

LA REGULACIÓN DEL ABORTO  
EN ESPAÑA TRAS LA LEY ORGÁNICA 2/2010\*

PROF. DR. JOAN J. QUERALT\*\*

RESUMEN\*\*\*

Tras la expedición de una nueva normativa en materia de aborto en España, el presente estudio examina el bien jurídico vida a cuyo efecto aborda tópicos como la inexistencia del rango de valor supremo de la vida, la no titularidad de ningún derecho por parte del *nasciturus*, la necesidad de tener en cuenta la dignidad y la libertad de la mujer, entre otros, no obstante lo cual el autor estima que el objeto de tutela es el interés demográfico de la sociedad. Además, explora los diversos tipos de esta conducta punible y los distintos supuestos de despenalización, a la luz del nuevo diseño acogido por el legislador hispano.

PALABRAS CLAVE

Bien jurídico, vida, *nasciturus*, aborto, auto aborto, coautoría aborto, aborto agravado, aborto atenuado, aborto imprudente.

La reforma en materia de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), llevada a cabo en España por la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>1</sup>, supone un giro copernicano no solo por el alcance del

---

\* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación "Constitución y Derecho Penal: consecuencias en los planos legislativo y judicial", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2008/2010 (DER2008-04410).

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, España.

\*\*\* Nota del Editor: El resumen y las palabras claves fueron confeccionados por la Coordinación de la Revista.

<sup>1</sup> Vid. la norma y su detalle comparativo con el Derecho preexistente en <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/04/pdfs/BOE-A-2010-3514.pdf> y <http://www.ub.edu/dpenal/>

nivel de práctica despenalización de conductas en este ámbito, sino por la perspectiva político-criminal de la reforma, pues el punto de gravedad sobre el que se apoya es el de la sexualidad, en general, y el de la maternidad, en particular, como derecho.

A fin de no adelantar acontecimientos, paso a describir, con cierto detalle, los elementos de la nueva regulación. Para ello será necesario, valga la redundancia, empezar por el principio, esto es, el bien jurídico protegido con la incriminación del aborto y los elementos que integran la antijuridicidad y su exclusión en una segunda y tercera fases.

## I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

**A.** Pese al fuerte componente emocional que genera la mera mención del aborto, en un sentido o en otro, ello no ha de ser óbice para un estudio jurídico, esto es, normativo, lo más depurado posible, sin que ello suponga, antes al contrario, rehuir la realidad social sobre el que la norma se proyecta.

En efecto, la demanda social moderna de protección del *nasciturus* ha desencadenado una serie de polémicas que distan mucho de cancelarse. Sea como fuere, parece que en España una parte de la misma puede darse por concluida durante los próximos años. Me refiero a la cuestión atinente a si el *nasciturus* es o no sujeto de Derecho. Tanto a la vista del cuerpo de la STC 53/1985 como de los propios votos particulares, queda claro que el *nasciturus* no es titular de ningún derecho; es más, dada la expresión constitucional con la que se inicia el art. 15 CE (*todos*) e interpretada de acuerdo con los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España (arts. 6 PIDCP y 2 CEDH), parece claro que dicho *todos* se refiere, como no podía ser menos, a las *personas*, es decir, a seres humanos nacidos y que gozan de personalidad jurídica.

Si bien reconoce dicha resolución, y con ella una importantísima corriente doctrinal, que los derechos no rigen absolutamente y que en muchas ocasiones pueden y/o deben ser limitados, no es menos cierto que i) la vida no es el valor constitucional fundamental que pretende el TC; ni ii) la vida es el máximo valor de nuestro ordenamiento vigente; es más, cabe dudar razonablemente de que la vida sea un valor.

---

Taula%20CP\_IVE\_BOE\_2010\_03\_04.pdf, respectivamente.

## B. Veamos:

1. Los valores fundamentales y supremos que coronan el ordenamiento jurídico español son, de acuerdo con el art. 1.1 CE, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La vida es, y ello no es poco, el *prius lógico* y el *sustrato material* que permite atesorar dichos valores, mediante el goce de los derechos y libertades públicas fundamentales y demás derechos legalmente establecidos y reconocidos a los ciudadanos.

2. Quienes predicán la no distinción física y valorativa entre persona humana y *nasciturus* calificando como de asesinato el aborto, olvidan que, cuando menos desde la Revolución Burguesa, la punición del aborto ha sido siempre sustancialmente inferior no ya a la del asesinato, sino a la del homicidio, lo cual es certero exponente de que para legislador más o menos liberal o más o menos autoritario, una persona y un feto no son lo mismo, sino *dos objetos radicalmente diversos*. La realidad normativa ha profundizado en este aspecto, disminuyendo sensiblemente la caracterización absoluta o prioritaria de la vida prenatal. Así:

a. El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, el llamado Convenio de Oviedo (1997), nada dice sobre que haya que entender por vida prenatal ni cuál sea su significado jurídico o grado de protección por el Derecho, lo que demuestra la disparidad de criterios jurídicos, científicos y morales al respecto.

b. Para el Derecho la constatación de la existencia de un sujeto de derechos y obligaciones es diverso del momento en que se origina un proceso vital que dará origen a una persona. O lo que es lo mismo: el proceso prenatal no confiere el estatus de persona; solo se adquiere esta condición con el nacimiento (art. 29 CC) y, por tanto, se es sujeto del derecho fundamental a la vida que contemplan tanto el art. 15 CE como el art. 2 CEDH: SSTEDH 5-9-2002, 8-7-2004 (caso Vo c/ Francia), 10-4-2007 (caso Evans c/ Reino Unido).

c. Es cierto, sin embargo, que el Derecho Penal castiga como homicidio la causación de la *muerte al nacido desde el momento del nacimiento* y ya antes de que transcurra el plazo exigido por el Derecho Civil para la adquisición de personalidad jurídica. Esta extensión de la protección penal de la persona al nacido antes de que adquiera la personalidad jurídica se debe a que el nacido posee ya una *vida independiente*. Antes del nacimiento la vida del feto depende de la madre y por ello goza

únicamente de la (menor) protección penal concedida al feto ante el aborto. El hecho de que el feto pudiera en tal caso tener vida independiente no significa que la tenga mientras siga en el claustro materno.

d. Nuestra tradición jurídica ha partido sin excepciones de este criterio de la *dependencia* de la vida intrauterina para delimitar el alcance del concepto de aborto y su distinción del homicidio. No se admite en nuestro Derecho la pauta de la posible viabilidad del feto en caso de que fuera expulsado o extraído del claustro materno.

e. O como dice la STC 53/1985: si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se salvaguardaría más a la vida del no nacido que a la del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre<sup>2</sup>.

f. En este contexto de paulatino e incesante protagonismo de la mujer, de su salud y de su seguridad jurídica, hay que entender la Resolución 1607/2008 de la Asamblea del Consejo de Europa, que insta a los países miembros a: *i. despenalizar* el aborto en plazos razonables (en la valoración de la legislación existente sitúa a España, al nivel de Irlanda, Italia y Portugal; *ii. garantizar* el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a un aborto sin riesgo y legal; *iii. Respetar* la autonomía de elección de las mujeres y ofrecerles condiciones de una elección libre e informada; y, *iv., eliminar* las restricciones de hecho o de derecho al acceso a un aborto sin riesgo y tomar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas apropiadas y una financiación adecuada.

C. Enlazando con esta última posibilidad, la dignidad y la libertad de la mujer no pueden dejar de ser tenidas en cuenta; en este contexto, históricamente, su relevancia ha ido en aumento en el mundo occidental, que, por ahora, ha culminado con la reciente LO 2/2010 (Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>3</sup>). Esta ley pivota sobre tres pilares fundamentales

<sup>2</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. *En*: Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), N.º. 68, 2005, p. 41/2, en sentido análogo.

<sup>3</sup> Contra esta norma se han alzado dos recursos de inconstitucionalidad. Por un lado, el interpuesto por parlamentarios del Grupo Parlamentario Popular (RI 4523-2010), que sin impugnar la reforma penal, cuestiona algunos aspectos que condicionan la nueva regulación, tales como, entre otros, la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva [art. 5.1 e)] la formación del personal

que informan la regulación, para lo que aquí interesa, en materia de aborto, o más modernamente, interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Estos tres ejes son:

1. Constituye el objeto de la dicha ley garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos (art. 1 LO 2/2010)
2. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes (art. 3.1 LO 2/2010).
3. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2 LO 2/2010).

El planteamiento del legislador concibe, en fin, la maternidad libremente deseada como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal. Dicho de otro modo, la norma actual se aparta de la filosofía que animaba el voto mayoritario de la STC 53/1985, es decir, se aleja de una cierta filosofía (plana) de los valores. Tal filosofía no casa con la Constitución. En efecto, quien no comparta tan particular visión del mundo tendrá aún mayores dificultades para comprender cómo un valor –que indudablemente constituye la motivación del legislador–, pero no su directiva que se dice fundamental y que la Constitución no tiene como tal–, puede limitar algunos de los derechos que la propia STC 53/1985 parece reconocer a la mujer, como son su derecho a la vida, a la integridad física y moral, a su intimidad, todo ello formando parte de su propia dignidad (único momento en la sentencia en que se alude, genéricamente, a la libertad de la mujer; y la libertad es, ella sí, un valor constitucional fundamental). Sin dejar de reconocer la importancia ‘vital’ de la vida, es, en suma, significativo que se constituya como

---

sanitario (art. 8), la IVE como derecho (art. 12), el plazo para la IVE por el solo deseo de la mujer (art. 14), las causas médicas que la aconsejen (art. 15), la información previa al consentimiento informado para la IVE (art. 17.2 y 5), la práctica pública de la IVE (art. 19.2) y aspectos relacionados con la Ley 41/2002, de autonomía del paciente. Por su parte, el Gobierno de Navarra ha recurrido (RI 4541-2010) exclusivamente la obligatoriedad de las comunidades autónomas de garantizar la práctica de la IVE en su territorio (disp. final 5<sup>a</sup>); como es sabido, en dicha Comunidad no se practica IVE alguna.

valor superior algo que *expressis verbis* la Constitución no tiene como tal. La jurisprudencia ordinaria es aún más restrictiva, centrándose en la salud de la mujer; así, SS 26-10-2000, 19-9-2001.

D. Sea como fuere, los términos acabados de exponer sirven para plantear la cuestión en su dimensión real, a fin de no enmascarar el terreno concreto del problema. Lo decisivo es saber cuáles son los intereses en juego, quiénes son sus titulares y, entonces, en qué medida unos han de sacrificarse a los otros. La STC 53/1985 nos habla de, abreviando, la dignidad de la mujer y del bien jurídico que la vida del *nasciturus* representan. De esta suerte, la libertad de la mujer, cuyo titular es ella misma, aunque no se reconociera con la intensidad que se debería, y el bien jurídico aludido, cuyo titular no se menciona, son los objetos que se ponen en los platillos de la balanza.

Pese a no considerarse constitucionalmente al *nasciturus* como sujeto de derechos, sin embargo, se le atribuye, según la meritada sentencia, la condición de bien jurídico constitucional y penalmente protegido. Tal carácter de bien jurídico le es atribuido por el discurso jurisprudencial en base a la idea de valor fundamental, idea que ha sido aquí criticada por carecer de base normativa.

Dos son, a mi juicio, los yerros de la resolución en este terreno. Por un lado, no se señala quién sea el *titular* de dicho bien jurídico, y, por otro, no creo que la vida del *nasciturus* sea el *bien jurídico-penalmente protegido* en los delitos contra la vida humana en formación. Así, el TC de la mano de la 'creación' de un valor constitucional fundamental obvia una cuestión clave: la del titular del derecho subjetivo a la vida del *nasciturus*. Al hablar de un valor, no se necesita depurar la titularidad del derecho en liza; los valores están ahí, idealmente, y son, en tanto que tales, irreales. Pero, pese a su irrealidad, gozan de una ductilidad argumentativa y retórica impresionante; tanta como para derribar un derecho, mejor dicho, un conjunto de derechos subjetivos. En un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se concibe en el art. 9.2. y 3. CE, me parece que no puede atribuírseles a valores que ni siquiera el mismo texto estatuye la función de limitación de derechos y libertades públicas fundamentales. El imperio de las garantías materiales y efectivas que tal modelo de Estado impone choca contra una limitación de aquéllos, derivada del enunciamiento de valores abstractos y, en cualquier caso, opinables, máxime cuando no están literalmente recogidos por el texto constitucional.

Al poner el TC la vida del *nasciturus* en la órbita de los valores, se pierde la posibilidad de precisar cómo sería de desear su signifi-

cado jurídico. En efecto, un objeto material, es decir, aprehensible por los sentidos, no puede ser, a la vez, tal objeto y el valor que se pretende que encarne. Esto, por un lado; por otro, como nos enseña la Parte General, el concepto de bien jurídico que cabe sostener en un Estado como el español no puede concebirse como algo ideal, sino sobre una base empírica, es decir, sensorialmente apreciable, dotada de significado, es decir, con funcionalidad social<sup>4</sup>. Así pues, en la concepción de la STC de 53/1985 la vida del *nasciturus* o es un bien jurídico o es un objeto material, pero no las dos cosas a la vez (así, p. ej. S 25-4-1995). Si es un bien jurídico, ¿cuál es el objeto material sobre el que recae la acción del sujeto activo?; si, en cambio, es el objeto material, lo cual niega el texto jurisprudencial, ¿cuál es el bien jurídico-penalmente protegido?; ¿será distinto del que lo sea jurídico-constitucionalmente?

A estos interrogantes cabe responder que el TC confunde el objeto material y el objeto (bien) jurídico, debido a su errónea concepción de la vida (y la del *nasciturus*) como valor (igualmente, SS 22-1-1999, 29-11-2001). En efecto, el objeto material sobre el que recae la acción del aborto es el *nasciturus*. Pero, en tal caso, queda por responder la cuestión central: ¿dónde está el bien jurídico? Podría responderse que el bien jurídico en el aborto es la vida del *nasciturus* y su funcionalidad social; pero ¿cuál es su funcionalidad? O, dicho de otro modo, ¿quién es el titular de este bien jurídico? La mujer evidentemente no, puesto que es la autora del delito (art. 145. 2<sup>o</sup>); el *nasciturus* tampoco, puesto que no es persona tal como acertadamente acuerda el TC. Solo queda como posible titular la sociedad. Pero la sociedad como tal solo es titular de intereses más o menos difusos, no de auténticos derechos subjetivos. O lo que es lo mismo: intereses amplios y variados, de contornos poco delimitados, cuya punición está justificada en la medida en que en el caso concreto pueda establecerse con la mayor pulcritud posible una lesión efectiva de los mismos.

E. Queda aún por responder cuál es el bien jurídico en juego; si no lo representa la vida del *nasciturus* y si el titular del eventual bien jurídico es la sociedad, cabe lógicamente inferir que el bien jurídico protegido bajo la rúbrica del aborto es un *interés demográfico*, es decir, el interés social en su propia perpetuación mediante la protección

<sup>4</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Español. Parte General. Octava edición, Barcelona: Reppertor S. L., 2008, p. 119 ss.

<sup>5</sup> Los artículos sin mención pertenecen al Código penal español (CP).

de lo que se da en llamar *spes vitae*<sup>6</sup>; interés que, si no es contemplado desde una perspectiva racista (como lo era en la franquista L 24-1-1941), es perfectamente legítimo. No lo es, en cambio, el planteamiento generalista de la S 17-6-1959 que considera protegidos simultáneamente, hipotética o realmente, todos estos bienes; su falta de precisión resulta tan llamativa como censurable en grado sumo.

Centrado así el bien jurídico, queda la cuestión relativa al inicio de la vida humana en formación, el aspecto más espinoso y polémico. Puede ponerse seriamente en duda la existencia siquiera una vida humana en formación. Si, como ya he señalado en otro lugar al hablar del bien jurídico que constituye la vida humana<sup>7</sup>, la medida que se acepta en la actualidad para determinar la muerte de un ser humano es la presencia de un electroencefalograma plano, es decir, la cesación de la actividad cortical superior, no parece haber razón suficiente para no adoptar igual planteamiento para considerar que, aunque en formación, la vida humana ya ha comenzado. Tanto por la fiabilidad del sistema como por basarse en lo que más caracteriza al hombre, la actividad cerebral, este método merece conformidad; radicalmente en contra S 30-1-1984, que considera aborto la expulsión de un embrión.

Sin embargo, tras la LO 2/2010 esa ha dejado de ser una cuestión jurídico-penal relevante. En efecto, si el legislador ha concretado ahora que la maternidad libremente deseada como un derecho de la mujer, es lógico que, mediados unos requisitos, esta *concepción ginecéntrica* genere un cambio de paradigma también en la esfera penal. Ya no se trata, como en el reciente pasado, de que aún se resiste a desaparecer, de discutir cuándo y cómo se inicia la vida humana (in)dependiente. Sabedor el legislador<sup>8</sup> del debate científi-

---

<sup>6</sup> Vid., por ejemplo, HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. En: Santiago MIR PUIG (Ed.). La despenalización del aborto. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, Servicio de Publicaciones, 1983, p. 14 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Fundamento y naturaleza del art. 417 bis y su relación con las eximentes genéricas. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (comps.), Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Donostia-San Sebastián: IVAC-KREI, 1989, p. 714 ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto no punible. Barcelona: Editorial Bosch, 1990, p. 75 s.

<sup>7</sup> Vid. QUERALT, Joan. Derecho Penal español. Parte especial, sexta edición. Barcelona: Atelier, 2010, p. 65 ss.

<sup>8</sup> Vid. Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad, para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la



co –que es todo menos concluyente para quienes mantienen que la vida humana nace en el mismo momento de la concepción<sup>9</sup>–, parte de una premisa diferente: reconoce la libertad plena de la mujer de producir(se) su IVE dentro de las primeras 14 semanas de embarazo (art. 14 LO 2/2010).

F. Para cerrar este apartado han de señalarse dos cuestiones que confirman en gran medida las propuestas aquí formuladas. Por un lado, parece claro que para el legislador se está ante algo diverso a la vida humana: la disminución de penas con relación a los delitos contra la vida es sumamente significativa: varios grados, o, incluso, cambio de naturaleza de la sanción (art. 145.2) en relación con el homicidio, que significará la suspensión del fallo o la remisión condicional de aquéllas. Creo que ante tal alteración del marco penal bien puede hablarse de que el legislador considera que tiene ante sí algo cualitativamente diverso a la vida humana independiente, aunque sea una vida humana en formación.

---

legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (18-2-2009) en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D\\_154.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_154.PDF)) y Ministerio de Igualdad: Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación (5-3-2009), en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>, donde, para formular las pertinentes conclusiones, se recogen las opiniones de médicos, biólogos, juristas o moralistas. <sup>9</sup> Ello tiene como consecuencia distanciarse de un gran sector médico y jurídico, incluido el TC, que tiene por cierto el que la vida humana en formación (o, incluso, la vida humana *tout court*) empieza en el mismo momento de la concepción. Este planteamiento choca ya con una objeción: ¿cuándo empieza con la concepción: en el momento de la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide o en el momento de la anidación del cigoto? Si se mantiene, lo que médicamente no parece correcto, la primera postura, ¿por qué, entonces, no castigar como actos preparatorios punibles de aborto la utilización de anticonceptivos que evitan el encuentro celular? No hay que olvidar que hasta la L 7-10-1978 estaba penalizada la venta de anticonceptivos sin receta médica (aunque los masculinos circulaban prácticamente sin problema alguno). Sostener, bajo pena tal planteamiento, supone poner el Derecho Penal al servicio de concepciones ideológicas que se basan en especulaciones, por más que el embrión tenga un patrimonio genético propio (S 29-11-2001). En cierto modo, estos planteamientos reviven la tradición teológica hasta finales del s. XVIII sobre la animación del feto (que, por supuesto -!-, acontecía antes en el masculino que en el femenino), tradición que con idéntica base científica, es decir, sin ninguna, cambió de planteamiento sobre la aparición del alma (condición humana para los creyentes) en el feto, situándola en el mismo instante de la concepción.

La otra cuestión se refiere a que ante un tema tan emocional como el aborto, en el que las posiciones ideológicas suelen enfrentarse con mucha mayor crudeza e inutilidad que en otras cuestiones de la vida social, no puede pasarse por alto algo muy significativo: en una sociedad democrática el pluralismo es algo tan vital que sin él la sociedad democrática desaparecería; de ahí que constituya un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). En virtud de este pluralismo, y ante la demostración que ofrecen las sociedades de nuestro entorno cultural con las que nos unen toda suerte de vínculos, la admisión del aborto, por considerar preeminente la libertad y la integridad física y moral de la mujer ante el interés social de generación de nuevos miembros, no ha tenido como consecuencia, obvio es decirlo, la destrucción de dichas sociedades<sup>10</sup>. Más bien, se ha optado por respetar y proteger jurídicamente, es decir, cuando menos no castigar penalmente a la mujer que decide abortar, máxime cuando alega unos motivos razonables, para ella y para grupos sociales suficientemente importantes como para ser tenidos en cuenta por el legislador.

**G.** Finalmente, la despenalización parcial y timorata de 1983 ha sido ampliada de forma más decidida y consecuente por la LO 5/2010. Como veremos, se gana en seguridad jurídica para la mujer, los profesionales que practiquen una IVE y se crea un área de actuación lícita bien delimitada ajena a la punición. Superada ya la etapa en que se castigaba al facultativo que practicaba abortos ilegales por el mero hecho de ser facultativo, ahora se exige el seguimiento de unos determinados protocolos legales, como habrá ocasión de ver. La nueva regulación avanza muy decididamente en el terreno de la protección de la salud física y mental de la mujer gestante, más allá de tal estado transitorio, sino que la concibe como un ciudadano pleno; en efecto, unos de los derechos de tal condición es el derecho a la salud y a la sexualidad plena. La medicalización de la IVE y su inclusión en el catálogo de prestaciones de la sanidad pública (arts. 17. 1 y 18 LO 2/2010) es la clave de bóveda del nuevo sistema.

---

<sup>10</sup> El número de IVE's se mantiene estable en España con tendencia a la baja en los últimos años; vid. Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad: Salud pública > Prevención y Promoción > Interrupción Voluntaria del Embarazo > Datos Estadísticos, en [http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuras.htm#Tabla%201](http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm#Tabla%201) (consultado por última vez el 31-12-2010).

En fin, la tantas veces citada LO 2/2010 ha reformulado el art. 145, ha introducido el art. 145 bis y ha derogado el art. 417 bis, superviviente forzado del CP de 1973. Estos cambios hacen, pues, necesaria la revisión de los tipos penales relativos al aborto, pues éste ha visto reformulado a la baja su radio de acción antijurídica.

## II. TIPO AUTORÍA DE ABORTO: AUTOABORTO (ART. 145.2. Y 3.)

Procede ahora desgranar las diferentes figuras delictivas que estudiaremos en su integridad. Empezaremos por el autoaborto. Dado que la mujer es la depositaria del feto, ella es la responsable de su devenir; por ello, salvo las excepciones que más abajo se verán, la mujer es la autora del delito de aborto, lo realice ella o por consentir que se lo realice otro. La nueva configuración legal operada en virtud de la LO 2/2010 ha alterado al configuración tradicional del tipo básico del aborto, tanto que, fuere o no el propósito del legislador, el autoaborto será siempre punible. Presenta, además, dos modalidades, en función del momento de la gestación en que la IVE se practique.

### *A. Tipo básico (art. 145. 2.).*

1. El *sujeto activo* es la mujer embarazada. La tipificación de la participación del art. 145.1, constituye, innecesariamente, un delito autónomo –vid. infra 3–. Por su parte, el *sujeto pasivo* es la sociedad. Como ya sabemos, no pueden serlo ni la propia mujer ni el feto: la primera, porque no tendría sentido castigarla por la lesión de un bien jurídico de la que ella fuera su titular; el segundo, por no ser persona y, en consecuencia, no ser titular ni de derechos ni de obligaciones.

2. La *acción típica* no viene descrita en el CP; este no ofrece una definición de aborto, que, en cambio, sí ofrecía la L 24-1-1941, por tal se entiende la destrucción del feto, antes del nacimiento, sea cual fuere el procedimiento, ya sea mediante su destrucción en el seno materno o por su indebida expulsión prematura (SS 30-2-1984, 30-1-1991, 22-9-1993, 19-1-1995). No están incluidos en este último supuesto los partos prematuros provocados por razones terapéuticas, aun sin fallecer el neonato (S 25-5-1999), pues existe viabilidad y se da inicio al parto; la figura en juego, de producirse la muerte el recién nacido, sería la de homicidio imprudente (S 22-1-1999). Una reciente corriente jurisprudencial sitúa el momento en que el feto se convierte en persona humana es el del nacimiento, nacimiento que ocurre

con el fin del estadio fetal: período de dilatación y continúa con el período de expulsión (SS 22-1-1999 y 29-11-2001). Este criterio que se alega expresamente como derecho constitucional a la vida resulta incorrecto: mientras se nace aún no se ha nacido. En consecuencia, se mantiene el criterio de la viabilidad.

Dicho lo anterior, el tipo contiene, al igual que anteriormente, dos modalidades de acción. Por un lado, el *autoaborto*, es decir, la producción del mismo por la propia mujer y con sus propios medios; se trata obviamente de una modalidad activa. Por otro, encontramos, el *aborto consentido*, o sea, la petición por parte de la gestante a un tercero o la prestación de su conformidad a que un tercero se lo practique; se trata de una manifestación de la comisión por omisión, dada la posición de garante de la embarazada respecto del bien jurídico.

Sea cual sea la modalidad típica en juego, rectamente entendida, la dicción legal, esto es, la producción del (auto)aborto fuera de los casos permitidos por la ley, introduce dos elementos normativos en el tipo, que han de situarse en el tipo positivo y no en el negativo, elementos, que además han de presentarse conjuntamente. Por un lado, se presenta el consentimiento de la interesada, aquí sujeto activo tanto si se practica el autoaborto como si solicita que se le practique; por otro, como auténtica ley penal en blanco aparece el concepto típico de la legalidad del aborto. Una y otra modalidad han de ser analizadas atentamente y por separado.

Ciertamente, la mujer puede causarse ella misma el aborto, pero es un supuesto infrecuente en grado sumo. Sucede, sin embargo, que aun mediando esta práctica autónoma, el aborto sería ilegal, pues, como mínimo, estaría ausente un elemento esencial: que la IVE la practique un médico especialista (art. 13, primero LO 2/2010). Por tanto, no es necesario el análisis de ningún otro elemento, dado que estaríamos antes un hecho delictivo, pues el aborto no se habría llevado a cabo según las previsiones de la ley. En estos casos, como digo altamente infrecuentes, que se explican por situaciones de angustia de todo tipo (social, familiar, religiosa, etc.) combinadas con la falta de acceso a la realidad circundante, el miedo insuperable, pero en sede, claro está de culpabilidad, podría dejar impune a la autora.

De esta suerte, cabe obtener ya una primera consecuencia en orden a la regulación del autoaborto: este será por lo general punible, pues, pese a la voluntad de la gestante en llevar a cabo una IVE, su realización no se ajusta a los parámetros legales que examinaremos a continuación.

De otro lado, dado que el autoaborto no puede ser legal, huelga aquí el estudio de las notas que hacen la IVE ajustada a Derecho en nuestro ordenamiento, debiendo hacerlo en la modalidad de coautoría del art. 145.2 (infra 3).

En fin, téngase en cuenta que estamos ante un delito de resultado y, en consecuencia, son posibles los tipos de imperfecta ejecución; en cambio, no está prevista la punición de los actos preparatorios ni para ésta ni para ninguna otra modalidad de aborto.

**3.** En cuanto al *tipo negativo*, más allá de los que se diga más abajo, cabe afirmar que rigen las normas generales, esto es, las causas de justificación ordinarias. La causa de justificación más peculiar en el aborto es el estado de necesidad. La época en que el TS se negaba (S 25-1-1974) a considerar el estado de necesidad en el aborto parece ya superada por la S 11-12-1990. Que, a la vista de la regulación actual, resulte altamente improbable apreciar una causa de justificación, normalmente por necesidad, no debe ser obstáculo a su admisión, cuando menos, en el plano teórico. La eximente incompleta o analógica a la incompleta pudieran dar cobijo a una especie de indicación social, o económico-social (sistemáticamente negadas con anterioridad por el TS). El efecto sería, cuando menos, evitar el ingreso en prisión de las mujeres. En este sentido, la SAP Bilbao 24-3-1982, pese a que fue revocada por el TS merece conformidad; a la vista de la regulación actual basarse en un estado de necesidad putativo no parece una solución incorrecta.

Aunque, ciertamente por ser una causa de inculpabilidad no afecta al tipo negativo, el miedo insuperable podría excepcionalmente representar, como se ha apuntado, algún papel en orden a la disminución de la penalidad.

En cuanto al *tipo subjetivo* estamos en presencia de un delito doloso; la punición por imprudencia está legalmente vedada (art. 146 III).

**4.** La *penalidad* también ha sido objeto de reforma por parte de la LO 2/2010, pues ha suprimido la pena de seis a doce meses de prisión, quedando únicamente la alternativa a la privación de libertad, esto es, la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Se trata, comparándola con la regulación histórica y la inmediatamente anterior, de una penalidad benigna y pensada para evitar el ingreso en prisión de la mujer. No tiene aquí sentido ni tan siquiera solicitar la aplicación del art. 57.1.

**B. Tipo básico (art. 145.2.).** La acción del tipo agravado (art. 145.3.) diverge de la de básico en que el aborto se lleva a cabo sobre un feto que supera las veintidós semanas de gestación. En consecuencia, la penalidad se ve agravada la multa a imponer llegaría hasta la mitad superior, esto es, resultaría una pena de entre 24 y 36 meses.

### **III. TIPOS DE COAUTORÍA (ART. 145.1. Y 3.)**

Estos tipos contienen las figuras más frecuentes del aborto punible, en la medida en que, tomado la decisión por la mujer, lo más frecuente es que la interrupción del embarazo sea practicada por terceros<sup>11</sup>. Encontramos, tras la reforma de 2010 tres modalidades, la del tipo básico y la de todos tipos agravados en función de lugar en el que se practique la IVE o el periodo de gestación en que se encuentre la mujer.

**A. Tipo básico (art. 145.1 I).** En puridad, este tipo no debería figurar entre el elenco de conductas específicamente incriminadas. En efecto, se trata de una manifestación de coautoría, cuya punición puede efectuarse en relación con el art. 145.2. Motivos político-criminales y las referencias al consentimiento viciado o no de la embarazada (art. 144) parecen continuar llevando al legislador a este recordatorio.

**1.** El *sujeto activo* de este delito hace referencia a la persona que, con el consentimiento sin viciar de la embarazada, realiza de su propia mano el aborto, pudiendo ser médico, incluso especialista, o no. No puede ser autor de esta forma de participación, sino cooperador o inductor de la mujer, quien facilita a ésta el dinero para abortar o la dirección de un médico o curandero (en contra, SS 20-6-1959, 28-6-1963). Sobre el *sujeto pasivo* valga lo ya dicho supra 2: la sociedad.

**2.** Los aspectos atinentes a la *acción típica* son aquí mucho más complejos que en el art. 145.2 ya expuesto. La complejidad no estriba tanto en la producción del aborto en sí, sino en las circunstancias objetivas y personales que lo pueden rodear. Veamos.

En primer término, producir el aborto es, como queda ya dicho, llevar a cabo la destrucción del feto cualquiera que sea el sistema empleado, incluido la mera administración de un fármaco adecuado y en las dosis correctas (S 3-4-1997); la comisión por omisión, al tratarse de un delito de resultado, es admisible como modo de llevar a

---

<sup>11</sup> Vid., con todo, la reciente SJP-1 Pamplona de 25-11-2010, con un supuesto claro de autoaborto por ingestión de medicamentos abortivos.

cabo este delito (S 23-10-1996). No resulta, en cambio, un acto típico de este delito la emisión de un dictamen por un médico que da lugar a una interrupción del embarazo (SS 19-9-2000, 13-11-2003), pues tal informe no constituya acto típico alguno.

Dicho esto, en general ya *communis opinio*, las dificultades se presentan por la propia factura del precepto. En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, forma parte del tipo positivo, como una auténtica ley penal en blanco<sup>12</sup>, tanto el consentimiento de la mujer como la ejecución de la IVE de acuerdo a un determinado protocolo legalmente establecido.

Corresponde, pues, examinar los requisitos que la LO 2/2010 establece para considerar un aborto legal. Prolija es la nueva regulación legal en aras de dotar a la IVE de la máxima seguridad sanitaria y jurídica, esta última no siempre garantizada por la regulación anterior, en buena medida hipócrita y cicatera a la hora de regular los supuestos de atipicidad en la ejecución de la IVE. Completando el sistema permanecen, dentro del aborto legal, unas causas excepcionales, propias del estado de necesidad, que por requerimiento de la dicción legal del precepto que nos ocupa y del siguiente, han de ser estudiadas como elementos normativos del tipo, determinantes del tipo positivo al modo de otros delitos, las coacciones por ejemplo. Ello tiene como consecuencia práctica que, si concurren los elementos que se analizan a continuación, no nacerá el tipo del art. 145 (ni tampoco, en su caso, el del art. 145 bis).

a. Común a todas las modalidades atípicas de aborto es el consentimiento de la mujer; si ésta no lo da o se obtiene viciadamente, quienes así intervengan y realicen el aborto incurrirán en un delito del art. 144 (infra 4.). El consentimiento que contempla la legislación específica es un consentimiento<sup>13</sup> sometido a más requisitos que los que prevé la normativa general sobre la materia (arts. 6.2 LCat

<sup>12</sup> La remisión *in toto* que hace la ley penal a la extrapenal es más que discutible, pues deja en manos del legislador no penal el alcance de la antijuridicidad penal, algo que consideró incansable con la Constitución la STC 24/2004. De todos modos, una integración del subtipo agravado (art. 145.1 II) y del art. 145 bis con el delito que nos ocupa podría evitar *in extremis* una censura similar.

<sup>13</sup> Este consentimiento *ad hoc* y específicamente regulado es diverso de la obligación de información que compete a los poderes públicos relativa a los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente (art. 17.1 LO 2/2010).

21/2000 –pionera en la materia– y 8.2 L 41/2002), pues se requiere una información previa a la prestación del mencionado consentimiento, información esta, que varía según los supuestos.

Así, ante la petición por parte de la mujer –o sugerencia médica– de práctica de una IVE, a tenor de lo que dispone el art. 17.1 LO 2/2010, aquella recibirá información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente; una vez recibida esta información –no toda útil para el trance en por el que pasa la mujer–, podrá otorgar su consentimiento en el sentido de la legislación promotora de la autonomía del paciente.

Disponiendo de esta información la gestante puede prestar ya su consentimiento informado, de acuerdo a las reglas generales del art. 8.2 L 41/2002 o art. 6.2 LCat 21/2000. Téngase en cuenta que esta información, que es de carácter general –así la define el art. 4 RD 825/2010–, se atribuye a una pluralidad de organismos y, en ningún caso se exige que llegue fehacientemente a la mujer, por lo que carece de relevancia jurídico-penal por quién o cómo se lleve a cabo su difusión e, incluso, si tal información ha llegado efectivamente a manos de la mujer y el uso que ella haga de la misma. Ello es así, porque se trata de informar, no de convencer ni menos aún de adoctrinar: ello sería incompatible con la libertad de creencias y de acción, es decir, con la pluralidad política y cultural, que preside un Estado democrático

**b.** Lo dicho hasta ahora vale para el consentimiento prestado por mujeres mayores de edad, plenamente capaces y sin riesgos vitales a la vista. Cuatro son los supuestos imaginables en los que la prestación de consentimiento suscite cuestiones de interés, aunque tres de ellos han recibido respecta expresa por parte de la LO 2/2010.

**i. Menores de 16 años.** Según la normativa aplicable [arts. 7.2 d) LCat 21/2000 o 9.3 c) L 41/2002] estamos en presencia de un consentimiento por sustitución, debiendo el mayor de 12 años ser oído previamente. Tan meticulosa la ley en otros aspectos, obvia la regulación expresa de un supuesto opaco: ¿pueden los representantes legales de la menor, por lo general sus progenitores o sus tutores, otorgar o denegar el consentimiento para abortar? O lo que es lo mismo, ¿pueden dichos sujetos imponer sus legítimas creencias personales a quien no puede oponerse ni darle opción a que lo haga



o, simplemente, lo considere? Entendiendo, como impone la LO 1/1996, que el bien del menor es el interés superior que ha de guiar toda decisión de sus representantes –o del juez– sobre su persona (art. 2) y los derechos a la intimidad, a la información y a la libertad ideológica (arts. 4, 5, y LO 1/1996). Así las cosas, no parece descabellado inclinarse en casos tan drásticos como el que aquí se suscita por la práctica de la IVE, toda vez que la prosecución del embarazo y el consiguiente alumbramiento sí tiene consecuencias irreversibles para la persona del menor.

**ii. Menores de 16 a 18 años.** El art. 13. Cuarto. LO 2/2010 establece que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Esa es la regla general que rige en materia de consentimiento y autonomía del paciente [art. 7.2 d) LCat 21/2000 o art. 9.3 c) L 41/2010]. Sin embargo, a renglón seguido excepciona la afirmación precedente, estatuyendo que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades, deberá ser informado de la decisión de la mujer. Obsérvese que no se condiciona el consentimiento de estas adolescentes, sino que se estatuye una obligación de información del facultativo a uno de los progenitores o tutores<sup>14</sup>. Sin embargo, introducir este deber de información a quien represente a la menor introduce una fuente de conflictos, que ya se adivinan, pues ya es un signo de conflictividad que la mujer, en un trance como un aborto, no cuente manifiestamente ni con sus progenitores –con uno al menos– ni, en su caso, con quien ejerza su tutoría. Persistir en este deber de información no haría sino ahondar aún más en el doble conflicto existencial en que se halla inmersa la menor: la IVE y la desafección paterno-filial. Por ello, el último párrafo del art. 13. Cuarto. LO 2/2010 intenta solventar la cuestión afirmando que se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o sea que produzca una situación de desarraigo o desamparo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Anticipando esta problemática, LARUENZO, El aborto, Op. cit., p. 53 ss.

<sup>15</sup> El RD 825/2010, en su art. 8, va aún más allá de lo que dice la ley, pues impone, en primer lugar, que la mujer de 16 o 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado cuarto del art. 13 LO 2/2010; tal documento

iii. *Mujeres discapacitadas*. Si bien el art. 17. 5 LO 2/2010 contempla la información previa al consentimiento informado en los casos en que la receptora sea una discapacitada, nada dice sobre el consentimiento informado propiamente dicho, por lo que habrá que acudir a las reglas generales del consentimiento por sustitución o representación de la normativa sobre consentimiento informado y autonomía del paciente [art. 7.2. a), b) y c) LCat 21/2000 y art. 9. 3 a) y b) L 41/2002], siendo, según los casos, los familiares directos o los representantes legales quienes deban prestarlo, con o sin autorización judicial.

iv. *Riesgo vital e inconsciencia*. Obviamente, de producirse una situación de tal calibre operan las previsiones que norma el consentimiento informado y la autonomía del paciente; el facultativo deberá recabar el consentimiento de un representante de hecho o de derecho y, en su defecto, aplicar la *lex artis*, es decir, a favor de la salud de la mujer [art. 7.1 b) LCat 21/2000 o art. 9.2 b) L 41/2002], lo que debería suponer la salvación de la gestante a costa del *nasciturus*, pues lo contrario sería, como señaló en su día la STC 53/1985, hacer prevalecer los derechos del no nacido sobre los de la nacida. Ello, a salvo, claro está, de que existan voluntades anticipadas expresas e inequívocas (arts. 8 LCat 21/2000 o 11 L 41/2020) de la gestante en el sentido de preferir su muerte antes que la práctica del aborto. A diferencia de lo que puede resultar en sede de eutanasia<sup>16</sup>, no se trata de un supuesto de muerte digna que el legislador, como derecho de la personalidad, ha de proteger, sino de un conflicto entre bienes jurídicos (la vida de la gestante y la prosecución de la gestación) que el legislador difícilmente puede aprobar en contra del bien jurídico concreto y real cual es la vida humana independiente de la mujer.

---

será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención; detalla así la previsión infralegal más allá de lo admisible imponiendo una carga a la mujer, carga que la ley desconoce. En segundo término, en el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el referido apartado, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o del profesional de trabajo social. De nuevo, se crea una carga para la mujer, la posibilidad de someterse a exámenes ajenos a su estado de salud, que dificultan la práctica legítima de la IVE. En todo caso, estos requisitos no son legales, sino reglamentarios, por lo que a efectos penales son irrelevantes.

<sup>16</sup> Vid. Derecho Penal español. Parte especial, 2010, Barcelona, p. 51 ss.

v. Expuesto lo anterior, resulta obvio que el tema del consentimiento fuera de los casos de mujeres mayores de edad y lúcidas en el momento de prestarlo genera no pocos problemas. Sin embargo, lo que aquí interesa, a efectos de determinar la tipicidad penal de la IVE es la existencia, cuando menos, de un consentimiento natural expreso por parte de una persona, como mínimo, mayor de 16 años. En los demás casos, el facultativo deberá actuar a favor de la salud del paciente, máxime si es menor, tal como impone la ley. Por ello, la plétora de requisitos formales, tendentes a asegurar la manifestación del consentimiento expreso de la mujer, si este consta, ha de entenderse cumplimentados a efectos penales, es decir, provocadores de la atipicidad de la IVE, por más que pudieran haberse generado errores o faltas en la gestión socio-sanitaria, clínica u hospitalaria del mencionado consentimiento, imputables o no al facultativo ejecutor de la IVE. Apoya esta conclusión que solo es penalmente relevante para el médico que ejecuta el aborto que la información previa al consentimiento informado (art. 17 LO 2/2010) no le conste efectuada: art. 145 bis –vid. infra 4.–.

**3.** El aborto para seguir siendo atípico, sentado el consentimiento, ha de ser practicado por un médico especialista o bajo su dirección; vid., ya para el Derecho anterior, SAP Barcelona (1ª) 26-11-1994, AAP Valladolid (1ª) 12-7-1999. La especialidad es la de obstetricia y ginecología (RD 183/2008). Como establece el art. 13. Primero. LO 2/2010, no se requiere que el obstetra realice la intervención, basta con que se lleve a cabo bajo su dirección, es decir, ha de estar presente durante su ejecución y en la documentación correspondiente ha de figurar como responsable de la misma.

**4.** *La IVE ha de practicarse en un centro público o privado debidamente acreditado.* La acreditación, emitida por cada comunidad autónoma, de acuerdo con lo establecido en el RD 831/2010, mejora la regulación precedente del RD 2409/1986. Ciertamente, la acreditación se obtiene y, una vez obtenida, es sometida a inspecciones periódicas, por lo que la existencia de objeciones a un ente acreditado, mientras no se revoque la misma, no afectan a la atipicidad de la práctica del aborto; otra cosa sería, y efectos administrativos o incluso penales diversos a los que aquí nos concitan, el que las condiciones sanitarias, personales o materiales, del centro, en el caso concreto, fueran deficientes y por debajo de los estándares exigibles, con el consiguiente riesgo para la salud de los pacientes.

Con todo, reténgase que la acreditación para los centros o establecimientos es doble; una, para abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen las catorce semanas de gestación; y, otra, para centros que puedan llevar a la práctica interrupciones con alto riesgo para la embarazada o con más de catorce semanas de gestación. Sin embargo, a efectos penales, tanto del art. 145 como del art. 145 bis, los preceptos en liza se contentan con la acreditación administrativa, sin distinguir entre la una y la otra, que responde a designios administrativo-sanitarios y no penales.

5. Superados los elementos esenciales del consentimiento y de la ejecución de la IVE por médico especialista y los algo más formales respecto de la acreditación, llegamos a los prepuestos fácticos de la atipicidad de la IVE. En esencia, estos son dos: a petición de la mujer o por causas médicas.

**a. A petición de la mujer (art. 14 LO 2/2010).** Ahora, siguiendo en buena medida la Resolución 1607/2008 de la Asamblea del Consejo de Europa, se abandona el arcaico sistema de las indicaciones y se instaura como regla general el llamado sistema de plazo, que es el dominante en el Derecho Comprado. Así, de modo absolutamente innovador, el aborto será atípico si se practica dentro de las primeras catorce semanas de embarazo (art. 14 *in limine* LO 2/2010).

El legislador orgánico de 2010 ha optado por el *sistema de plazos, con unas excepcionales indicaciones*, en parte, solo en parte, limitadas temporalmente, dejando subsistente el estado de necesidad, como veremos más abajo. El sistema de plazos parte de la base de que dentro de la vida prenatal existen señaladas diferencias en valoración social, y por tanto, jurídica, atendiendo al desarrollo del embrión y la mayor o menor cercanía al nacimiento; dicho de otro modo, a partir del momento de una razonable viabilidad extrauterina, incluso con auxilio mecánico, superar las 22 semanas, salvo el caso de anomalías fetales incompatibles con la vida [art. 15 c) LO 2/2010] y del estado de necesidad (riesgo vital para la gestante de proseguir el embarazo), se erige como el punto de no retorno en el que el *nasciturus* goza de protección generalizada frente a la voluntad de la mujer. Decisivo resulta, en fin, el grado de desarrollo de la vida embrionaria y la capacidad de dar lugar a una vida autónoma, que el legislador ha fijado en esas 22 semanas. En cambio, el mantener la impunidad para los abortos por debajo de las 14 semanas de gestación tiene que ver con la primacía absoluta de los derechos de la mujer; derechos que se modulan pasados esos 98 días hasta los cinco primeros meses y

medio, resultado extraordinariamente excepcional, salvo indicaciones médicas muy específicas, abortos posteriores no antijurídicos.

**b.** Además de los requisitos ya enunciados, debe tenerse en cuenta que, previo a otorgar el consentimiento, la mujer ha de recibir una información específica y suplementaria [art. 14 a) LO 2/2010] y que entre la recepción fehaciente de esta información y la práctica de la IVE deben transcurrir tres días [art. 14 b) LO 2/2010].

Esta información, confeccionada por la Administración autonómica, se librará en sobre cerrado<sup>17</sup> a la mujer por cualquier centro médico acreditado (art. 5 RD 825/2010), sobre que contendrá los siguientes extremos:

a) las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; c) datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro<sup>18</sup>; d) datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. De la entrega quedará debida constancia documentada<sup>19</sup>, dado que desde el momento de la entregan cuentan los tres días para poder practicar la IVE. Llama la atención que la información es ajena en todo momento al facultativo que lleve a cabo el aborto, lo que puede generar más de un problema práctico y de coordinación, amén del carácter reglamentario de la regulación y, por tanto, su inconsistencia penal.

---

<sup>17</sup> Práctica desarrollada por el RD 825/2010 (arts. 4 ss.) en vigor desde el 5-7-2010, que, obliga, entre otras cosas, a los Ministerios de Sanidad y Política Social e Igualdad y a las Consejerías correspondientes de las CCAA a informar en su página web de tales derechos y prestaciones. De forma efectiva a 1-8-2010, lo han llevado a cabo la Administración central (más visible la web del Ministerio de Sanidad y Política social que la de Igualdad) y Cataluña).

<sup>18</sup> Información que en este momento resulta fuera de lugar y, entiendo, irrelevante a efectos penales, pues la situación no requiere educación sexual ni socio-sanitaria preventiva de embarazos no deseados.

<sup>19</sup> La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

Por si fuera poco, y también con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los arts. 4 y 10 L 41/2002, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo (art. 17. 4 LO 2/2010). Finalmente, todo este caudal informativo habrá de ser claro, objetivo y comprensible; sin embargo, nada se dice sobre ni cómo ni quién ni con qué efectos, ha de efectuarse la información.

Como es de ver, esta serie de informaciones ni tiene toda el mismo nivel ni la misma significación ni para la salud de la gestante, ni para su futuro como madre o ni para el nasciturus ni, en fin, para el eventual nuevo ser. La práctica dirá cuáles de estos elementos, en caso de haber algún fallo, han de ser tenidos como relevantes para que su ausencia desencadene la reacción penal. Además, su descoordinación con el art. 145 bis es evidente, pues no contempla, como sí hace este precepto, su ausencia o defectuosa presencia como plenamente inocua penalmente para la mujer.

c. Sin embargo, la IVE no puede ser llevada a cabo inmediatamente, salvo supuestos, claro está, de urgencia vital [arts. 7.1 b) LCat 21/2000, 9. 2 b) L 41/2002]. En efecto, entre la recepción de la información del art. 17.2 LO 2/2010 y la práctica de la IVE deberán haber mediado tres días [art. 14 b) LO 2/2010], siendo el modo de cómputo de este término el que se exponga más abajo. La Ley ha pretendido configurar tal periodo de reflexión por razones harto discutibles. De lo que se trata es de que el consentimiento sea sólido y aquí el legislador, acaso por comprensibles razones de oportunidad, ha querido trocar seriedad por cierta permanencia en el tiempo.

Esta obligación a la introspección personal supone una ingerencia por parte de los poderes públicos difícilmente aceptable en una democracia avanzada. Pero, además, resulta algo inútil, pues lo que la ley prohíbe no es la emisión de la decisión final por parte de la mujer pasado el término en cuestión, sino la realización de la IVE, por lo que tal plazo aumenta la desazón de la mujer en el trance que vive y no aumenta en nada ni su bienestar jurídico o emocional ni la seguridad jurídica del que la haya de practicar. Lo que sí, en cambio, hubiera sido un buen hallazgo legislativo hubiera sido la regulación –con sanción o no– de aquellos responsables públicos o médicos que pretendan, sean las que fueren sus razones, todas ilegales, dificultar la práctica de una IVE, dilatando plazos o dificultando el tráfico de información; esta falta de previsión normativa pone de manifiesto

el carácter más formal que material de la entrega a la mujer de la información preceptuada y del lapso temporal de reflexión.

En resumen, el consentimiento informado y por escrito que ha de prestar la mujer exige que previamente haya recibido la información socio-sanitaria que la ley establece<sup>20</sup>: eso y solo eso.

**6. Interrupción por causas médicas (art. 15 LO 2/2010).** La ley recoge como causas de atipicidad tres supuestos, dejando residualmente una cobertura general para el estado de necesidad cuando este se dé, esto es, el riesgo vital para la gestante en cualquier momento del embarazo (Infra b.). Estos tres supuestos se gradúan de mayor a menor gravedad desde el punto de vista clínico, dotando de mayores requisitos la exención de tipicidad cuando mayor es el desarrollo del feto, erigiéndose *ex lege* el sistema sanitario en garante del interés social de la esperanza de vida que el *nasciturus* representa.

Que la ley tilde de excepcionales estas causas no significa más que se añaden a la regla general de la solución del plazo; de hecho tendrían cobertura dentro del estado de necesidad, pero el legislador, para dotar de mayor seguridad jurídica a la mujer, a los facultativos y garantizar adecuadamente la *spes vitae* tipifica estos supuestos, estadísticamente menos frecuentes; de ahí la excepcionalidad.

Finalmente, téngase en cuenta que, pese a lo que pudiera derivarse de una lectura apresurada, este haz de aperturas para la IVE no supone que el consentimiento de la mujer desaparezca, sino que la iniciativa de la intervención puede nacer del médico al comprobar alguna de las patologías que más abajo se enuncian. Recuérdese que rigen plenamente los derechos al consentimiento informado y a la autonomía del paciente; además, la propia LO 2/2010 establece, como hemos visto, en su art. 13. Primero, la necesidad de que quede constatado el consentimiento y se refuerza algo retóricamente la previsión de información *ad hoc* del art. 17.1 de la misma norma. Únicamente, dado lo perentorio de la intervención que haya de practicarse, desaparece la obligación de la información prevista en el art. 17.2 y 4 LO 2/2010. La razón, además de la eventual urgencia de la intervención, es bien otra: en los supuestos del art. 14 LO 2/2010 es la mujer la que decide abortar por no desear seguir adelante con la gestación: estaríamos ante lo que comúnmente, aun-

---

<sup>20</sup> Este apartado de la historia clínica no puede trascender a terceros en absoluto: se garantiza la confidencialidad absoluta (arts. 20 y ss. LO 2/2010).

que no forzosamente, se denomina un embarazo no deseado; en los supuestos que vamos a analizar acto seguido, es el consejo médico el que ilustra a la mujer sobre la no prosecución de la gestación ante los riesgos que en su caso concreto tal estado encierra. En ningún caso la mujer es obligada a abortar –eso constituiría el delito del art. 144, infra 5.–, sino que, desde el punto de vista médico, se le asesora ante una situación de riesgo para su salud o la del *nasciturus*.

**a. Aborto por debajo de las veintidós semanas de gestación y grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada [art. 15 a) LO 2/2010].** El modelo que sigue el legislador orgánico de 2010 con estas causas legales de atipicidad es el de combinar el tiempo del embarazo, los riesgos o peligros para la mujer o el feto y las garantías médicas de que ambos supuestos de hecho concurren. Así, y para esta primera apertura:

*i. Embarazo de menos de 22 semanas:* data convencional en la que mayoritariamente los fetos son viables extrauterinamente con ayuda mecánica; además los riesgos para la mujer que comporta el aborto a partir de estas alturas de gestación son dignos de consideración.

*ii. Grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada:* no se trata de un peligro de muerte inminente, pero sí de una probabilidad razonable de lesiones físicas o psíquicas para la gestante caso de proseguir la gestación.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* de un médico especialista distinto al que la practique o dirija han de emitir con anterioridad a la misma un dictamen en el que conste el mal pronóstico para la salud de la gestante. Dado que la integridad de la mujer puede ser física o psíquica, el especialista puede ser un psiquiatra o de otra especialidad médica diversas a obstetricia, puesto que el peligro es para la gestante, siendo las consecuencias negativas para su salud muchas y que, aun causadas por el embarazo, no se tratan por el obstetra; así, endocrinología, neurología o psiquiatría.

En caso de intervenir un profesional para determinar el eventual riesgo mental, ha de ser un médico, un psiquiatra, y no un psicólogo; así ya en el derecho anterior: SS 14-12-1992, 26-10-2000, SSAP Granada (2<sup>a</sup>) 24-5-1999, SAP Castellón (1<sup>a</sup>) 19-11-2001, AAP Valladolid (1<sup>a</sup>), 12-7-1999. Además, como el dictamen clínico lo ha de ser con plenas garantías científicas, ello se aplica igualmente al dictamen psiquiátrico; así la S 1-4-1998 no consideró suficiente un informe psi-



quiátrico que, tras una única entrevista de diez minutos, se limitó a referir síntomas que no justificaban la necesidad de interrumpir el embarazo; en la misma línea, SAP Granada (2ª) 17-11-1998.

Si el peligro para la mujer es o se transforma en riesgo vital, se prescindirá de este dictamen [art. 15 a) *in fine* LO 2/2010].

**b. Aborto por debajo de las veintidós semanas de gestación y riesgo de graves anomalías en el feto [art. 15 b) LO 2/2010]:**

*i. Embarazo de menos de 22 semanas:* vid. supra apartado anterior.

*ii. Riesgo de graves anomalías en el feto:* a diferencia del apartado anterior aquí los riesgos son para el feto, riesgos de padecer cualquier tipo de malformación física o mental.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* al igual que en el supuesto anterior, el dictamen ha de ser previo a la IVE y emitido por especialistas diversos al practicante de la intervención. A diferencia de la apertura precedente, y en garantía de la *spes vitae*, los facultativos dictaminantes han de ser forzosamente dos.

**c. Anomalías fetales incompatibles con la vida [art. 15 c) LO 2/2010]:**

*i. Periodo de gestación:* Consecuente con el riesgo que se describe no se somete a límite temporal alguno, puesto que la viabilidad del feto parece inexistente y carece de sentido médico la prolongación del embarazo.

*ii. Anomalías fetales incompatibles con la vida:* no se trata tanto de la vida intrauterina, sino que las anomalías hayan de afectar al eventual nacido de tal forma que su viabilidad postnatal sea más que dudosa. Los medios diagnósticos actuales, en este y en la mayoría de campos, permiten pronósticos con un elevadísimo grado de acierto. Si tal es el caso, sería una crueldad no ofrecer a la gestante la posibilidad de evitar lo que en futuro inmediato sería una tragedia aún más grave que la de perder un embarazo. Va más allá de la letra de la ley el art. 2.1 RD 825/2010 cuando habla, para estos supuestos, de *enfermedad extremadamente grave e incurable*, calificativos incasables con la regulación legal y, por tanto, de dudosa legitimidad.

*iii. Dictamen médico previo a la IVE:* este dictamen ve incrementadas muy sensiblemente sus garantías, siempre en beneficio de la vida prenatal. Como en los casos anteriores ha de ser previo a la IVE,

pero al dictamen de un solo facultativo especialista, distinto al que haya de practicarla o dirigirla, se suma otro requisito: que tal dictamen ha de ser ratificado por un comité clínico de nueva creación.

Tan relevante resulta esta apertura en el nuevo sistema de interrupción voluntaria del embarazo que la LO 2/2010 le dedica en exclusiva un artículo, el 16, de claro carácter reglamentista, por su aparente detalle, y es desarrollado por el RD 825/2010 (arts. 2 y 3). Este comité clínico, de ámbito autonómico, aunque pueden existir varios en cada territorio siempre que haya adscrito uno a un centro sanitario público, se integra, con una vigencia, cuando menos anual, por dos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra; la mujer podrá elegir uno de estos especialistas, que sustituirá a uno de los designados oficialmente. Si el comité ratifica el diagnóstico, en un plazo, en principio, de 10 días, se le comunica de inmediato a la mujer para que tome la decisión final; si no se confirma el dictamen inicial, no se procederá a intervención alguna.

7. Aunque, no menores, no deben obviarse tres aspectos finales a la hora de ponderar la reforma de 2010. En cuanto a eventuales exclusiones de la antijuridicidad, tras la entrada en vigor de la anterior reforma, la de 1985, la STS 12-12-1990 declaró la coexistencia entre el sistema de causas específicas del anterior art. 417 bis CP-73 con las causas de justificación. Por ello, cuando de proseguir el embarazo sea esperable un riesgo vital para la mujer, superadas incluso las 14 semanas, el aborto estará justificado por estado de necesidad. Entiendo que no existen razones para excluir, tampoco ahora, esta remota alternativa.

Resulta de interés una somera mención al *tipo subjetivo*. Tras el cambio textual y estructural experimentado, modalidad delictiva que nos ocupa, a salvo del art. 146, solo puede ser cometida dolosamente. Entiendo que el dolo ha de ser directo y, en ningún caso eventual, dejando atrás la polémica del viejo art. 412 CP-73.

No debe concluirse el análisis de la presente figura, rememorando que el *concurso* sigue rigiéndose por los mismos parámetros que los del derecho anterior, pues en este aspecto la regulación ni ha sufrido alternaciones ni existían razones para ello. Así, el aborto causa por terceros puede concurrir con cualquier otro delito contra la vida o la integridad física de las personas; las reglas del concurso ideal (SS 24-6-1930, 17-2-1931, como recuerdan las SS 30-3 y 3-4-1985, 13-11-2003) despliegan con plenitud su eficacia, especialmente en el caso

de concurrir con asesinato (ya, S 7-7-1909; disparar sobre una mujer embarazada: S 4-11-1998) u homicidio (SS 15-3-1988, 4-3-2002).

Finalmente, la *penalidad* no sufre variación real respecto de la anterior: de uno a tres años de prisión. Además, se impone con carácter general y no solo al personal sanitario, la pena de inhabilitación especial de uno a seis años para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados. Tampoco creo que sea aquí conveniente aplicar el art. 57.1.

**B. Tipo agravado: *práctica en centro no autorizado* (art. 145.1 II).**

1. La *acción* consiste en la realización de un aborto fuera de un centro autorizado. Supone una agravación extraña; de entrada es facultativa y, en segundo lugar, parece recuperar el viejo Derecho bajo el que se castigaba el aborto realizado médicamente, pero, lógicamente, en condiciones precarias. Ahora, estas condiciones no han de ser necesariamente tales, pero el hecho de que se practique fuera de un establecimiento autorizado es llamativo: quizá la localización sea lo menos grave de la nefasta intervención. Igualmente, parece este precepto ser fruto de ciertas difusiones periodísticas, hasta la fecha no demostradas, cuya instrucción penal, pasada la primera etapa de bullicio mediático, se nutren del polvo de los estantes de la oficina judicial.

2. La *penalidad*, como se ha señalado, es la pena a imponer en su mitad superior: resultaría de prisión de dos a tres años, e inhabilitación de tres años y seis meses a seis años; sin embargo, al tratarse de una agravación facultativa, no es segura tal agravación ni menos aún ofrece el legislador datos alguno al juez para que opere en el sentido alguno.

**C. Tipo agravado: *aborto posterior a las 22 semanas* (art. 145.3).**

1. Aquí la letra de la ley sobre la *acción* descrita en este subtipo agravado, obra, como el anterior, de la LO 2/2010, dice más de lo que quiere decir. En efecto, literalmente entendido, olvida, por un lado, la apertura de atipicidad de anomalías vitales del feto, contemplada en el art. 15 c) LO 2/; por otro, pasa por alto un eventual estado de necesidad consistente en salvar la vida o la integridad física o mental de la mujer ante un riesgo vital inminente.

Por ello, esta agravación ha de ser entendida en sus justos términos. Lo que se castiga con mayor pena es la práctica de un aborto pasa-

das las 22 semanas de gestación, sin mediar riesgo para la vida para la mujer y sin haberse apreciado anomalías en el feto incompatibles con la vida. El límite temporal es igualmente relevante, pues por debajo de ese plazo límite no entra en juego la presente agravación.

**2.** En cuanto a la *exclusión de la antijuridicidad*, como se viene reiterando, este subtipo también está justificado por estado de necesidad, la IVE, sobrepasadas las 14 semanas si existe riesgo vital para la mujer en caso de proseguir el embarazo; no entenderlo así supone primar injustificadamente una eventual vida humana futura sobre una existente, imponiendo a la mujer la pena de correr el riesgo más que probable de perder la suya o salir muy mal parada del trance. En definitiva, no es más que una aplicación de la práctica terapéutica, pues no hay que olvidar que el médico se debe al bien del paciente, y paciente, como persona, no hay más que una: la gestante.

**3.** En lo tocante a la penalidad, la pena a imponer, en referencia al tipo básico y al eventual agravado ya analizado sería, nuevamente, pues ambos subtipos pueden darse en el delito que nos ocupa, la de aquel en su mitad superior, lo que nos deja unas penas para el tipo básico de prisión de dos a tres años, e inhabilitación de tres años y seis meses a seis años y para el eventualmente agravado de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación de cuatro años y nueve meses a seis años.

#### **IV. TIPOS ATENUADOS DE COAUTORÍA (ART. 145 BIS)**

En coordinación con la nueva regulación de la IVE, la LO 2/2010 introdujo estas modalidades atenuadas de la mano del nuevo art. 145 bis y en ningún caso la embarazada se castigada por las infracciones expuestas a continuación (art.145 bis. 3).

**A.Tipo básico: inobservancia de requisitos legales [art. 145 bis 1. a), b) y c)].**

**1.** Pese a que la ley redacta esta figura innominadamente solo puede ser *sujeto activo* un médico especialista (art. 13. Primero. LO 2/2010); estamos, por tanto, ante un delito especial. Un tercero cometerá siempre el tipo básico. Se restringe, además, el círculo de sujetos activos al que practique el aborto, no a quien también lo dirija, como sucede en otros supuestos. Querida o no por el legislador, esta limitación resulta inequívoca a la vista de la taxativa letra de la ley. En cuanto al *sujeto pasivo* la comunidad es el principal afecto y, quizá también, la mujer, si se le hace correr riesgos sanitarios.

2. Cuatro son las modalidades de estos tipos atenuados, que parten de la doble premisa de la existencia de consentimiento de la mujer y de la realidad de los supuestos fácticos del aborto. Así:

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:* el practicante de la IVE no ha de haber facilitado necesariamente y de propia mano las informaciones de referencia, sino que ha de haber verificado que estas se hayan llevado a cabo; para ello bastará examinar la historia clínica y, subsidiariamente, preguntar a la mujer y anotar la respuesta en aquella.

b. *Sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación:* se trata del periodo de tres días establecido para el aborto a petición de la mujer, entre la entrega de la documentación informativa del apartado anterior y la práctica de la IVE, término recogido en el art. 14 b) LO 2/2010. Dadas las circunstancias, conviene adoptar una interpretación de esta figura penal lo más restrictiva posible. Así, si los días son de 24 horas, habrá que convenir que lo que haya de transcurrir entre la entrega fehaciente del sobre informativo y la intervención son 72 horas. A ello no se opone el modo de cómputo del art. 5 CC, que cuenta los días naturales a partir del siguiente de la notificación para el ejercicio de derechos (pre)procesales; este cómputo dilata en demasía la espera sin razón aparente y en contra, principalmente, de la mujer a la vista de su estado emocional y del médico especialista. El cómputo de hora a hora aquí propuesto es, por otra parte, el mismo que se utiliza para calcular la mayoría de edad penal, a diferencia de la civil; así, es de hora a hora y no a las 0 horas del día en que se cumplen los años, cálculo con idéntica finalidad restrictiva de la acción penal estatal sobre el sujeto.

c. *Sin contar con los dictámenes previos preceptivos:* en los casos de IVE por indicación médica los diversos dictámenes, incluidos los del comité clínico son requisitos indispensables, sin los que no puede producirse la intervención; no parece político-criminalmente adecuado equiparar esta gravísima omisión a las precedentes; una mayor penalidad sería aconsejable.

Una mención requieren los tipos de imperfecta ejecución en esta conexión. El aborto se ha de producir, pues el delito es de resultado; la mera inobservancia de los requisitos, pero sin llegar a realizar la IVE, entiendo que es impune, pues desatenderlos sin que se produzca el aborto es impune, dado no se ha generado un delito específico

de omisión, sino que esta infracción de la normativa específica va anudada a la realización de un aborto.

Por lo que respecta al *tipo subjetivo* ha de señalarse que estamos ante un delito doloso, quedando expresamente excluida (art. 146) la imprudencia, por lo que la inobservancia de los requisitos anteriores debidos a falta de diligencia no generarán responsabilidad alguna.

**3.** En cuanto al *concurso* conviene reseñar que si, como consecuencia de estas inobservancias contenidas en el subtipo, se produce una lesión para la mujer, se generará el correspondiente concurso real de delitos. Si se produjeran lesiones dolosas graves o por impericia profesional en el feto (art. 158), estas quedarían absorbidas por el delito que nos ocupa; de lo contrario, resultarían más penadas las dichas lesiones que un aborto efectivamente llevado a cabo, lo cual es una antinomia valorativa.

Finalmente, resalta la *penalidad* que es sustancialmente más benigna que la del tipo de coautoría al prescindir de la pena privativa de libertad y aminorar sensiblemente la de pérdida de derecho; así, corresponde una pena de 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.

**B. Tipo agravado: fuera de centro autorizado [art. 145 bis 1. d)].** Con no muy afortunada técnica legislativa, se contempla aquí una combinación entre los supuestos precedentes y el que nos ocupa, ya visto como agravante igualmente facultativo en el tipo de coautoría. Si se interpreta literalmente es una reproducción de la previsión del segundo punto del art. 145.1, lo que a todas luces resulta improcedente; por ello habrá que considerar que esta agravación potestativa lo será para cualquiera de los tres supuestos atenuados precedentes.

Por lo que respecta a la *penalidad*. Nuevamente la agravación punitiva es optativa, sin que la ley ofrezca criterios al Juez. De esta suerte la multa podría ser de nueve a doce meses y la inhabilitación especial de catorce meses a dos años.

**C. Tipo agravado: aborto posterior a las 22 semanas (art. 145 bis 2.).** Esta agravación por aborto extemporáneo, al igual que la agravación optativa anterior, ha de ser interpretada sistemáticamente para que sus efectos sean realmente agravatorios; para ello habrá que entenderlo

circunscrito en exclusiva a los incisos a) a d) del apartado primero del art. 145 bis.

Aquí la *penalidad* es la de multa de nueve a doce meses e inhabilitación especial de catorce meses a dos años.

## V. TIPOS AGRAVADOS DE EJECUCIÓN (ART. 144)

A diferencia del apartado anterior, no se trata aquí de tipificaciones singulares de coautoría, sino de tipos de autoría ordinaria, dado que la mujer no solo no interviene sino que, además, es también víctima; estamos ante un delito pluriofensivo.

**A.** El *sujeto activo*, facultativo o no, lleva a cabo el aborto sin consentimiento o contra el consentimiento de la embarazada. Entiendo que, fuero de urgencias vitales, ahora el consentimiento ha de ser expreso en los términos de la legislación en materia de consentimiento informado y autonomía del paciente. Por su parte, *sujeto pasivo* es aquí doble: la sociedad, por un lado, y, por otro, la mujer, en cuanto es víctima de conductas contrarias a su capacidad de autodeterminación. Ésta es, precisamente, la peculiaridad del delito complejo que aquí se presenta: al reunir en un solo tipo varios delitos, pueden verse afectados varios bienes jurídicos, de la misma o diversa índole, del mismo o de varios titulares.

**B.** La ausencia de consentimiento de la mujer tanto puede ser externa al sujeto activo como provocado por él mismo; lo relevante es que al sujeto le conste la falta de voluntad de la mujer a quien se le practique el aborto, con independencia de a qué obedezca tal falta de consentimiento. La Ley considera (art. 144 II) que el consentimiento viciado ha de ser producido mediante violencia, amenaza o engaño; esta equiparación, especialmente la del engaño a las otras manifestaciones, no resulta ni dogmática ni político-criminal ni sistemáticamente correcta. El engaño supone un ataque menos lesivo, no a la formación de la voluntad de las personas, sino a su propia integridad física o moral. Piénsese, por ejemplo, en la violencia o intimidación propias del delito de violación. Esta diferencia, como mínimo, habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena.

Así, para el caso de *intimidación*, deberá amenazarse a la embarazada con un mal inmediato y grave; la gravedad ha de medirse por su relevancia penal: el mal ha de constituir delito que, salvo la amenaza de lesiones, tenga una pena igual o superior a la pena de prisión de cuatro

a ocho años. Por lo que respecta al engaño no se comprende, como se ha señalado, la equiparación con las modalidades típicas reseñadas. El único engaño posible y aceptable en esta constelación es hacer creer a la embarazada, sin que ella lo sospeche, que va a ser sometida a una intervención no abortiva. Dificilmente será sostenible cuando la mujer sepa que acude al establecimiento de un sujeto conocido como abortero.

En fin, llama la atención la *gravedad* de la pena; ésta reside en el hecho de que nos hallamos ante un *delito complejo*: dos son los bienes jurídicos en juego: el del aborto y el de la libertad y seguridad de la mujer. De ahí que case mal aquí el engaño, cuando menos equiparado a las formas ‘violentas’ de obtención del consentimiento o de realización de prácticas abortivas sin consentimiento alguno de la, aquí sí, víctima.

En orden a la *exclusión de la antijuridicidad* no resulta imaginable causa de justificación alguna. Desaparecido felizmente el aborto *honoris causa*, esa alternativa ha de entenderse proscrita en nuestro Derecho.

Se trata de un delito estructural y legalmente doloso. El dolo, ciertamente, máxime si se crea la ausencia de consentimiento propio y espontáneo, ha de ser directo.

C. Por lo que respecta al *concurso* no procede el castigo de las violencias, salvo que éstas integren por sí mismas un delito doloso de lesiones; las imprudentes quedan subsumidas en el tipo, tal como se entiende para las agresiones sexuales. Sorprendente, en fin, resulta la S 6-4-2004 que considera, de facto, un concurso de leyes entre el aborto consentido y el no consentido; no apreciado éste, se modifica la calificación definitiva, pero debió condenarse por aborto consentido no quedando afectado el principio acusatorio.

En cuanto a la *penalidad*, el castigo, como se ha adelantado, es grave: privación de libertad de cuatro a ocho años e inhabilitación profesional para el ejercicio de actividades (para) sanitarias de tres a diez años. Esta pena resulta, de hecho, más grave que la derogada para el tipo equivalente. A diferencia del resto de modalidades del aborto punible, sí se considera procedente la aplicación del art. 57.

## VI. ABORTO IMPRUDENTE (ART. 146)

Este es uno de los pocos delitos en que se castiga la imprudencia, contrariamente a lo que sucedía en el Derecho anterior –dejando de lado el arcano, para un sector doctrinal, del art. 412 del CP-73–, en



que solo cabía la comisión dolosa. Como se verá ya solo se castiga la imprudencia grave, siendo la leve impune. En todo caso, el ámbito de la imprudencia parece muy reducido; *solo se castiga la grave y la mujer, siempre, queda excluida* (art. 146 III).

#### A. Aborto por imprudencia grave (art. 146 I).

**1.** Puede cometerlo cualquiera que no sea personal sanitario exclusivamente, es decir, médicos o diplomados en enfermería, especialmente comadronas; tampoco la embarazada, pues queda impune (art. 146 III).

Al tratarse de una imprudencia y grave, la acción consiste en omitir el más elemental deber de cuidado. Tal podría ser caso del marido que, conociendo el estado de buena esperanza de su esposa la empuja violentamente, haciéndola caer del muro donde estaba sentada (10-5-1999), lo que parece impropio. En cambio, si, a causa de las prácticas inadecuadas sobre la gestante, nace una criatura que, por las lesiones recibidas en el seno materno, fallece al poco tiempo de nacer, el delito en jurego es un homicidio imprudente (S 29-11-2001).

**2.** Entran en el juego concursal delitos contra la integridad física, normalmente en concurso ideal; el conocimiento del estado del embarazo de la mujer y ejercer violencia sobre ella no supone, forzosa-mente, que estemos ante un aborto imprudente y menos por imprudencia grave (en contra, S 19-5-1999); es un resabio del extinto art. 412 CP-73.

Por lo que respecta a la *penalidad*, obsérvese que, suprimida la pena de arresto de fin de semana, en virtud de la LO 15/2003, ha resultado agravada la penalidad de esta figura al castigarla con de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Dada la naturaleza de la infracción, no resulta apropiado aplicar el art. 57.1.

#### B. Aborto por negligencia profesional (art. 146 II).

**1.** Médicos o diplomados en enfermería; no cabe entender otro personal sanitario, pues ni la medicina o cirugías en general ni la obstetricia ni la ginecología entran en su ámbito ordinario de actuación; es, pues, un delito especial. Esta modalidad agravada se compadece con el caso de una intervención quirúrgica, una vez aplicada anestesia local a la paciente, y tras de haber medido la profundidad de su útero e instalado un dilatador, por medio de una sonda se aspiró durante algunos minutos; tras otras maniobras incorrectas, al explo-

rar la zona afectada se pudo comprobar que varios centímetros de asas intestinales asomaban fuera de la vagina (S 13-11-2003).

2. Finalmente, en cuanto a la *penalidad*, a la pena, ahora, de prisión o multa, se añade la de inhabilitación de uno a tres años. Este es el único caso, en el contexto del aborto punible, en que se castiga al facultativo en razón a su profesión, pero únicamente por mala praxis y no por el hecho de haber producido un aborto.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Fundamento y naturaleza del art. 417 bis y su relación con las eximentes genéricas. En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/DENDALUZE, Iñaki/ECHEBURÚA, Enrique (comps.), Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Domostia-San Sebastián: IVAC-KREI, 1989, p. 707 y ss.

HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. En: Santiago MIR PUIG (Ed.). La despenalización del aborto. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, Servicio de Publicaciones, 1983, p. 14 ss.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. En: Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), N°. 68, 2005, 69 p.

-----. El Aborto no punible. Barcelona: Editorial Bosch, 1990.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Español. Parte General. Octava edición, Barcelona: Reppertor S. L., 2008.

QUERALT, Joan. Derecho Penal Español. Parte especial, sexta edición. Barcelona: Atelier, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia STC 53/1985.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia TEDH 5-9-2002, 8-7-2004, caso Vo c/ Francia.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia TEDH 10-4-2007, caso Evans c/ Reino Unido.