno del PSOE redactó un Proyecto de reforma mediante el que se introducía un sistema de indicaciones para la despenalización del aborto. Dicho texto fue objeto de recurso de anticonstitucionalidad, suponiendo la suspensión de su entrada en vigor y finalizando con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

Antes de entrar al estudio de la Sentencia señalada, resulta interesante lo dispuesto por el Magistrado Francisco Tomás y Valiente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio<sup>15</sup>, que, como anticipó a lo que iba a suponer la importante Sentencia 53/1985, expuso lo siguiente:

El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera «*spes hominis*». El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que «el nacimiento determina la personalidad». Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La «*fictio iuris*» a favor del nasciturus contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona.

Siguiendo con ulterior, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985<sup>16</sup> en que derivó el recurso de anticonstitucionalidad, pueden extraerse ciertas ideas que, incluso en la actualidad, son tenidas en cuenta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional y son los siguientes<sup>17</sup>:

1.-El derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional y constituye un derecho fundamental esencial, a ello queda íntimamente vinculado el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona (FJ.3), que engloba ámbitos como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), derechos a la

---

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 75/1984, de 27 de junio.

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril.

<sup>17</sup> Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. Voto particular de los vocales Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés.

integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad de ideas y creencias (art. 16), y el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

2.-Tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es susceptible de vida independiente, puesto que, como también se indica en la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996<sup>18</sup>, si el embrión no es capaz de vivir de forma independiente, éste no es titular del derecho a la vida, pero la vida del mismo sí constituye un bien jurídico constitucionalmente protegible, lo que implica dos obligaciones que debe asumir el Estado: abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva (FJ.7). Esta teoría también ha sido apoyada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, otorgando al feto cierto ámbito de protección como vida generadora de ser humano (STEDH caso *Vo v. Francia*, de 8 de julio de 2004)<sup>19</sup>.

3.-La protección que debe recibir la vida del embrión como bien jurídico constitucionalmente protegible no puede revestir carácter absoluto ya que, como sucede con todos los bienes y derechos reconocidos constitucionalmente, pueden quedar sujetos a limitaciones en determinados supuestos (FJ.7).

4.-El legislador debe tener presente las posibles situaciones de conflicto que pueden darse en este caso en el que la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, colisiona con derechos como la vida y la dignidad de la mujer y debido a la relación orgánica que existe entre el feto y la gestante, no puede compararse a ningún conflicto planteado en términos penales, ni puede plantearse únicamente desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus (FJ.8). Dado que ninguno tiene carácter absoluto, deben ponderarse los bienes y derechos en función del supuesto planteado (FJ. 9) teniendo el legislador presente la exigibilidad de una conducta la proporcionalidad de la pena, pudiendo en algunos casos renunciar a la sanción penal de dicha conducta cuando pudiera resultar una carga objetivamente insoportable. Todo ello, sin perjuicio del deber de protección

---

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 212/1996, de 19 de diciembre.

<sup>19</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso *Vo* contra Francia. Sentencia de 8 de julio de 2004.



del Estado respecto del bien jurídico. Apoyada esta idea por las Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996 y 116/1999<sup>20</sup> en la que el Tribunal señala que la protección penal no puede tener carácter absoluto, y ésta debe quedar como garantía última de derechos en base al principio de mínima intervención (STC 116/1999 F.J. 16).

El Tribunal Constitucional acabó rechazando la constitucionalidad, no en base a la introducción de un sistema de indicaciones para despenalizar el aborto, sino debido a que el problema de constitucionalidad radicaba en que el Tribunal Constitucional encontraba un déficit de garantías para la verificación de los supuestos terapéutico y eugenésico, y para una debida protección de la salud y la vida de la embarazada. Siendo dicha previsión necesaria en cuanto a la exigencia constitucional que se deriva del artículo 15 de la Constitución.

Debido a ello, se reformuló el Proyecto inicial surgiendo la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio. La reforma que impulsa esta nueva Ley Orgánica se traduce en la introducción del artículo 417bis del Código penal, el cual queda constituido por dos apartados: en el primero se exponen los supuestos en los que queda despenalizado el delito de aborto; y el segundo, e igual de relevante en referencia a los antecedentes históricos, deja fuera de punibilidad la conducta llevada a cabo por la mujer embarazada.

El apartado 1 de la redacción que se propone del artículo 417bis, deja claro que el aborto ha de ser practicado por un médico o bajo su dirección, en un centro acreditado para ello, y siempre con el consentimiento expreso de la embarazada. Para que no sea punible la conducta del aborto, además de estos requisitos, debe concurrir alguno de los siguientes supuestos:

1.- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y quede constancia de ello en un dictamen emitido por un médico especialista distinto de aquél que lleve a cabo o dirija la practica del aborto. Sin embargo, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso de la mujer en caso de urgencia por riesgo vital para la mujer. A raíz de esto, es conveniente hacer

---

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 116/1999, de 17 de junio.

mención a lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al médico especialista requerido para diagnosticar el peligro para la salud de la embarazada, según el Tribunal “*de ningún modo puede sostenerse (...) al médico especialista por un psicólogo a los efectos de emitir dictamen sobre el grave peligro que la continuación del embarazo representa para la salud psíquica de la mujer embarazada*” (STS 2002/2000, de 19 de septiembre, algo que también apoya la STS 1639/2000, de 26 de octubre)<sup>21</sup>. Es decir, el psicólogo no tiene consideración de médico especialista ni aún a efectos de diagnosticar un peligro para la salud psicológica de la embarazada.

En estos casos de aborto por indicación terapéutica, también es interesante meditar acerca de lo dispuesto por algunos autores como Muñoz Conde al afirmar que «la realización del aborto por un tercero puede quedar justificada por aplicación directa del estado de necesidad, sin perjuicio de que se pueda exigir responsabilidad al médico por otros conceptos» como por ejemplo impericia profesional, intrusismo, etc.<sup>22</sup>.

2.- Que el embarazo sea consecuencia de un hecho tipificado como delito de violación, siempre que se hubiese denunciado y que el aborto se practicase dentro de las doce primeras semanas de gestación.

3.- Que se presuma que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto sea practicado dentro de las 22 primeras semanas de gestación. Además se requerirá dictamen emitido por dos especialistas distintos a aquél que lleve a cabo la práctica del aborto o bajo su dirección.

Como se puede comprobar, la reforma basa la legalización del aborto en un sistema de indicaciones: terapéutica, ética y eugenésica respectivamente, como se había pretendido en un primer momento.

---

<sup>21</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2002/2000, de 19 de septiembre y Sentencia núm. 1639/2000, de 26 de octubre.

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 89.

Esta nueva regulación llegó acompañada de la Orden de 31 julio 1985<sup>23</sup>, se trataba de una reglamentación administrativa que dejaba en manos de la Comisión técnica el estudio de los casos terapéuticos y eugenésicos. Sin embargo, la Orden supuso un bloqueo a la entrada en vigor del artículo 417bis debido a una estricta interpretación.

Ante este hecho, se promulgó el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre<sup>24</sup>, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. Gracias a él, se marcaban diferencias entre abortos de alto riesgo y los que no lo eran, lo que facilitaba la realización del aborto, amen de descartar las Comisiones. Este texto legal fue objeto de recurso en relación con la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales ante la Sala Contencioso-Administrativa el Tribunal Supremo, el cual, rechazó el recurso, originando que el Real Decreto quedase como Derecho vigente<sup>25</sup>.

Como se ha expuesto en la introducción de este apartado, con la Constitución de 1978 llegaron un gran número de reformas que pretendían que España fuera semejante a los países de nuestro entorno geopolítico, pues bien, es menester reconocer que la Ley Orgánica 9/1985 es un ejemplo de una de éstas reformas, ya que despenalizó el aborto en base a un sistema de supuestos, algo que no había ocurrido nunca en la historia de España, con la pequeña excepción del Decreto impulsado por la Generalitat de Cataluña en 1937 que hemos estudiado anteriormente, y equiparó la regulación al grupo de Estados en que se encuentra España.

### **1.10. Código Penal de 1995**

El legislador de 1995 mantuvo toda la legislación anterior sobre el aborto, tanto penal como administrativa, y recoge el delito del aborto en el Título Segundo del Libro Segundo, en los artículos 144 y siguientes.

---

<sup>23</sup> Orden, de 31 de julio, sobre la práctica de aborto en Centros o establecimientos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de agosto de 1985, núm. 184.

<sup>24</sup> Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1986, núm. 281.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 79.

El artículo 144 se dirige al tercero que produzca el aborto sin contar con el consentimiento de la mujer embarazada u obteniéndole éste mediante violencia, amenaza o engaño, castigándose con la pena de prisión de cuatro a ocho años y, además, sumándole la pena de inhabilitación especial para ejercer cualquier tipo de profesión sanitaria o para prestar cualquier tipo de servicio en clínicas o establecimiento ginecológicos durante un periodo de tres a diez años.

Por su parte, el artículo 145 del texto penal contiene dos apartados, referidos al supuesto de aborto consentido llevado a cabo fuera de los casos permitidos por la ley (haciendo referencia a la LO 9/1985 del apartado anterior). El primer supuesto se refiere al tercero que produce el aborto, castigándose con la pena de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión de carácter sanitario o prestar cualquier tipo de servicio en clínicas o establecimientos ginecológicos durante un periodo de tiempo que oscila de uno a seis años. El segundo apartado hace referencia a la conducta de la mujer que se produce su propio aborto o consiente que se lo cause un tercero, siendo castigado dicho comportamiento con la pena de seis meses a un año de prisión, o bien multa de seis a veinticuatro meses.

Para finalizar, el artículo 146 es el último por el que el Código penal de 1995 se refiere al aborto, y se orienta al aborto causado de forma imprudente. En este apartado, el legislador ha optado por un sistema de cláusula cerrada, de tal modo que si el aborto es causado por un tercero, el precepto penal diferencia entre imprudencia grave e imprudencia profesional, castigando la primera con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana, y en el segundo caso se le impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años. El último párrafo del artículo se limita a señalar la despenalización de la imprudencia cuando ésta se ha dado por la mujer embarazada.

En este último artículo podemos observar varias peculiaridades: la primera de ellas es que la inhabilitación especial no se limita únicamente al ámbito sanitario, por lo que, queda incluido el empresario o encargado que provoca el aborto al someter a la mujer a unas condiciones laborales que encarnan ese riesgo. Por otro lado, también,

debe tenerse en cuenta que se despenaliza el delito de aborto por imprudencia leve, castigándose únicamente la de carácter grave<sup>26</sup>.

### **1.11. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo<sup>27</sup>**

La aplicación de la Ley Orgánica 9/1985 derivó con el tiempo en una extralimitación en la aplicación del supuesto de grave peligro para la salud psíquica de la embarazada, dando lugar a una situación muy próxima a la de aborto libre, siendo necesario elaborar un nuevo texto legislativo. Por esta razón y por otras que estudiaremos posteriormente, surge la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, acompañada del Real Decreto 831/2010<sup>28</sup> y el Real Decreto 825/2010<sup>29</sup> que la complementan. Esta legislación es de gran importancia para la historia del tratamiento del delito de aborto en España puesto que es la primera ley que, modificando la anterior legislación basada en el sistema de indicaciones –en base a la derogación que se lleva a cabo del artículo 417bis que introducía la Ley Orgánica 9/1985 anteriormente referida- establece un sistema de plazos, por el cual la interrupción voluntaria del embarazo es legal siempre y cuando se lleve a cabo dentro de un periodo de tiempo determinado.

La nueva Ley Orgánica 2/2010 se compone por tres Títulos. En primer lugar, el Título Preliminar, que se refiere al objetivo de la Ley y recoge una serie de definiciones y principios y garantías a tener en cuenta en el momento de su aplicación. Por otro lado, dirigido especialmente hacia la mujer y al ámbito sanitario, el Título Primero recoge lo relativo a la educación e información sobre la salud sexual y reproductiva cuya normativa esta basada en diferentes textos internacionales como el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979<sup>30</sup> o la

---

<sup>26</sup> QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.111.

<sup>27</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de marzo de 2010, núm. 55.

<sup>28</sup> Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de junio de 2010, núm. 155.

<sup>29</sup> Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de junio de 2010, núm. 155.

<sup>30</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer. Resolución, de 18 de diciembre de 1979, núm. 34/180.

Declaración y Plataforma Acción de Beijing<sup>31</sup>. Así mismo, se nutre de varias resoluciones europeas como la Resolución 2001/2128 (INI) del Parlamento Europeo<sup>32</sup> o la Resolución 1607 (2008)1 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>33</sup>. Por último, el Título Segundo (Arts. 12 a 23) hace referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, estableciendo requisitos y garantías, así como una serie de normas dirigidas a la propia Administración. Al ser el delito de aborto el asunto sobre el que estudiamos, explicaremos únicamente ésta última parte. Cabe añadir, que en la Disposición final primera, la Ley Orgánica introduce una nueva redacción del artículo 145 del Código Penal, así como la introducción del nuevo artículo 145bis, ambos referidos al delito de aborto y a los que nos referiremos posteriormente. A continuación llevaremos a cabo el análisis del referido contenido de la Ley 2/2010.

A pesar de que esta Ley introduzca un sistema de plazos, no quiere decir que, en el caso de España, la posibilidad de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo se base únicamente en un periodo de tiempo determinado, ya que lo que realmente se ha llevado a cabo es un sistema mixto en el que se complementa un sistema de plazos con un sistema de indicaciones, como veremos a continuación:

1. En primer lugar se establece un plazo para llevar a cabo el aborto tasándolo en las catorce semanas de gestación, siempre y cuando se haya informado a la mujer embarazada en los términos que indica la presente Ley, y se haya dado un plazo de, al menos, tres días desde la prestación de la información hasta el día de la intervención (Art. 14). El hecho de este texto penal ponga el límite a las 14 semanas, hace que no sea necesario reconocer la indicación ética como supuesto despenalizado del aborto, ya que queda absorbido por aquél.

2. Por otro lado, se prevé de forma excepcional un aumento del periodo de tiempo de catorce semanas por el de veintidós semanas cuando: 1) Exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido por un médico o médica especialista distinto del que la practique, pudiendo prescindirse del

---

<sup>31</sup> Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de septiembre de 1995. Puntos: 93-97, 223 y 281.

<sup>32</sup> Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo. Informe 2001/2128 (INI), de 2 de abril de 2002, sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia.

<sup>33</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Resolución 1607 (2008)1, de 16 de abril de 2008, sobre el acceso a un aborto sin riesgo y legal en Europa.

mismo en caso de urgencia; 2) Exista riesgo de graves anomalías fetales y así conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que practique o dirija la intervención (Art. 15.a) y 15.b) de la Ley).

3. Por último, se da la posibilidad de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo sin límite de tiempo cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido por un médico especialista, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, y así lo determine el Comité clínico (Art. 15. c) de la Ley). En este supuesto se da más peso al sistema de indicaciones que al sistema de plazos. Dentro de éste punto, podría haberse admitido también como justificación, la alegación de estado de necesidad por parte de la embarazada, situación que ha tratado ya en varias ocasiones el Tribunal Supremo (STS 9102/1990<sup>34</sup>).

En este punto, conviene hacer alusión a lo expuesto por Muñoz Conde, cuando afirma:

La fundamentación de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo es, de este modo, doble, como consecuencia del entendimiento que hay que adecuar la protección penal a la realidad biológica de la vida en formación: la protección jurídica de la vida en formación deberá ser, pues, progresiva: si la vida en formación vale más cuanto más se acerca al nacimiento, al principio de la gestación se puede dar mayor prioridad al interés de la embarazada; después, el interés prioritario será, por el contrario, el del nasciturus. Así, en las primeras 14 semanas de gestación los intereses de la embarazada van a ser considerados preferentes, de forma que la interrupción voluntaria del embarazo en ese periodo que cumpla los requisitos legales será una conducta atípica. Una vez superado este periodo, cambia la valoración de los intereses en juego, adquiriendo preeminencia la vida en formación y por tanto rigiendo una prohibición general de la interrupción voluntaria del embarazo que solamente puede ceder en supuestos específicos que, sin afectar a la tipicidad, excluirán la antijuridicidad de la conducta.<sup>35</sup>

En relación a ello, la doctrina discute si las indicaciones se tratan de supuestos de exculpación o de justificación. Como explica Lamarca:

La primera de estas posturas, mantiene que las indicaciones son auténticas causas de justificación (...) Añaden estos autores que las diferentes indicaciones entre sí y respecto a la genérica mantienen una relación de convergencia, complementándose de manera que cuando una conducta no pueda acogerse a una indicación pero sí a otra o a

---

<sup>34</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 9102/1990, de 11 de diciembre.

<sup>35</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2015, p. 81.

un estado de necesidad genérico, estará igualmente justificada” también señala que “el estado de necesidad genérico solo cabe en los supuestos de aborto terapéutico<sup>36</sup>.

En ello esta de acuerdo también Muñoz Conde al afirmar que el uso de la expresión “excepcionalmente” con la que comienza el art. 15 de la Ley de 2010, exige, además de los requisitos comunes que recoge el artículo 13, la comprobación de unos presupuestos de carácter específico que determinan la justificación<sup>37</sup>.

Esta legislación recoge una serie de garantías de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en base a las condiciones recogidas en la propia Ley Orgánica en sus artículos 18 y 19, y añade el artículo 12, que las mismas serán interpretadas de la forma más favorable para la protección de los derechos fundamentales de la mujer (derecho al desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la vida, a la intimidad, a la libertad ideológica, y a la no discriminación en mayor medida).

El artículo 18 indica que los servicios públicos de salud aplicaran las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria que se requiere, así mismo, añade que dicha prestación de intervención voluntaria del embarazo se incluirá en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. En este orden, continúa el artículo 19 garantizando el acceso al servicio intervención voluntaria del embarazo a todas las mujeres por igual, y velando por asegurar unos contenidos básicos al respecto. En relación a éste punto, el artículo 16. e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconoce “derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Con posterioridad a la Ley, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió el dictamen E/C.12/ESP/CO/5 de 2012<sup>38</sup>, dirigido a España, donde pone de manifiesto la desigualdad que existe entre Comunidades Autónomas a la hora de tener acceso a la prestación, recomendado su corrección.

---

<sup>36</sup> LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª Edición. Ed.Colex, Madrid, 2015, p. 81.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2015, p. 85.

<sup>38</sup> Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe E/C.12/ESP/CO/5, de 2012.



El mismo artículo 19, reconoce el derecho a ejercer la objeción de conciencia a favor de los facultativos que vayan a intervenir en la interrupción del embarazo, con la condición de que hayan manifestado esta pretensión de forma anticipada y por escrito, y sin que este hecho pueda menoscabar el acceso y la calidad asistencial de la embarazada. Así mismo, los profesionales sanitarios facilitarán tratamiento y atención médica a la mujer que lo precise antes y después de haberse sometido a la intervención.

Por último, y como última garantía, si no se pudiera facilitar la intervención en el servicio público, las autoridades reconocerán el derecho de la mujer a acudir a cualquier otro centro nacional acreditado, comprometiéndose aquélla de asumir el abono de la prestación.

En otro orden de cosas, la Ley señala que de forma previa al consentimiento de la intervención, según el artículo 17, la mujer embarazada debe recibir una determinada información acerca de los métodos de interrupción, las condiciones y términos de ésta, así como de los centros acreditados al efecto. Este tipo de información se requiere para llevar a cabo la válida prestación del consentimiento informado (STS 1785/2010, de 14 de marzo<sup>39</sup>). Lo que se pretende con esta medida es lo que se denomina en la Exposición de Motivos de la LO 2/2010 como “autodeterminación consciente”, garantizando la posibilidad de que las mujeres tomen una decisión libre e informada sobre la interrupción de su embarazo “sin interferencia de terceros”<sup>40</sup>.

En virtud de este deber de información, se establece que para los casos que concuerden con lo dispuesto en el artículo 14, es decir, cuando la interrupción del embarazo haya sido solicitada a petición de la mujer, se le entregará a ésta un sobre cerrado, acompañado de un documento acreditativo de la fecha de entrega, que contendrá información sobre ayudas públicas, derechos laborales y beneficios fiscales, y centros donde recibir información y asesoramiento adecuado. Del mismo modo, si se diese el caso de que la interrupción pueda verse motivada por lo dispuesto en el artículo 15.b) de la Ley<sup>41</sup>, la información versará sobre los derechos, ayudas y prestaciones, así como de diferentes organizaciones sociales donde pueda encontrar apoyo.

---

<sup>39</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1785/2010, de 14 de marzo.

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2015, p. 84.

<sup>41</sup> Artículo 15.b) Ley Orgánica 2/2010

En todo caso, deberá informarse sobre las consecuencias, tanto médicas como sociales, de la continuación e interrupción del embarazo, tal y como se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 1132/2006, de 15 de noviembre<sup>42</sup>) así como por el artículo 5 del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina, en los términos que indican los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002<sup>43</sup><sup>44</sup>.

Ni que decir tiene que toda la información anteriormente referida deberá ser clara, objetiva y comprensible para la mujer embarazada que la recibe, tal y como exige el artículo 10 de la Ley General de Sanidad<sup>45</sup>. Incluso, si la mujer es extranjera se le facilitarán los medios necesarios para la mejor comprensión de la información referida.

En relación a unos determinados requisitos comunes necesarios para que se pueda llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, la Ley 2/2010 presenta los mismos en su artículo 13. En base a este precepto, la interrupción debe ser practicada por un médico especialista o bajo su dirección en un centro sanitario acreditado, ya sea

---

[...] b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. [...].

<sup>42</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1132/2006, de 15 de noviembre.

<sup>43</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de noviembre, núm. 274.

<sup>44</sup> Artículo 4 Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 10 Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

<sup>45</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de abril, núm. 102.

público o privado, y debe contarse con el consentimiento expreso y por escrito de la embarazada, o bien, de su representante legal. Cabe señalar en este punto, que para los casos de urgencia en los que la mujer embarazada no pueda prestar su consentimiento de forma adecuada, podrá prescindirse del mismo en el supuesto del artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002<sup>46</sup>, es decir, cuando exista grave riesgo para la salud y la vida el paciente y no pueda obtenerse su consentimiento para llevar a cabo la intervención, algo que también tiene en cuenta el artículo 8 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997<sup>47</sup>, cuando señala que “podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”.

Según la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor<sup>48</sup>, "la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad". A ello cabe añadir el reconocimiento del derecho de autodeterminación del menor por la jurisprudencia constitucional (STC 154/2002, de 18 de julio<sup>49</sup>, Fundamento 9). De ello se deriva que para el caso de mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento les sea correspondido exclusivamente a ellas, siendo informado al menos uno de sus representantes legales. Se podrá prescindir de esta última condición cuando la menor alegue fundadamente conflicto grave de carácter intrafamiliar, obedeciendo a lo estipulado en los artículos 6.2 y 6.5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

Por otro lado, la Ley crea un Comité clínico que intervendrá “en el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas cuando se detecte en el feto

---

<sup>46</sup> Artículo 9.2.b) Ley 41/2002

[...] b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. [...].

<sup>47</sup> Convenio de la Unión Europea, de 4 de abril de 1997, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de octubre de 1999, núm. 251.

<sup>48</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de enero de 1996, núm. 15.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 154/2002, de 14 de julio.

una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, conforme a lo previsto en el artículo 15. c) de la Ley Orgánica 2/2010<sup>50</sup>, y cuya composición en virtud del artículo 16 de la Ley, estará integrada por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal, y un pediatra, pudiendo, la mujer, elegir uno de ellos. Una vez confirmado el diagnóstico por parte del comité será la mujer quien decida libremente sobre la intervención.

En cada Comunidad Autónoma deberá existir, al menos, un Comité clínico en un centro de la red sanitaria pública, y los miembros, titulares y suplentes serán designados por un plazo no inferior a un año, siendo tal designación objeto de hacerse pública en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente. El funcionamiento específico del Comité clínico se determinará reglamentariamente.

Los preceptos restantes que van desde el 20 hasta el final del articulado únicamente se refieren al tratamiento de los datos de la mujer embarazada y a la protección de su intimidad, tanto durante los trámites que se demandan para llevar a cabo la intervención como después de la misma.

Por último, en cuanto al delito de aborto se refiere, en la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica que analizamos, se lleva a cabo la derogación del artículo 417bis del Código penal introducido por la Ley Orgánica 9/1985. Del mismo modo, la Disposición final primera, como hemos adelantado, introduce los artículos 145 y 145bis en el Código penal de 2010, que estudiaremos en el siguiente apartado.

Para finalizar, es necesario hacer referencia a dos textos legales que acompañan a la Ley Orgánica 2/2010 de tal forma que la desarrollan y complementan. Por un lado, el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, el cual se regula la naturaleza y composición del Comité clínico al que se refiere el artículo 15.c) de la citada Ley, así como el procedimiento y funcionamiento del mismo. Además, este mismo texto trata el tipo de información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo que debe facilitarse. Por otro lado, se encuentra el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, el cual va dirigido al modo de prestación de servicios en la interrupción voluntaria del

---

<sup>50</sup> Artículo 2 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

embarazo para, como señala su Exposición de Motivos, “asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de la interrupción voluntaria de embarazo”.

La Ley Orgánica 2/2010 fue en su día objeto de recurso frente al Tribunal Constitucional, dándose aún en la actualidad la discusión sobre su inconstitucionalidad.

### **1.12. Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo**

Discutida por los sectores conservadores del país la legislación relativa a la interrupción voluntaria del embarazo del año 2010, se lleva a cabo a lo largo de la legislatura comenzada en el año 2011 grandes labores para reformas dicha legislación, llegando al término de la misma mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre<sup>51</sup>. Antes de analizar la legislación a la que se refiere este apartado, es importante hacer mención a una anterior reforma pretendida, ya que ha sido objeto de gran debate, tanto social como político e incluso científico, ético y hasta religioso, llegando a su fin con la dimisión de quien fuera su precursor y Ministro de Justicia, Don Alberto Ruíz-Gallardón.

En fecha de 20 de diciembre de 2013 es aprobado por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de ley por el que se pretende modificar la Ley Orgánica 2/2010 por la Ley Orgánica para la Protección del Concebido no nacido y de los Derechos de la Mujer. El citado Anteproyecto lleva consigo importantes reformas, siendo la base de las mismas, la vuelta al sistema de indicaciones a pesar de que, durante el periodo de elaboración, las Naciones Unidas (EC/12/ESP/CO de 2012) recomendaran a España que se garantizase y mantuviera la Ley Orgánica 2/2010. Haciendo caso omiso a ésta y otros tipos de recomendaciones, este nuevo texto únicamente reconoce dos supuestos por los que el aborto queda despenalizado: el terapéutico y el ético. La exclusión del supuesto eugenésico debido a que “la Ley no puede condicionar el valor de la vida del nasciturus a las expectativas sobre su posible discapacidad futura” como señala la Memoria de

---

<sup>51</sup> Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de septiembre de 2015, núm. 227.

Análisis de Impacto Normativo del anteproyecto, y se apoya en varios informes de organizaciones defensoras de los derechos de personas discapacitadas. Esto no solo no significaba volver a la legislación de 1985, sino que se elaboraba una legislación más conservadora y restrictiva que la de hace treinta años, por la que dejaba a España, como comprobaremos más adelante, a la cola de los países de nuestro entorno en cuanto al tratamiento de la intervención voluntaria del embarazo.

Por otro lado, como otras de las grandes reformas que introducía este anteproyecto, a diferencia de lo recogido en la Ley 2/2010, donde se permitía a la menor de 16 y 17 años abortar bajo su propio consentimiento, se impone la necesidad de contar con el consentimiento del representante legal de la menor para someterse a la intervención (salvo casos de peligro para la menor, como en la Ley 2/2010 con la salvedad de que en ésta bastaba con la simple información).

El Consejo Fiscal apoyó el anteproyecto de ley por ocho votos frente a cuatro, recomendando incluso que se imponga sanción a las mujeres que lleven a cabo el aborto fuera de los casos permitidos por la ley, sin embargo, reconoció que la ley se preocupaba más por la protección del nasciturus que por la salud y vida de la mujer embarazada. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial también tomó el anteproyecto de una forma favorable, a pesar de que la mayoría de los vocales respaldaban su retirada. Una de las críticas más repetidas es el hecho de haber promovido una reforma contra una Ley por la que se está resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a ella. Del mismo modo, suscita polémica que se suprima la indicación eugenésica cuando el Tribunal Constitucional defendió su constitucionalidad en la Sentencia 53/1985, ya que se estaría prohibiendo algo declarado como constitucional. A todo ello hay que sumarle que el texto del Anteproyecto ha sido también objeto de crítica desde amplios sectores de la opinión pública, incluso del mismo Grupo Parlamentario que lo estaba llevando a cabo.

Debido a la fuerte polémica suscitada en torno a este texto legal, en fecha 18 de febrero de 2015 se presentó en la Mesa del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica “para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo” con un carácter reformador menos ambicioso y restrictivo que el Anteproyecto que le precedía y que

únicamente constaba de dos artículos, introduciendo la única alteración a la Ley 2/2010 en su artículo Primero, al suprimirse el artículo 13 de la citada Ley, y en su artículo Segundo se da la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de necesitar, además de la libre manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de los representantes legales de la mujer de 16 y 17 años y para aquéllas mujeres cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, no siendo necesario dicho consentimiento en caso de grave situación de conflicto entre la menor y su representante. Situación que obedece a lo dispuesto en el artículo 6.2 y 6.5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina. En relación a lo expuesto, nada señala la vigente reforma acerca de las menores emancipadas, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 323 del Código civil, así como el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, podremos afirmar que, en este caso, bastaría con el mero consentimiento de la menor para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo.

Es importante resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende la posición según la cual la menor ha de ser oída y tenida en cuenta (STS 183/2008, de 6 de marzo<sup>52</sup>), y debe hacerse valer su derecho de autodeterminación, sobre todo, en cuestiones de carácter personalísimo (STC 154/2002) como se da en el supuesto de hecho que nos ocupa. Sin embargo, la actual reforma llevada a cabo por el legislador solo contempla tal situación si existe “grave” situación de conflicto, algo que puede chocar con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. En relación a esto, es también de gran importancia señalar que durante el tiempo que se invierte en llevar a cabo las respectivas averiguaciones para comprobar si efectivamente nos encontramos en una situación de grave conflicto, se está provocando un perjuicio psicológico para la mujer embarazada, y más en este caso siendo la misma menor de edad, algo que el legislador debería haber tenido en cuenta en este punto, puesto que el daño que se puede causar es mayor al daño que se pretende paliar.

Finalmente, esta nueva reforma entró en vigor el 23 de septiembre de 2015 por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las

---

<sup>52</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 183/2008, de 6 de marzo.

menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, siendo la que está vigente en la actualidad.

Esta modificación ha vuelto a ser criticada por amplios sectores de la sociedad, tanto por organizaciones antiabortistas, alegando que no es suficiente dicha modificación, como por colectivos que están a favor del aborto. A pesar de ello, parece que ha conseguido gran aceptación en gran parte de la opinión pública por lo que puede considerarse que la presente legislación relativa a la intervención voluntaria del embarazo gozará de cierta estabilidad a largo plazo, presumiblemente.

Por último, para finalizar este punto, es menester señalar que en relación a la referida reforma no se contempla ningún tipo de modificación dentro del Código Penal a pesar de que el mismo se modificó mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>53</sup>, por lo que sigue recogiendo los mismos supuestos de hecho y las mismas penas que antes de la citada reforma.

---

<sup>53</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de marzo de 2015, núm. 77.



## 2. DELITO DE ABORTO

### 2.1. Cuestiones Generales

En atención a lo dispuesto en el apartado anterior, llevaremos a cabo un estudio del delito de aborto según lo dispuesto tanto por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el Código Penal actual así como de las leyes vigentes en que se basa su regulación.

En primer lugar convendría dar una definición de aborto que, a pesar de no ser tarea fácil, sí es necesaria. De este modo, podemos señalar que el aborto es la «pérdida del producto de la concepción antes de que sea viable; y jurídicopenalmente, puede entenderse que es la interrupción de la gestación, no solo provocando la expulsión prematura del feto, sino también la destrucción directa del mismo en el seno materno, o indirecta, dando muerte a la madre»<sup>54</sup>. Es decir, lo decisivo en este caso no es la expulsión del feto, sino la muerte de éste. En este punto, no está demás quedarnos con las definiciones de embrión y feto que expone la Ley 114/2007 de Investigación Biomédica<sup>55</sup> en su artículo 3:

l) Embrión»: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.

[...]

n) «Feto»: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.

Tal y como ha señalado Comité de Bioética de España<sup>56</sup>, existen cuatro momentos de gran importancia dentro del proceso embrionario y fetal, que son generadores del debate ético en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, los cuales son:

a) Fecundación. Fusión del espermatozoide y el óvulo, surgiendo así una entidad biológica nueva que posee la dotación genética característica de la especie humana.

---

<sup>54</sup> GARCÍA VALDES, C., V.V.A.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 44.

<sup>55</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Boletín Oficial del Estado, de 4 de julio de 2007, núm. 159.

<sup>56</sup> Comité de Bioética de España. Opinión, de 7 de octubre de 2009, a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. pp. 7-9.

Aquéllos expertos para quienes éste hecho goza de una suficiencia constitutiva plena, defienden que el cigoto, embrión de una célula, puede identificarse como un ser humano biológicamente completo y autosuficiente.

b) Anidación. En la segunda semana de desarrollo el embrión se implanta en la pared del útero materno, produciéndose una especialización celular en el embrión en la “etapa de gastrulación”.

c) Final de la Organogénesis. En torno a las semanas ocho y doce, se produce la constitución de los diferentes sistemas, aparatos y órganos que forman el cuerpo humano. Los que defienden este hecho como límite a la hora de llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo, entienden que en éste momento es cuando se podría atribuir al embrión un estatuto ético similar a los nacidos y una protección jurídica progresivamente más intensa.

d) Viabilidad Fetal Extrauterina. Capacidad para sobrevivir fuera del útero materno que, gracias a los avances tecnológicos se puede dar viabilidad a fetos que nacen en la semana veintidós de gestación, aunque es cierto que se dan graves secuelas. Los expertos que defienden esta postura aceptan que el plazo de veintidós semanas de gestación sea el límite máximo para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En este punto y atendiendo al estudio de la ley actual basada en un sistema de plazos, debemos diferenciar entre edad gestacional y edad embrionaria<sup>57</sup>. El primer término hace referencia al periodo de embarazo que empieza a contar desde el inicio de la última menstruación de la mujer. Por otro lado, la edad embrionaria comienza a contar desde el momento de la fecundación. Es decir, una edad gestacional de catorce semanas equivale a una edad embrionaria de doce semanas.

Teniendo en cuenta que el aborto siempre es una conducta punible cuando se realiza contra la voluntad de la mujer embarazada, la problemática surge cuando es la propia mujer la que pretende interrumpir la gestación<sup>58</sup>. En relación a lo expuesto

---

<sup>57</sup> Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. p. 9.

<sup>58</sup> LAMARCA PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 75.

anteriormente y tomando en consideración las diferentes posturas señaladas a tal efecto, surgen cuatro formas de punición del delito de aborto: una punición de carácter general, una libertad incondicional del aborto, un sistema de indicaciones y sistema de plazos<sup>59</sup>.

1) La punición general del delito de aborto supone una protección hacia el embrión y feto que no cede ante ningún otro interés con el que pueda darse conflicto, alegando que existe la vida desde el momento de la fecundación. Esta interpretación del delito de aborto es característica de una ideología colectivista, es decir, aquélla que aboga por la procreación a favor del crecimiento de la sociedad<sup>60</sup>.

2) La libertad de aborto defiende que la vida humana únicamente debe ser protegida desde el nacimiento. Esta postura también ha sido defendida en base al derecho a la maternidad entendiendo que si una mujer puede decidir libremente tener hijos, debería tener capacidad para decidir no tenerlos. A diferencia de la interpretación anterior, la libertad de acceso al aborto viene derivada de un pensamiento individualista, el cual sostiene que el feto forma parte de la mujer y por esta razón es ella quien tiene el dominio total de la capacidad de decidir<sup>61</sup>.

3) Por otro lado, la despenalización basada en un sistema de indicaciones tiene presente en una mayor medida el conflicto de intereses, y supone la punibilidad del aborto salvo en determinados casos en los que prevalecen los intereses de la madre. La validez de estos supuestos que suelen ser de carácter médico, ya sea físico o psíquico, se basa en informes derivados de controles sanitarios.

4) Por último, el sistema de plazo es el más común en los países de nuestro entorno y supone la impunidad del aborto llevado a cabo dentro de un plazo que se comprende entre las primeras semanas de gestación (14 semanas en España) y en base a la libre voluntad de la mujer.

El Código Penal actual recoge el delito de aborto en el Título Segundo del Libro Segundo del mismo, entre sus artículos 144 y 146 incluidos, basando su régimen en las

---

<sup>59</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., “El Aborto. Lesiones al Feto” en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 60 y 61.

<sup>60</sup> GARCÍA VALDES, C., *op. cit.*, p. 42.

<sup>61</sup> *Idem*.

modificaciones introducidas por la Ley 2/2010, amén de lo establecido en la Propuesta de Anteproyecto de Ley presentada por el Grupo Popular en la Mesa del Congreso de los Diputados el 18 de febrero de 2015, ambos textos legales estudiados en el apartado anterior. A continuación, llevaremos un análisis del tratamiento que da el Código penal a los diferentes supuestos de delito de aborto.

## **2.2. Bien Jurídico Protegido**

El bien jurídico del delito de aborto cabe considerarlo como bien jurídico de carácter múltiple, por ese motivo existe una gran controversia doctrinal sobre la determinación del bien jurídico protegido ya que se distinguen tres posibles supuestos:

- El nasciturus, ya sea en concepto de vida prenatal, vida en formación, o vida humana dependiente.
- La mujer, cuya protección abarca tanto la vida como su libertad y dignidad.
- El Estado, como perjuicio causado al interés demográfico del mismo<sup>62</sup>.

El último supuesto, era el defendido en los sistemas totalitarios de la primera mitad del siglo XX y constanding una posición minoritaria de la doctrina.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina se centra en la protección del nasciturus y/o de la mujer ya que no es fácil resolver de forma rotunda los problemas que surgen debido a las particularidades que se dan en este caso, sobretodo por la vinculación orgánica que existe entre el feto y la embarazada resultando una especial relación de dependencia. En la discusión doctrinal sobre cuál de los dos sujetos debe anteponerse a la hora de recibir una debida protección, en la actualidad, se ha optado por una postura intermedia que mantenga un equilibrio basándose en la proporcionalidad de intereses y derechos que pueden verse afectados tanto en el nasciturus como en la mujer<sup>63</sup>. Esto es algo que también ha defendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

---

<sup>62</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 3ª Edición, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp.32 a 34.

<sup>63</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2010, pp. 76 y 77.

### 2.3. Objeto Material

El objeto material del delito no es otro que el producto de la concepción, con el requisito de estar con vida en el momento de llevarse a cabo la acción típica. González Rus indica que no se dará el aborto por falta de objeto material cuando el feto esté muerto o no exista viabilidad intrauterina, se haya expulsado el fruto no viable de la concepción, o se de la *mola*, que se trata de un ovulo fecundado que se hace parásito en el organismo materno<sup>64</sup>.

Para concretar el objeto material, las diferentes posturas doctrinales han creado diferentes límites, mínimos y máximos, a partir de los cuales nos encontramos ante un delito de aborto. Aunque estos límites pueden variar en las diferentes legislaciones así como en diferentes supuestos, como puede ser el aborto consentido, nos centraremos en los momentos a partir de los cuales el nasciturus goza de la protección penal y del momento en que quedaría inaplicable el delito de aborto.

Como límite mínimo se dan fundamentalmente dos posturas determinadas. Por un lado, hay quien considera que la protección penal debe darse desde el mismo momento de la concepción, es decir, a partir de la fecundación del óvulo. Por otro lado, la postura dominante afirma que solo existe objeto material a partir de la anidación del óvulo fecundado en el útero, que se produce entre los siete y catorce días después de la fecundación)<sup>65</sup>.

Los argumentos por los cuales la mayoría de la doctrina opta por la postura del momento de la anidación son, por un lado, la existencia de una mortalidad natural del óvulo antes de producirse la anidación, lo que provocaría problemas a la hora de la prueba y, por otro, la aceptación del argumento de la fecundación podría significar la tipicidad de conductas como el proceso de fecundación *in vitro* o el uso del dispositivo intrauterino (DIU)<sup>66</sup>.

Por último, el límite máximo del delito de aborto es el momento del parto. Es decir, habrá aborto cuando la agresión al feto incida en el cuerpo de la madre, sin

---

<sup>64</sup>GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 64.

<sup>65</sup>GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 65.

<sup>66</sup>QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *op. cit.*, p.104.

embargo, si la agresión puede producirse de forma directa sobre el feto sin incidencia en el cuerpo de la madre, se dará un delito de homicidio<sup>67</sup>.

#### **2.4. Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo**

A diferencia de los puntos anteriormente expuestos, el tratamiento del tipo objetivo y subjetivo varía según el supuesto de hecho al que queramos referirnos en función del artículo que se analice del Código Penal en relación con el delito de aborto, por ello, a continuación llevaremos a cabo un estudio de cada uno de los preceptos penales que tratan dicho delito. No obstante, autores como Corcoy Bidasolo señalan que deben existir dos elementos objetivos típicos esenciales: el estado de embarazo de la mujer, y la idoneidad de la conducta abortiva para provocar la muerte del feto. Éste último aspecto puede ser objeto de discusión en el supuesto de hecho del aborto imprudente<sup>68</sup>.

#### **2.5. Concurso**

Al igual que sucede en relación al tipo objetivo y subjetivo del delito de aborto, existe gran complejidad acerca de determinar si cabe o no concurso y qué tipo de los mismos en cuestión. Los aspectos generales que suscitan esta problemática son:

- a) El establecimiento de concurso ideal entre aborto y homicidio o lesiones imprudentes respecto de la embarazada.
  
- b) El concurso de leyes con lesiones al feto si finalmente no se consigue el aborto y el feto nace con grave deformidad o enfermedad psíquica o física.
  
- c) En relación al concurso real o ideal cuando concurra asesinato, homicidio o lesiones dolosas respecto de la embarazada existen dos posturas jurisdiccionales diferentes. Por un lado, calificar como concurso ideal en el momento que exista agresión contra la mujer embarazada, estableciendo dolo directo respecto de la muerte de la mujer y dolo eventual respecto del feto. Por otro lado, calificarlo como concurso real de delitos puesto que quien agrede advierte que esta acción

---

<sup>67</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 65.

<sup>68</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.73.

es idónea para acabar con la vida tanto del feto como la de la mujer embarazada<sup>69</sup>.

No obstante, a pesar de esta exposición, seguidamente intentaremos dar una mejor explicación relacionando cada tipo de concurso con el respectivo tipo penal así como la relativa al tipo objetivo y subjetivo en base a la diferente doctrina como hemos señalado anteriormente.

### **2.5.1. Artículo 144 Código Penal**

*El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.*

*Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.*

*Comentario.-* Penaliza el aborto llevado a cabo por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial de carácter facultativo por un periodo de tres a diez años. Se trata de la modalidad más grave de aborto ya que el comportamiento delictivo posee un carácter pluriofensivo debido a que se atenta contra la vida prenatal y, además, al carecer de consentimiento, se lesiona la libertad de la mujer embarazada<sup>70</sup>. Si el tercero que lleva a cabo el aborto erróneamente cree que la mujer consiente, no será castigado por éste artículo, sino por el 145.1 CP<sup>71</sup>.

Antes de pasar al segundo apartado del artículo, conviene incidir en la forma en que la doctrina señala que debe otorgarse el consentimiento de la mujer embarazada. En primer lugar, el consentimiento debe ser válido, lo que supone que la mujer debe tener capacidad natural de juicio; en segundo lugar, la embarazada debe ser informada de forma suficiente sobre el acto que consiente para que este consentimiento sea eficaz; y, por último, la mujer embarazada debe consentir libremente y con anterioridad a la

---

<sup>69</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p.74.

<sup>70</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 107.

<sup>71</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2010, p. 84.

intervención. Resulta indiferente la forma en la que se lleva a cabo teniendo como único requisito que ha de ser de manera inequívoca.

El segundo inciso que contiene el artículo se refiere al tercero que obra en base a un consentimiento viciado, por haber sido obtenido mediante engaño, violencia o amenaza, castigándose con la misma pena que en el caso de haber actuado sin su consentimiento. Este hecho es objeto de discusión doctrinal ya que la conducta que recoge el segundo inciso es de mayor gravedad que la recogida en el primer párrafo del precepto, debiendo preverse una mayor pena<sup>72</sup>.

Como inciso, conviene tener presente los conceptos de intimidación, violencia y engaño para un mejor entendimiento de este tipo penal. El primero de ellos debe atenderse desde el prisma de las amenazas hacia la mujer embarazada. El segundo término, violencia, se debe estar a lo establecido al respecto para los delitos de coacciones. Por último, en el caso del engaño puede entenderse el hecho de hacer creer a la mujer que la intervención a la que va a ser sometida no es de carácter abortivo, o llevar a cabo el convencimiento de que la vida de la propia mujer corre peligro en caso de continuar con el embarazo. Puede haber otros supuestos de engaño a pesar de que sean difícilmente imaginables<sup>73</sup>.

Conviene advertir en este punto que la doctrina se discute el hecho de que el aborto mediante engaño se equipare a las modalidades de aborto llevadas a cabo mediante violencia o intimidación<sup>74</sup>.

*Tipo Objetivo*<sup>75</sup>.

*Sujeto Activo.*- Se considerará sujeto activo a todo aquél que lleve a cabo la acción del aborto sin consentimiento de la mujer embarazada o contra el consentimiento de ésta.

---

<sup>72</sup> SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 79.

<sup>73</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p.74.

<sup>74</sup> SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAILLO, A., *op cit.*, p. 79.

<sup>75</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op. cit.*, p. 44.



*Sujeto Pasivo.*- En este supuesto nos encontramos como sujeto pasivo a la mujer embarazada. Según las diferentes posturas doctrinales también podríamos considerar como sujeto pasivo al embrión o, incluso, al propio Estado.

*Acción.*- La acción relevante que castiga este precepto penal es el obrar sin consentimiento o con un consentimiento provocado por efectuar violencia, amenaza o engaño a la mujer embarazada.

#### *Tipo Subjetivo.*

Se trata de un delito doloso, debiendo ser éste, en la medida en que se obra con ausencia de consentimiento, de forma directa<sup>76</sup>. Otros autores afirman que no sólo cubre el dolo directo, sino que cabe una variación significativa, pudiendo darse el dolo eventual<sup>77</sup>.

#### *Formas de Ejecución.*

Se trata de un delito de resultado, el cual no es otro que la destrucción de la vida prenatal. De esta afirmación se derivan dos consecuencias: La admisión de la comisión por omisión y, en las fases imperfectas de ejecución, la tentativa acabada e inacabada<sup>78</sup>.

#### *Concurso.*

La doctrina señala que podrá darse el concurso de delitos siempre y cuando los medios para obtener el consentimiento (amenaza, violencia o engaño) sean constitutivos de un delito autónomo<sup>79</sup>. Del mismo modo, también se considerará concurso de delitos si de las actuaciones llevadas a cabo para producir el aborto se derivan lesiones o muerte de la mujer<sup>80</sup>.

Hay autores que señalan que también puede reconocerse el concurso ideal entre el aborto y el delito de intrusismo para el caso de que la persona que realiza el aborto tenga por dedicación llevar a cabo conductas de este tipo sin título oficial de facultativo,

---

<sup>76</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op cit.*, p. 45.

<sup>77</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 106.

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 78.

es decir, que el autor realice esta actividad de forma profesional sin ser facultativo y de una forma clandestina<sup>81</sup>.

### **2.5.2. Artículo 145 Código Penal**

*1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.*

*2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.*

*3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.*

*Comentario.-* El artículo 145 del Código Penal esta compuesto por tres apartados: el primero referido al tercero que practica el aborto con el consentimiento de la mujer; el segundo va dirigido a penalización de la conducta de la mujer cuando ésta se produce su propio aborto o consiente su ejecución fuera de los casos previstos por la ley; y el tercer apartado, es un agravante que aumenta las penas establecidas para los dos apartados anteriores en su mitad superior, cuando la realización del aborto haya sido llevada a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Como acertadamente señala Corcoy Bidasolo, «los supuestos de hecho contemplados en este tipo deben entenderse referidos a la interrupción del embarazo sin mediar riesgo para la vida o salud de la gestante y sin haberse apreciado graves anomalías del feto» ya que de no ser así, se impediría la concurrencia de un posible estado de necesidad de la gestante y/o se obviaría lo dispuesto por el legislador en el artículo 15 LOIVE que permite la interrupción del embarazo superado el plazo de las veintidós semanas de gestación<sup>82</sup>.

A continuación, llevaremos un análisis de los dos apartados principales por separado ya que varían diferentes elementos entre ellos.

---

<sup>81</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p.75.

<sup>82</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p.76.

a) Según el primer apartado, el que lleve a cabo el aborto con el consentimiento de la mujer fuera de los casos que la ley permite será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de carácter facultativo por un periodo de uno a seis años, aumentando dichas penas en su mitad superior cuando el aborto haya sido llevado a cabo fuera de un establecimiento acreditado. Ésta última medida lo que pretende es proteger la salud y la vida de la embarazada ya que, a pesar de tratarse de un hecho ilícito, en el supuesto de llevarse a cabo fuera de los centros acreditados al efecto, podría derivar en graves peligro para la mujer.

Hay que tener presente que para la realización del hecho delictivo que recoge el apartado primero, es necesario la participación de dos personas: de un lado, la mujer que consiente, y, de otro, el tercero que efectivamente lleva a cabo el aborto. A raíz de ello, debemos tener en cuenta también en este supuesto la doctrina expuesta en relación al artículo 144 CP con respecto a un concurso ideal entre delito de aborto y el delito de intrusismo para el caso de que la persona que realice el aborto se dedique a ello sin título oficial de facultativo<sup>83</sup>.

En el mismo orden de cosas, conviene señalar que no se puede considerar autor de esta forma de participación a aquél que facilite a la mujer la dirección del médico o curandero para llevar a cabo el aborto o le dé dinero para tal fin, en todo caso, se debería considerar como cooperador o inductor de la acción llevada a cabo por la mujer en último término<sup>84</sup>.

*Tipo Objetivo*<sup>85</sup>.

*Sujeto Activo.*-Será considerado como sujeto activo únicamente a la persona que lleve a cabo el aborto. Además, algunos autores añaden la posibilidad de que pueda darse la autoría mediata en el supuesto en que la embarazada se sirva de alguien para llevar a cabo el aborto aunque, es cierto, es difícil que el tercero ignore que con su acción esté provocando el aborto.

---

<sup>83</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p.75.

<sup>84</sup> QUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª Edición, Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 86.

<sup>85</sup> QUERALT JIMENEZ, J. J., *op cit.*, 1996, p. 40.

*Sujeto Pasivo.*- En este punto se da una discusión doctrinal ya que, en primer lugar, la mujer no puede ser sujeto pasivo por el hecho de prestar su consentimiento. Debido a ello, el debate doctrinal se centra en definir como sujeto pasivo al embrión o al Estado, o a ambos a la vez.

*Acción.*- La acción tipificada en este precepto es la destrucción del feto bajo el consentimiento de la mujer embarazada.

*Tipo Subjetivo.*

Se trata de un delito en el que se requiere dolo de carácter directo<sup>86</sup>, aunque otras posiciones doctrinales, además del dolo directo, dan cabida al dolo eventual<sup>87</sup>.

*Formas de Ejecución.*

Se requiere una conducta activa no siendo posible la comisión por omisión. También cabe la tentativa.

*Concurso.*

Puede haber concurso con cualquier otro delito llevado a cabo contra la vida o integridad física de las personas<sup>88</sup>.

b) El segundo supuesto que se contempla va dirigido a la punibilidad de la conducta llevada a cabo por la mujer embarazada. De este modo, será penalizada la mujer que lleve a cabo su propio aborto o consintiese su realización fuera de los casos permitidos por la ley.

Algunos autores afirman este supuesto en el que se requiere el consentimiento de la mujer para llevar a cabo la conducta punible debería ser considerado como una forma de cooperación necesario o de coautoría, sin embargo, el legislador lo contempla como una modalidad delictiva autónoma con el fin de penar de forma menos severa a la mujer embarazada<sup>89</sup>. El consentimiento prestado por la mujer ha de ser expreso, no admitiéndose el consentimiento presunto en este caso. Tampoco debe ser viciado, para

---

<sup>86</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op cit.*, 1996, p.44.

<sup>87</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 79.

<sup>88</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op cit.*, 1996, p. 44.

<sup>89</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 80.

ello, es necesario que se le haya informado de los riesgos que comporta la interrupción del embarazo<sup>90</sup>.

Por otro lado, se suprime la pena de seis meses a un año de prisión para la mujer que hasta entonces se prevenía y se introduce para este caso la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Esta rebaja en la sanción para la mujer se debe a la toma en consideración por parte del legislador del conflicto de intereses que únicamente sufre la mujer embarazada<sup>91</sup>.

#### *Tipo Objetivo*<sup>92</sup>.

*Sujeto Activo.*- El tipo activo de este supuesto no puede ser otro que la propia mujer embarazada.

*Sujeto Pasivo.*- Queralt señala que el sujeto pasivo es la sociedad. Sin embargo, como se ha expuesto con anterioridad, la determinación del sujeto pasivo varía según la corriente doctrinal.

*Acción.*- Este apartado del artículo 145 recoge dos acciones. Por un lado, en el caso de autoaborto, la acción no es otra que la producción del aborto llevado a cabo por la propia embarazada y por sus propios medios. Por otro lado, en el supuesto de prestar consentimiento, la acción no es otra que la de consentir que un tercero lleve a cabo el aborto, o la petición de éste.

#### *Tipo Subjetivo.*

Se trata de un delito para el cual se requiere dolo, al caracterizarse por una conducta activa. Sin embargo, en el caso de que la mujer preste su consentimiento, ya que la mujer se encuentra en la posición de garante, se da una comisión por omisión por parte de la embarazada<sup>93</sup>.

#### *Formas de Ejecución.*

---

<sup>90</sup> SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op. cit.*, p. 80.

<sup>91</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 109.

<sup>92</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op. cit.*, 1996, p. 37 y 38.

<sup>93</sup> *Idem.*

La punibilidad requiere que se lleve a cabo el inicio de la ejecución del aborto, puesto que, de no ser así, por el hecho de prestar consentimiento, a la embarazada se le debería castigar como delito consumado, sin embargo, esta solución iría en contra del propósito de tener en consideración la situación conflictiva de la mujer. En el mismo orden, si el resultado no se llega a producir, al tercero debería castigarse por tentativa<sup>94</sup>.

En conclusión, a pesar de que algunos autores consideren que solo es posible castigar la consumación, al requerirse únicamente el inicio de la ejecución del aborto, cabe también la punibilidad de la tentativa<sup>95</sup>.

Por otro lado, hay autores que afirman que la cooperación de un tercero en el supuesto del autoaborto de la mujer debiera ser tipificada como participación según el tipo previsto en este precepto<sup>96</sup>.

#### *Concurso.*

Al tratarse de un supuesto en el que el sujeto activo lleva a cabo la conducta delictiva sobre sí mismo, es difícil que pueda darse un supuesto de concurso<sup>97</sup>.

### **2.5.3. Artículo 145 bis Código Penal**

*1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos y privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:*

- a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;*
- b) sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación;*
- c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;*
- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.*

*2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.*

*3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

---

<sup>94</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 80.

<sup>95</sup> SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op. cit.*, p. 81.

<sup>96</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p. 75.

<sup>97</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op. cit.*, 1996, p. 39.

*Comentario.*- El artículo 145 bis fue introducido en el Código Penal gracias a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El mismo, esta formado por tres apartados: los dos primeros dirigidos al personal facultativo, siendo el segundo complementario del primero, y el tercero únicamente se basa en despenalizar la conducta de la embarazada puesto que se trata de un tipo especial, el cual solo afecta al personal facultativo que describe.

El primer apartado se castiga con la pena de multa de seis a doce meses y pena de inhabilitación especial por un periodo de seis meses a dos años, cuando el facultativo lleve a cabo un aborto dentro de los casos permitidos por la ley, pero cuando el mismo ha llevado a cabo la interrupción del embarazo en alguno de estos supuestos:

1. Sin haber comprobado que la mujer ha recibido la información que señala la LO 2/2010. Hay que tener en cuenta que el delito no se comete por no proporcionar a la mujer la información que se requiere, sino por no comprobar que dicha información ha sido facilitada a la mujer de la forma correcta.

2. Sin haber transcurrido el periodo de espera que marca la ley, computándose el plazo de día a día, y no de hora a hora.

3. Sin los dictámenes previos preceptivos en las indicaciones terapéutica (salvo en caso de riesgo vital para la embarazada), embriopática y cuando se encuentren anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable. Si dichos dictámenes son defectuosos se entenderán ausentes.

4. Fuera del establecimiento acreditado al efecto. En este último caso, el juez podrá elevar la pena impuesta a su mitad superior ya que el legislador tiene en cuenta el grave riesgo que puede suponer dicho supuesto para la vida y salud de la mujer embarazada<sup>98</sup>.

En el segundo párrafo se hace referencia al supuesto según el cual la interrupción de embarazo que recoge el apartado primero, se haya llevado a término

---

<sup>98</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

pasada la vigésimo segunda semana de gestación ya que, como se ha señalado con anterioridad, dicho plazo es a partir del cual el legislador entiende que puede darse la vida extrauterina. La conducta señalada será castigada por el juez o tribunal con la pena aumentada en su mitad superior.

#### *Tipo Objetivo.*

*Sujeto Activo.*- Por sujeto activo se entenderá a todo aquél que practique el aborto, sin embargo, hay que tener en cuenta que se trata de un delito especial puesto que únicamente podrá ser llevado a cabo por profesionales sanitarios<sup>99</sup>.

*Sujeto Pasivo.*- Surge la misma discusión doctrinal en la que se discute entre el Estado y el feto como sujeto pasivo, no pudiéndolo ser la mujer embarazada en este caso, puesto que presta su consentimiento.

*Acción.*- Llevar a cabo la destrucción del feto cuando, a pesar de darse un supuesto por el cual se despenaliza tal comportamiento, no se ha seguido alguno de los requisitos fundamentales que recoge el artículo 145 *bis* en su apartado uno.

#### *Tipo Subjetivo.*

Para el supuesto recogido en el precepto 145 *bis* autores como Muñoz Conde lo encuadran dentro de un marco de delitos dolosos<sup>100</sup>.

#### *Formas de Ejecución.*

En este supuesto, además de la consumación del tipo penal, puede sancionarse también la tentativa.

#### *Concurso.*

Puede darse un concurso con cualquier tipo penal que vaya dirigido a la protección de la salud y la vida, ya que queda expuesta la integridad física de la mujer embarazada. Por otro lado, si el médico realiza cualquier tipo de informe o dictamen

---

<sup>99</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 81.

<sup>100</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2010, pp. 84 y 85.



requerido de forma falsa, el delito expuesto en el artículo 145 bis entraría en concurso con el delito de falsedad<sup>101</sup>.

#### **2.5.4. Artículo 146 Código Penal**

*El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis meses a 10 meses.*

*Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por el periodo de uno a tres años.*

*La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

*Comentario.-* El artículo 146 sanciona el aborto causado por imprudencia de carácter grave, cuando es llevado a cabo por un tercero, con la pena de prisión de tres a cinco meses o la multa de seis a diez meses. Sin embargo, cuando la imprudencia reviste un carácter profesional, además de la pena señalada, se impondrá la pena de inhabilitación especial por un periodo de uno a tres años. Se deja despenalizado el aborto que se deriva de la imprudencia de la propia mujer embarazada tal y como se limita a señalar el tercer párrafo del precepto.

En primer lugar, el artículo hace referencia al tercero que causa el aborto por imprudencia grave, entendido por ésta la inobservancia de todas o las más elementales precauciones, atenciones y cuidados que integran las normas de cuidado<sup>102</sup>. La imprudencia leve queda sin sanción penal, sin embargo sí es posible una sanción por la vía civil<sup>103</sup>.

Por otro lado, el precepto también sanciona la imprudencia profesional que, al igual que sucedía en el primer caso, también ha de ser de carácter grave<sup>104</sup>. En este precepto se recoge una novedad con respecto a la expuesta regulación del delito de aborto, y es que, además de sancionar al profesional sanitario por revestir una posición de garante, al señalar el precepto la pena de inhabilitación especial “para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo”, también sanciona la imprudencia de cualquier otro tipo de profesión. Un ejemplo de ello sería la aplicación de este supuesto al empresario que

---

<sup>101</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 82.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 83.

<sup>103</sup> SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op. cit.*, p. 83.

<sup>104</sup> *Idem.*

provoca el aborto a una empleada por condiciones de trabajo que pueden hacer peligrar el embarazo<sup>105</sup>. No obstante, en este punto es requisito que se demuestre la relación de causalidad entre la acción imprudente y el aborto que se produce<sup>106</sup>.

Por último, el artículo establece una excusa absolutoria para la mujer, despenalizando el aborto provocado por su propia imprudencia. En este punto conviene tener presente la diferencia entre la situación de autopuesta en peligro de la embarazada y la puesta en peligro que ésta consiente así como analizar si es irrelevante o no la cooperación en la autopuesta en peligro o si podría ser calificado como autoría imprudente<sup>107</sup>.

#### *Tipo Objetivo.*

*Sujeto Activo.* El tercero que lleva a cabo una conducta gravemente imprudente para con la mujer embarazada.

*Sujeto Pasivo.* Indudablemente encontramos como sujeto pasivo a la mujer embarazada, ya que la provocación del aborto va en contra de su autodeterminación y libertad de decisión. Como se ha señalado en todos los casos anteriores, se incluirán también el feto y la sociedad dependiendo de la interpretación doctrinal con la que se analice.

*Acción.* Actuar sin tener en cuenta los diferentes cuidados y precauciones en relación con la embarazada.

#### *Tipo Subjetivo.*

Tal y como señala el precepto únicamente cabe la imprudencia de tipo grave, pudiéndose dar en el segundo caso la negligencia profesional<sup>108</sup>. Sin embargo, en el caso de que el aborto se haya producido mediando malos tratos hacia la mujer embarazada, es posible apreciar dolo eventual y, por tanto, aplicar el artículo 144 del Código Penal en el supuesto de que el aborto fuera de probable producción y el agresor

---

<sup>105</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 83.

<sup>106</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2015, p. 79.

<sup>107</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p.78.

<sup>108</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op. cit.*, 1996, p. 46.

actuó asumiendo dicho resultado<sup>109</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo desdice dicha afirmación teniendo en cuenta lo señalado en su Sentencia 719/1999, de 10 de mayo, cuando afirma que:

Si se aceptase que la intención del procesado era matar a su mujer, la pérdida del hijo que ésta esperaba habría de ser imputada, forzosamente a título de dolo, a aquél puesto que conocía perfectamente el embarazo y no se le hubiese podido ocultar que la muerte de la madre acarrearía inevitablemente la del feto, todavía incapaz de vida independiente. Pero negada aquella intención -como hemos razonado en el fundamento jurídico precedente- y definida la acción como una agresión súbita, no planeada y orientada sólo a maltratar y lesionar a la madre, la muerte del feto puede ser considerada, a la vista del relato fáctico de la Sentencia recurrida, como una consecuencia de la agresión, fácilmente previsible pero acaso no prevista en aquel momento y, por consiguiente, sólo reprochable a la grave imprudencia del procesado<sup>110</sup>.

#### *Formas de Ejecución.*

Al tratarse de una comisión mediante imprudencia grave, únicamente es concebible la penalidad por la efectiva comisión, puesto que no cabe tentativa alguna.

#### *Concurso.*

Puede darse un concurso ideal en el momento que entren en juego delitos contra la integridad física<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2015, p. 80.

<sup>110</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 719/1999, de 10 de mayo.

<sup>111</sup> QUERALT JÍMENEZ, J. J., *op. cit.*, 1996, p. 46.

### 3. DELITO DE ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO

Además de su análisis en el ámbito interno, es interesante comprobar el tratamiento que se le da a la interrupción voluntaria del embarazo y al delito de aborto en la legislación de países de nuestro entorno. A continuación, llevaremos a cabo una breve mención de los diferentes sistemas de dichos países, y de este modo, poder hacer una previsión sobre cuál es la tendencia futura dentro de los países occidentales, así como comprender cómo se concibe, desde un punto de vista legislativo, la interrupción voluntaria del embarazo y todo lo relacionado con ella, dentro del escenario europeo.

#### 3.1. Reino Unido

En Reino Unido se dan dos legislaciones de interrupción voluntaria de embarazo diferentes. Por un lado, la legislación básica que se aplica en Gran Bretaña (Inglaterra, Escocia y Gales) es la *Abortion Act 1967*<sup>112</sup>, con la modificación introducida por la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*<sup>113</sup> que estudiaremos a continuación. Por otro lado, nos encontramos con la legislación que se aplica en Irlanda del Norte, la llamada *The Crime Justice Act (Northern Ireland) of 1945*<sup>114</sup>.

La legislación aplicable a Gran Bretaña sobre la legalidad de la interrupción voluntaria del embarazo, se basa en un sistema mixto de indicaciones y plazos, según los cuales, podrá llevarse a cabo dicha intervención cuando el embarazo no exceda de la vigésimo cuarta semana y que la continuación del mismo suponga un riesgo de lesión sobre la salud física o psicológica de la embarazada, o de algún hijo de la familia de la misma.

El límite temporal de veinticuatro semanas fue introducido por la ley de 1990, modificando el anterior plazo que llegaba hasta la semana veintiocho. Este es el único supuesto en el que se tiene en cuenta el plazo.

Por otro lado, podrá llevarse a cabo la interrupción voluntaria del embarazo sin límite de tiempo cuando: la intervención sea necesaria para evitar graves lesiones permanentes en la salud física o psicológica de la mujer; la consecución del embarazo

---

<sup>112</sup> *Abortion Act 1967*. 1967 Chapter 87 (27<sup>th</sup> October 1967).

<sup>113</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. 1990 Chapter 37 (1<sup>st</sup> November 1990).

<sup>114</sup> *Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1945*. 1945 Chapter 15 (13<sup>th</sup> December 1945).

pueda significar un riesgo para la vida de la mujer, o; exista un riesgo significativo de que el feto sufra graves anomalías físicas o psicológicas.

Por último, en Irlanda del Norte únicamente está permitido la interrupción voluntaria del embarazo en caso de riesgo para la vida de la embarazada, o cuando el embarazo pueda producir un deterioro en la salud de la mujer.

### **3.2. Alemania**

Alemania regula la interrupción voluntaria del embarazo con la Ley de mujeres embarazadas y servicios familiares de 1995<sup>115</sup>, que reforma la anterior Ley de 1992<sup>116</sup>. Además, mantiene regulado el delito de aborto en los artículos 218 y 219 del Código Penal<sup>117</sup>. Su regulación de interrupción voluntaria está basada en una fusión del sistema de plazos con el sistema de indicaciones.

De este modo, se da libertad para realizar el aborto dentro de las 12 primeras semanas siempre y cuando la mujer haya recibido asesoramiento al uso. Dicho plazo puede aumentarse hasta las 22 semanas cuando la embarazada alegue un estado de especial necesidad, entendido éste como un sacrificio que excede de lo tolerable en el caso de seguir con el embarazo. Además, se recogen dos indicaciones: por un lado, la indicación criminológica, cuando el embarazo ha sido provocado por medio de un delito de violación, aunque la intervención referente a esta indicación deberá realizarse dentro de las primeras 12 semanas; por otro lado, se encuentra el caso de grave peligro para la salud y la vida de la mujer embarazada, permitiéndose ejecutar la intervención sin límite de tiempo.

El Código Penal sanciona en su artículo 218 la interrupción del embarazo provocada por un tercero con la pena de prisión de hasta tres años o pena de multa, elevándose las penas en los casos especialmente graves, es decir, cuando la interrupción se produce contra la voluntad de la mujer y cuando a raíz de la interrupción se pone en

---

<sup>115</sup> *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* (SFHÄndG) Vom 21. August 1995.

<sup>116</sup> *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* (SFHÄndG) Vom 27. Juli 1992.

<sup>117</sup> *Strafgesetzbuch* (StGB). Ausfertigungsdatum: 15/05/1871. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10) geändert worden ist.

peligro la vida y salud de la mujer, hasta la pena de prisión de seis meses a cinco años. Del mismo modo, se impone la pena de prisión de hasta un año o multa para el médico que de conclusión al embarazo cuando: no haya dado a la mujer oportunidad de explicar sus razones de su solicitud de interrupción del embarazo, la mujer no haya recibido la información sobre consecuencias y riesgos, sin haber llevado a cabo un examen médico sobre la duración del embarazo, sin haber asesorado a la mujer en relación con el artículo 219 del Código Penal.

En todo caso, se descarta la punibilidad de la mujer embarazada, ya que se tiene en cuenta la situación de conflicto en la que se encuentra.

### **3.3. Italia**

Recoge la regulación del delito de aborto en la Ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978, sobre la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo<sup>118</sup>. Como veremos a continuación, esta Ley crea un sistema mixto entre plazos e indicaciones.

La Ley permite la interrupción voluntaria del aborto dentro de los primeros 90 días de embarazo cuando se acredite peligro para la salud física o psíquica por cuestiones económicas, sociales o familiares, o cuando se haya producido el embarazo o por las circunstancias en que ocurrió la concepción, o en previsión de anomalías del concebido. Sin embargo, también está permitido la interrupción del embarazo pasados los 90 días cuando exista peligro para la vida de la mujer, o cuando existan graves anomalías o malformaciones del ser en gestación, que determinen un grave peligro para la salud física y psíquica de la embarazada.

Cuando la mujer que solicita la interrupción, sea menor de 18 años, debe contar también con el consentimiento de quien posea su patria potestad. En el caso de que dicha consulta sea desaconsejada, el médico remitirá el caso al juez, quien escuchará a la mujer y decidirá sobre la intervención. En el mismo orden de cosas, si la mujer es

---

<sup>118</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Gazzetta Ufficiale del 22 maggio 1978, n. 140).

incapaz judicialmente, la solicitud podrá ser presentada por su tutor, el marido no tutor, o por la mujer, debiéndose oír al tutor en éstos dos últimos casos.

La misma Ley recoge un sistema de sanciones para quien lleve a cabo la interrupción del embarazo fuera de los casos permitidos por la Ley. De este modo, el tercero que lleve a cabo el aborto con voluntariedad será castigado con la pena de reclusión de 3 meses a 2 años. Cuando el tercero no haya contado con el consentimiento de la mujer (o con su consentimiento viciado) la pena de reclusión será impuesta entre los 4 a 8 años, manteniéndose la misma pena para quien provoque el aborto mediante acciones dirigidas a provocar lesiones en la mujer. Si de éstos dos últimos supuestos, derivase la muerte de la mujer o lesiones muy graves, se impondrá la pena de reclusión de 8 a 16 años en el primer caso, y de 6 a 12 años en el segundo.

Quien cause la interrupción sin observar los diferentes requisitos médicos e informativos establecidos, será castigado con la pena de hasta 3 años de reclusión, amén de la pena de multa impuesta a la mujer. Cuando la intervención haya sido llevada a cabo sin la debida confirmación médica requerida, se le impondrá la pena de 1 a 4 años para quien lo causase, y con la pena de hasta 6 meses de reclusión para la mujer.

Cuando la intervención haya sido llevada a cabo sobre una mujer menor de edad o incapaz sin haber observados los requisitos establecidos al efecto, ser impondrán las penas anteriormente señaladas aumentadas hasta la mitad. En este caso, la mujer queda sin castigo. Si de éstos hechos deriva la muerte de la mujer se impondrá la pena de 3 a 7 años de reclusión, disminuyendo dicha pena entre los 2 a 5 años, cuando, no llegando a la muerte de la mujer, se hayan provocado lesiones muy graves.

### **3.4. Portugal**

En Portugal la Ley que trata el delito de aborto es la Ley 16/2007, de 17 de abril de Exclusión de Ilicitud en casos de Interrupción Voluntaria del Embarazo<sup>119</sup>, la cual, modifica la redacción del artículo 142 del Código Penal portugués, además de introducir ciertas garantías para la interrupción voluntaria del embarazo.

---

<sup>119</sup> Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, *Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez*. (DR N.º 75, Série I. 17 Abril 2007).

En este sentido, Portugal mantiene un sistema de plazos que varían según la situación en la que se vaya a dar la interrupción voluntaria. De este modo, se da un plazo de 10 semanas en las que la mujer puede llevar a cabo el aborto de forma libre; por otro lado, en caso de peligro de muerte, riesgo grave de lesión permanente o peligro para la salud física o psíquica de la mujer, se establece un plazo de 12 semanas; si el embarazo ha sido provocado a causa de un delito de violación, el plazo aumenta hasta la semana 16; y, por último, cuando el feto sufra una enfermedad grave o una malformación congénita, el plazo máximo se establece en las 24 semanas, con la salvedad de que el feto sea inviable, en cuyo caso ni existe límite de tiempo.

Toda intervención deberá contar con el libre consentimiento de la mujer embarazada, sin embargo, para el caso de las menores de 16 años o psíquicamente incapaces, el consentimiento se llevara a cabo por el representante legal o, a falta de éste, cualquier familiar de la línea colateral. Por otro lado, para casos de urgencia o situaciones en las que la mujer no pueda prestar consentimiento, es el médico quien decide acerca de llevar a cabo la intervención.

Fuera de los casos anteriormente citados, el delito de aborto, recogido en los artículos 140 y 141 del Código Penal, es castigado con la pena de 2 a 8 años de prisión para el tercero que lo provoca, cuando se ha llevado a cabo sin consentimiento de la mujer embarazada y con la pena de 3 años de prisión para quien lo ha ejecutado con el consentimiento de la misma. Además, se impone la pena de prisión de 3 años para la mujer que consiente o se provoca su propio aborto.

Se agrava la pena cuando de los medios empleados resulta una grave ofensa a la integridad física de la mujer o se da la muerte de la misma, en cuyo caso, las penas señaladas aumentarían en un tercio. Misma pena se impone al facultativo que lleva a cabo el aborto fuera de los casos permitidos por la ley.



### 3.5. Francia

Regula el tratamiento sobre la interrupción voluntaria del embarazo y el delito de aborto en el Código de Sanidad Pública<sup>120</sup>, así como en los artículos 223-10 y siguientes del Código Penal<sup>121</sup>.

En Francia se permite la libre interrupción voluntaria dentro de las 12 primeras semanas de embarazo, es decir, también se basa en un sistema de plazos. Sin embargo, si el feto sufre una dolencia grave e incurable, o el hecho de seguir con el embarazo podría suponer un grave peligro para la salud de la mujer, la intervención podrá llevarse a cabo en cualquier momento. Lo que supone una fusión del sistema de plazos con el de indicaciones.

En el caso de las menores no emancipadas, para llevar a cabo el aborto, necesitarán el consentimiento del representante legal, sin embargo, para si éste no facilita tal consentimiento, la menor podrá acceder a la prestación siempre y cuando vaya asistida por una persona mayor de edad de su libre elección.

Tal y como reconoce la Ley en referencia a lo dispuesto en el artículo 223-10 del Código Penal, la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la mujer será castigada con la pena de prisión de cinco años y multa de 75.000 euros, además, se mantiene la pena para el caso de que la acción quede en tentativa.

Por otro lado, si el aborto ha sido practicado fuera del tiempo establecido (salvo por causa médica), se haya llevado a cabo por una persona no facultativa, o se ha producido fuera de algún establecimiento acreditado para ello, se le impondrá la pena de dos años de prisión y 30.000 euros de multa al tercero que lo lleve a cabo, aumentándose la pena a 5 años de prisión y multa de 75.000 euros si el culpable lleva a cabo dicha práctica de forma usual. Además, como sucedía en el caso anterior, se mantienen las mismas penas para el caso de tentativa.

En el mismo orden, el hecho de llevar a cabo el aborto una vez diagnosticado el embarazo sin seguir las pautas marcadas por la ley que se recogen en los artículos 2212-

---

<sup>120</sup> *Code de la Santé Publique* (Version consolidée au 23 mai 2015).

<sup>121</sup> *Code Pénal* (2015).

2 y siguientes de la Ley de Sanidad Pública, se castiga con la pena de 2 años de prisión y pena de multa de 30.000 euros. Del mismo modo, quienes proporcionen a la mujer embarazada medios materiales para llevar a cabo el aborto serán castigados con la pena de 3 años de prisión y multa de 45.000 euros, elevándose hasta los 5 años de prisión y los 75.000 euros si dicha actividad se lleva a cabo de forma habitual. En este, último caso, exime a la mujer de toda responsabilidad al no considerarla cómplice.

Por último, cabe resaltar que la propia Ley de Sanidad pública en sus artículos 2223-1 y siguientes, reconoce y sanciona a todos aquéllos que, una vez seguidos los trámites legales establecidos, lleven a cabo conductas determinantes con el fin de evitar la práctica de interrupción del aborto.

### **3.6. Países Bajos**

En Holanda, la interrupción voluntaria del embarazo está regulada en la Ley de Interrupción del Embarazo<sup>122</sup>, que entra en vigor en 1984<sup>123</sup>, y la Ley de Aborto Tardío que ha entrado en vigor en el mes de febrero de 2016. Por otro lado, el delito de aborto queda tipificado en el artículo 296 del Código Penal<sup>124</sup>.

El estado holandés permite llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo por la libre decisión de la mujer dentro de las 24 primeras semanas de gestación, es decir, tiene como límite temporal el momento en el cual la ciencia determina la viabilidad del feto. No obstante, a pesar de esta amplitud en el plazo, solamente un pequeño número de clínicas poseen autorización para llevar a cabo el aborto una vez que se ha pasado de la semana decimotercera.

A pesar de los plazos anteriormente citados, como se ha adelantado en la introducción de este apartado, recientemente ha entrado en vigor en los Países Bajos la Ley de Aborto Tardío y Eutanasia al Recién Nacido<sup>125</sup>. Según este texto legal, el aborto

---

<sup>122</sup> *Wet afbreking zwangerschap*, Wet van 1 mei 1981

<sup>123</sup> Decreet van 17 mei 1984, de oprichting van een algemene maatregel van bestuur voor de uitvoering van de Wet op de beëindiging van de zwangerschap

<sup>124</sup> *Wetboek van Strafrecht*, Wet van 3 maart 1881.

<sup>125</sup> Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport van 11 december 2015 houdende instelling van een commissie voor de beoordeling van gemelde gevallen van late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen (*Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen*).

podrá llevarse a cabo más allá de las 24 primeras semanas siempre y cuando el feto sufra de una enfermedad grave e incurable; cuando el parto le causare sufrimiento al futuro bebé; o exista peligro físico o psicológico para la mujer embarazada. Es decir, en realidad, como sucede en los países de nuestro entorno que hemos estudiado, incluido España, se lleva a cabo un sistema mixto de plazos e indicaciones para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, también conviene indicar y tener presente, algo que no se contempla por el resto de legislaciones que hemos analizado hasta ahora, y es que la citada Ley contempla la posibilidad de llevar a cabo la eutanasia para el recién nacido por razones de sufrimiento insoportable por parte del recién nacido sin ninguna esperanza de vida, es decir, por razones médicas. Esta medida controvertida tiene su razón en que en los Países Bajos sí que está legalizada la eutanasia como tal, algo que, salvo contadas excepciones, no se contempla en la gran mayoría de los países. No obstante, su discusión está teniendo gran repercusión en países de nuestro entorno desde hace algunos años.

En cuanto a la penalización del aborto se refiere, el Código Penal holandés recoge el delito de aborto en su Parte XIX, en su artículo 296. En primer lugar, tipifica la conducta llevada a cabo por el tercero que sabe o tiene motivos razonables para sospechar que con su acción pueda interrumpir el embarazo sancionándose con la pena de hasta cuatro años y seis meses de prisión y pena de multa. Además, si el delito tiene como resultado el fallecimiento de la mujer embarazada, la pena de prisión será de hasta seis años. Por otro lado, si se ha llevado a cabo sin el consentimiento de la mujer, la pena podrá alcanzar los doce años de prisión o de quince años de prisión si además provoca la muerte de la mujer embarazada. En ambos casos también se contempla la correspondiente pena de multas. En el último apartado del artículo, manifiesta la despenalización de la interrupción del embarazo siempre y cuando se haya llevado a cabo siguiendo los requisitos y garantías que establecen las legislaciones anteriormente expuestas.

Por último, cabe resaltar que la propia Ley de Sanidad pública en sus artículos 2223-1 y siguientes, reconoce y sanciona a todos aquéllos que, una vez seguidos los

trámites legales establecidos, lleven a cabo conductas determinantes con el fin de evitar la práctica de interrupción del aborto.



## CONCLUSIONES

Es sabido por todos que el aborto es un asunto bastante polémico y generador de serios debates dentro de cualquier Sociedad, no sólo la española. Sin embargo, sería un error zanjar el debate mediante leyes que se basen únicamente en la ideología del legislador, puesto que, en primer lugar, ello derivaría en una seria inestabilidad legislativa cuyo único perjudicado no sería otro que la Sociedad en su conjunto. Por ello, la mejor forma de otorgarle un trato legislativo es mediante disposiciones que sean capaces de establecer un equilibrio entre las diferentes posturas, pero siempre teniendo presente los diferentes intereses que entran en conflicto, tanto los derechos de la mujer como los derechos del embrión.

En este orden de cosas, como causa de empeoramiento de esta situación es la surgida en el momento en que la doctrina que se pretende imponer genera una restricción del espacio de libertad de las personas contrarias a ella y, peor aún, cuando además de una determinada ideología, se pretende imponer la dogmática de una determinada religión. No está de más recordar que España es un país aconfesional, por lo tanto, el legislador no puede hacer de dogmas religiosos una cuestión legislativa puesto que iría en contra de la propia Constitución, algo que se ha defendido a lo largo del tiempo y que ya remarcó Enrique Gimbernat cuando señaló “que un determinado comportamiento sea pecado para una confesión concreta no es legitimación suficiente para que aquél sea elevado a la categoría de delito”<sup>126</sup>. Además, hay que señalar que este comportamiento generaría un conflicto mucho más grave, ya que se estaría utilizando el Derecho como un “brazo secular” del legislador que se enfrentaría, tal y como defiende Muñoz Conde, a todo aquél que no comulgase con la doctrina y teorías establecidas<sup>127</sup>. Por ello, debemos considerar incorrecto el hecho de legislar únicamente pensando en el aspecto ético o, mejor dicho, religioso, dejando de lado la salud y seguridad tanto del feto como de la mujer embarazada y, en definitiva, de la Sociedad en su conjunto, puesto que deben ser este tipo de aspectos, y no otros, las principales razones para legislar, más si cabe dentro de un Estado Democrático, en el cual el respeto a las diferentes corrientes de pensamiento es el aspecto más característico.

---

<sup>126</sup> GIMBERNAT, E., (2008) *La secularización del Derecho y el aborto* (en línea) <<https://laicismo.org/2008/la-secularizacion-del-derecho-y-el-aborto/19873>> (Consulta en 13 de febrero de 2015).

<sup>127</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, 2010, p. 80.

En todo caso hay que tener presente los intereses que están en juego, teniendo en cuenta que la regulación que se le dé a la interrupción voluntaria del embarazo afectará de forma directa a las mujeres. Ni que decir tiene que la mujer, como todo ser humano, goza de total libertad para disponer de su cuerpo, así como para tomar decisiones sobre un asunto tan importante como su propia maternidad, si bien es cierto, que es menester que se den algunas limitaciones cuando la libertad de la mujer entra en conflicto con los derechos reconocidos al embrión. Por ello, más que una cuestión de tipo ético o ideológico, debe tratarse en base a criterios puramente científicos y atender únicamente a los expertos en la materia sin pretender dotar a un proceso biológico en su fase inicial de la importante protección que se le da a un ser humano en sí, ya que, como hemos señalado, este hecho no se basaría en datos objetivos, sino en interpretaciones con una gran carga ideológica asignada.

Dentro del derecho de autodeterminación y la libertad que se reconoce a las mujeres, también debe incluirse en este grupo a las mujeres que, aun siendo menores de edad, pueden tener ya un grado de madurez a tener en cuenta, ya que, con la edad de 16 años y con el debido servicio de información que establece la Ley 2/2010, puede afirmarse que la menor tiene el suficiente criterio como para tomar una decisión de tal importancia bastando con su consentimiento individual. Este supuesto es el que tiene por objeto la presente reforma llevada a cabo en la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre (analizada anteriormente), basando su contenido en el requisito del consentimiento por parte de los representantes legales de la menor para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. Algo que ha sido bastante criticado por la opinión pública.

Tal y como afirmaba el Comité de Bioética de España a propósito de la Ley 2/2010 “cuál sería el fundamento ético y jurídico que podría avalar que los padres (o el representante legal de la menor) impusieran la continuación de un embarazo a una menor que manifiesta con claridad y madurez su decisión”, ya que, además del conflicto interno que soporta la menor con la presión psicológica que esto significa, se está dando la misma importancia al consentimiento informado de la menor que se encuentra en esta situación que el consentimiento ofrecido por los representante legales de ésta, cuya decisión estará basada en criterios acordes con su ética personal, lo que significa que

una persona influye de manera fundamental en un asunto que marcará para siempre la vida de la menor, de forma directa o indirecta, influyendo en el consentimiento informado de la menor (ya sea dando una respuesta afirmativa o negativa a la intervención). Para ello, el legislador, según lo expuesto en la Exposición de Motivos de la nueva LO 11/2015, en lo establecido en los artículos 154 (“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”) y 269 del Código civil (“el tutor está obligado a velar por el tutelado”), no obstante, desde un punto de vista personal, resulta improbable que cuando el legislador elaboró sendas disposiciones, se refiriese a situaciones de semejante individualidad, tratándose de una decisión personalísima por la importancia que conlleva, desde un punto de vista personal.

Además, la razón (oficial) por la cual se lleva a cabo esta reforma es porque el legislador considera que, en relación a las menores, la Ley 2/2010 priva a las menores *“de la protección que el mismo texto legislativo (Código civil) reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad”*, sin embargo, esta justificación es totalmente errónea puesto que da a entender como si se estuviera obligando a la menor a llevar a cabo la interrupción del embarazo y, por otro lado, no es cierto que se le prive de la protección de sus tutores puesto que ella puede contar con ellos siempre que lo requiera, la única diferencia es que no cuenta con ellos de una forma obligatoria, con el significado que acarrea obrar de esta manera para quien ha de tomar una decisión que influirá el resto de su vida.

En relación a esto, es discutible la excesiva importancia que le otorga la actual reforma al consentimiento por parte de representantes legales de la menor, ya que, además de no existir ningún tipo de alarma social y de no haber sido un tema principal para la opinión pública hasta el inicio de la pretensión de reforma, según los datos de ACAI (Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo), las interrupciones voluntarias de embarazo que son llevadas a cabo por mujeres de 16 y 17 años ocupan un 3,60% del total de casos, y en los casos en los que estas mujeres de 16 y 17 años han llevado a cabo la intervención sin el consentimiento de sus representantes legales suman el 12,38% del referido 3,60%, o lo que es lo mismo, ocupan un porcentaje de 0,44% del total de interrupciones del embarazo practicadas en España en



el año 2014<sup>128</sup>, predecesor al año 2015 en el cual se elaboraron los trámites para su reforma<sup>129</sup>.

La respuesta al por qué de esta nueva reforma no puede ser otra que un motivo ideológico, e incluso presumiblemente electoral, ya que la reforma de la ley del aborto era una de las promesas más importantes del programa electoral con el que ganaron las elecciones, dirigido a una masa de electores más conservadora. Como ya hemos señalado, con anterioridad se proyectó una reforma mucho más ambiciosa que esta, que debido a la presión social (o a una grave caída de su electorado) fue totalmente descartada, salvo el supuesto por el que se precisa el consentimiento de representante legal en las mujeres de 16 y 17 años. Como hemos señalado ya, es un error legislar estos ámbitos en base a una ideología, y más cuando ésta pretende recortar en derechos y libertades. Y, por supuesto, mucho más deplorable es la utilización del Derecho Penal, con la importancia que presenta al imponer las sanciones más severas, en base a motivos electorales cuando lo que se cede a cambio de votos es la libertad de las mujeres.

En este punto debemos hacer un paréntesis y señalar que en este caso se pone en juego la libertad de la mujer, pero existen muchos otros casos en los que también se ha ofrecido, por parte de diferentes Gobiernos, una reforma penal en atención a la opinión pública (v. gr., la prisión permanente revisable), la cual, a cada tipo de delito que emiten los medios de comunicación, establece un veredicto propio sin ningún estudio de las causas que lo han generado (depresión, problemas psicológicos o enfermedades, entre otros) y con una pena que sobrepasa los umbrales del Estado de Derecho. Es sabido que el Derecho debe ser lo más actualizado posible en relación a la Sociedad en la que es aplicado, pero debemos tener presente que antes de llevar a cabo cualquier reforma, y más aquéllas que afecten a la libertad los derechos y seguridad de las personas, deben tenerse en cuenta lo establecido por los expertos de la materia y aplicarse en base a una perspectiva de futuro a medio y largo plazo, y sin mayor interés que el de salvaguardar el Estado Social, Democrático y de Derecho.

---

<sup>128</sup> No constan datos actualizados de las mismas características sobre los años 2015 y 2016 en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>129</sup> Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo. Investigación ACAI, de noviembre de 2014, sobre mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo.

Volviendo al asunto que nos ocupa, estaremos de acuerdo en que lo idóneo sería reducir lo máximo posible el número de abortos, sin embargo la respuesta correcta a este problema no puede ser su total prohibición o una estricta legislación que restrinja de forma considerable el acceso a la intervención. En relación a ello, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalando que “*las disposiciones que regulan la disponibilidad del aborto legal deben ser formuladas de manera tal que vayan encaminadas a aliviar ese efecto. Una vez que el legislador decida permitir el aborto, no debe estructurarse su marco jurídico de manera que limite las posibilidades reales para obtenerlo*” (STEDH caso *Tysiac v. Polonia*, de 20 de marzo de 2007)<sup>130</sup>. Como hemos analizado, la mayoría de los países de nuestro entorno basan su regulación del aborto en un sistema mixto en el cual es posible la realización del aborto dentro de un plazo determinado. De no ser posible llevar a cabo la intervención voluntaria en España, derivaría en una situación de desigualdad en la que, como ya señaló Gimbernat<sup>131</sup>, las mujeres que puedan permitírsele optarán por viajar a terceros países donde sí está permitido, mientras que las mujeres que no puedan afrontar tal gasto, se verán obligadas a llevar a cabo abortos clandestinos, en los cuales se pondrá en peligro su salud y su vida, a la vez que se facilita el resurgimiento de una economía sumergida a tenor de la interrupción voluntaria del embarazo y el intrusismo, significando un peligro para la Salud Pública a tener en consideración. En otras palabras, la prohibición del aborto supondría (lógicamente) una disminución de los abortos efectuados en España pero, tal y como señala la Resolución 1607 (2008)1 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, tal situación generaría una notable desigualdad social, así como un aumento de los abortos clandestinos, dando lugar a un peligro notable para las mujeres, representando un precio muy caro con el que pagar a cambio de la disminución de los abortos.

En contraposición y para finalizar, debemos señalar que, como se ha podido comprobar a raíz de este escrito, a lo largo de los diferentes Códigos penales y legislaciones se han llegado a dar tratamientos a la interrupción voluntaria del embarazo

---

<sup>130</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Caso *Tysiac* contra Polonia. Sentencia de 20 de marzo de 2007).

<sup>131</sup> GIMBERNAT, E., (2014) *La reforma penal del aborto* (en línea) <<http://www.elmundo.es/opinion/2014/01/06/52cb0e6eca4741c57b8b4577.html>> (Consulta de 21 de enero de 2015).

que hoy en día nos resultarían un auténtico escándalo social, sin embargo, estas legislaciones nos describen una tendencia progresista en la que la figura de la mujer es dotada de mayor visualización e importancia. A ello hay que añadir que la única forma de disminuir las interrupciones voluntarias de embarazo es mediante un sistema de políticas de información y educación cuyo contenido se base en una educación reproductiva y sexual que tenga presente los derechos y libertades de hombres y mujeres, dirigida por los expertos en la materia de los poderes públicos, y enfocada en mayor medida a adolescentes y jóvenes. Además, sería muy importante establecer un sistema de ayudas y prestaciones efectivas acordes con la realidad social con el fin de reducir lo máximo posible los grados de dependencia y eviten que se produzcan situaciones de conflicto y necesidad.

Por último y a modo de inciso, me gustaría hacer una apreciación sobre las diferentes asociaciones, grupos o individuos que están en contra de la interrupción voluntaria del embarazo y se autodenominan “pro-vida”. Únicamente están en contra del aborto, esto no significa que aquéllas personas que estén a favor del mismo desprecien la vida propia o de terceros, por ello, creo que es más correcto (y conveniente) que estos grupos se denominen simplemente como “antiabortistas” tanto por ellos mismos, como por los medios de comunicación.



## FUENTES CONSULTADAS

### • BIBLIOGRAFÍA

- CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA VALDES, C., V.V.A.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “El Aborto. Lesiones al Feto” en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª Edición. Ed. Colex, Madrid, 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), *Códigos Penales Españoles (recopilación y concordancias)*, Ed. Akal, Ávila, 1988.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUERALT JÍMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 3ª Edición, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

### • WEBGRAFÍA

- GIMBERNAT, E., (2008) *La secularización del Derecho y el aborto* (en línea) <<https://laicismo.org/2008/la-secularizacion-del-derecho-y-el-aborto/19873>> (Consulta en 13 de febrero de 2015).
- GIMBERNAT, E., (2014) *La reforma penal del aborto* (en línea) <<http://www.elmundo.es/opinion/2014/01/06/52cb0e6eca4741c57b8b4577.html>> (Consulta de 21 de enero de 2015).

### • JURISPRUDENCIA

#### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Vo contra Francia. Sentencia de 8 de julio de 2004. (TEDH 2004\52).

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Caso Tysiac contra Polonia. Sentencia de 20 de marzo de 2007. (TEDH 2007\20).

### **Tribunal Constitucional**

- Tribunal Constitucional (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 75/1984, de 27 de junio. (RTC\1984\75).

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril. (RTC\1985\53).

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 212/1996, de 19 de diciembre. (RTC\1996\212).

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 116/1999, de 17 de junio. (RTC\1999\116).

-Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 154/2002, de 14 de julio. (RTC\2004\154).

### **Tribunal Supremo**

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 9102/1990, de 11 de diciembre. (RJ\1990\9461).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1785/2010, de 14 de marzo. (PROV\2013\105200).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1132/2006, de 15 de noviembre. (RJ\2006\8059).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 183/2008, de 6 de marzo. (RJ\2008\4040).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2002/2000, de 19 de septiembre. (RJ 2001/9017).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1639/2000, de 26 de octubre. (RJ 2000/9159).

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 719/1999, de 10 de mayo. (RJ 1999/ 3868).

## **• LEGISLACIÓN**

### **España**

-Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del Embarazo. Investigación ACAI, de noviembre de 2014, sobre mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo.

-Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. Voto particular de los vocales Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés.

-Decreto, de 25 de diciembre de 1936, de regulación de la interrupción artificial del embarazo. *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, de 9 de enero de 1937, núm. 9.

-Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Boletín Oficial del Estado, de 4 de julio de 2007, núm. 159.

-Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, de 15 de noviembre, núm. 274.

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de enero de 1996, núm. 15.

-Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de marzo de 2015, núm. 77.

-Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de septiembre de 2015, núm. 227.

-Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de marzo de 2010, núm. 55.

-Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 12 de julio de 1985, núm. 166.

-Ley, de 24 de enero de 1941, para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de febrero de 1941.

-Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

-Orden, de 1 de marzo de 1937, por la que se establecen las normas de regulación de la interrupción artificial del embarazo. *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, de 5 de marzo de 1937, núm. 64.

-Orden, de 31 de julio, sobre la práctica de aborto en Centros o establecimientos sanitarios. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de agosto de 1985, núm. 184.

-Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1986, núm. 281.

-Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de junio de 2010, núm. 155.

-Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de junio de 2010, núm. 155.

## **Europa**

-Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo. Informe 2001/2128 (INI), de 2 de abril de 2002, sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia.

-Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Resolución 1607 (2008)1, de 16 de abril de 2008, sobre el acceso a un aborto sin riesgo y legal en Europa.

-Convenio, de 4 de abril de 1997, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de octubre de 1999, núm. 251.

-Reino Unido. *Abortion Act 1967*. 1967 Chapter 87 (27<sup>th</sup> October 1967).

-Reino Unido. *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. 1990 Chapter 37 (1<sup>st</sup> November 1990).

-Irlanda del Norte. *Criminal Justice Act (Nother Ireland) 1945*. 1945 Chapter 15 (13<sup>th</sup> December 1945).

-Alemania. *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) Vom 21. August 1995*.

-Alemania. *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) Vom 27. Juli 1992*.

-Alemania. *Strafgesetzbuch (StGB)*. Ausfertigungsdatum: 15/05/1871. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10) geändert worden ist.

-Italia. Legge 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Gazzetta Ufficiale del 22 maggio 1978, n. 140).

-Portugal. Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, *Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez*. (DR N.º 75, Série I. 17 Abril 2007).

-Francia. *Code de la Santé Publique* (Version consolidée au 23 mai 2015).



-Francia. *Code Pénal* (2015).

-Holanda. *Wet afbreking zwangerschap*, Wet van 1 mei 1981.

-Holanda. Decreet van 17 mei 1984, de oprichting van een algemene maatregel van bestuur voor de uitvoering van de Wet op de beëindiging van de zwangerschap.

-Holanda. *Wetboek van Strafrecht*, Wet van 3 maart 1881.

-Holanda. Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Volksgezondheid Welzijn en Sport van 11 december 2015 houdende instelling van een commissie voor de beoordeling van gemelde gevallen van late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen (*Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen*).

### **Naciones Unidas**

-Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Resolución, de 18 de diciembre de 1979, núm. 34/180.

-Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe E/C.12/ESP/CO/5, de 2012.

-Declaración y Plataforma de Acción de Beijín, de septiembre de 1995.

