



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

EL DELITO DE ABORTO EN ESPAÑA

Alumno: Lucía Casado Montilla

Mayo, 2020

Índice

RESUMEN Y <i>ABSTRACT</i>	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. DEFINICIÓN DE ABORTO	6
3. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN DEL ABORTO.....	7
4. LA LEY ORGÁNICA 2/2010.....	12
4.1. Los supuestos de aborto no punible	12
4.2. Requisitos comunes	14
4.3. Objeción de conciencia	16
4.4. Recurso de inconstitucionalidad y Anteproyecto de Ley Orgánica.....	17
5. ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL	18
5.1. Bien jurídico	18
5.2. Sujeto activo y pasivo	19
5.3. Análisis de los tipos penales.....	20
5.3.1. Artículo 144. Aborto sin consentimiento de la embarazada.....	20
5.3.2. Artículo 145. Aborto con consentimiento de la embarazada.....	21
5.3.3. Artículo 145 bis. Aborto con la ausencia de requisitos establecidos por la ley.....	23
5.3.4. Aborto imprudente	24
5.4. Concursos	25
6. CONCLUSIONES.....	27
7. REFERENCIAS	28
7.1. Bibliografía.....	28
7.2. Webgrafía	29
7.3. Jurisprudencia y legislación	29

RESUMEN Y ABSTRACT

Resumen

El aborto a lo largo de la historia ha sido regulado en función de las distintas etapas políticas que ha ido atravesando España dada su gran carga moral e ideológica. La primera vez que se permitió el aborto fue durante la época de la II República, sin embargo, con el comienzo de la dictadura franquista se prohíbe quedando totalmente penalizado, permitiéndose de nuevo en 1985 mediante un sistema de indicaciones, quedando despenalizado en 3 supuestos: terapéutico, criminológico y eugenésico. Actualmente, se regula por la LO 2/2010, la cual establece un sistema mixto de plazos (aborto libre las 14 primeras semanas de gestación) y de indicaciones (situaciones en las que el feto sufra graves anomalías, la vida de la madre corra peligro o se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida). El Código Penal, castiga las conductas abortivas que no se encuentran permitidas por la ley, siendo el nasciturus el bien jurídico protegido.

Palabras clave: aborto, nasciturus, sistema mixto, gestación, feto

Abstract

Abortion has been object of regulation due to its moral and ideological burden according to different political periods which happened in Spain. Abortion was allowed for the first time during the II Spanish Republic. However, with the star of Franco's dictatorship it was forbidden and completely punished until 1985, when abortion was allowed again by a system of indications so abortion was decriminalized in three assumptions: therapeutic, ethical and eugenic. Currently, it is regulated by the LO 2/2010 which establish a mixed system of periods (free abortion in the 14 first gestation weeks) and indications (situations where the fetus is suffering serious abnormalities, the mother life is at risk or the fetus shows abnormalities which make it incompatible with life). The Penal Code punish abortive behaviour which are not allowed by the Law with the nasciturus being the protected legal right.

Key words: abortion, nasciturus, mixed system, gestation fetus.

1. INTRODUCCIÓN

En este Trabajo de Fin de Grado, el objeto de estudio es el aborto entendido como delito y, por tanto, su regulación contenida en el Código Penal español. El aborto, a nivel general se entiende como la interrupción del embarazo. Sin embargo, una definición más completa encuadrada dentro del ámbito penal puede ser la siguiente: muerte del feto producida de forma voluntaria, ya sea en el seno de la embarazada o provocando su expulsión de forma prematura en condiciones de no viabilidad extrauterina.

Previamente a la realización de un análisis de las distintas figuras constitutivas de un delito de aborto, es conveniente ver cómo ha ido evolucionando la regulación sobre esta materia a lo largo de la historia, tomando como punto de partida la época de la II República Española, durante la cual, aunque por un periodo breve se permitió el aborto por un sistema mixto de plazos e indicaciones, permitiéndose el aborto libre hasta las 12 semanas de gestación y en una serie de supuestos (lo cual hace que se aprecien similitudes con el sistema vigente en la actualidad). Sin embargo, con la dictadura franquista, las conductas abortivas fueron totalmente prohibidas, no permitiéndose en ningún supuesto. A pesar de que el régimen franquista acabó en el año 75 con la muerte del dictador, no es hasta el año 1985 cuando, a propuesta del gobierno de Felipe González, se aprueba la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, por la que se modifica el artículo 417 bis del Código Penal, lo que supone la despenalización el aborto bajo un sistema de supuestos, siendo permitido en los supuestos: terapéutico, criminológico y eugenésico. El Tribunal Constitucional resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la misma en su sentencia 53/1985 de 11 de abril, por la cual declaró la inconstitucionalidad de la misma debido a la ausencia de exigencias con los que controlar, si las interrupciones voluntarias de los embarazos realizabas se enmarcan en las indicaciones del sistema de supuestos del art. 417bis, sin embargo, el TC apreció que este sistema de supuestos es constitucional.

Estas apreciables diferencias entre los distintos tipos de regulación que se han ido dando son un reflejo del trasfondo ideológico, religioso, moral, social o cultural que rodea este tema y que tanto debate ha generado y genera en la sociedad al darse posturas contradictorias respecto al mismo.

En 1995, con el nuevo Código Penal, la situación del aborto del articulado dentro del mismo se ve alterada, pasando de estar comprendida de los artículos 411 a 417 bis a estar comprendida de los artículos 144 a 146.

Es de suma importancia para este trabajo conocer la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo. Esta ley surge a partir de la Resolución 1907 de 16 de abril de 2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo

de Europa. Los objetivos principales de esta Ley radican en acercar la legislación española al resto de ordenamientos jurídicos europeos, adaptar el sistema a la sociedad actual o evitar que el aborto se realice de forma clandestina. Esta ley, es la que en la actualidad regula aquellos casos en los que la interrupción voluntaria del embarazo está permitida mediante un sistema mixto de plazos e indicaciones, permitiéndose el aborto libre hasta las 14 semanas de gestación y fuera de este plazo en supuestos médicos en los que la vida o salud de la madre se vean en grave riesgo, el feto presente graves anomalías o que estas sean incompatibles con la vida. Recoge también los distintos requisitos que han de darse para que se puedan llevar a cabo estas prácticas abortivas. Además, es la entrada en vigor de esta ley la que introduce las modificaciones más recientes en el Código Penal en esta materia.

Esta ley sufrió una modificación por medio de la 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, si bien, esta solo modifica uno de los preceptos de la LO 2/2010, el artículo 13, quedando suprimido. Este precepto es uno sobre los cuales más polémica se ha generado, ya que hace referencia al consentimiento de las menores de 18 años que sean mayores de 16, las cuales con la regulación original podrían poner fin a su embarazo sin la necesidad de un consentimiento distinto al otorgado por ellas mismas, pero, con la regulación actual, necesitan contar además con el consentimiento de al menos uno de sus progenitores o tutores.

La LO 11/2015, surge tras el fracaso de un anteproyecto de ley orgánica presentado por el Partido Popular, el Anteproyecto de Ley Orgánica “para la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada”, por la cual se pretendía volver a un sistema más restrictivo que el implantado en 1995. Sin embargo, dado a la falta de consenso incluso dentro del propio grupo político que la planteó, fue retirado el anteproyecto en 2014.

Cabe también destacar, que esta ley está pendiente de un recurso de inconstitucionalidad presentado en el mismo año de su entrada en vigor por el Partido Popular y sobre el cual el Tribunal Constitucional, a día de hoy sigue sin pronunciarse respecto al mismo.

Tras haber estudiado la regulación vigente, este trabajo se centrará en el aborto punible, es decir, aquel que se practique fuera de los supuestos o requisitos establecidos por la LO 2/2010. El Código Penal español recoge estos tipos penales dentro de su Título II, Libro II, conformado por 4 artículos.

El primero de ellos, es el art. 144, que castiga la interrupción del embarazo que se realice sin que la embarazada haya otorgado para ello un consentimiento válido.

En segundo lugar, el art.145, tipifica las conductas que produzcan la interrupción voluntaria del embarazo, pero en esta ocasión contando con el consentimiento de la embarazada, ya sea quien realice la práctica abortiva un tercero o ella misma.

En tercer lugar, el 145 bis, es un artículo de nueva creación por la LO 2/2010, y castiga el aborto que se realice sin una serie de requisitos que se establecen en la propia ley aun dándose dentro de los supuestos de aborto permitidos.

Por último, en el art. 146, nos encontramos con una modalidad imprudente de aborto, en el que solo será punible aquel aborto que se derive de una imprudencia calificada como grave.

Para finalizar este trabajo, se plasmarán las conclusiones obtenidas a lo largo del estudio de la materia.

2. DEFINICIÓN DE ABORTO

La Real Academia Española, en su diccionario del español jurídico, recoge la palabra “aborto” dándole diferentes acepciones:

“1. *Civ. y Pen. Interrupción de un embarazo.*

2. *Pen. Delito que comete quien aborta o practica un aborto fuera de los casos que la ley permite.*

3. *Can. Muerte provocada del feto de cualquier manera que se produzca desde el momento de su concepción.*”¹

De esta definición dada por la RAE, se pueden extraer varias ideas:

- Que existe una regulación del aborto que recoge los distintos casos y condiciones en los que esta práctica es legal. Esta regulación viene dada en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Que serán constitutivas de delito las conductas abortivas que se realicen fuera de los supuestos permitidos por la Ley. Así pues, tenemos que conocer que en el Código Penal vigente el aborto está tipificado de los artículos 144 a 146.

Este concepto, no cuenta con una definición específica en nuestros textos legales, sino que simplemente se hace referencia a él como la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo o en el Código Penal, que solo emplea el término de aborto y que directamente se encarga de tipificar los supuestos en los que ésta práctica es constitutiva de delito al realizarse fuera de los supuestos permitidos por la Ley.

La definición de aborto que ofrece Muñoz Conde para el ámbito del Derecho Penal es la siguiente: “muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la embarazada, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina”.²

¹ (<https://dej.rae.es/lema/aborto>, último acceso: 16/03/20).

² Muñoz Conde, F. (2017). Derecho penal parte especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 75.

3. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN DEL ABORTO

El aborto, ha sido un tema históricamente conflictivo (a día de hoy aún lo es) en el que se mezclan tanto la ideología como la religión y la moral, teniendo así por un lado tanto detractores como partidarios. Dicho esto, en nuestro país se puede ver cómo la evolución legislativa del aborto ha ido variando en función de la ideología de cada Gobierno distinto que en cada etapa ha ido dirigiendo el país.

Por ello, previamente a hacer un análisis sobre la situación actual en España del aborto, es preciso echar la vista atrás y ver cómo se ha ido regulando este tema. Así podremos contemplar las diferentes concepciones y la correspondiente regulación que se han ido dando a esta materia.

Como punto de partida para el análisis que se va a realizar se toma la época de la II República, época donde por primera vez en España se permite esta práctica de manera legal (aunque no de forma uniforme por todo el territorio español).

En esta etapa, la instauración de la democracia impulsó a los movimientos progresistas para expandir su acción social favoreciéndose así la divulgación generalizada de información sobre higiene sexual e incluso medios de contracepción.

Sin embargo, no será hasta el 25 de diciembre del año 1936 cuando se apruebe el llamado Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo, entrando en vigor el 9 de enero del siguiente año. Este decreto fue aprobado en Cataluña, siendo el director de Salud Pública y Servicios Sociales de la Generalitat catalana D. Félix Martí Ibáñez.³ Algunas de las principales medidas que recogía este texto son:

- Aborto libre hasta las 12 semanas de gestación. Tras estas 12 semanas solo se justifica por razones terapéuticas.
- Causas de justificación:
 - Terapéuticas: enfermedad de la madre tanto física como mental que contraindicase el embarazo.
 - Genéticas: situaciones de incesto y enfermedades hereditarias graves.
 - Éticas: el deseo de limitar la natalidad conscientemente.
- Elaboración de una ficha sobre cada mujer solicitante de la interrupción del embarazo con sus datos médicos, psicológicos, genéticos y sociales, así como la resistencia de la misma a la intervención y su capacidad vital.

³(<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>, último acceso: 16/03/2020).

- Castigo criminal a quienes realizasen abortos fuera de los centros públicos habilitados para ello, así como la pérdida de su título en caso de ser profesionales sanitarios.⁴

A partir de la aprobación de este decreto, Federica Montseny, Ministra de Sanidad y Asistencia Social de la época (y primera mujer ministra en la historia de España), intentó crear una ley que fuese de aplicación en todo el territorio español, pero que, sin embargo, fue rechazada por la mayoría de miembros del Gobierno. Así pues, intentó que el decreto catalán fuese aplicado en las zonas republicanas. Sin embargo, la expansión del decreto fue breve, ya que en 1939 la República es derrotada y comienza la época de dictadura franquista.^{5 6}

Tras el final de la Guerra Civil, con la instauración de la Dictadura se volvió a ilegalizar toda práctica abortiva. Así, Francisco Franco aprueba la Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista.

En este texto, se dice que “el Gobierno, consciente de su responsabilidad, decide combatir el crimen social que el aborto provocado representa y que impide que nazcan muchos miles de españoles anualmente”. Es decir, la criminalización las conductas abortivas que frenan el crecimiento demográfico español es uno de los motivos principales para la ilegalización del aborto.

En el artículo primero, se establece que será punible todo aborto que no sea espontáneo. En el resto de artículos se establecen las distintas penas que se impondrán a las personas que realicen una práctica abortiva en función de las distintas circunstancias que se den a la hora de su práctica.

No solo castiga la práctica del aborto, sino que se pena desde la venta de fármacos sin receta que puedan inducir un aborto hasta la venta de material ginecológico que puedan provocar abortos a personas ajenas no pertenecientes al Cuerpo Médico o comerciantes no autorizados para su venta.⁷

Durante esta época, en 1944 se aprueba el Código Penal de la dictadura, en el cual el aborto se tipifica en el Título VIII, Capítulo III, en los artículos 411 a 417, en los cuales se castigan las conductas que se recogen en la Ley mencionada⁸.

⁴ (<https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley.html>, último acceso: 16/03/2020).

⁵ (<http://eltopo.org/regreso-al-pasado/>, último acceso: 16/03/2020) y (<http://www.sbhac.net/Republica/TextosIm/Beecham/Montseny/Montseny.htm>, último acceso: 16/03/2020).

⁷ Ley 24 enero 1941 Boletín Oficial del Estado 2 de febrero, núm.33

⁸ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido 1944”. Boletín Oficial del Estado 13 de enero de 1945, núm. 13, págs. 457 y 458.

Tras la muerte de Francisco Franco en 1975, acaba en España el régimen dictatorial, dando paso a una época de cambios políticos y sociales, la cual se conoce como “Transición Española” que condujo a nuestra democracia actual.

Sin embargo, no será hasta el año 1985 cuando en España, a propuesta del grupo parlamentario del PSOE, vuelva a darse una nueva regulación sobre el aborto. Esta reforma se produce mediante la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, por la que se modifica el artículo 417 bis del Código Penal. Con la modificación de dicho artículo se despenalizan las prácticas abortivas en tres supuestos concretos siempre que la intervención se realice por un médico o bajo la dirección del mismo, en un centro acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada:

- Supuesto terapéutico. En el caso de que se practique para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Es necesario que se emita un dictamen con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. No hay límite temporal en este supuesto para la interrupción del embarazo.
- Supuesto criminológico o ético. Supuestos en los que el embarazo es consecuencia de una violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. El límite temporal para realizar la intervención son 12 semanas de gestación.
- Supuesto eugenésico. Cuando se presuma que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Límite temporal para realizar la intervención de 22 semanas de gestación.⁹

Tampoco será punible la conducta de la embarazada en estos tres casos, aunque el aborto no se practique en un centro acreditado o no se hayan emitido los informes médicos que se exigen.

⁹ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 12 de julio de 1985, página 2204.

Es decir, en el primer apartado del nuevo art. 417 bis CP, se castiga la conducta del profesional médico que practique la intervención fuera de los supuestos permitidos, mientras que en el segundo apartado despenaliza la conducta de la mujer embarazada siempre que sea por los tres motivos del apartado primero incluso cuando se realice fuera de un centro acreditado y sin los informes médicos requeridos.

En 1995 por el mismo grupo parlamentario mencionado antes, surge un nuevo anteproyecto de ley para incluir un supuesto más en el que se permitiese la interrupción voluntaria del embarazo por indicación económico-social, para aquellos casos en los que esta práctica le supusiera a la gestante un conflicto personal, familiar o social, siempre y cuando recibiese información sobre las distintas ayudas sociales y económicas a las que tendría acceso en el caso de finalmente decidir tener al hijo. En este caso el plazo máximo para la interrupción del embarazo eran las 12 primeras semanas de gestación. Sin embargo, aunque se aprobó en el Congreso, debido a la anticipación de las elecciones generales, no pudo ser aprobada finalmente por el Senado.¹⁰

También en el mismo año, por medio de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entre las diversas modificaciones que existen respecto al anterior, en el tema que estamos tratando nos interesa destacar un cambio en el articulado que regula el aborto, pasando de regularse en los artículos 411 a 417 bis, a hacerlo en los artículos 144 a 146, quedando redactados así:

“Artículo 144. *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.

Artículo 145. 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.*

¹⁰ (https://elpais.com/sociedad/2010/06/30/actualidad/1277848805_850215.html, último acceso: 30/03/2020)

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 prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Artículo 146. *El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.*

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 un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”¹¹

Atendiendo a esta nueva redacción, se puede observar que ya no se recoge el contenido de los supuestos permitidos para la interrupción voluntaria del embarazo, el cual como hemos dicho anteriormente se recogía en el derogado artículo 417 bis, sino que directamente se hace alusión a ellos en el artículo 145 como “los casos permitidos por la ley”.

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

4. LA LEY ORGÁNICA 2/2010

La actual regulación sobre el aborto en España viene dada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOSSRIVE). Esta ley es conocida popularmente como Ley del aborto. El aborto, concretamente, dentro de esta ley, se encuadra dentro del Título II, artículos 12 a 23.

Con esta ley se pretende alcanzar diversos objetivos entre los que destacan los siguientes: un “equilibrio responsable entre la autonomía personal de la mujer para decidir sobre su maternidad y un sistema eficaz de tutela de la vida parental”; ¹² acercar la legislación española al resto de sistemas legales europeos introduciendo el sistema de plazos; adaptar el sistema a los cambios sociales, culturales y médicos producidos en las últimas décadas; la mayor seguridad jurídica posible tanto para los profesionales que practiquen el aborto como a la embarazada. ¹³ La Resolución 1607 de 16 de abril de 2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la cual se hace alusión en la exposición de motivos de esta Ley, invita a los Estados miembros a despenalizar el aborto, argumentando que su prohibición no implica una reducción del número de abortos, sino que conlleva su realización de forma clandestina, lo cual resulta más traumático e incrementan la mortalidad de las mujeres y/o el turismo abortivo. ¹⁴

Por todo ello, a la mujer embarazada se le garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones más favorables para la protección y eficacia de sus derechos fundamentales, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación (art.12).

4.1. Los supuestos de aborto no punible

Esta ley recoge los supuestos de aborto no punibles. Estos supuestos se regulan por medio de un sistema mixto de plazos e indicaciones, es decir, será impune el aborto siempre que se practique dentro de los plazos determinados para cada una de las circunstancias permitidas. La función de las indicaciones con esta regulación cambia, ya que pasan de ser requisitos de acceso a la práctica del aborto a convertirse en causas excepcionales que permiten ampliar el plazo. ¹⁵

Los supuestos en los que se clasifica la interrupción del embarazo en esta ley son dos:

¹² Laurenzo Copello, P. (2012). Dogmática y política criminal del aborto. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 107.

¹³ Nuñez Paz, M.A. (2016). Interrupción voluntaria de la vida humana. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 49.

¹⁴ Cuerda Arnau, M.L. (2012). El debate acerca de la legalización del aborto. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 242.

¹⁵ Capodiferro Cubero, D. (6/9/2016). La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa. AFDUDC VOL.20, pág. 89.

- Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Art.14. Se englobaría dentro del sistema de plazos. La mujer decide libremente que quiere poner fin a su embarazo sin ser necesario ningún tipo de justificación. Ha de realizarse dentro de las primeras catorce semanas de gestación. Además, se exigen una serie de requisitos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión formada y plenamente responsable¹⁶, teniendo que dotarla de una serie de información previa que será la que dote al consentimiento de validez¹⁷. Esta información tendrá que recibirla por escrito y en sobre cerrado, siendo la misma clara y comprensible. Esta información según el art.17.2 será sobre:
 - Ayudas a mujeres embarazadas y cobertura sanitaria durante el embarazo y parto.
 - Derechos laborales, ayudas para el cuidado de los hijos y beneficios fiscales.
 - Centros donde recibir información sobre contracepción y sexo seguro.
 - Centros de asesoramiento para antes de después de la interrupción del embarazo.
 No se realizará la IVE hasta pasados tres días desde que la mujer gestante haya recibido dicha información con la intención de que, precisamente, esta sirva para que la decisión de la mujer haya sido meditada lo suficiente para que el consentimiento otorgado sea sólido y responsable.
- Interrupción por causas médicas. Conforman el sistema de indicaciones. Como se ha mencionado anteriormente, son supuestos que ya no favorecen el acceso al embarazo al darse la oportunidad de practicar la IVE libre hasta las catorce semanas de gestación, sino que por las circunstancias en las que se produce la interrupción del embarazo se permite ampliar el plazo de actuación. Así pues, son las siguientes causas:
 - Grave riesgo para la vida o salud de la embarazada. Art.15.a. Necesidad de dictamen previo por un médico especialista distinto del que realice la intervención o la dirija, salvo caso de urgencia. El dictamen ha de incluir el mal pronóstico para la salud de la gestante. Al hablar de salud se hace referencia tanto a la salud física como la psíquica, por ello el especialista puede ser un psiquiatra u otro especialista médico distinto al obstetra, ya que los riesgos que

¹⁶ Laurenzo Copello, Op., Cit., pág. 97.

¹⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Fundamento jurídico 14.

deriven del embarazo pueden causar problemas que no puedan ser tratadas por este.¹⁸

- Graves anomalías en el feto. Art.15.b. Necesidad de dictamen previo por dos médicos especialistas distintos del que realice la intervención o la dirija.

En estos dos apartados, el límite temporal para el IVE es de 22 semanas de gestación, ya que tal y como aparece en el preámbulo de la propia ley “el umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación”, es decir, a partir de dicho momento, el feto tiene mayores probabilidades de sobrevivir fuera del seno materno, aunque lo haga con ayuda mecánica, por lo que sería posible optar por un parto inducido con mayores posibilidades de supervivencia del recién nacido.

- Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable. Art.15.c. No hay plazo establecido, ya que dada la gravedad del estado del feto su vida independiente es inviable, por lo que no tendría sentido seguir con el embarazo si se sabe que son muy escasas las posibilidades de supervivencia del neonato. Necesidad de dictamen previo por un médico especialista distinto del que practique la intervención o la dirija, así como la ratificación del dictamen por un comité clínico. Este comité clínico, estará compuesto por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra (art.16.1), además en cada Comunidad Autónoma debe haber al menos uno dentro de la red sanitaria pública (16.2).

4.2. Requisitos comunes

Respecto de los supuestos permitidos mencionados, la ley exige también una serie de requisitos comunes a todos ellos, recogidos en el art. 13 de la Ley:

- Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.
- Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Al permitirse la práctica del aborto carece de sentido que este procedimiento se realice de forma clandestina, por lo que con ambos requisitos se pretende garantizar que el IVE se realice con todas las garantías para la embarazada, de forma segura e

¹⁸ Queralt Jiménez, J.J. (2015). Derecho Penal español. Parte especial. 7ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 71.

higiénica, evitando que la intervención se realice de modos que puedan suponer un riesgo más elevado para el bienestar de la gestante. Además, existe confidencialidad sobre los abortos que se realizan (art. 20 Ley 2/2010) por lo que la mujer embarazada puede acudir acceder a este servicio sanitario sin temor a que este hecho se conozca.

- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, salvo que exista riesgo para la sanidad pública o riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la embarazada y no sea posible obtener la autorización de sus familiares (art. 9.2. Ley 41/2002)¹⁹.

Estos requisitos son fundamentales, puesto que, si la IVE se practica incumpliendo los, adquirirá la consideración de conducta típica dentro de alguno de los distintos tipos penales que conforman la figura del aborto que se recogen en nuestro Código Penal y que se verán más adelante en este trabajo.

En la redacción original del artículo 13 se incluía un cuarto requisito, en el cual se trataba el supuesto de que la mujer embarazada fuese una menor de edad, pero mayor de 16 años. En este caso se les permitía abortar con su consentimiento exclusivo. Solo se exigía el conocimiento de al menos uno de sus representantes legales, e incluso se podía prescindir de este en el caso de poder existir un conflicto grave intrafamiliar, situación de desamparo o desarraigo. Según Lorenzo (2012), es un supuesto basado en la idea de los derechos de la personalidad (dentro de los cuales se incluye el derecho a la maternidad), que los hijos podrán ejercitar fuera del marco de la patria potestad, de acuerdo a la ley y a su madurez, según establece el art. 162 del Código civil.²⁰

Este precepto (junto a otros), llegó a ser objeto de recurso inconstitucional presentado por los diputados del Partido Popular. Finalmente, con el cambio de gobierno y habiendo obtenido la mayoría absoluta del Congreso el propio Partido Popular, se aprueba la entrada en vigor de la 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 embarazo²¹.

¹⁹ 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 núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

²⁰ Lorenzo Copello, Op., Cit., pág. 119.

²¹ 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 núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.

Con esta ley, el supuesto cuarto del artículo 13 de la LOSSRIVE queda suprimido. Así, las mayores de 16 años para poder abortar en la actualidad precisan del consentimiento expreso de los titulares de su patria potestad. Esto supone una desprotección para ese grupo de menores según la presidenta de la Asociación de Clínicas Autorizadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo, Francisca García, la cual dijo antes de la aprobación de la supresión del precepto que dentro de este grupo de mujeres embarazos "suelen ser jóvenes que viven solas porque han sido abandonadas o porque se han independizado para evitar malos tratos en el hogar. También hay inmigrantes, cuyos padres han regresado a sus países de origen. En general, son jóvenes que atraviesan conflictos familiares".²²

4.3. Objeción de conciencia

Otro aspecto a comentar es la posibilidad de los médicos para ampararse en la objeción de conciencia para oponerse a realizar el aborto que se recoge en el artículo 19.2 de la LOSSRIVE. Esta decisión ha de ser tomada, de forma individual, anticipadamente y por escrito. La objeción de conciencia, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, se engloba dentro del artículo 16.1 CE, es decir, dentro del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa.²³ Sin embargo, el hecho de que el sanitario no acepte la realización del aborto no puede suponer tampoco una merma en la libertad de la mujer para decidir sobre su embarazo. Por ello, la ley determina que en caso de no poder facilitar a tiempo la prestación a la embarazada, esta podrá acudir a cualquier centro autorizado del territorio nacional. Además, la objeción de conciencia solo cubre lo que en sí es la propia intervención, sin embargo, no se pueden negar a atender a las mujeres que lo precisen ya sea de manera previa a la intervención o después de esta.

Un límite a esta objeción de conciencia se puede encontrar en el caso del supuesto de aborto terapéutico, en el que entra en conflicto derecho fundamental de la madre a la vida o integridad física con la objeción de conciencia. En este caso, según un sector doctrinal, el negarse a practicar el aborto, la conducta del sanitario podría acabar constituyendo un delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión.²⁴

²² (https://elpais.com/politica/2015/09/09/actualidad/1441799065_864302.html), último acceso: 16/04/2020).

²³ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Fundamento jurídico 14.

²⁴ Jericó Oler, L. (2007). El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal. Madrid: La Ley.

4.4. Recurso de inconstitucionalidad y Anteproyecto de Ley Orgánica

El día 1 de junio de 2010, tan solo un mes antes de la entrada en vigor de la Ley del aborto (el día 5 de julio), el Partido Popular presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad en el que se oponía a diversos preceptos de esta Ley. Estos preceptos son los artículos 5.1.e, 8 in limine y letras a y b, 12, 13.4, 14, 15 letras a, b y c, 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero y la Disposición Final segunda.²⁵

El TC admitió a trámite el recurso, sin embargo, no paralizó la entrada en vigor de la Ley. A día de hoy, casi 10 años después de la admisión del recurso, el TC aún no se ha pronunciado sobre esta cuestión.

El propio Partido Popular, en noviembre de 2011, se hace con la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados. En su programa electoral contaba con la derogación de la Ley del aborto como uno de los principales puntos, y así aprobaron en 2013 un Anteproyecto de Ley Orgánica “para la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada”. Esta reforma fue encabezada por el entonces Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón, de ahí que a este anteproyecto se le conozca como “Ley Gallardón”.²⁶

Sin embargo, este Anteproyecto de ley, fue tremendamente criticado por tanto por la sociedad, celebrándose manifestaciones en contra de la nueva ley no solo en España, sino por diversas capitales europeas²⁷, como por los partidos de la oposición. Estas críticas al proyecto son debido a que se planteó un sistema más restrictivo que el aprobado en 1985, pudiéndose solo abortar en caso de violación (supuesto ético) o riesgo grave para la madre (supuesto terapéutico). Provocó incluso división dentro del propio partido, por lo que, debido a la falta de consenso, finalmente Mariano Rajoy retiró el anteproyecto en septiembre de 2014²⁸.

Tras el fracaso de la nueva ley propuesta, en 2015 sí que pudieron suprimir el art. 13 cuarto de la LO 2/2010 por medio de la LO 11/2015 tal y como vimos con anterioridad, siendo esta reforma una muestra de ideologización del legislativo más que una autentica necesidad de modificación de la norma.²⁹

²⁵ (<http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-recurre-ley-aborto>), último acceso: 20/04/2020.

²⁶ (<https://www.abc.es/espana/20140916/rc-cronologia-anteproyecto-aborto-201409161121.html>), último acceso: 20/04/2020).

²⁷ (https://cadenaser.com/ser/2014/02/01/espana/1391215817_850215.html), último acceso: 22/04/2020.

²⁸ (<https://www.20minutos.es/noticia/2245742/0/mariano-rajoy/anuncia-retirada/ley-aborto/>), último acceso: 22/04/2020.

²⁹ Salinero Alonso, C. (2018). El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la –casi eterna– respuesta a una incertidumbre. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). Núm. 20-31. Pág. 29.

5. ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 53/1985, dictamina que el Estado tiene la obligación de establecer un sistema de defensa adecuado para el nasciturus, que incluya como última posible garantía el recurso de las normas penales.

Nuestro Código Penal, en el Título II, Libro II, denominado “del aborto”, recoge las distintas conductas constitutivas de un delito de aborto. Estas conductas son las comprendidas en los artículos 144, 145, 145 bis y 146 del Código Penal. Este articulado fue reformado por última vez en el año 2010, con motivo de la entrada en vigor de la LO 2/2010. Por medio de su disposición final primera, se realizan modificaciones en el contenido del art. 145 y añade un nuevo artículo al Código Penal, el art. 145 bis.

Así pues, a lo largo de este apartado se analizará cuáles son las distintas conductas constitutivas de estos delitos y los elementos que los conforman.

5.1. *Bien jurídico*

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de este grupo de delitos es el nasciturus, es decir, la vida humana dependiente. El problema surge cuando ese bien jurídico entra en conflicto de intereses con otros bienes jurídicos dignos de protección como lo son la vida independiente de la madre, su salud, dignidad o el libre desarrollo de su personalidad.

Son distintas posturas las que se enfrentan tal respecto, por un lado, una entiende que debe prevalecer siempre la protección al nasciturus, por otro, se defiende que deben primar los derechos de la embarazada. En estos casos de conflicto, habrá de aplicarse el principio del “interés preponderante”, para determinar en cada caso cual es el bien jurídico que debe prevalecer sobre otro, es decir, establecer un punto medio en el que se mantenga un equilibrio basado en la proporcionalidad de intereses y derechos que pueden verse afectados tanto en el nasciturus como en la mujer.³⁰

La protección de la vida humana dependiente o vida humana en la fase de desarrollo embrionario abarca desde que el óvulo fecundado anida completamente en el útero materno hasta el momento del nacimiento. Por tanto, el objeto material del delito no puede ser otro que el embrión.³¹ Por todo ello, son atípicos los procesos anticonceptivos, permitiéndose así el empleo de dispositivos intrauterinos, píldora del día siguiente, y similares, ya que están

³⁰ Muñoz Conde, Op., Cit., Pág. 73

³¹ Quintero Olivares, G. (2016). Comentarios a la parte especial del Derecho Penal. Cizur Menor: Aranzadi

dirigidos a evitar la anidación del óvulo fecundado y, por tanto, no llega a existir el objeto material del delito.³²

Dicho esto, es importante establecer los criterios que determinan la vida humana es independiente, ya que esta adquiere una protección penal distinta a través de los delitos de homicidio. Penalmente existen diversas posturas: a) respiración autónoma, b) corte del cordón umbilical, c) salida del útero materno, d) viabilidad, e) inicio del parto manifestado con el comienzo del periodo de dilatación.³³ Según el TS, el último criterio es el más adecuado, ya que, establece que “la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución”.³⁴ Cabe también la posibilidad de que se produzca la muerte con posterioridad al parto pero como consecuencia de conductas abortivas realizadas durante el embarazo, en este caso, podría calificarse como aborto o lesiones al feto.³⁵

5.2. Sujeto activo y pasivo.

El sujeto activo en estos delitos puede ser cualquier persona que realice alguna conducta destinada a acabar con la vida del nasciturus, se trata por tanto de un delito común, aunque con penas especiales para los casos en los que el delito sea cometido por profesional sanitario. Existen dos excepciones en las que sí nos encontramos ante delitos especiales. En el caso del art. 145.2 (solo puede ser sujeto activo la mujer embarazada) y en el art. 145 bis (solo puede ser sujeto activo el personal sanitario).

En lo que se refiere al sujeto pasivo, sí se dan distintas teorías en la doctrina. Por un lado, la doctrina mayoritaria considera que el nasciturus no ha de ser considerado como el sujeto pasivo del delito, sino que se trata más bien del objeto material del mismo. Por otro lado, el Tribunal Supremo sí ha considerado al feto como sujeto pasivo.³⁶ La mujer embarazada será también sujeto pasivo en los casos que el aborto se le haya practicado sin su consentimiento (art.144).

³² García Vitoria, A. Derecho Penal (parte especial). Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 71

³³ Dir: Corcoy Bidasolo, M. (2011). Derecho Penal parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 63

³⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 726/1998, de 22 de enero de 1999.

³⁵ Fernández Bautista, S. (2015). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 510.

³⁶ Luzón Cuesta, J.M. (2011). Compendio de Derecho Penal parte especial. Madrid: Dykinson. Pág 36

5.3. Análisis de los tipos penales

5.3.1. Artículo 144. Aborto sin consentimiento de la embarazada

En el primer apartado de este artículo, la conducta típica consiste en provocar el aborto de una mujer con la ausencia de su consentimiento. Es una conducta en la que necesariamente ha de concurrir el dolo, ya sea directo o eventual.

Por otro lado, la embarazada tiene que desconocer que las prácticas que se le van a realizar tengan fines abortivos, con la creencia de ser sometida a algún otro tipo de tratamiento curativo que nada tenga que ver con el aborto.³⁷

En el segundo apartado, se castiga el aborto producido con el consentimiento viciado de la embarazada, obtenido por medio de violencia, amenaza o engaño. En este caso el consentimiento viciado se equipara a la ausencia del mismo y por tanto no es posible castigar a la mujer por ello.

Tanto el primer como el segundo apartado, comparten la misma pena: “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”. Por tanto, a pesar de que el sujeto activo puede serlo cualquiera, se establece una pena especial para los casos en que el delito sea cometido por personal sanitario.

Respecto a la pena, al ser la misma para ambos apartados, se iguala la gravedad de las conductas, cuando la que se recoge en el apartado segundo, por los medios de comisión empleados, entraña mayor gravedad. Sin embargo, sí es posible establecer un concurso entre el delito de aborto y el delito o delitos autónomos que se hayan cometido para la obtención de ese consentimiento viciado.³⁸

El artículo 144 en su conjunto recoge la modalidad más grave de aborto, ya que no solo se lesiona al nasciturus, sino que también se atenta contra la voluntad y autonomía de la mujer.

Cabe tanto la tentativa al tratarse de un delito de resultado como la comisión por omisión o supuestos de error. En cuanto a la tentativa, se requiere que se hayan comenzado los actos de ejecución del aborto, no siendo punibles en este sentido los actos preparatorios, tampoco será punible la tentativa inidónea, ya que para que la conducta no se califique como atípica se requiere que se ponga en un mínimo peligro la vida humana independiente.³⁹ Respecto al error,

³⁷ Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A. (2019). Curso de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: Dykinson. Pág. 52.

³⁸ Muñoz Conde, Op., Cit., Pág 78.

³⁹ Muñoz Conde, Op., Cit., Pág 89.

es posible que se dé el error inverso: en este caso, el sujeto cree que está actuando sin el consentimiento de la mujer embarazada cuando ésta estaba de acuerdo. En este caso, el error impide la apreciación del tipo, pero la conducta se podrá castigar por el delito de aborto consentido del artículo 145.1.⁴⁰

El Tribunal Supremo condenó a un hombre en virtud de este artículo por obligar a su pareja a abortar, empleando para ello no solo una coacción o amenaza, sino una sucesión de actos delictivos basados en la transmisión de temor, humillación y miedo que situaron a la víctima en una aceptación forzada de las pretensiones del acusado. Con ello el consentimiento del aborto estaba viciado, suponiendo una aceptación basada en el miedo, que es lo que cualifica el delito de aborto.⁴¹

5.3.2. Artículo 145. Aborto con consentimiento de la embarazada

En el primer apartado (145.1) de este precepto la conducta típica consiste en producir el aborto fuera de los supuestos permitidos por la ley, los cuales son los recogidos en la LORSSIVE. Por tanto, serán penados aquellos abortos que:

- Se realicen fuera de las catorce semanas de gestación sin que se den las causas médicas que justifiquen la ampliación del plazo.
- Existiendo riesgo grave para la vida o salud de la madre o riesgo de graves anomalías en feto, el aborto se practique fuera de las 22 semanas de gestación.

No tendrán la consideración de aborto no permitido a efectos de este artículo aquellos que se realicen sin los requeridos informes médicos, información necesaria o consentimiento de los padres en los casos que así se requiera. Es decir, estos son abortos permitidos que se han practicado sin todos los requisitos legales.⁴² Esto, como veremos a continuación se castiga en virtud del artículo 145 bis.

La particularidad de este precepto, es que es la propia embarazada quien presta su consentimiento para que se le practique el aborto. El consentimiento de la embarazada ha de ser libre y válido, puesto que de modo contrario nos encontraríamos en la conducta recogida en el artículo anterior. Es decir, la conducta propiamente abortiva tiene que ser llevada a cabo por un tercero a pesar de que sea esta quien otorgue su consentimiento. Se produce una coautoría, sin embargo, la mujer responderá por el art.145.2.

Es un delito doloso, admitiéndose en todas sus formas.

⁴⁰ Carbonell Mateu, J.C. (2016). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág.64.

⁴¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 658/2019, de 8 de enero de 2020.

⁴² Quintero Olivares, Op., Cit.

La pena es 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. Al no tratarse de un delito especial, a aquellos que practiquen actividades de interrupción del embarazo sin tener el correspondiente título facultativo, y, por tanto, de forma clandestina, se les podrá imputar el tipo básico de aborto en concurso ideal con el delito de intrusismo, así puede suceder también en el 144.⁴³

En el caso de que la conducta se realice fuera de los centros acreditados, se establece un tipo agravado en el segundo inciso de este apartado por el cual se podrá establecer dicha pena en su mitad superior.

En el apartado segundo (145.2), se castiga a la embarazada que consienta su aborto o que se lo provoque a sí misma (autoaborto), por lo que en este supuesto sí configura en sí misma el sujeto activo del delito, tratándose este precepto de un delito especial. Por este supuesto se castigará también al tercero que, aunque no sea autor del delito sí intervenga en el a modo de partícipe.⁴⁴ El marco penal es menor a la del apartado anterior, siendo una multa de seis a veinticuatro meses. Esta atenuación de la pena sobre la embarazada se debe a la relación especial existente entre la mujer y el feto, dado que, el desarrollo de este último va ligado al cuidado y deseo de la mujer. Así, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra.⁴⁵

La AP de Guipúzcoa condenó a una mujer por provocar su propio aborto ingiriendo 10 pastillas de un fármaco llamado “Cytotec”, que en grandes dosis puede provocar la interrupción del embarazo. La mujer estaba embarazada de 26 semanas y tomó tal cantidad de pastillas buscando el aborto.⁴⁶

En el apartado tercero (145.3) se prevé un tipo agravado para el cual se establece la pena de los apartados anteriores en su mitad superior. Será de aplicación en los casos que el embarazo haya superado las 22 semanas de gestación. Esta agravación tiene su razón de ser en el avanzado desarrollo del feto, el cual, a partir de dicha semana, tal y como mencionamos con anterioridad, tiene mayores posibilidades de sobrevivir fuera del claustro materno.

⁴³ Corcoy Bidasolo, Op., Cit., pág. 65.

⁴⁴ Muñoz Conde, Op., Cit., pág. 78.

⁴⁵ Laurenzo Copello, Op., Cit., pág. 27.

⁴⁶ Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Sentencia núm. 57/2012.

5.3.3. Artículo 145 bis. Aborto con la ausencia de requisitos establecidos por la ley

Con este tipo penal, se castigan los abortos que, aun contando con el consentimiento de la mujer y dentro de los supuestos permitidos, se hayan producido sin cumplirse distintos requisitos que se establecen en la LOSSRIVE:

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. Será típica la conducta del médico que practique la intervención sin cerciorarse de que la mujer haya recibido dicha información, tal y como se exige en la LOSSRIVE y se vio en apartados anteriores.

b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación. Es decir, los 3 días que han de pasar desde que la mujer se le facilita la información y el momento en que se practica la interrupción del embarazo. En este caso, los 3 días se computarán como las 72 horas a partir del momento en que la mujer recibe la información, no comenzando a correr este plazo al día siguiente de la notificación como ocurre en el ámbito civil, puesto que se dilataría en demasía esta espera.⁴⁷

c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos. En los casos de abortos médicos que para su realización es necesaria la realización de un dictamen médico previo.

d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. Se prevé una agravación dado que los abortos realizados fuera de estos centros pueden ser de menor calidad y seguridad. Esta agravación es optativa, sin embargo, la Ley no prevé ningún tipo de criterio al juez para su aplicación⁴⁸. Según Fernández (2015) y Queralt (2015), esta agravación debería también ser de aplicación en el apartado anterior.

Con estos supuestos se pretende garantizar el cumplimiento de la LO 2/2010 en lo referido a su sistema de aborto legal, y evitar que esta se convierta en un mero trámite.⁴⁹

Dado que estos requisitos solo pueden ser cumplidos por los sanitarios facultados, este delito sí que es de carácter especial en virtud a su sujeto activo. Las penas establecidas en este artículo, vienen recogidas en el art. 145 bis. 2, las cuales son multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años. Dichas

⁴⁷ Quintero Olivares (2015). Op., Cit., Pág. 75.

⁴⁸ Queralt Jiménez (2015). O., Cit., Pág. 77.

⁴⁹ Moreno-Torres Herrera, M.R. (2018). Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 50.

penas se impondrán en su mitad superior en el caso de que el aborto se realice superadas las 22 semanas de gestación.

Por último, en el apartado tercero de este 145 bis, se exonera de responsabilidad a la mujer embarazada respecto de las conductas que en él se describen.

5.3.4. Aborto imprudente

La última figura de los delitos de aborto es la recogida en el art. 146 CP, en virtud del cual se castiga a aquel que produzca un aborto por imprudencia grave con pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses. Es decir, sería atípica la conducta que por imprudencia leve provoque un aborto.

En vista al 146.2, si el sujeto activo se tratase de un profesional sanitario, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años. En este supuesto, el sujeto activo tiene una posición de garante, ya que han de velar para que el embarazo llegue a buen término, por lo que han de actuar con la mayor diligencia posible exigida por su profesión. Se aplicará en casos en los que los profesionales que atiendan a las embarazadas cometan descuidos más allá de lo permitido, sin embargo, ante la complejidad de la medicina será difícil probar la existencia de esa imprudencia grave.⁵⁰

Por último, a tenor el apartado tercero de este artículo a la mujer se le exime de responsabilidad por la imprudencia, incluso tratándose de imprudencia grave aun cuando es la mujer quien debe tener mayor cuidado durante el embarazo para que el feto nazca en las mejores condiciones de viabilidad.⁵¹

La AP de Sevilla, a tenor de este artículo, en concreto el 146.2, condenó a dos matrones que tenían encargada la vigilancia y monitorización de una parturienta. Primero, la matrona a pesar de que los monitores indicaban una pérdida de bienestar fetal, omitió su deber profesional de avisar al ginecólogo. Por otro lado, el matrn, tras ver que la mujer había dilatado completamente y aun siguiendo los monitores indicando pérdida de bienestar fetal, tampoco avisó al ginecólogo, trasladando a la embarazada a paritorio un par de horas más tarde. Allí otra matrona tras ver los registros avisó de urgencia al ginecólogo, quién extrajo al feto con la mayor rapidez posible. Sin embargo, el feto se extrajo muerto, pudiéndose haber evitado dicha muerte

⁵⁰ Buenestado Barroso, J.L. (2011). Derecho Penal Parte Especial y las consecuencias jurídicas del delito en España. Madrid: Bubok. Pág. 40.

⁵¹ Serrano, A. y Serrano, A. Op. Cit., pág. 57.

si en primer lugar los dos matrones condenados hubieran actuado con la diligencia debida, calificando su actuación como una imprudencia grave, y, por tanto, punible.⁵²

5.4. Concursos

En relación a los distintos concursos que pueden darse de estos delitos con otras figuras típicas (además del ya comentado con anterioridad en relación al concurso real con intrusismo profesional), se puede hacer mención a diversas posibilidades concursales:

- En el caso de que se practique un aborto de modo ilegal (con el consentimiento de la embarazada – 145 - o sin él – 144 -) y que se acabe causando lesiones sobre la embarazada o incluso su muerte como resultado de la propia interrupción del embarazo, nos encontraríamos en un concurso ideal de delitos entre alguna de las figuras del tipo aborto mencionadas y el delito de homicidio imprudente o lesiones imprudentes.⁵³ Por otro lado, en el caso de que la mujer sufra lesiones leves como resultado de las prácticas abortivas, estas quedarán absorbidas por el tipo de aborto correspondiente.⁵⁴
- Podrá darse un concurso de leyes en los casos en los que se haya practicado el aborto, pero el resultado no se haya conseguido, pero como consecuencia de este intento, el feto nazca con grave deformidad o enfermedad física o psíquica entre los delitos de aborto y de lesiones al feto.⁵⁵ Para este mismo supuesto, hay una posición doctrinal contraria por la cual se habría de resolver el mismo caso planteado por medio de un concurso ideal entre el aborto en grado de tentativa y las lesiones al feto consumadas.
- Al contrario que en el caso anterior, cuando el sujeto activo tenga la intención de simplemente causar lesiones o enfermedad en el feto, pero finalmente se produzca el aborto, se resolverá por medio de concurso ideal entre lesiones al feto en grado de tentativa y aborto imprudente.⁵⁶
- Estaremos también ante un concurso ideal, cuando se mate a una mujer conociendo que está embarazada. Es una acción dolosa única, pero se atenta contra dos bienes jurídicos distintos.⁵⁷ Así, esta conducta llevaría implícita un aborto doloso o doloso eventual, ya que al ser consciente de que la mujer está embarazada, se asume que el

⁵² Audiencia Provincial de Sevilla. Sección 1ª. Sentencia núm. 832/2009 de 29 de diciembre.

⁵³ Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Directores) (2011). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 340.

⁵⁴ Martínez Atienza, G. (2020). Código Penal. Parte especial, después de 2019. El Masnou: Ediciones Experiencia.

⁵⁵ Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Directores) (2011). Op., Cit., Pág. 340.

⁵⁶ Serrano y Serrano (2019). Op., Cit., Pág. 52.

⁵⁷ Martínez Atienza, G. Op., Cit.

feto morirá también con ella. Así, el Tribunal Supremo, apreció un concurso ideal entre asesinato y aborto del 144 CP, condenando a un hombre por asesinar a su pareja, la cual se encontraba en un avanzado estado de gestación a sabiendas de que la muerte de esta provocaría también la del feto.⁵⁸

- Cuando el aborto se produzca como consecuencia de un delito de lesiones provocado sobre la madre conociendo la circunstancia del embarazo de la misma, habrá que contemplarse la existencia de un concurso ideal entre el delito de lesiones consumadas y un delito de aborto por imprudencia grave o doloso eventual.

⁵⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 687/2017 de 21 de febrero.

6. CONCLUSIONES

Del estudio sobre la materia del aborto llevada a cabo a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, podemos extraer una serie de conclusiones que plasmaremos a continuación.

- El aborto es un tema conflictivo que genera discusión entre sus partidarios y detractores. Esto se puede apreciar en el constante debate que se genera en torno a su regulación en función de la ideología del gobierno que pretende reformar la regulación sobre esta materia.
- Seguimos a la espera de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional para que determine si el actual sistema se ajusta a la Constitución, aunque parece poco probable que se pronuncie en contra de la misma, sino no se estaría dilatando tanto el procedimiento permitiendo que una Ley inconstitucional siga operando en todos sus efectos.
- Respecto a la LO 2/2010, podría decirse que sigue una corriente progresista al establecer el sistema mixto de plazos e indicaciones, velando no solo por la protección de la vida humana dependiente, sino que se protegen también los derechos de la madre gestante.
- El Código Penal tipifica los distintos casos de aborto no permitido en base a lo dispuesto en la LO 2/2010, castigando las prácticas abortivas que se den fuera de los supuestos permitidos por la misma o incumpliendo los requisitos que se establecen, intentado así, que se dé el correcto cumplimiento de esta norma.
- Distinción principal entre delito de aborto no consentido y el consentido por la embarazada, lo cual manifiesta la relevancia del consentimiento de la mujer respecto del mismo como protección de su derecho a la libertad y desarrollo o incluso su integridad física, por lo que a pesar de que la jurisprudencia determine al nasciturus como bien jurídico protegido, también se busca la mayor protección sobre la embarazada.

7. REFERENCIAS

7.1. Bibliografía

- Buenestado Barroso, J.L. (2011). Derecho Penal Parte Especial y las consecuencias jurídicas del delito en España. Madrid: Bubok.
- Capodiferro Cubero, D. (2016). La evolución de la regulación del aborto en España: perspectivas teóricas y proyección normativa. AFDUDC VOL.20.
- Carbonell Mateu, J.C. (2016). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (Directora) (2011). Derecho Penal parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Directores) (2011). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Bautista, S. (2015). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jericó Oler, L. (2007). El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal. Madrid: La Ley.
- Laurenzo Copello, P. (2012). Dogmática y política criminal del aborto. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Luzón Cuesta, J.M. (2011). Compendio de Derecho Penal parte especial. Madrid: Dykinson.
- Martínez Atienza, G. (2020). Código Penal. Parte especial, después de 2019. El Masnou: Ediciones Experiencia.
- Moreno-Torres Herrera, M.R. (2018). Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2017). Derecho penal parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez Paz, M.A. (2016). Interrupción voluntaria de la vida humana. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Queralt Jiménez, J.J. (2015). Derecho Penal español. Parte especial. 7ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2016). Comentarios a la parte especial del Derecho Penal. Cizur Menor: Aranzadi.

- Salinero Alonso, C. (2018). El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la –casi eterna- respuesta a una incertidumbre. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). Núm. 20-31.
- Serrano, A. y Serrano, A. (2019). Curso de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: Dykinson.

7.2. Webgrafía

- (<https://dej.rae.es/lema/aborto>, último acceso: 16/03/20).
- (<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>, último acceso: 16/03/2020).
- (<https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley.html>, último acceso: 16/03/2020).
- (<http://eltopo.org/regreso-al-pasado/>, último acceso: 16/03/2020).
- (<http://www.sbhac.net/Republica/TextosIm/Beecham/Montseny/Montseny.htm>, último acceso: 16/03/2020).
- (https://elpais.com/sociedad/2010/06/30/actualidad/1277848805_850215.html, último acceso: 30/03/2020).
- (https://elpais.com/politica/2015/09/09/actualidad/1441799065_864302.html), último acceso: 16/04/2020).
- (<http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-recurre-ley-aborto>), último acceso: 20/04/2020.
- (<https://www.abc.es/espana/20140916/rc-cronologia-anteproyecto-aborto-201409161121.html>), último acceso: 20/04/2020).
- (https://cadenaser.com/ser/2014/02/01/espana/1391215817_850215.html), último acceso: 22/04/2020.
- (<https://www.20minutos.es/noticia/2245742/0/mariano-rajoy/anuncia-retirada/ley-aborto/>), último acceso 22/04/2020.

7.3. Jurisprudencia y legislación

- Ley 24 enero 1941. Boletín Oficial del Estado 2 de febrero, núm.33
- Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido 1944”. Boletín Oficial del Estado 13 de enero de 1945, núm. 13.

- Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 12 de julio de 1985.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- 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 núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial de Estado, núm. 55, de 4 de marzo de 2010.
- 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 núm. 227, de 22 de septiembre de 2015.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril. Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 18 de mayo de 1985.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 726/1998, de 22 de enero de 1999.
- Audiencia Provincial de Sevilla. Sección 1ª. Sentencia núm. 832/2009 de 29 de diciembre.
- Audiencia Provincial de Guipúzcoa. Sentencia núm. 57/2012.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 687/2017 de 21 de febrero.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 658/2019, de 8 de enero de 2020.