



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Supuestos permitidos para realizar la práctica del aborto en la regulación española

Autora:

Lara Huertas Lozano

Director:

Jorge Vizqueta Fernández

Facultad de Derecho, 2022

A las Islas Canarias. Por hacerme sentir como en casa estando tan lejos, por quitarme una hora y darme tantos momentos para el recuerdo y por darme personas tan increíbles. Nunca podré agradecerlos del todo. Gracias.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ANÁLISIS	4
1. ABORTO COMO DELITO Y COMO DERECHO DE LA MUJER	5
2. VIDA HUMANA DEPENDIENTE E INDEPENDIENTE	6
3. SISTEMA DE PLAZOS O MODELO DE INDICACIONES	8
III. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA IVE	10
1. ANTES DE 1985.....	10
2. LEY ORGÁNICA 9/1985.....	10
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985	14
4. LEY ORGÁNICA 2/2010.....	16
5. ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010	18
IV. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL ABORTO	20
1. NUESTRO CÓDIGO PENAL Y EL DELITO DE ABORTO.....	20
2. MARCO LEGAL ACTUAL.....	21
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABORTO LEGAL	23
V. REQUISITOS COMUNES A LA IVE.....	25
1. EL CONSENTIMIENTO DE LA EMBARAZADA	25
2. REALIZACIÓN DE LA IVE POR UN MÉDICO	29
3. REALIZACIÓN DE LA IVE EN UN CENTRO SANITARIO	30
VI. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR PETICIÓN DE LA MUJER	30
VII. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR CAUSAS MÉDICAS.....	32
1. INDICACIÓN TERAPÉUTICA	33
2. INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA.....	35
VIII. CONCLUSIONES.....	38
IX. BIBLIOGRAFÍA	41

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

FJ: Fundamento jurídico

IVE: interrupción voluntaria del embarazo

LO: Ley Orgánica

OMS: Organización Mundial de la Salud

RAE: Real Academia Española

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo de fin de grado me dispongo a analizar los supuestos en los que en la actualidad está permitido realizar una interrupción voluntaria del embarazo en España. Para ello, realizaré un acercamiento a la evolución de la regulación legal del aborto en España y, una vez lleguemos al marco normativo actual, analizaré los supuestos expresados en tal norma y los requisitos necesarios establecidos para que se den dichos supuestos.

La interrupción voluntaria del embarazo o la problemática del aborto, como prefiramos referirnos a tal cuestión, es el ejemplo más evidente de proyección jurídica de una controversia que en el ordenamiento español se puede apreciar con especial nitidez. Para comenzar con tal cuestión, creo que resulta importante entender qué es el aborto y cuál es la razón por la que generaba y sigue generando hoy por hoy tanto debate.

El derecho al aborto genera múltiples conflictos debido a dos grandes factores. Por un lado, su constante lucha con otros derechos constitucionales y especialmente con el derecho a la vida. Por otro lado, la constante presión de la opinión pública con respecto a ese tema; todos los sectores de la sociedad tienen convicciones muy dispares sobre la problemática del aborto que se preocupan por mostrar e intentar imponer a otros sectores de la sociedad.

De acuerdo con la RAE abortar quiere decir “interrumpir o frustrar el desarrollo de un plan o proceso”. Estas palabras podrían dar a entender que el aborto se refiere a cualquier interrupción del embarazo incluyendo, por ejemplo, la expulsión prematura del feto. Pero para nuestro ordenamiento, en la actualidad, para que se considere aborto se exige la muerte del feto ¹.

¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 331.

Por su parte, la OMS define el aborto como “la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno”. Actualmente se considera que el feto es viable fuera del vientre materno una vez supere la semana veintidós de gestación.

Otra definición posible del aborto, concretamente esta para el ámbito del Derecho Penal, es “aquella muerte del feto provocada voluntariamente bien en el vientre de la embarazada o bien provocando la expulsión de este prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina”.

Con estas tres definiciones podemos entender que el aborto consiste en la muerte del feto, cuando este no es viable fuera del seno materno provocando o su expulsión prematura del vientre materno o su fallecimiento dentro de él según cuales sean las condiciones de esta interrupción del embarazo.

Una vez esclarecido qué significa abortar pasamos a hablar sobre el conflicto sobre el aborto. El derecho al aborto se encuentra intrínsecamente ligado al derecho a la vida. La cuestión de si el nasciturus, esto es, el concebido no nacido, es titular del derecho a la vida consiste en la base elemental del conflicto sobre el aborto. Este derecho a la vida en palabras del Tribunal Constitucional constituye, además de un derecho fundamental, el cual debe protegerse con las garantías constitucionales que van acompañadas de tal calificación, un derecho troncal debido a que supone un supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no podrían ni siquiera llegar a existir.

Para ser titular del derecho a la vida o de cualquier otro derecho primero debemos ser persona; tener atribuida personalidad jurídica. Pero, la cuestión es: ¿qué se considera ser persona para nuestro ordenamiento jurídico? Para hallar la respuesta debemos buscarla en nuestro Código Civil pues es donde se regulan los aspectos principales relativos a la persona. Concretamente la respuesta la encontramos en los artículos 29 y 30 de este. Dichos artículos nos dicen que la personalidad jurídica, lo que nos reconoce como personas ante la ley, se adquiere por el nacimiento y que el nacimiento se considera una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. De esta lectura de los artículos entendemos rápidamente que el nasciturus no puede considerarse persona y, por tanto, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, tampoco es titular del derecho a la vida. Aun así, nuestro ordenamiento le ofrece cierta protección pues el artículo 29 también establece

que el nasciturus se considerará nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que llegue a nacer bajo las condiciones del artículo 30. Estas condiciones son dos: el entero desprendimiento del seno materno y el nacimiento con vida por parte del bebe. Así que, podemos entender que, aunque no sea titular del derecho a la vida sí que merece cierta protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico en aras de ser un futuro titular de este derecho tan importante. Por tanto, aunque el legislador no lo considere un titular del derecho a la vida sí que lo considera un bien jurídico protegido por nuestras leyes.

En relación sobre la importancia del derecho a la vida y el nasciturus, el Tribunal Constitucional en la sentencia más importante sobre el derecho al aborto y el nasciturus, de la cual hablaremos más adelante, nos relata: “Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina en la muerte” (fundamento jurídico 5 STC 53/1985).

Además del derecho a la vida existen otros derechos que se ven afectados por la práctica del aborto. Entre ellos estaría el derecho a la dignidad (artículo 10 CE), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la libertad de creencias e ideas (artículos 16 CE), al honor (artículo 18 CE) o a la intimidad (artículo 18 CE). Todos ellos son derechos de los que es titular la mujer embarazada, los cuales pueden verse vulnerados de no existir suficientes garantías para que pueda ejercer su derecho al aborto.

Esto resulta de gran importancia pues nuestra constitución, madre de todo nuestro ordenamiento jurídico, parte de, entre otros, del siguiente principio básico “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9 CE). Este principio traslada a los poderes públicos la obligación de respetar todos los derechos establecidos en la Constitución. Esto se traduce en la obligación de no lesionar los derechos de los ciudadanos y a la vez en garantizar que estos se cumplan de una manera efectiva y real². Como es de esperar, esto también se traduce en el derecho del aborto para la mujer, junto al resto de derechos de los cuales es

² BARTOLOMÉ CENZANO, J.C, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 66.

titular que se ven involucrados, y en el derecho a la vida para el nasciturus, si consideramos que existe tal derecho en relación con el nasciturus, cuestión que como vamos a ver resulta de gran importancia para el ejercicio del derecho al aborto por parte de la mujer y que no está dotada de una respuesta fácil o sencilla.

II. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ANÁLISIS

Una vez realizada una introducción al trabajo procedemos a efectuar una aproximación al objeto de análisis: la interrupción voluntaria del embarazo. Para ello, me resulta de interés hablar sobre los distintos puntos del debate sobre el aborto y las posturas que existen en él. En este epígrafe expondré las grandes ideologías sobre las que se desplaza la cuestión del aborto.

Comenzamos con la calificación jurídica de la figura del nasciturus. Este, de acuerdo con la RAE, es “el concebido, pero no nacido, como fase de la vida humana interna o en formación”. Esta figura será el objeto material sobre el que recae la acción típica del delito de aborto. Es el objeto en el que se encarna el bien jurídico protegido. Pero, una vez esclarecida esta cuestión, es necesario preguntarnos ¿cuál es el bien jurídico protegido en el delito de aborto? Este será la vida humana dependiente. Este es el bien inmaterial que protege nuestro ordenamiento jurídico y es quien entra en confrontación con la vida de la mujer. Pero debido a que se considera un bien jurídico protegido y no un titular de derechos, a diferencia de la mujer, podrá estar sujeto a mayores limitaciones que un derecho por lo que deberá ceder con mayor facilidad en el caso de que exista confrontación entre ambos.

Una vez resuelta esta primera cuestión, queda plantearse quién es el titular de dicho bien jurídico. La respuesta más fácil sería la madre, pero entendemos que ella no puede ser, puesto que es la autora o coautora del delito. El nasciturus tampoco es el titular porque no es considerado persona a la luz del Código Civil (que da la consideración de persona una vez transcurrido el momento del parto, según el artículo 29 de este) además de ser la encarnación de este bien jurídico. Solo nos quedaría entender como titular de tal bien jurídico a la sociedad³.

³ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 69.

Partiendo de esto, históricamente, la regulación del aborto ha sido fuertemente influenciada por el cristianismo, y concretamente por la Iglesia Católica, por lo que ha sido condenada moral y socialmente, así como tipificada en los distintos códigos como homicidio. No es hasta los últimos siglos donde el paradigma ha cambiado, a la vez que la ética y la moral del conjunto de la población avanzaba hasta nuestra visión contemporánea, y se han abierto distintas teorías sobre el aborto.

1. ABORTO COMO DELITO Y COMO DERECHO DE LA MUJER

Con base en eso han existido dos grandes concepciones teóricas por las que se han ido moviendo los distintos ordenamientos jurídicos para posicionarse sobre la problemática del aborto. La primera es la heredera de los argumentos que se formulan para defender la inmoralidad del aborto planteando que la interrupción del embarazo es, por definición y en general, una conducta ilícita de tal gravedad que debe ser regulada únicamente por el Derecho Penal. Por lo general, los partidarios de esta concepción se verán más ligados a unos planteamientos de base religiosa donde la moral católica considera que en todo momento el no nacido es persona y como tal es titular del derecho a la vida. Y como titular de este derecho debe ser protegido y respetado de igual manera que la gestante, o incluso más, por lo que cualquier acto de privación de esta libertad del no nacido será moralmente reprobable como mínimo⁴. Esta postura acaba posicionando a la mujer embarazada como una simple receptora de un ser superior, el nasciturus, frente al cual deben rendirse el resto de los intereses en juego durante el embarazo, sobre todo los de la gestante⁵. Este grupo de pensamiento sacraliza el momento de la fecundación hasta el punto de dotarla de igual o más importancia que para fases posteriores de la vida humana y, por ende, considerar el aborto como un supuesto más de homicidio⁶. Esta primera postura fue la adoptada por el Legislador español hasta 1985.

En el otro lado del campo encontraremos un discurso basado en la libertad individual de la mujer. Este discurso concibe la interrupción del embarazo como un

⁴ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, J.L., *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX, Siglo XXI*, Madrid, 1992, p.148.

⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 71.

⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 32.

derecho de la mujer y no como un delito. El aborto será fruto del ejercicio de la libertad individual y la autonomía de la mujer. En la vertiente más radical de este discurso encontraremos a los que consideran que el interés preponderante es la mujer gestante dejando al feto como una simple prolongación del vientre de la embarazada, careciendo de protección alguna propia al margen de la que se le proporciona por encontrarse en el vientre de la mujer⁷. Pero esto solo representa a una minoría, por lo demás esta postura no debe llevarnos a pensar que el aborto no deba estar sometido a cierta regulación por parte del ordenamiento o que los intereses del feto no se deben tener en cuenta de acuerdo con esta ideología.

Toda norma reguladora del aborto se moverá entre estos dos extremos según las convicciones políticas y sociales del lugar y el momento donde se desarrolle. Gran parte de legislaciones han optado por instaurar una postura intermedia entre estas dos posiciones ideológicamente enfrentadas y la mayoría de los ordenamientos asumen el aborto como una posibilidad que parte del derecho de una mujer a disponer de su propio cuerpo. “Algo posible en la medida en que la maternidad es un deber que se podría calificar como relativo, ya que su cumplimiento ha de ser valorado como un mérito, pero su incumplimiento no puede ser considerado una falta”⁸.

2. VIDA HUMANA DEPENDIENTE E INDEPENDIENTE

Debido a esta dualidad de opiniones, la regulación del aborto se encuentra ligada a la regulación del homicidio sin que nunca lleguen a quedar demasiado claros los límites que separan a ambas figuras delictivas. Es común, al menos en la actualidad, por parte de la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considerar el aborto como el delito contra la vida humana dependiente y el homicidio el delito contra la vida humana independiente⁹. Denominamos desde el ámbito penal al nasciturus vida humana dependiente porque existe una vinculación orgánica durante el embarazo que une al feto

⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 71

⁸ LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T, *La mitad del mundo (Ética y Crítica feminista)*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004, p. 64.

⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 323.

y a la embarazada. Esta vinculación orgánica se traduce en una relación de dependencia del feto respecto a la embarazada¹⁰.

Partiendo de la base que consideramos a la vida humana dependiente como un bien jurídico protegido, es preciso definir el inicio y el fin de esta para identificar el objeto que debe ser protegido por nuestro ordenamiento. Para ello existen diversas teorías que parten de un extremo a otro. Por un lado, podemos considerar que la vida humana dependiente comienza en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Si avanzamos un poco más en la vida del feto la mayoría de los ordenamientos consideran que el momento sería la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer; este momento ocurre catorce días después de la fecundación. Y, por último, existe un tercer momento en el que se puede considerar que nace la vida humana dependiente y este es al inicio de la fase fetal, pasados 57 días desde la fecundación. Para nuestro ordenamiento este momento ocurre catorce días después de la fecundación. A partir de ese instante comienza la vida humana dependiente. Por otro lado, el consenso general de la comunidad científica sitúa en la semana veintidós de gestación el momento a partir del cual existe viabilidad extrauterina. Este es el momento en el que el nasciturus ya es susceptible de llevar una vida independiente de la madre, aunque no por ello deja de tener protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico¹¹. Esta protección se alargará hasta el momento en que el feto se encuentre separado del vientre materno, instante en el que se considerará vida humana independiente y su muerte pasará a penalizarse a través del delito de homicidio o, en su caso, asesinato.

La regulación actual en España ha optado por un punto de vista intermedio en el que existirán dos fases a diferencia durante el periodo de gestación. La primera fase ocupará las primeras 14 semanas del embarazo y será donde los intereses de la embarazada se sitúan en primer lugar. A partir de este momento y en adelante hasta el parto, la valoración de intereses varía y se sitúan en primer lugar los intereses del feto¹². Por lo que la pena variará según si el objeto de delito es el nasciturus o ya es un ser vivo

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 71.

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 32.

¹² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 81.

independiente; esto en consonancia con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 a la que nos referiremos en detalle más adelante¹³.

3. SISTEMA DE PLAZOS O MODELO DE INDICACIONES

Una vez esclarecido que el reproche jurídico dependerá de si la intervención se realiza sobre el ser vivo dependiente o independiente, la siguiente pregunta se refiere a cómo decidir cuándo permitir abortar. Para regular esta situación existen dos modelos principales en los que basarse: uno basado en reglas temporales, sistema de plazos, o materiales, sistema de indicaciones. El sistema de plazos establece una fecha hasta la cual se permite realizar el aborto legalmente sin ninguna otra condición esencial más que la voluntad de la mujer gestante manifestada libremente. Este modelo puede complementarse con un modelo de indicaciones, como es el caso de la regulación actual del aborto en España. El sistema de indicaciones por su lado, parte de la base de que el aborto está prohibido en cualquier etapa del embarazo, pero existen una serie de circunstancias contempladas en la norma en la que la intervención se considera lícita si se cumplen determinados requisitos. Estas circunstancias concretas varían según razones políticas o sociales.

De acuerdo con Vives Antón vamos a encontrar cinco posturas principales en relación con el aborto que van desde la prohibición absoluta a la permisividad total relacionadas con el sistema de plazos o el modelo de indicaciones. Comenzamos con la prohibición absoluta que se denominaría la posición conservadora extrema, los que se adhieran a su opinión no admitirán la legitimidad del aborto en ningún caso salvo en supuestos muy concretos en los que exista grave peligro para la salud de la embarazada. El siguiente escalón en la ideología del aborto sería la postura conservadora moderada donde encontraríamos el sistema de tres indicaciones: la terapéutica, la eugenésica y la ética. Esta postura corresponde a la regulación de la LO 9/1985. Una postura intermedia estaría al añadir la indicación social o la de necesidad, dotando al sistema de indicaciones de un mayor número de supuestos. Por su parte, la posición liberal del aborto se identifica con un sistema de plazo donde el aborto se permita en cualquier supuesto a lo largo de un determinado periodo de tiempo. Para terminar, el planteamiento identificado con la

¹³ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 321.

permisividad total proclama el derecho de la mujer a poder interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquier momento de este sin ningún tipo de requisito para poder acceder a él o con unos requisitos muy suaves¹⁴.

La actual regulación en España, recogida en la LO 2/2010, la cual trataremos a lo largo de este trabajo junto a otras normas reguladoras del asunto, armoniza la posición liberal otorgada por el sistema de plazos con la solución intermedia de las indicaciones. La conjugación de ambos sistemas es la mezcla predominante entre los Estados de nuestro entorno cultural.

Dos de los grandes problemas de la regulación en España del aborto, los cuales, como vamos a ver en posteriores epígrafes, se han intentado paliar a través primero de un modelo de indicación y posteriormente con un modelo híbrido entre el sistema de plazos y el modelo de indicaciones, han sido el turismo abortivo y el aborto clandestino. Se denomina turismo abortivo a la práctica realizada por mujeres embarazadas pertenecientes a países cuya regulación sobre el aborto se considera restrictiva de viajar a otros países con una regulación más permisiva para realizar en ellos la interrupción de su embarazo. Y se denomina aborto clandestino o aborto inseguro a la interrupción del embarazo realizada por personas que carecen de la particularidad de ser facultativos médicos o realizada en un ambiente que carece de las garantías médicas necesarias, o ambas.

Con respecto al turismo abortivo, en Gran Bretaña, uno de los lugares más frecuentados por las mujeres españolas para este tipo de turismo, en el año 1977, poco después de la muerte del General Franco cuando España empezaba a abrir fronteras casi cuarenta años de represión, abortaron más de 10.000 españolas, llegando casi a las 30.000 en el año 1983, dos años antes de la aprobación de la LO 9/1985.

¹⁴VIVES ANTON, T, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, en *Revista española de derecho constitucional*, Año n5, N15, 1985, p.122.

III. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA IVE

1. ANTES DE 1985

En España, la primera vez que se llega a plantear la problemática del aborto fuera del Código Penal es durante la Guerra Civil durante un corto periodo de tiempo. Concretamente el aborto se positiviza mediante el decreto de presidencia de 25 de diciembre de 1936 en Cataluña complementado con la orden del departamento de sanidad y asistencia social de 1 de marzo de 1937¹⁵. Después de la Guerra Civil, con la instauración de la dictadura franquista se derogan estas normas, se vuelve a la prohibición del aborto únicamente regulado como acto punible por la normativa penal y, con el fin de teóricamente proteger el interés demográfico del Estado, se empiezan a perseguir las prácticas abortivas¹⁶.

2. LEY ORGÁNICA 9/1985

No fue hasta después de la Dictadura del franquismo donde se vuelve a reabrir el debate doctrinal sobre el aborto, después de casi un siglo y medio en el que la regulación en España del aborto se había mantenido inalterada. Durante ese tiempo, solo era imaginable poder apreciar la genérica eximente del estado de necesidad como salvaguarda contra las consecuencias legales por la práctica de un aborto.

Así, en 1978 nace la Constitución Española y con ella el avance hacia la democracia y nuevas formas de pensamiento más adaptadas a las líneas generales del resto de nuestros compañeros europeos. Esta época supuso un devenir de acontecimientos que produjeron un cambio en el panorama social español y esto se tradujo en novedades legislativas. Entre estas medidas podemos mencionar la aprobación de la reforma del artículo 416 del Código Penal introducida mediante el Real Decreto 3033/1978. Mediante esta reforma se suprime la prohibición de divulgación de productos anticonceptivos¹⁷. Esto sirvió como antecedente para la despenalización del aborto.

¹⁵ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 9 de enero de 1937, p. 114 y 115, y de 5 de marzo de 1937, p. 995-998.

¹⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A. “*Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo*”, en VV. AA., *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas* (Coord. por Ruiz de la Cuesta, A.), Sevilla, 2005, p. 248.

¹⁷ Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

En este contexto histórico nace la LO 9/1985 que modifica el Código Penal de 1973 para añadir al artículo 417, donde se regulaba el delito del aborto, un artículo 417 bis, donde se contendrían los supuestos en los que el aborto se consideraría lícito. El principal objetivo que se propuso el legislador español con la promulgación de esta Ley Orgánica era la erradicación de dos prácticas que acechaban nuestro país desde hacía años. Hablamos del turismo abortivo y de los abortos clandestinos.

Lo primero que debe mencionarse sobre esta Ley Orgánica es la labor que efectuó como despenalizadora del aborto en España. Hasta la fecha de su entrada en vigor la práctica abortiva se había encontrado regulada únicamente en el ámbito penal de manera prohibitiva, a excepción del breve periodo de tiempo durante la II República al que hemos hecho mención anteriormente. Esta Ley Orgánica es la primera vez que se mantiene en el tiempo una regulación que regule supuestos en los que el aborto se encuentra permitido bajo nuestro ordenamiento jurídico. Con esta ley España se une a la línea que Europa comenzaba a seguir durante esos años (Gran Bretaña despenalizó el aborto en 1967, Francia en 1975 y la República Federal Alemania en 1976).

Hasta ese momento, en España el aborto constituía una práctica realizada en la más absoluta clandestinidad. En efecto, pese a que estuviese terminantemente prohibido se estima que en España se realizaban cerca de 100.000 abortos al año.

Que supusiera un gran avance no quiere decir que satisficiera las necesidades de los sectores más progresistas. Otros grupos parlamentarios propusieron reformas más permisivas pero el contexto social de España en aquel momento necesitaba de un consenso de la mayoría para poder resolver la cuestión cuanto antes por lo que se optó por una norma menos progresista pero que ofrecía una solución intermedia. En palabras de Gimbernat “puestos a elegir entre la prohibición y el nuevo artículo 417 bis, me inclino obviamente por esta última regulación, en cuanto se acerca más que aquella a la solución del plazo”¹⁸.

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E, “*Estudios de derecho penal*”, 3a Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

Esta Ley Orgánica parte de la consideración del aborto como un delito, el aborto sigue estando regulado en el Código Penal bajo esta ley, pero podría ser admisible legalmente únicamente bajo determinadas circunstancias tasadas. Es decir, este artículo 417 bis se establece según el sistema regla-excepción, el aborto es por regla general punible salvo que se den los requisitos necesarios para dar lugar a las tres excepciones descritas en dicho artículo. Adelantamos que estas tres indicaciones debían contar además con tres requisitos generales que se han mantenido, con escasas modificaciones, hasta la regulación actual: el consentimiento de la gestante, la necesidad de que la intervención sea práctica por un médico o bajo su dirección, y que dicha intervención deba realizarse en un centro sanitario acreditado público o privado.

El artículo 417 bis del CP 1973 no daba nombre a las indicaciones, simplemente las enumeraba en el artículo sin ninguna referencia más, por lo que estas acabaron adquirieron nombre propio gracias a la doctrina. La primera de ellas, denominada terapéutica, permitía interrumpir el embarazo cuando fuese necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física de la embarazada¹⁹. Esto podría realizarse sin sometimiento a plazo alguno, es decir, en cualquier momento del periodo de gestación mientras se emitiese un dictamen médico previo distinto de aquel que fuese a realizar la intervención, aunque sería la mujer quien, en última instancia decidiese sobre el asunto.

A continuación, la conocida como la indicación ética. Tales embarazos son aquellos causados por un delito de agresión sexual en el que concurriese alguna de las siguientes circunstancias: perpetrarlo mediante violencia o intimidación, aprovechando la corta edad de la víctima (menor de 13 años) o abusando de que la mujer se hayase privada de la razón, ex artículo 429 Código Penal 1944²⁰. Esta indicación permitía el aborto hasta la semana doce de gestación mientras se hubiese denunciado el delito y se fundamentaba en evitar los problemas psicológicos derivados del delito para la embarazada.

La última de estas tres es la indicación eugenésica o embriopática. A través de ella se permitía abortar antes de la semana veintidós de gestación siempre y cuando se

¹⁹ Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

²⁰ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944.

constatase que el feto tendría graves taras físicas o psíquicas al nacer. Esto debía constatarse mediante un dictamen previo emitido por dos médicos especialistas, es decir ginecólogos u obstetras, distintos a aquel que fuese a practicar la intervención. El fundamento de esta indicación no reside en la dificultad social que puedan tener estos fetos al nacer, más bien esta indicación se incluyó debido a la dura carga emocional y al condicionamiento vital que conlleva para la madre soportar la crianza de un hijo con tales afecciones²¹.

10 años más tarde se propuso introducir una cuarta indicación para los supuestos en los que el aborto fuese a suponer un grave conflicto personal, familiar o social para la mujer gestante²². Pero una convocatoria anticipada de elecciones impidió continuar su tramitación y la ley no sufrió ninguna modificación hasta 15 años después, con la LO 2/2010.

El principal problema que presenta este modelo de despenalización del aborto, pese a ser un gran hito legislativo y un enorme avance para el momento, era que dejaba una puerta abierta que permitirá recurrir a ella a la gestante siempre que contase con medios económicos suficientes para poder pagar a un profesional fuera del servicio público o diese por casualidad con un profesional que por solidaridad, convicción o militancia amañase el dictamen para poder realizar la intervención. Esto era posible debido a la ambigüedad y falta de precisión con la que se encontraba redactada la indicación terapéutica.

De acuerdo con los datos estadísticos sobre la interrupción del embarazo publicados por el Ministerio de Sanidad en el año 2009 los abortos amparados en la indicación terapéutica supusieron el 96,74% de los abortos realizados en España, los amparados en la indicación embriopatía solamente el 2,98% y los producidos al auxilio de la indicación ética únicamente el 0,02%²³.

²¹ ARROYO ZAPATERO, L., «La indicación eugenésica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 11, Madrid, 1986, p. 59.

²² Boletín Oficial de las Cortes Generales, V LEGISLATURA, 25 de julio de 1995, núm. 125-1, Proyecto de Ley 121/000109 Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

²³ Ministerio de sanidad. (1/05/2022), “*Interrupciones voluntarias del embarazo*”.

Esta cláusula tan abierta que disponía la indicación terapéutica trajo consigo de vuelta aquel suceso que trataba de evitar la LO 9/1985. Hablamos del turismo abortivo, únicamente que esta vez será invertido pues sería España el país receptor de mujeres provenientes de otras legislaciones²⁴.

Y para las gestantes con menos capacidad económica o menor suerte la única solución era el circuito de clandestinidad donde no contaban con una protección ni para ellas ni para el nasciturus. Quedando claro que este modelo pese a sus intenciones de reducir el número de abortos solo acababa siendo un modelo clasista y discriminatorio que, lejos de acabar con el problema, solo lo empeoraba.

Pero pese a las grandes críticas que recibió, por ambos sectores ideológicos, y a sus numerosas lagunas, esta normativa supuso un importante avance en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres tanto a nivel jurídico como social y un paso hacia delante en el reconocimiento del derecho a una maternidad libremente decidida.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 53/1985

No podemos hacer una referencia a la LO 9/1985 sin olvidar que fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, lo que dio lugar a la famosa STC 53/1985. Este recurso de inconstitucionalidad, presentado por José María Ruiz Gallardón en nombre del grupo parlamentario Alianza Popular tuvo el efecto de paralizar la entrada en vigor de la LO 9/1985 hasta que se dictó sentencia por el tribunal.

Destaca de esta sentencia el ser una de las primeras y más importantes, incluso en la actualidad, sentencias en materia de derechos fundamentales. Fue la primera sentencia en la que se realizó un análisis del contenido jurídico del derecho a la vida regulado en el artículo 15 de la Constitución Española que por aquel entonces no tenía ni 7 años de antigüedad.

²⁴ Diario ABC “En España se puede abortar hasta los 9 meses si pagas”, aseguran médicos catalanes.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional sitúa al nasciturus como un bien jurídico constitucionalmente protegido, pero no un titular del derecho fundamental a la vida. Como consecuencia de aquello, el nasciturus contará con mecanismos de protección, pero estos serán más atenuados en comparación con los de la mujer gestante, que sí es titular de derechos fundamentales en todo su esplendor (FJ 4). Para el Tribunal si se protegiera incondicionalmente la vida del nasciturus, como abogan ciertos sectores más conservadores, este alcanzaría mayor protección que un ya nacido y se penalizará a la mujer por defender su propio derecho a la vida.

Pese a esto, el Tribunal incide en la protección que el artículo 15 de la Constitución otorga al nasciturus, el cual no se encuentra completamente desprotegido, sino que cuenta con una garantía penal. A consecuencia de esta garantía penal, su protección solo va a poder verse desplazada cuando concurran con otros derechos constitucionales, como por ejemplo los de la madre gestante (FJ 5).

En el fundamento jurídico 8 se refiere a la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida de las mujeres como el otro lado del debate sobre el aborto, y nos dice que la maternidad es una de las formas en las que se materializa para las mujeres el libre desarrollo de su personalidad; uno de los derechos fundamentales de los que son titulares y que deben respetarse a través de los mecanismos de protección adecuados. Y no solo a este derecho, sino que también se vincula a la dignidad personal de la mujer y a los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la libertad de ideas y de creencias (artículo 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18 CE).

Pero la sentencia no manifiesta que debe primarse incondicionalmente un valor sobre otro sino todo lo contrario: “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (FJ9). El legislador debe aportar una solución que pondere ambos valores y con arreglo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia esto no excluye ni un sistema de indicaciones como el que establece tal ley orgánica ni un sistema de plazos, ni tan siquiera significa que las indicaciones de la LO 9/1985 fuesen las únicas circunstancias en las que el aborto pudiese estar justificado

(FJ11), como más adelante se vería con la proclamación de la actual normativa sobre el aborto²⁵.

El fallo de esta sentencia acaba dando la razón a la parte demandante confirmando que el artículo 417 bis del Código Penal es disconforme a la Constitución, pero no por declarar ciertos supuestos de aborto como no punibles, como alegaba la parte demandante, sino por no cumplir las exigencias constitucionales del derecho a la vida.

Podemos concluir que el Tribunal en esta sentencia tiene como objetivo disponer que lo inconstitucional sería una regulación totalmente permisiva con el aborto en cualquier circunstancia, en tanto el Estado debe establecer un sistema legal de defensa de la vida, o, por el contrario, la prohibición total y absoluta del aborto. Siempre va a ser necesario realizar una ponderación de los bienes y derechos en conflicto sin que se pueda llegar a una prevalencia absoluta de uno sobre otro en ningún momento.

4. LEY ORGÁNICA 2/2010

Años más tarde, concretamente en 2010, con el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero se dio un cambio radical en la cuestión del aborto con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Para comenzar con la ley que regula actualmente la interrupción voluntaria del embarazo en España es necesario explicar el cambio de paradigma que supuso la promulgación de esta norma. Se deja de lado por primera vez desde la Guerra Civil la concepción del aborto como un delito con una serie de excepciones (sistema de indicaciones) para pasar al derecho de la mujer a la autodeterminación sexual y reproductiva limitada (sistema del plazo).

A partir de esta ley, es la gestante la que decide a través del sistema del plazo si quiere o no recurrir a la interrupción del embarazo. Pero este derecho no se concibe de manera absoluta, sino que se ve sometido a determinadas condiciones basadas en la protección del bien jurídico del nasciturus e implantadas sobre la idea del embarazo como

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 53/1985 de 18 de mayo de 1985.

un proceso gradual en el que el nasciturus no cuenta con la misma necesidad de amparo al inicio del embarazo como al final de este.

Una de las principales consecuencias de la entrada en vigor de esta ley fue dejar atrás la obsoleta concepción de la mujer y el feto como bienes jurídicos enfrentados. Asemejando así a la tendencia tomada por otros países europeos.

Otra ha sido conseguir cumplir con el objetivo de reducir el número de abortos producidos en España. Desde 2008 hasta 2017 el número de abortos se han visto reducidos en 21689 de acuerdo con los datos aportados por el Ministerio de Sanidad²⁶.

Esta ley fue recurrida por parte del Partido Popular ante el Tribunal Constitucional en el año 2010 pocos meses antes de su entrada en vigor con la intención de que se suspendieran cautelarmente los artículos impugnados. La razón de este recurso fue principalmente y en resumen por considerar a la nueva norma contraria a la doctrina asentada por el propio tribunal en la sentencia 53/1985 que hemos mencionado con anterioridad²⁷. Actualmente, el supremo intérprete de nuestra Constitución aún no se ha pronunciado al respecto de este recurso, pero no se paralizó la entrada en vigor de la LO 2/2010 como pedía el Partido Popular. No se sabe la razón de tanta tardanza en dictar sentencia sobre el tema, pero cabe la posibilidad de que la jurisprudencia actual en materia de aborto se modifique cuando se pronuncie el tribunal.

Pero este no fue el único intento de corregir la que hoy por hoy continúa siendo la Ley Orgánica reguladora del aborto en nuestro país. Años después de que el gobierno echase para atrás la propuesta de modificación de la LO 2/2010, concretamente el 18 de febrero de 2015, el Partido Popular volvió a presentar una proposición de Ley Orgánica para modificar esta vez lo relativo al consentimiento de menores ante la IVE. Lo que se propuso fue dejar sin contenido al artículo 13 de la LO 2/2010 que permitirá a las menores mayores de 16 años recurrir a la intervención voluntaria del embarazo sin necesidad de contar con el consentimiento de sus representantes legales, únicamente necesitando de que al menos uno de ellos fuese simplemente informado al respecto. Esta proposición de

²⁶Ministerio de sanidad. (1/05/2022), “*Interrupciones voluntarias del embarazo*”.

²⁷ «El PP recurre al Constitucional la ley del aborto y dice que la deroga si gobierna». Diario 20 minutos, 1 de junio de 2010.

Ley Orgánica sí que fue aprobada y se modificó con ella la Ley 41/2002 por lo que actualmente las menores de edad que deseen interrumpir su embarazo deberán contar con el consentimiento de sus progenitores.

5. ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010

Pese a que su tramitación fue descartada por el equipo de gobierno en septiembre de 2014, en aras de hablar de la evolución de la regulación del aborto en nuestro país no podemos olvidar el intento de reforma de la LO 2/2010 propuesto por Alberto Ruiz-Gallardón, quien curiosamente es hijo de José María Ruiz Gallardón el diputado que presentó el recurso de inconstitucionalidad por la anterior ley del aborto. Este anteproyecto de Ley Orgánica fue presentado el 21 de diciembre de 2013 aunque el Partido Popular, quien gobernaba en el país en esa legislatura, ya había incluido en su programa electoral modificar la regulación del aborto para “reforzar la protección del derecho a la vida, así como de las menores” en 2011²⁸. La importancia de esta propuesta de reforma radica en el atraso evolutivo que iba a suponer a la normativa sobre el aborto. El contenido de dicha propuesta se alejaba bastante de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985 y aún más de las líneas señaladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a nivel europeo.

La fórmula del anteproyecto presentado en 2013 se acercaba peligrosamente al modelo alemán que se encontraba rigiendo Alemania en dicho momento. Dicho modelo concibe el aborto como una práctica claramente injusta y que merece su prohibición y castigo en todo caso, salvo circunstancias muy excepcionales, y en todo momento de la gestación. Parte de la premisa de que el nasciturus, lejos de ser un bien jurídico protegido, es titular del derecho a la vida en toda su plenitud y, por tanto, no puede verse vulnerado por nada ni nadie de tal garantía constitucional. Siguiendo esta línea de pensamiento, el ordenamiento alemán impone a los facultativos del país la obligación de intentar persuadir o convencer a las embarazadas para que no interrumpan su embarazo; un deber que resulta difícilmente compatible con el ordenamiento español. Esta es una de las múltiples objeciones que presenta este anteproyecto del cual nos vamos a referir a continuación a sus disposiciones generales.

²⁸ Programa electoral PP elecciones generales 2011, p. 108.

Entrando en los concretos supuestos bajo los que sí se permitirá la realización del aborto estos se reducen a dos y se elimina el sistema de plazos por lo que únicamente volvería a ser un modelo de indicaciones. Por un lado, la indicación ética que reproducía lo expuesto en la LO 9/1985 para los casos de embarazos fruto de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Y, por otro lado, la indicación terapéutica, muy restringida y de difícil acceso. Solo podría darse en las primeras veintidós semanas de gestación cuando fuese preciso para solucionar un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer, el cual no fuese resoluble por otras vías. Para la consideración de un mal como grave para la salud de la embarazada se precisa, de acuerdo con el anteproyecto, que tal mal cuente con permanencia o duración en el tiempo. Dentro de esta indicación se recoge a su vez una especialidad eugenésica para los casos en que existan anomalías fetales que sean incompatibles con la vida y provoquen un grave riesgo de sufrir un perjuicio permanente e importante para la salud psíquica de la mujer debido a las anomalías fetales. Para más complicación aun, esta circunstancia debe ser certificada por un médico especialista no sólo distinto al que fuese a realizar la intervención sino también ajeno al centro donde esta fuese a realizarse.

Mas allá de la reducción de supuestos en los que está permitido el aborto, que ya de por sí resulta suficientemente restrictiva, el proyecto de reforma modifica el mecanismo para configurar el consentimiento de la gestante en el caso de querer practicar una interrupción del embarazo, pilar fundamental de la norma que pretendía modificar, con la clara intención de condicionar la voluntad de la embarazada y limitar el acceso de las mujeres al sistema. Chocando terminantemente con los derechos a la libertad, dignidad personal e integridad física o psíquica de la mujer gestante.

Como culminación para este represivo y conservador anteproyecto en ningún lugar de este se preveían garantías de acceso efectivo a la prestación para los pocos supuestos despenalizados, pero, en cambio, sí se preveía la realización de un estudio en el que la mujer debía facilitar la razón por la que recurre a esa vía; añadiendo la lesión al derecho de la intimidad a la extensa lista de derechos que se iban a ver vulnerados con la aprobación y puesta en marcha este proyecto de reforma²⁹.

²⁹ Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 2013.

A modo de resumir, no sólo atenta contra numerosos derechos de las mujeres gestantes posicionando en una situación de inferioridad frente al nasciturus, sino que era incompatible con las premisas del ordenamiento español. En palabras de Laurenzo Copello esta nueva regulación sobre el aborto constituiría “un sistema totalmente desequilibrado en el que la vida del concebido se impone de forma desproporcionada a los derechos fundamentales de la mujer”³⁰.

IV. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL ABORTO

Una vez examinado el camino recorrido podemos hablar de las normas que regulan el aborto en España en la actualidad. Destacamos cuatro leyes. Para empezar, el Código Penal, donde se tipifican los supuestos en los que el aborto es punible. En segundo lugar, la Ley Orgánica 2/2010, donde se establecen aquellos supuestos en los que sí se puede realizar el aborto legalmente. Y luego, en menor medida, los Reales Decretos 825/2010 y 831/2010, ambos de 25 de junio, que desarrollan el contenido de la Ley Orgánica.

1. NUESTRO CÓDIGO PENAL Y EL DELITO DE ABORTO

Resulta de interés empezar refiriéndonos de manera más detallada a la regulación penal sobre el aborto pues es donde se ha regulado esta materia durante la mayoría del tiempo. Para ello debemos situarnos en 1944, ese año se promulga en España el Código Penal de la dictadura franquista; este en sus artículos 411 a 417 regulaba de forma muy rigurosa y restrictiva el delito de aborto. La única causa por la que podría establecerse una atenuante en caso de cometerse tal delito, que no un supuesto en el que se permitiese el aborto que se encontraba tajantemente prohibido, era en los casos en los que el nacimiento del hijo fuese a provocar una deshonra para su familia, artículo 414 del Código Penal 1944³¹. Este Código Penal tan restrictivo chocaba con la etapa de cambios que vivía el resto de Europa donde ciertos países realizaban cambios en su legislación sobre el

³⁰ LAURENZO COPELLO, P.: “Desandando el camino. La contrarreforma del aborto”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº16, 2014, p.26.

³¹ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944.

aborto tomando posturas más permisivas. España no se sumó a esa tendencia más liberal y permaneció impasible sobre el aborto mientras duró la dictadura del franquismo.

La LO 2/2010 supuso la reforma de nuestro Código Penal que llevaba sin alterar el contenido de sus disposiciones en materia de aborto desde antes de su promulgación en 1995 pues se remitía a lo dispuesto en el Código Penal de 1944 provocando una falta de sincronía e inseguridad jurídicas en nuestras instituciones. La doctrina llevaba abogando por una reforma de la regulación del aborto desde hacía ya tiempo debido a diversas razones. Por un lado, en el momento de la promulgación del Código Penal actual el concepto de violación en el que se sustentaba la indicación ética ya no concordaba con la regulación de los delitos sexuales que se incluyó en el Código Penal, el artículo 429 al que se refería tal indicación había sido suprimido por el Código Penal de 1995. Debido a esto no quedaba claro qué supuestos de violación podrían quedar incluidos bajo la protección de la indicación ética. Además, se incriminaron con la aprobación de nuestro CP otros supuestos de embarazos forzados, concretamente los derivados de la aplicación no consentida de técnicas de reproducción asistida, que al no haber sido tenidos en cuenta en la LO 9/1985 no quedaban protegidos por la indicación ética. Esto generaba gran inseguridad jurídica puesto que no quedaban claras que conductas merecen reproche jurídico.

2. MARCO LEGAL ACTUAL

De ahí la importancia de la publicación de la Ley Orgánica 2/2010 para poner fin a todas estas lagunas que había dejado a su paso la anterior regulación. El artículo 1 de este nuevo marco normativo sobre el aborto define a esta Ley como un “instrumento de garantía y protección de los derechos fundamentales relativos al ámbito de la salud sexual y reproductiva”. A continuación, decreta que dicha Ley regulará las condiciones en las que se permitirá la interrupción voluntaria del embarazo, así como establece cuáles son los deberes de los poderes públicos en relación con dichas intervenciones.

La finalidad de esta ley es la de garantizar una sexualidad libre y segura para las mujeres. Este objetivo se logrará, de acuerdo con el artículo 5 de dicha ley, a través de políticas educativas y sociales implantadas por los poderes públicos que promuevan el

ejercicio responsable de las relaciones sexuales y garanticen la información necesaria en el ámbito de la salud reproductiva.

El legislador orgánico dispone a través de esta norma que la decisión sobre la maternidad es un asunto íntimo de autodeterminación personal en el que los poderes públicos no deben intervenir pues estas decisiones deben tomarse de manera libre y responsable. Pese a esto, establece un marco normativo para poder garantizar que esta decisión tan personal de las mujeres se tome con las protecciones necesarias. Esta labor garantista, de acuerdo con la ley, se debe realizar por parte de los poderes públicos³². Queralt Jiménez, en relación con esta norma afirma que “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, la concibe como un ciudadano pleno y uno de los derechos de tal condición es el derecho a la salud y a la sexualidad plena”³³.

En líneas generales y sin entrar en demasiado detalle pues existen epígrafes posteriores en los que va a estudiarse más en concreto los supuestos, lo establecido por esta ley es que podrá interrumpirse sin causa alguna el embarazo en las primeras catorce semanas de gestación. Pasadas estas catorce semanas sólo podrá interrumpirse el embarazo bajo tres supuestos que serán causas excepcionales por las que podrá ampliarse el plazo. Respecto a estas tres indicaciones se suprime, en contraste con lo dispuestos en la LO 9/1985, la indicación ética que permitía el aborto hasta la semana doce de gestación y se añade un plazo de veintidós semanas para los supuestos en los que exista o pueda existir grave peligro para la salud tanto de la madre como del feto. El preámbulo de la norma dispone que el modelo que implanta es un modelo que tutela de manera gradual la interrupción del embarazo a lo largo de la gestación atendiendo a los cambios cualitativos de la vida en formación que ocurren durante el embarazo³⁴.

Dentro de los grandes cambios que supuso esta ley debemos hablar del concerniente a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía

³² MILIONE, C., *Algunas reflexiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Fundación Centro de Estudios Andaluces, Conserjería de la Presidencia., 2011, pp. 6-8.

³³ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p.71.

³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A., “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.335.

del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Hablamos de la regulación del consentimiento informado de la paciente. Este consentimiento, el cual se va a juzgar como un derecho fundamental del individuo, adquiere una importancia fundamental en la regulación del aborto y va a ser indispensable, acompañado de una información previa para la paciente, para que la mujer pueda tomar su decisión. Se va a relacionar el derecho al consentimiento pleno y libre con el ejercicio pleno de los derechos a decidir sobre la propia salud, a la vida, a la integridad física y a la libertad ideológica³⁵.

El consentimiento va a ser solo uno de los tres requisitos que impone la ley para poder acceder a la interrupción del embarazo. Debemos añadir otros dos, los cuales ya se encontraban contemplados en 1985: la intervención o dirección de un médico especialista y la realización de la intervención en un centro sanitario público o privado debidamente acreditado. Solo una vez se cumplen estos tres requisitos funcionará adecuadamente la apuesta de la ley por la autonomía y capacidad de decisión de la mujer como líneas conductoras de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero esto será difícil de verificar puesto que la ley no cuenta con mecanismo de seguimiento o control de esas políticas garantistas y de promoción de la salud sexual que son los principios inspiradores de los que tanto alardea. Este es uno de los principales fallos que los discrepantes de esta norma han puntualizado y que resulta una tarea pendiente para el legislador español a fin de avalar que la mujer sea capaz de ejercer su derecho al aborto con las garantías necesarias. Además, obviamente, de garantizar a su vez los derechos que el nasciturus pueda llegar a tener.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABORTO LEGAL

Un asunto muy discutido por parte de la doctrina y la jurisprudencia en relación con este marco legal es la naturaleza jurídica que presentan tanto el sistema de plazos como las indicaciones pudiendo ser o supuestos de atipicidad o causas de justificación del aborto. Con respecto a aquello Álvarez García y Ventura Püschel opinan que “para la resolución del problema hoy no pueden invocarse unos criterios interpretativos elaborados al hilo de una legislación derogada. Si en el pasado podía llegar a defenderse

³⁵ Sentencia Tribunal Supremo 74/2001, de 12 de enero de 2001, Sala de lo Civil, FJ 1.

la existencia de una regla general prohibitiva, frente a la que las indicaciones se erigían en excepciones, como es propia de las causas de justificación, desde la aprobación de la LO 2/2010, por debajo de las catorce semanas, la norma es la autorización del aborto consentido, con lo que no hay duda acerca de que, en estos supuestos, su producción es atípica. Pero incluso en el resto de los supuestos de aborto por causas médicas, puede defenderse que nos hallamos ante causas de atipicidad, de acuerdo con la manifestación del Preámbulo de la LO 10/1995, que aun antes de la reforma de 2010 se refería a las “normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo” como “normas que regulan supuestos de no incriminación”. Por consiguiente, sólo cabe la apreciación de causas de justificación en los supuestos en los que las autorizaciones para abortar no constituyen ya una causa de atipicidad por expresa decisión del legislador. Así, por ejemplo, si el riesgo inminente para la vida de la madre se manifestara tras las veintidós primeras semanas”³⁶.

Pese a lo narrado por estos dos autores, es importante relatar que la calificación de las causas de interrupción del embarazo por causas médicas como supuestos de atipicidad no es en ningún caso una verdad absoluta. Encontramos autores que van a defender que las indicaciones contempladas en el artículo 15 de la Ley Orgánica tienen la calificación jurídica de causas de justificación³⁷. Si este fuera el caso, no es que no concurra el tipo, sino que se considera que es una conducta típica pero no antijurídica. Es decir, concurren las circunstancias descritas en el tipo penal pero no se considera una conducta contraria al orden jurídico porque concurren causas que la justifican. La justificación de esta opinión se muestra en el uso del lenguaje elegido por el Legislador al usar la expresión “excepcionalmente” al comienzo del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010³⁸.

³⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 339.

³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 81.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 81.

V. REQUISITOS COMUNES A LA IVE

1. EL CONSENTIMIENTO DE LA EMBARAZADA

Existen determinados requisitos, como ya hemos mencionado en determinados apartados, comunes a toda realización de una interrupción voluntaria del embarazo. Aunque en la ley está mencionado el último de ellos comenzaremos con el consentimiento de la mujer. El Tribunal Supremo al hablar del consentimiento lo presenta como un “ejercicio del derecho a decidir sobre la propia salud, materialización de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad ideológica y religiosa consecuencia de la capacidad de auto disposición sobre el propio cuerpo”³⁹. Este tribunal entiende que el consentimiento constituye un derecho humano fundamental que resulta consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, entre otros⁴⁰.

Este consentimiento precisará de más requisitos de los que se contempla de manera general en otros rincones del ordenamiento jurídico. Se requerirá una información previa a la prestación del consentimiento que va a servir de base para que la decisión tomada por la mujer esté garantizada por toda la información disponible. Según el art. 17 de la LO 2/2010, la mujer que se preste a someterse a una IVE deberá recibir previamente información sobre los distintos métodos posibles de interrupción del embarazo, los términos en las que esa interrupción se puede dar de acuerdo con la ley y las condiciones para su cobertura por parte del servicio público de salud que sea correspondiente. Una vez recibida esa información, deberá quedar debida constancia documentada del momento de entrega de ella, que se realizará en un sobre cerrado y será necesario que transcurra el periodo de reflexión de tres días antes de que la mujer pueda dar su consentimiento de manera efectiva⁴¹. Me gustaría recalcar que pese a que la LO 2/2010 estipula que la información previa al consentimiento de la gestante se entregará en un sobre cerrado y solo en caso de que la mujer lo solicite se realizará de manera verbal, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 las informaciones relativas al ámbito de la salud deben llevarse a cabo generalmente de forma verbal.

³⁹ Sentencia Tribunal Supremo 74/2001, de 12 de enero de 2001, Sala de lo Civil.

⁴⁰ Sentencia Tribunal Supremo 74/2001, de 12 de enero de 2001, Sala de lo Civil.

⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 75.

Es interesante mencionar que en la LO 2/2010 no se especifica quién debe transmitir esta información previa ni de qué modo, puesto que este deber se atribuye de manera general a una pluralidad de organismos y no se exige que llegue de manera fehaciente a la mujer. Pero sí se dispone que la elaboración de la información previa, el formato en el que va a transmitirse y el contenido de ella se determina de forma reglamentaria por el Gobierno, pero será tarea de los centros sanitarios públicos o privados acreditados debidamente el proporcionar tal información a las embarazadas que lo soliciten⁴².

Esta información que debe recibir la mujer gestante no tiene todo el mismo nivel ni la misma significación para la salud de la gestante, su futuro como madre, el nasciturus o, en su caso, el nuevo ser. Va a depender del tipo de intervención que se vaya a realizar y del momento del embarazo en que se encuentre la mujer⁴³.

Esta información previa no debe disuadir a la embarazada de interrumpir su embarazo ni, por el contrario, de llevar a cabo la interrupción. Simplemente debe facilitar la adopción de la decisión de manera libre y responsable sabiendo todas las posibilidades con las que cuenta. Dicha información previa debe entenderse como una garantía de los derechos de la mujer y no como un obstáculo que limite su autonomía de la voluntad. Aun así, aunque la información se otorgue de la manera más objetiva posible y se aleje de la posibilidad de convertirse en un adoctrinamiento ideológico con la intención de coaccionar a la mujer en su decisión, este trámite de información previa puede acabar convirtiéndose en un mero trámite burocrático que más que salvaguardar los derechos de la mujer a poder tomar una decisión absolutamente libre la haga pasar por un “confesionario” en el que tratar sus intimidades personales y familiares⁴⁴. Esto se debe principalmente al problema ya mencionado anteriormente de la falta de previsión por parte de la ley de medidas de control o seguimiento para garantizar que el acceso a tal información se adhiera a los requisitos de claridad e imparcialidad.

⁴² Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁴³ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 84.

El único supuesto, de acuerdo con la ley, en el que se podría suprimir el consentimiento expreso y por escrito de la mujer gestante es en el supuesto previsto en el art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica; ley que complementa y establece las bases del consentimiento en estos casos. De acuerdo con este artículo, en los casos en que exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la enferma, en este caso la mujer gestante, y no se pueda conseguir su consentimiento, se podrá prescindir de él consultando, en los casos en que sea posible, primero a sus familiares o personas vinculadas a él. En defecto de estos representantes el facultativo aplicará la *lex artis* (el conjunto de reglas técnicas a las que ha de ajustarse la actuación de un profesional en el ejercicio de su arte u oficio), por lo que actuará siempre a favor de la salud de la mujer gestante⁴⁵. Todo esto salvo que la paciente cuente con un documento de instrucciones previas en el que se exprese su voluntad anticipada de manera expresa e inequívoca según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002⁴⁶.

Esto se aplica únicamente a mujeres mayores de edad, plenamente capaces y sin riesgos vitales a la vista. En otros casos, el requisito del consentimiento varía.

En relación, por ejemplo, con el consentimiento de las menores, en la redacción inicial de la LO 2/2010 cuando fuesen mayores de 16 años la ley las asemejaba a las mayores de edad y podían consentir por sí solas la interrupción del embarazo. La única salvedad a esto era la necesidad de que al menos uno de los representantes legales de la menor fuese informada de la decisión de ésta. Pero incluso esto podría omitirse si la menor alegare fundadamente que informar de esta decisión pudiese provocar un conflicto grave para su situación personal, debiendo manifestar que se encuentra en una posición de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones o malos tratos o se produjera una situación de desarraigo o desamparo.

Tras la modificación sufrida mediante la LO 11/2015, de 21 de septiembre, después de la presentación del proyecto de reforma del artículo 13 presentado por el Partido Popular, será siempre necesario que el consentimiento de las menores

⁴⁵ Diccionario panhispánico jurídico.

⁴⁶ 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.

embarazadas vaya acompañado del consentimiento de sus representantes legales. Se ha observado que, con esta modificación, han disminuido el número de abortos realizados por menores. Esto no tiene por qué significar que actualmente menos menores se queden embarazadas, sino que puede deberse a que, dada la necesidad de contar con el consentimiento de sus representantes legales, las menores provenientes de familias conflictivas recurran a circuitos clandestinos de aborto.

Recientemente, el gobierno ha aprobado un nuevo proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2010 por el que se modificará nuevamente el consentimiento de las menores. Con esta nueva redacción las mujeres menores de edad podrán abortar sin el consentimiento de sus progenitores una vez cumplan los 16 años, volviendo así a la idea original que planteaba la LO 2/2010.

Esta reforma también supondrá la eliminación del periodo de reflexión de tres días que venía establecida desde 2010 en la ley del aborto y la supresión de la obligatoriedad de informar a las mujeres gestantes sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. Por lo que, las embarazadas solo recibirán dicha información si así lo solicitan, pero seguirán recibiendo en todo caso la información sanitaria relativa a la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁷.

Continuando con lo incluido en la actualidad en nuestra Ley Orgánica, nada se dice en la Ley Orgánica sobre las menores emancipadas, pero entendiendo que, de acuerdo con nuestro Código Civil, artículo 323, la emancipación faculta al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor de edad y que el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 al hablar de la representación excluye a las menores emancipadas de esta posibilidad, podemos entender que bastará con el consentimiento único de la menor emancipada en estos supuestos para recurrir a la interrupción del embarazo⁴⁸.

Con respecto al consentimiento de incapaces, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 decreta que cuando la incapacidad esté dictada por sentencia serán los representantes legales de la persona incapacitada quienes presenten el consentimiento necesario por ella.

⁴⁷ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, 2022.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p. 83.

El artículo también ordena que serán los representantes legales de la embarazada quienes presten su consentimiento cuando esta no sea capaz de tomar decisiones por sí sola a criterio médico, así como cuando, tratándose de una menor, no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este último supuesto el representante legal deberá escuchar la opinión de la menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor⁴⁹.

Aunque parezca obvio debemos recalcar que la mujer gestante podrá revocar en cualquier momento el consentimiento que prestó y, en ese caso, no se procederá a la interrupción voluntaria del embarazo. En otro orden de cosas, los consentimientos formados en momentos previos a la puesta a disposición de la información previa o sin dejar transcurrir los tres días de periodo de reflexión impuestos por la ley carecen de validez de acuerdo con la doctrina⁵⁰. Y si este se consigue de manera viciada o directamente no se consigue, los que intervengan en el aborto concurrirían en un delito del art. 144 CP.

2. REALIZACIÓN DE LA IVE POR UN MÉDICO

El segundo de los tres requisitos necesarios para que la realización de una interrupción del embarazo sea legal también se encuentra también regulado en el artículo 13. En él se decreta que es necesario que dicha interrupción voluntaria del embarazo se practique por un medio especialista o bajo su dirección. De acuerdo con la jurisprudencia no bastará con que el facultativo dirija el centro médico, sino que debe dirigir la concreta intervención. No obstante, la persona dirigida no será necesario que reúna la condición de médico o médica⁵¹. Más allá de esta salvedad, esta condición no presenta mayor dificultad.

⁴⁹Ley 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.

⁵⁰ GONZÁLEZ-MARSAL, C. “Consentimiento informado y aborto en España”, en *Persona y bioética*, V.14,2010, p. 43.

⁵¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 336.

3. REALIZACIÓN DE LA IVE EN UN CENTRO SANITARIO

El último de los requisitos del artículo es que la interrupción voluntaria del embarazo se lleve a cabo en centro sanitario público o privado debidamente acreditado. Este requisito se encuentra ampliado en el RD 831/2010 de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. En el artículo 5 de dicho real decreto se nos dice que aparte de necesitar contar todos los centros con la acreditación necesaria, esta será revisada de manera periódica sometiéndose a la inspección y control de las administraciones sanitarias competentes⁵².

Existen dos tipos de acreditaciones. Una para los abortos que no impliquen alto riesgo para la embarazada y no superen las catorce semanas de gestación. Y otra para llevar a la práctica interrupciones con alto riesgo para la embarazada o con más de catorce semanas de gestación.

Estos requisitos cobran una gran relevancia práctica al posibilitar la puesta en marcha de uno de los objetivos de la ley. Así, estos tres requisitos de carácter obligatorio ayudan a garantizar la libertad de la gestante para decidir sobre la interrupción del embarazo a la par que contribuye a velar por la salud del nasciturus y de la embarazada.

VI. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR PETICIÓN DE LA MUJER

Como ya veníamos adelantando, en nuestra legislación actual van a existir dos supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no va a tener consecuencias penales: en los supuestos en los que esta interrupción se realiza por petición de la mujer y cuando sea recomendado por causas médicas. Comenzamos con el primer supuesto.

La interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer se encuentra regulada en el artículo 14 de la LO 2/2010 y es la primera vez que el aborto se va a considerar atípico, es decir, que no va a encajar en el tipo legal descrito del aborto. Pero

⁵² Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

esta atipicidad está sometida a un plazo, concretamente será en las primeras catorce semanas del embarazo cuando la interrupción podrá realizarse sin ningún tipo de justificación para ello. Con esto se instaura en la regulación española el sistema de plazos.

Esta decisión de mantener impune el aborto por debajo de las primeras catorce semanas se debe a que el legislador considera que existen señaladas diferencias en la valoración social de la vida prenatal según el momento de desarrollo del embrión. A mayor cercanía con la fecha de nacimiento el nasciturus goza de una mayor protección generalizada frente a la voluntad de la madre gestante. Antes de las catorce primeras semanas se prima de manera absoluta los derechos de la mujer frente a los del nasciturus. A partir de entonces y hasta la semana veintidós de la gestación estos derechos se modulan y pasadas esas veintidós semanas se prioriza la protección del bien jurídico del nasciturus⁵³.

En el preámbulo de la Ley Orgánica el legislador declara que la decisión de mantener el plazo en 14 semanas se debe a las indicaciones otorgadas por expertos en la materia y al análisis realizado del derecho comparado.

Es interesante mencionar que, pese a resultar similar, el plazo de catorce semanas impuesto en España no concuerda con los plazos dispuestos en otras normativas de nuestros vecinos europeos. Como acabamos de mencionar, a mayor tiempo otorgado a la gestante para interrumpir el embarazo voluntariamente sin causa alguna menor protección se le otorgará al nasciturus ya que primarán durante ese tiempo los intereses de la madre. Por lo que, contando con que un embarazo en cualquier parte del mundo dura el mismo tiempo, estas discrepancias en los plazos en las regulaciones europeas nos lleva a pensar dos posibilidades. La primera, que existan graves desacuerdos médicos a nivel internacional entre los profesionales de la salud sobre la evolución del nasciturus del vientre materno y por ello difieren en el momento en el que este es merecedor de mayor protección jurídica por encontrarse más desarrollado. La segunda, que existan motivos distintos de los aportados por los profesionales sanitarios que influyan en la regulación de esta materia como por ejemplo motivos de índole política o social.

⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p.78.

Sea cual sea la razón, de acuerdo con los datos aportados por el Ministerio de Sanidad esta es el principal motivo por el que las mujeres españolas interrumpen su embarazo.

VII. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR CAUSAS MÉDICAS

La otra posibilidad con la que cuenta una mujer gestante para abortar legalmente en España es en los tres casos que contempla la Ley Orgánica sobre interrupción por causas médicas. Como ya detallamos en el epígrafe cuarto la naturaleza jurídica de estas indicaciones ha sido fuertemente discutida por parte de la doctrina no quedando del todo resuelta la cuestión de si se trata de causas de justificación o de supuestos de atipicidad. En este trabajo siguiendo lo dispuesto en el “Tratado sobre derecho penal parte especial: delitos contra las personas” de Francisco Javier Álvarez y Arturo Ventura Püschel vamos a calificar a estos supuestos como causas de atipicidad al igual que el caso de interrupciones del embarazo anteriores a la semana catorce de gestación.

Es necesario tener en cuenta que este haz de apertura para la IVE no supone que el consentimiento de la mujer desaparezca como puede hacernos pensar la referencia a ellas como causas de interrupción del embarazo por razones médicas, sino que, la iniciativa de la intervención puede nacer del médico al comprobar alguna de las patologías descritas en la ley⁵⁴. El consentimiento de la embarazada se seguirá necesitando y continuará teniendo un papel principal también en estos supuestos no pudiendo continuar con la interrupción sin él, incluso aunque el dictamen médico recomiende la intervención. Por lo que, el dictamen médico que se precisa en estos casos, aunque de gran importancia, no puede ser tan vinculante que se posicione por encima de la voluntad de la mujer. Esta será en última instancia quien decidirá sobre la realización del aborto.

Estas tres indicaciones deberán contar con los tres requisitos iniciales que hemos estudiado en epígrafes anteriores y además con requisitos particulares para cada una de ellas. Además, este trío de causas legítimas por las que abortar precisarán de un dictamen

⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 81.

previo realizado por un médico especialista para poder apreciar la concreta indicación. En función de la indicación por la que se realice la intervención el dictamen médico requerirá unos requisitos u otros. En el caso de la indicación terapéutica el dictamen procede de un médico o médica especialista distinto del que practique o dirija la intervención, aunque podrá prescindir de él en caso de que concurra un riesgo vital para la gestante. Si se trata de un riesgo de graves anomalías en el feto, en ese caso será necesario que el dictamen emitido con anterioridad a la intervención sea realizado esta vez por dos médicos especialistas distintos del que vaya a dirigir o practicar la intervención. Y, por último, en los casos en que se aprecien anomalías fetales incompatibles con la vida será preciso únicamente un dictamen de un especialista como en el caso de la indicación terapeuta pero cuando se aprecia una enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto deberá además pronunciarse un comité clínico al respecto⁵⁵.

1. INDICACIÓN TERAPÉUTICA

El primero de los embarazos descritos en el artículo 15 de la LO 2/2010, específicamente en el apartado a) de dicho artículo, es el embarazo que se encuentra por debajo de las veintidós semanas de gestación en el que exista un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada. Esta indicación tan asentada ya en nuestro ordenamiento jurídico, tengamos presente que ya aparecía en la antigua Ley Orgánica, recibe el nombre de indicación terapéutica. Es importante señalar, para empezar, que el límite de las veintidós semanas está dispuesto ahí debido a que mayoritariamente los fetos son viables extrauterinamente con ayuda mecánica a partir de ese momento además de que una interrupción del embarazo a partir de entonces puede comportar numerosos riesgos para la mujer gestante. Por su parte, el apunte de “grave riesgo para la vida o salud de la embarazada” no es necesario entenderlo como un peligro de muerte inminente, pero si de un estado que conlleve una probabilidad media o alta de lesiones física o psíquicas para la gestante en el caso de continuar con el embarazo⁵⁶.

⁵⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 336.

⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 80-82.

Para comprobar este peligro será preciso que un médico especialista, distinto al que vaya a practicar o dirigir la intervención, emita un dictamen médico con anterioridad a dicha intervención en el que se haga constar el mal pronóstico para la salud de la gestante en el caso de continuar con la gestación. No será necesario que el médico especialista pertenezca a la especialidad de obstetricia ya que el peligro puede ser físico o psicológico. Aunque, de acuerdo con numerosas sentencias, si se debe evaluar el riesgo mental deberá ser un psiquiatra y nunca un psicólogo quien lo evalúe.

La gravedad del riesgo para la salud de la gestante va a tener que medirse en todo momento según las circunstancias del caso concreto no pudiendo establecerse un catálogo de enfermedades, físicas o psíquicas, que autoricen esta indicación. Será un riesgo medido en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta. Debemos diferenciar este riesgo del riesgo que existe de manera común a todos los embarazos y consecuentemente al parto, debe ser alguna enfermedad que el embarazo pueda desencadenar o agravar en la embarazada⁵⁷.

El principal problema que presenta esta indicación es que acaba suponiendo una restricción en comparación con la normativa anterior. Recordemos que en la LO 9/1985 permitía a las gestantes abortar en todo momento cuando supusiera un peligro para su salud psíquica o física. Y con la LO 2/2010 este plazo se ve limitado a la semana veintidós de gestación. Esto se ve fundamentado en que a partir de ese momento el feto puede continuar de modo artificial fuera del seno materno y, por lo tanto, resulta innecesario recurrir a la práctica abortiva. No obstante, esta limitación sitúa a la mujer en una posición de inferioridad con respecto a antes del 2010 porque, pese a que en la Exposición de Motivos de la norma se apunte que cuando exista un grave riesgo para la embarazada a partir de la semana veintidós de gestación se recurrirá al parto inducido, la norma no plasma en ninguno de sus artículos cómo se realizará tal práctica ni qué sucederá si tal práctica resulta inviable. Esta inviabilidad puede ser porque el parto inducido debido a la falta de desarrollo fetal o a algún otro contratiempo fuese a suponer la destrucción del feto o porque este parto pudiese resultar excesivamente peligroso para la mujer, incluso con el estado actual de la ciencia.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015, p.85.

En el caso de que un facultativo médico lleve a cabo una interrupción del embarazo motivado por la idea de salvaguardar la salud psíquica o física de la embarazada pasados los cinco meses y medio, incluso aunque esta no contase con la opción, por ser este inviable, de realizar un parto inducido, estaría cometiendo un delito de acuerdo con el artículo 145 de nuestro Código Penal (aborto cometido fuera de los casos permitidos por la ley). Ante esta situación la única manera imaginable de evitar la condena hacia el facultativo sería intentar recurrir a la eximente genérica de estado de necesidad.

Además de esta laguna, al igual que en la anterior regulación la falta de controles exhaustivos sobre los certificados médicos que dictaminen si concurre o no esta indicación puede provocar dictámenes médicos manipulados por la capacidad económica de la gestante.

2. INDICACIÓN EMBRIOPÁTICA

En esta indicación incluimos los dos apartados restantes del artículo 15. Los cuales antes venían separados por la indicación eugenésica, pero en la actualidad dicho termino se encuentra muy denostado por lo que se abarcan ambos supuestos en una única indicación.

Así, el artículo 15 continúa en su apartado b) describiendo la posibilidad de realizar una interrupción voluntaria del embarazo cuando la gestante esté, al igual que en la indicación anterior, por debajo de las veintidós semanas y exista un riesgo de graves anomalías para el feto. Este riesgo de graves anomalía se refiere a padecer cualquier tipo de malformación física o mental. Será necesario en estos casos también un dictamen igual al anterior previo a la intervención. La diferencia estribara en que los facultativos que realizan el dictamen deberán ser forzosamente dos en vez de uno.

Esta indicación, que ya aparecía en la anterior regulación, cuenta con mayores exigencias en relación con la información previa que debe otorgarse a la embarazada para que ésta pueda brindar su consentimiento. En concreto, el apartado tercero del artículo 17 hace mención a toda la información relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas que existan en apoyo hacia las personas que presenten cualquier tipo de

discapacidad, así como a la red de organizaciones de asistencia social existentes de apoyo hacia las personas con discapacidad.

El adjetivo grave que acompaña la descripción de los requisitos para la realización del aborto en este supuesto se refiere a la entidad de las anomalías y nunca al riesgo. Estas anomalías deben entenderse que pueden ser malformaciones congénitas o sobrevenidas⁵⁸.

Esta indicación fue criticada en el dictamen emitido por el Consejo Fiscal en el año 2009 sobre el Anteproyecto de la LO 2/2010⁵⁹. Además, ha sido duramente criticado por ciertos sectores doctrinales por no respetar el artículo 10 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el que se establece el derecho a la vida de todas las personas, cuenten o no con una discapacidad. Esta Convención fue ratificada en el año 2008 por España⁶⁰.

Dentro de esta indicación embriopática, como ya hemos mencionado, debemos incluir otro supuesto más. Es el caso del apartado c) del referido artículo, el cual menciona los embarazos en los que existan o vayan a existir anomalías fetales incompatibles con la vida o en los que se detecte una enfermedad extremadamente grave en el feto. Destaca este tercer supuesto en que aquí no va a existir límite temporal alguno exigible puesto que la viabilidad del feto resultará nula y no tendrá sentido, desde el punto de vista médico, continuar con el embarazo. Serán supuestos en los que la vida postnatal del feto será poco probable o directamente imposible a consecuencia de estas anomalías o enfermedades. Carece de sentido otorgar protección jurídica al feto si este nunca va a poder alcanzar la condición de bien jurídico amparado constitucionalmente ni menos aún la de titular del derecho a la vida ya que tales anomalías son incompatibles con la vida⁶¹. De acuerdo con lo dispuesto en la LO 2/2010, reiterado posteriormente en el RD 825/2010, en el caso de que se trate de una enfermedad, ésta deberá suponer una enfermedad grave e incurable

⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F; VENTURA PÜSCHEL, A, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.343.

⁵⁹ Dictamen del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, núm. 1384/2009, de 23 de junio de 2009. pp. 33 y 34.

⁶⁰ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional nº53/1985, 16 de abril de 1985.

para el futuro ser⁶². Pero estos calificativos, de acuerdo con un sector de la doctrina, suponen una complejidad superior a la necesaria para la calificación de las anomalías; reduciendo el alcance del derecho.

La SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) en su Declaración de Comisión Bioética delimita las diferencias entre los dos supuestos contenidos en la indicación embriopatía. Por un lado, la expresión relativa a “anomalías fetales incompatibles con la vida” vendría a indicar, de acuerdo con la SEGO, a “aquellas anomalías que previsiblemente/habitualmente se asocian con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”. Por otro lado, el término “enfermedad extremadamente grave e incurable” se refiere a aquellas situaciones con una alta probabilidad de mortalidad durante el periodo fetal o tras el nacimiento y/o que previsiblemente se asocian con un tiempo de supervivencia corto y/o con un desarrollo neurológico profundamente deficiente y/o con una probabilidad de dependencia extrema y persistente para el desarrollo de su vida posnatal”⁶³.

Como en los anteriores supuestos, aquí también va a ser necesario el dictamen previo a la intervención. En este caso, será un dictamen de un solo facultativo especialista, distinto del que vaya a practicar la intervención o dirigirla cuando se refiera a anomalías fetales incompatibles con la vida. Sin embargo, al tener que contar con mayores garantías la vida prenatal debido a la ausencia de plazo que limite la intervención, este dictamen deberá ser ratificado por un comité clínico de nueva creación cuando se trate de una enfermedad grave e incurable.

Tal es la importancia de este Comité que la Ley le dedica un artículo entero a continuación de los supuestos de interrupción por causas médicas. En este artículo 16 se dispone que dicho comité se formará por un equipo pluridisciplinar de dos médicos especialistas o en ginecología y obstetricia o en diagnóstico prenatal y un pediatra que no

⁶² Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶³ CABERO ROURA, L, “Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo”, en *Progreso de Obstetricia y Ginecología: revista oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 54, N.º. 2, 2011, pp. 96-99.

podrán estar designados por tiempo superior a un año. La mujer podrá elegir a uno de estos especialistas que sustituya al designado oficialmente para el Comité. La ratificación del Comité deberá hacerse en principio en un plazo de 10 días después de los cuales la mujer decida libremente sobre la posibilidad de la intervención. De querer interrumpirlo podrá llevarlo a cabo en cualquier centro perteneciente o no a la red sanitaria de la Comunidad Autónoma en la que figure adscrito el Comité Clínico, pero preferentemente en un centro público cualificado para tal intervención. En el caso de no ratificarse el dictamen inicial no se procederá a la intervención⁶⁴.

Debemos entender que los fundamentos de uno y otro supuesto van a ser distintos. En el caso de que el feto presente anomalías incompatibles con la vida, la inviabilidad de que el feto salga adelante hace que desaparezca el fundamento para el reproche a nivel jurídico. Y en el caso de que el feto padezca una enfermedad extremadamente grave e incurable el fundamento se relaciona más con el propio interés del nasciturus y las expectativas de una futura calidad de vida deficiente.

Resulta extraño que aun siendo la capacidad de decisiones libre de la mujer uno de los principios reguladores de esta norma, la información previa respecto a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad solo esté prevista para los casos de aborto por petición de la mujer. Ocurre lo mismo para el periodo de reflexión de tres días que no se contempla para los casos en los que concurran causas médicas.

VIII. CONCLUSIONES

Ha quedado constatado a lo largo de este trabajo que nuestro ordenamiento dispensa cierta protección, principalmente desde el ámbito penal, al bien jurídico de la vida humana dependiente. Pero, como hemos ido relatando y analizando, esta protección no es en ningún momento absoluta, sino que viene condicionada a la protección de otros intereses que entran en conflicto; concretamente los intereses de la embarazada que merecen igualmente o incluso más, en tanto son relativos a una vida humana independiente, protección por parte del ordenamiento jurídico.

⁶⁴ Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La regulación del aborto en España ha ido progresando hacia una regulación más permisiva a medida que la sociedad iba avanzando hasta un punto de inflexión con el anteproyecto de reforma de la LO 2/2010. Mientras la doctrina se ha mostrado, a medida que iba avanzando el tiempo, cada vez más receptiva hacia la despenalización del aborto. Pese a que actualmente podamos considerar que existe una regulación permisiva, pero debemos recordar que el Tribunal Constitucional hoy aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la LO 2/2010. Cuando llegue a pronunciarse tendrá que realizar nuevamente una ponderación de valores y es de esperar que los resultados varíen en relación con los resultados arrojados por la STC 53/1985 pudiendo obtener nueva jurisprudencia a seguir.

Para concluir, me gustaría rescatar un fragmento sobre la sesión acerca del aborto realizada por Francisca García Gallego en 2008: “Hoy todavía, según datos ofrecidos por la Organización Mundial de la Salud, 46 millones de embarazos en el mundo terminan en aborto inducido cada año y casi 20 millones de ellos son inseguros (en malas condiciones higiénicas y son practicados por personal no capacitado), a consecuencia de los cuales mueren 67.000 mujeres al año y una de cada cinco de las mujeres que abortan sufre infecciones graves del tracto reproductivo, lo que hipotecará su fertilidad futura”⁶⁵. Han pasado 14 años de esto, pero los datos no han variado mucho, lo que constata que aún queda mucho camino por avanzar hasta lograr que todas las mujeres puedan abortar de manera libre y, sobre todo, segura.

⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., “*Estudios de derecho penal*”, 3a Ed. Tecnos, Madrid, 1990

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “*Tratado de derecho penal parte especial: delito contra las personas*”, T.I, 3a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ARROYO ZAPATERO, L., «*La indicación eugenésica*», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 11, Madrid, 1986.
- BARTOLOMÉ CENZANO, J.C, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- CABERO ROURA, Lluís, “*Declaración de la Comisión de Bioética de la SEGO sobre la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*”, en *Progreso de Obstetricia y Ginecología: revista oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 54, N.º. 2, 2011.
- Clínica ginegranada <https://ginegranada.es/la-practica-del-aborto-en-espana/>
- Diario ABC: “En España se puede abortar hasta los 9 meses si pagas”, aseguran médicos catalanes.
- https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-puede-abortar-hasta-nueve-meses-si-pagas-aseguran-medicos-catalanes-200410120300-9624128113064_noticia.html
- Diccionario panhispánico jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>
- «El PP recurre al Constitucional la ley del aborto y dice que la deroga si gobierna».
- Diario 20 minutos, 1 de junio de 2010.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “*Estudios de derecho penal*”, 3a Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ-MARSAL, Carmen. “*Consentimiento informado y aborto en España*”, en *Persona y bioética*, V.14,2010.
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, J.L, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX, Siglo XXI*, Madrid, 1992.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: “*Desandando el camino. La contrarreforma del aborto*”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº16, 2014.
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T, *La mitad del mundo (Ética y Crítica feminista)*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004.
- MILIONE, Ciro *Algunas reflexiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Fundación Centro de Estudios Andaluces, Conserjería de la Presidencia.,2011.

Ministerio de sanidad. (1/05/2022), “*Interrupciones voluntarias del embarazo*”.
<https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm#publicacion>.

MONGE FERNÁNDEZ, A. “*Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo*”, en VV. AA., *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas* (Coord. por Ruiz de la Cuesta, A.), Sevilla, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 20, Valencia, 2015.

Programa electoral PP elecciones generales 2011, p. 108.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J, *Derecho penal español: parte especial*, 6a ed., Atelier, Barcelona, 2010.

VIVES ANTON, Tomas, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, en *Revista española de derecho constitucional*, Año n5, N15, 1985, págs. 121-158.

Legislación

Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 2013.

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, 2022.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, V LEGISLATURA, 25 de julio de 1995, núm. 125-1, Proyecto de Ley 121/000109 Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 9 de enero de 1937 y de 5 de marzo de 1937.

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944.

Dictamen del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, núm. 1384/2009, de 23 de junio de 2009.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

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.

Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

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

Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

Real Decreto 3033/1978 del 15 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal. (BOE núm. 307, de 25 de diciembre del 1978).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 53/1985 de 18 de mayo de 1985 (Tol 79468).

Sentencia Tribunal Supremo 74/2001, de 12 de enero de 2001, Sala de lo Civil.