

CAPÍTULO 13

REFLEXIONES JURÍDICO-PENALES SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO¹

Dra. Antonia Monge Fernández

*Profesora Asociada en el Departamento de Derecho Penal y Procesal.
Universidad de Sevilla.²*

I. INTRODUCCIÓN

Consciente de la dificultad de abordar un tema tan complejo en un marco espacio-temporal tan acotado, y ante un foro tan heterogéneo como el de este Seminario sobre Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídica, trataré de esbozar con unas tenues pinceladas, a modo de reflexiones, las cuestiones jurídico-penales más relevantes de esta tipología delictiva.

Hasta épocas recientes la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo se presentaba como un tema “tabú” en nuestra sociedad, merecedor del reproche ético y social. No obstante, el devenir histórico y los cambios sociales han provocado una paulatina exculpación del aborto, hasta el extremo de ser legalizado³ en determinados casos. Esta evolución se ha reflejado en la propia terminología, desterrando la denostada denominación de “aborto” por la más aséptica de “interrupción voluntaria del embarazo”.

Si nos preguntamos por la situación legal de esta cuestión en nuestra vigente regulación, cabe afirmar que en esta materia asistimos a una tímida despenalización, dado que el aborto provocado sigue siendo delito, aunque el legislador penal español admite ciertas excepciones, siempre y cuando concurren determinados requisitos (solución de las “indicaciones”).

No obstante, este panorama no siempre ha sido así. Sin ánimos de exhaustividad, resulta conveniente echar una ojeada a la evolución histórica de este de-

¹ Este trabajo coincide básicamente con el contenido de la Ponencia que sobre el mismo tema presenté en el Curso de Extensión Universitaria, sobre Bioética y Derechos Humanos en la Universidad de Sevilla, en marzo 2003.

² Doctora en Derecho Penal. Profesora Asociada en el Departamento de Derecho Penal y Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

³ Entre las causas que motivaron esta legalización del aborto, MUÑOZ CONDE alude a tres, del siguiente modo: la lucha contra el aborto clandestino; La desaparición de la mortandad infantil y la proliferación de medios anticonceptivos. Finalmente, la incertidumbre carácter humano del feto (*Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, 14ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp.86-87). 15ª ed., 2004, pp. 86-87.

lito desde el Derecho romano hasta nuestros días. Como afirma LAURENZO COPELLO⁴ la doctrina cristiana de principios de siglo y su concepción valorativa de la vida dominaron el **desarrollo histórico** de esta figura delictiva.

El criterio del **Derecho romano** de considerar al feto como “*mulieris porto vel viscerum*” condujo a sostener la impunidad del aborto, si bien en la época imperial comenzó a ser punible, ya por causas demográficas, ya por constituir una ofensa al padre legítimo⁵. Tales consideraciones prácticas que predominaron también en la antigua Grecia y justificaron la punición del aborto en el Imperio romano, experimentaron un giro copernicano con el desarrollo del Cristianismo y sus tesis sobre el **embrión** como “portador del alma humana”⁶.

Durante la **Edad Media**, el predominio de la **tesis de la animación** se reflejó en un severo castigo del aborto⁷, distinguiendo entre la muerte del feto animado e inanimado⁸. En los supuestos de ocasionarse la muerte del **feto animado**, el hecho se equiparaba al homicidio, infligiéndose la pena de muerte. Por el contrario, en los casos de causarse la muerte del **feto inanimado**, al haberse ocasionado aquélla antes de la recepción del alma, las penas impuestas resultaban mucho más leves⁹.

Pese a las críticas de los pensadores de la **Ilustración** sobre la severidad del castigo del aborto, las legislaciones de los países de nuestro entorno cultural no sustituyeron la pena capital hasta la **etapa decimonónica**, suplantándola por penas privativas de libertad. Estas circunstancias, coincidentes con la polémica sobre la despenalización del aborto en determinados casos, incidió en el distanciamiento entre homicidio y aborto¹⁰.

Durante la etapa de la **Codificación**, el legislador de **1822** clasificó las modalidades de aborto en tres: **aborto consentido, no consentido y autoaborto**, tipificación que se ha recogido en el Código de 1995¹¹. La técnica del Código de **1848**,

⁴ LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/ LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp.270 ss.

⁵ LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., pp.270-271.; CUELLO CALÓN, en *Tres temas penales*, Bosch casa editorial, Barcelona, 1955, 528, citado en nota 4. En este sentido, ESER, “Entre la santidad y la calidad de la vida”, ADPCP, 1984, pp.752-753. NÚÑEZ BARBERO, 1990, pp.123-124.

⁶ LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.271.

⁷ Vid. GARCÍA VITORIA, 1981, p.14.

⁸ Según la concepción canónica, procedente –tomada a su vez de Aristóteles y Plinio–, el momento de la animación no coincidía en varones y mujeres. Los primeros recibían el alma a los cuarenta días de la concepción, mientras que en las mujeres la recepción se retrasaba hasta los ochenta días. Vid. CUELLO CALÓN, 1955, p.12. Sobre la evolución del pensamiento cristiano en relación al momento de inicio de la vida humana y la punición del aborto, vid. BERISTAIN, 1983, pp.43-45; HUERTA TOCILDO, 1977, pp.22-23.

⁹ Vid. CUELLO CALÓN, 1985, pp.528-529; GARCÍA MARÍN, 1987, pp.217-220, cit. Por LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.271, n.13.

¹⁰ Vid. LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.272, n.15.

¹¹ Ninguno de los Códigos que se sucedieron durante el siglo XIX recogió la distinción entre feto animado e inanimado, al que nos referíamos en *Las Partidas*. Vid. VIZMANÓS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, T. II, Madrid, 1848, pp.333-334; GARCÍA MARÍN, *El aborto Criminal en la legislación y en la doctrina*, Edersa, Madrid, 1980, pp.222-223, citados por LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.272, n.17..

si bien heredero del de 1822, fue mejorada y menos severa que la de su antecesor. El Código de **1870**, si bien en la línea de los anteriores, modificó las sanciones aplicables, castigando los tipos de aborto con penas menos rigurosas. Sin solución de continuidad, el Código de **1932** representó un hito en esta evolución, al incluir por vez primera en la legislación penal española el delito de **aborto con resultado de muerte**¹².

Al margen de estas pinceladas sobre la evolución histórica del delito de aborto, puede afirmarse que el precedente inmediato a su regulación anterior al Código penal de **1995** fue la **Ley de 24 de enero de 1941 sobre “protección de la natalidad”**, cuyos preceptos fueron exportados al texto legal de 1944¹³.

En esta evolución legislativa del delito de aborto, la **ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio** marcó un hito crucial, al introducir en el Código penal derogado el **artículo 417 bis**¹⁴, actualmente vigente, donde se reconocen las indicaciones **terapéutica, ética y eugenésica**.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Dada las particularidades del delito de aborto, básicamente la **dependencia orgánica del feto** respecto de la mujer embarazada, la cuestión de determinar el bien jurídico protegido en esta tipología delictiva ha sido siempre objeto de una aguda polémica por parte de la doctrina y jurisprudencia penales. En definitiva,

¹² El artículo 417 del CP imponía las penas del delito de aborto en su grado máximo cuando hubiera mediado imprudencia en el resultado de muerte. Así se intentaba dar solución a un problema que dividía a la jurisprudencia, ya que mientras algunas sentencias se inclinaban por el concurso entre el aborto doloso y el homicidio imprudente, otras condenaban por ambos delitos en su forma dolosa, aplicando al homicidio la circunstancia de preterintencionalidad (LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, op.cit., p.272, n.20).

¹³ Con el argumento de desarrollar una política demográfica eficaz, la citada ley de 1941 significó un avance en la intervención penal, no sólo en el aumento generalizado de las penas, sino también en la creación de nuevas figuras delictivas encaminadas a sancionar actos meramente preparatorios del aborto o incluso la venta de anticonceptivos (LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, p.273; vid la doctrina citada en n.24).

¹⁴ El **artículo 417 bis** dispone: “1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que sea **necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada** y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.
2ª. Que el **embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación** del artículo 429, siempre que el aborto se practique **dentro de las doce primeras semanas de gestación** y que el mencionado **hecho hubiere sido denunciado**.

3ª. Que se **presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas**, siempre que el aborto se practique **dentro de las veintidós primeras semanas de gestación** y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

se tratará de concretar el **interés preponderante** entre la vida del feto y el interés de la mujer embarazada¹⁵.

Un primer criterio, influido por *la Ley de 1941 sobre protección de la natalidad*, mantuvo que el delito de aborto protegía el **interés demográfico del Estado**, como consecuencia de la expresa negativa a reconocer la existencia de vida humana en el embrión¹⁶.

Una segunda posición sostuvo, con mayor aceptación, que *la esperanza de vida* era el interés tutelado en el tipo de aborto¹⁷.

Al margen de estas consideraciones, es opinión comúnmente aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁸ la que afirma que la **vida humana**¹⁹ constituye el bien jurídico protegido en el Título II del Libro II del Código Penal.

No obstante este consenso en torno a la consideración de la **vida humana** como bien jurídico protegido en el delito de aborto, existe una tendencia marcada por parte de la doctrina de añadir adjetivos a esa vida; valga de cita: **“en forma-**

¹⁵ En síntesis, para resolver el problema del interés preponderante, se distinguen tres posiciones del modo que siguen. En primer lugar, una primera tesis (la de la Iglesia Católica), consideró que el interés preponderante era la **vida del feto**, lo que conllevaba la penalización total del aborto provocado, sin admitir ningún tipo de excepciones. Esta postura es la que mantuvo el legislador penal anterior a 1985. En segundo término, un segundo posicionamiento, sostuvo que el interés preponderante estaba constituido por el **interés de la mujer embarazada**, considerando al feto como “simple prolongación del vientre de la madre”, abogando por la despenalización total del aborto, con consentimiento de la mujer embarazada. Finalmente, una tercera posición está representada por una tesis intermedia, que valora la vida del feto, aunque teniendo en cuenta los intereses de la mujer embarazada. Conforme con ello, admite un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad genérica del aborto (MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pp.85 ss.)

¹⁶ En la doctrina española, probablemente, el único autor que considera a este bien jurídico como principal objeto de tutela del aborto es QUERALT, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.42 (LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., n.29, p.274).

¹⁷ En este sentido, CUELLO CALÓN, 1955; pp.46-47; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, p.321; HUERTA TOCILDO, 1977, p.25; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, p.57; MIR PUIG, 1983, p.107; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp.109-110. En relación al Código penal de 1870, se habían pronunciado en este sentido, PACHECO, *El Código Penal. Concordado y anotado*, T.III, 1870, p.41. GROIZARD, *El Código...*, op.cit., pp.552-553. Sobre el origen de este criterio y sus diferencias con su versión actual, vid. LAURENZO COPELLO, 1990 a, pp.68-70. Cita de LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., pp.275-276, n.37.

¹⁸ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la conocida **Sentencia 53/1985**; y el Tribunal Supremo en **Sentencia de 5 de abril de 1995 (R.A.2882)**.

¹⁹ Así QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp.606-607; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp.71-72; CEREZO MIR, 1982, pp.573-577; BUENO ARÚS, 1981; pp.107-108; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.46; DIEZ RIPOLLÉS, 1989, pp.19-22 y 36-37; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp.569-570; LAURENZO COPELLO, 1990 a; pp.103-104; ROMEO CASABONA, 1994, pp.63 y 285; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.134; GARCÍA ARAN/LÓPEZ GARRIDO, 1996, p.91. Igualmente la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1992 (R.A.5544)**. También ARROYO ZAPATERO, 1982, pp.108-109, aunque este autor distingue tajantemente entre el bien jurídico “vida en formación” y la vida que es objeto de tutela de los delitos de homicidio. MUÑOZ CONDE, por su parte, se refiere asimismo a la vida humana dependiente, pero matiza que durante los tres primeros meses del embarazo no hay certidumbre sobre su presencia en el embrión debido a que aún no se ha desarrollado uno de los datos más característicos del ser humano: la actividad cerebral. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.90. Desde este punto de vista, aunque negando por ello de modo radical la presencia de la vida humana en formación en el embrión, QUERALT, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.43. Cita de LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., pp.277-278, n.45.

ción”, “en desarrollo”, “dependiente”²⁰ o “prenatal”, adjetivaciones que pretenden resaltar las diferencias entre “el nacido” y el “non-nato”; distinciones que se traducen en una valoración social y jurídica²¹. Dadas las peculiaridades de este objeto de protección, resulta conveniente concretar el **comienzo de la vida humana dependiente**, a fin de delimitar el delito de aborto de otros tipos penales.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE²², la delimitación del comienzo de la vida humana es un problema de límites temporales, dado que **la separación del claustro materno** del ya nacido constituye el límite que separa la vida humana dependiente de la ya independizada. De ahí que sea conveniente fijar **el comienzo de la vida humana**.

En épocas precientíficas, donde predominaban los criterios filosóficos o teológicos de la **teoría de la “animación”**, se afirmaba que existía vida humana desde el momento en que el cuerpo se unía con el alma, esto es, desde la fecundación. No obstante, la evolución de la Medicina y la Ciencia superaron el criterio anteriormente indicado, considerando que la individualización plena del ser humano no se produce hasta unos catorce días más tarde, es decir, cuando anida en el útero materno²³ -**teoría de la “anidación”**. Esto se fundamenta en el hecho de que en la fase previa se pierden espontáneamente sobre el 50 por ciento de los óvulos fecundados y los que perduran pueden fusionarse con otros o dividirse²⁴.

III. LA SOLUCIÓN DE LAS INDICACIONES COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

De las tesis anteriormente expuestas puede deducirse que la vida humana dependiente goza de una **protección relativa** en el Derecho penal, suscitándose un conflicto de intereses entre la vida humana dependiente y otros valores. Desde el punto de vista jurídico-penal, la solución a arbitrar para solventar este conflicto hay que buscarla en **las causas de justificación**, buscando su fundamento en los principios de ponderación de intereses, o la no exigibilidad de un comportamiento distinto²⁵.

La legislación penal española anterior a 1985 castigaba las conductas de aborto, sin admitir ningún tipo de excepciones. Como indicábamos al referirnos a la evo-

²⁰ Véase HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal y la Genética*, Ed. Trivium, Madrid, 1995, p. 197.

²¹ LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.278.

²² *Derecho Penal. Parte Especial...*, op.cit., p.89.

²³ En detalle sobre el estado actual de la Ciencia en estos aspectos, vid. ROMEO CASABONA, 1994, pp.148-151. HIGUERA GUIMERA, *El Derecho Penal...*, op.cit., pp.199-200. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial...*, op.cit., p.90.

²⁴ LAURENZO COPELLO, en *Comentarios...*, op.cit., p.292. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.90.

²⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.92. Asimismo, véase la **STS, de 26 de Octubre 2000 (TOL 117571), FJ.3**.

lución histórica de esta figura delictiva, la **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio**, introdujo en el Código penal derogado el **artículo 417 bis**, actualmente vigente (Disposición derogatoria única a) CP), despenalizando la interrupción voluntaria del embarazo en tres supuestos. De ahí que el aborto provocado siga siendo delito, a excepción de las tres indicaciones (terapéutica, ética y eugenésica).

El **artículo 417 bis CP**, dispone:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurre alguna de las circunstancias siguientes:

*1ª. Que sea **necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada** y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.*

2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

*3ª. Que se **presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas**, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.*

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”²⁶.

Conforme con ello, la interrupción voluntaria del embarazo **no es punible** en los siguientes casos:

1. Cuando la continuación del embarazo suponga **grave peligro para la vida o la salud física o psíquica** de la mujer embarazada (*aborto terapéutico*).

²⁶ Los subrayados en negrita son míos.

2. Cuando el embarazo haya sido consecuencia de un **delito de violación** (*aborto ético*).

3. Si se presume que el **feto** habrá de nacer con **graves taras físicas o psíquicas** (*aborto eugenésico*).

Antes de estudiar particularizadamente cada indicación, me voy a referir a los **requisitos comunes** a todas las excepciones.

En primer lugar, se precisa el **consentimiento expreso de la mujer embarazada**. Este primer requisito sólo puede omitirse “en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante”²⁷. Ante el silencio del legislador, en los casos de abortos de **menores o incapaces**, la cuestión se torna más polémica. En los casos de menores, el consentimiento habrá de ser prestado por los representantes legales, aunque si se tratara de mujeres menores de edad, pero mayores de catorce años, “su decisión de abortar, salvo que esté viciada por otras causas, no tiene que ser autorizada o confirmada por la de sus padres o tutores, pues se trata de un derecho de la personalidad que puede ejercitar por sí misma”²⁸.

En los casos de incapaces, la solución a adoptar es más controvertida, dado que la decisión a interrumpir voluntariamente el embarazo debe ser corroborada por sus representantes legales, aunque siempre será preferente la voluntad del incapaz, con la salvedad de que sea “incapaz de comprender o asumir las consecuencias de sus decisión o se trate de un ‘caso de urgencia por riesgo vital de la gestante’”²⁹.

En segundo lugar, la interrupción del embarazo habrá de practicarse por **un médico** o bajo su dirección. Según el **Real Decreto 2409/1986** ha de tratarse de un especialista en Obstetricia y Ginecología³⁰.

Finalmente, habrá de realizarse en **centro sanitario, público o privado, acreditado**³¹.

1. Aborto terapéutico (art.417, bis, 1, 1ª CP):

“1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado

²⁷ Artículo 417 bis, 1, 1ª ACP.

²⁸ Vid. Artículo 162.1 Cc; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.93.

²⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.93. El **Real Decreto 2409/1986** exige que *se informe a la mujer* (en caso de menores e incapaces a sus representantes legales) “sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle” (art.5).

³⁰ Artículo 1.1.

³¹ Según disponen los artículos 1.1. y 2.1 RD. 2409/1986.

y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que sea **necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada** y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso”.

La llamada indicación “*terapéutica*” admite el aborto en aquellos casos en que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la mujer embarazada. No obstante, la desafortunada redacción obliga a atender al caso concreto, conforme al criterio “*in dubio pro muliere*”, pues la imprecisa expresión “*gravedad del peligro*” conlleva dificultades para fijar un baremo objetivo. A fin de concretar la gravedad del peligro, la regulación legal objetiviza esta indicación, al exigir un **dictamen médico emitido con anterioridad**³².

Concurriendo los requisitos para aplicar esta indicación, el hecho de obligar a la mujer embarazada a continuar su embarazo en contra de su voluntad sería constitutivo de un **delito de coacciones**.

2. Aborto ético (Artículo 417 bis, 1, 2ª)

“...2ª. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado(...)”

La segunda indicación declara impune la interrupción voluntaria del embarazo que haya sido consecuencia de un hecho que, conforme al Código penal derogado, se considerara delito de violación. La LO 11/1999, de 30 de abril, modificadora del Título VIII del Código penal, ha soslayado la polémica anterior, al haber introducido de nuevo el término “violación”, referido a las agresiones sexuales cualificadas, esto es, aquellas que tengan lugar a través del “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías”³³.

³² Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.95. Vid. SSTS 26 octubre 2000 (TOL 117571); 19 de septiembre 2001 (§ Iustel 201660).

³³ Vid. Artículo 179 CP.

La principal crítica que se objeta a esta indicación se refiere a la imprecisa redacción, dado que se exige que el embarazo “**sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación...**”; la expresión “como consecuencia...” denota una probabilidad e incertidumbre contrarios al principio de seguridad jurídica.

Asimismo, para aplicar esta indicación se exige la **previa denuncia** antes de interrumpir voluntariamente el embarazo y que se practique **dentro de las 12 primeras semanas de gestación**. Si la denuncia fuese falsa, o consecuencia de la simulación de un delito, el delito de aborto entraría en concurso con los correspondientes delitos indicados.

La doctrina penal se ha planteado un caso problemático, como es el de un embarazo que sea consecuencia de una **reproducción asistida sin consentimiento de la mujer**. Un sector de la doctrina sostuvo la aplicación de la indicación ética por “*analogía in bonam partem*”, bien a través de la indicación terapéutica; bien la causa de justificación genérica del estado de necesidad³³.

3. Aborto “eugenésico” o embriopático

“...3ª. Que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto (...)”

De la solución de las indicaciones, quizás sea esta tercera la que se fundamenta en razones más discutibles. En este caso es fundamental el **dictamen médico**, que debe ser emitido por **dos especialistas** de centro acreditado al efecto³⁴, practicando la interrupción en las **22 primeras semanas de gestación**, computadas a partir del momento de la **anidación**. Asimismo resulta criticable los criterios de probabilidad, de acuerdo con criterios médicos³⁵).

4. La “excusa absolutoria” para la mujer embarazada

“... 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

³⁴ No obstante, la solución a este problema se resolvería aplicando el artículo 162 CP, relativo a los delitos de manipulación genética.

³⁵ Artículo 6.2. RD 2409/1986. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p.97.

El artículo 417 bis, número 2 del Código Penal anterior contiene una cláusula general de **impunidad** solo aplicable a la mujer embarazada que aborte, aún cuando no se cumplan los requisitos de que la interrupción de su embarazo se practique en un centro acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

Esta excepción sólo resulta aplicable a la **mujer embarazada**, pero no a las demás personas intervinientes en la interrupción del embarazo³⁷.

IV. MODALIDADES DE ABORTO

El aborto provocado sigue siendo delito, salvo que concurren las citadas indicaciones. Conforme con ello, el Derecho penal sirve para castigar el aborto **sin consentimiento de la mujer; con consentimiento viciado; por impericia médica** y el practicado **en malas condiciones higiénicas**.

El aborto consiste en la muerte del feto voluntariamente ocasionada, bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente.

La **acción típica** se dirige a producir la muerte o destrucción del feto³⁸ y, como tal, puede revestir diversas formas y modos (medios físicos, mecánicos y químicos). De ahí que, técnicamente, el delito de aborto se clasifique entre los delitos de lesión, en el que es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consuma³⁹.

Dogmáticamente, la doctrina distingue tres modalidades de aborto: aborto **doloso** ocasionado por un **tercero**; aborto **doloso** ocasionado por la **propia mujer**; aborto ocasionado **imprudentemente por un tercero**

1. Aborto doloso ocasionado por un tercero

En esta primera modalidad, cabe distinguir dos clases, atendiendo a la presencia o ausencia de consentimiento de la mujer embarazada.

a) Aborto doloso ocasionado por tercero con consentimiento de la mujer embarazada (Artículo 145.1 CP)

³⁶ Los casos de error se resolverán conforme a las reglas del error de prohibición. Vid. Artículo 14.3º CP.

³⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p.97.

³⁸ Si pese a realizar todos los actos necesarios, no se produjera la muerte del feto, la acción quedará en grado de **tentativa**, punible conforme al artículo 16 CP. Véanse las SSTS 13 noviembre 2003 (TOL 327733) atipicidad de la conducta del profesional que se limita a emitir un dictamen concretando el riesgo para la salud de la embarazada, si la gestación no se interrumpe.

³⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.91; LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, op.cit., p.295, nn.129-130. En sentido médico, el aborto consiste en la expulsión prematura de un feto sin viabilidad extrauterina, sea espontánea o provocada. (l.u.c.).

El **artículo 145.1 CP** dispone:

El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años”.

En esta modalidad se castiga la conducta de **coautoría** entre el tercero y la mujer embarazada, que debe tener conciencia del alcance de su consentimiento, y tiene el dominio del hecho sobre la acción. Si la conducta del tercero es de **participación (inducción; auxilio necesario o complicidad)**, el marco penal aplicable es el del párrafo segundo del artículo 145 CP⁴⁰.

Si el consentimiento de la mujer embarazada fuese obtenido a través de **la violencia o la intimidación**, el delito de aborto entraría en concurso con los correspondientes delitos de coacciones o amenazas.

En esta modalidad cabe incluir, asimismo, el supuesto en que la embarazada fuese una enajenada mental y consintiese libremente, dado que su consentimiento deviene ineficaz.

b) Aborto doloso ocasionado por tercero sin consentimiento de la mujer embarazada (Artículo 144 CP)

El **artículo 144 CP** dispone:

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

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

En esta modalidad de aborto, es determinante constatar la presencia o ausencia del consentimiento, dado que prescribirá la pena que debe corresponderle al tercero.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.99; LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, op.cit., p.298.

En los casos en que el consentimiento sea obtenido mediante violencia, amenaza o engaño, la participación de la mujer es **impune**, actuaría como instrumento.

Si el tercero cree, erróneamente, que la mujer consiente sería aplicable el marco penal del artículo 145.1 CP (Error vencible sobre el propio objetivo de un elemento de la tipicidad)⁴¹.

2. Aborto doloso producido por la embarazada (Artículo 145.2 CP)

El artículo 145.2 CP establece:

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

En esta modalidad la mujer responde penalmente como **autora**, sancionándose con la misma pena que cuando la mujer consiente que otro lo realice. Conforme con ello, los **terceros** intervinientes en la interrupción del embarazo actúan como meros **partícipes**, siendo sancionados con distinta pena.

Es posible imaginar casos de **autoría mediata**, ya que la embarazada puede servirse de un tercero como instrumento, aunque es difícil que aquél no sepa que está practicando un aborto.

En los casos en que la mujer produzca su aborto, pero objetivamente concurren los presupuestos de las “indicaciones”, será aplicable por analogía “*in bonam partem*” la excusa absolutoria del artículo 417 bis, apdo.2 ACP⁴².

3. Aborto ocasionado por imprudencia grave (Artículo 146 CP)

El artículo 146 CP dispone:

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

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

⁴¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.99; Cfr. LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, l.u.c.
⁴² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., p.100; Vid.LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, op.cit., p.298.

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

En esta modalidad el feto muere o nace en condiciones no viables, sin la diligencia debida por el profesional (imprudencia profesional).

Entre los **requisitos** señalados por la doctrina, se exigen la imprudencia grave por parte de un profesional, excluyendo la negligencia de la mujer embarazada. En segundo lugar, será necesario que exista una **relación de causalidad** entre la acción imprudente y el aborto producido⁴³.

Si a pesar de la imprudencia, el feto no muere, aunque sí se producen lesiones o una enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, el marco aplicable sería el del artículo 158 CP (delito de lesiones al feto en su modalidad imprudente⁴⁴).

Los casos de **error** sobre los presupuestos objetivos de alguna de las indicaciones del artículo 417 bis ACP, serán tratados conforme a las reglas del **error de prohibición**⁴⁵.

Asimismo, el artículo 146 CP resulta aplicable en los casos de aborto que se produce como consecuencia de **violencias o malos tratos** sobre la mujer, que ya de por sí constituyen una conducta imprudente respecto a la producción del aborto, cuando el sujeto sabe⁴⁶ que la mujer a la que maltrata o golpea está embarazada.

V. EPÍLOGO

Sirvan estas reflexiones en voz alta para destacar los aspectos jurídico-penales y las cuestiones más problemáticas que los delitos de aborto plantean.

El **aborto** provocado sigue siendo delito, salvo que concurren las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Conforme con ello, el Derecho penal sirve para castigar el aborto **sin consentimiento de la mujer; con consentimiento viciado; por impericia médica** y el practicado **en malas condiciones higiénicas**.

⁴³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op.cit., pp.100-101; LAURENZO COPELLO, *Comentarios...*, op.cit., pp.299-300.

⁴⁴ En detalle, sobre las lesiones al feto, vid. GRACIA MARTÍN, en *Comentarios...*, op.cit., pp.608 ss.

⁴⁵ Véase la STS 26 octubre 2000 (TOL 117571). Delito de aborto. Indicación terapéutica por peligro para la salud psíquica de la madre. El informe debe ser emitido por médico especialista. Error sobre la concurrencia de cuantos requisitos justifican el aborto terapéutico. Error vencible. Criterio para determinarlo (FJ 3); también la STS 19 septiembre 2001 (§ Iustel 201660).

⁴⁶ Si por las circunstancias concurrentes el aborto era de probable producción y el sujeto actuó asumiendo ese resultado, podría aplicarse directamente el artículo 144 CP, en concurso con homicidio doloso o asesinato. Resulta muy interesante la STS de 4 de noviembre 1998 (TOL 138020), donde se condena al autor responsable de un delito de asesinato en concurso ideal con un delito de aborto y un delito de tenencia ilícita de armas.

El aborto consiste en la muerte del feto voluntariamente ocasionada, bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente.

La **acción típica** se dirige a producir la muerte o destrucción del feto y, como tal, puede revestir diversas formas y modos (medios físicos, mecánicos y químicos). De ahí que, técnicamente, el tipo de aborto se clasifique entre los delitos de lesión, en el que para su consumación es necesario que el resultado se produzca.

Dogmáticamente, la doctrina distingue tres modalidades de aborto: aborto **doloso** ocasionado por un **tercero**; aborto **doloso** ocasionado por la **propia mujer**; aborto ocasionado **imprudentemente por un tercero**.

El Derecho penal no otorga una protección total de la vida humana, sino que sólo dispensa una tutela relativa de tan preciado bien jurídico. Esto significa que, en ciertos casos -como el del aborto- donde se origine un conflicto de intereses, por ejemplo, entre la vida del feto y el interés de la mujer embarazada, la solución a arbitrar deba resolverse en el campo de las **causas de justificación**, aplicando los principios del interés preponderante, o el de la inexigibilidad de un comportamiento distinto.

La tímida despenalización de la "**solución de las indicaciones**" permite que, en casos excepcionales y observándose los requisitos reglamentariamente exigidos en el RD 2409/1986, de 21 noviembre, la mujer que decida interrumpir voluntariamente su embarazo, estando incurso en alguna de las causas del artículo 417 bis ACP, pueda hacerlo sin incurrir en ninguna clase de responsabilidad penal (indicaciones terapéutica, ética y eugenésica). Cualquier otra solución que se adopte al margen de lo dispuesto en las leyes penales, será contraria a las exigencias del principio de legalidad y, por ello, contraria a los fundamentos del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Tomás María y VIZMANOS, Cirilo:
Comentarios al Código penal, Madrid, 1848, dos vols.
- ARROYO ZAPATERO, Luis:
"Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo", en
El aborto. Un tema para debate, Ayuso, 1982.
- "Prohibición del aborto y Constitución", en *La despenalización del aborto*,
Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel:
Manual de Derecho penal (Parte especial), I. Delitos contra las personas, 2ª
ed., Madrid, 1991; II. Delitos patrimoniales y económicos, Madrid, 1987;
III. 1989, *La actualización del Código penal de 1989*.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio:
"Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teleológico-jurídicas",
en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona,
1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan:
Manual de Derecho penal. Parte especial, Barcelona, 1986.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos:
"Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones:
suicidio y aborto", CPC, 1991.
- CARMONA SALGADO, Concepción:
"Homicidio y lesiones a consecuencia del aborto o prácticas abortivas", en
Comentarios a la Legislación Penal, t.XIV, vol.I, Madrid, 1992.
- CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLARINO NAVARRETE:
Manual de Derecho penal. Parte especial, Madrid, 1993.
- CEREZO MIR, José:
"La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español",
ADPCP, 1982.
- COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU:
"El aborto en el Código penal español", en *Libro Homenaje al Profesor Beristain*,
San Sebastián, 1989.
- CUELLO CALÓN, Eugenio:
Cuestiones penales relativas al aborto, Bosch, Barcelona, 1955.
- CUERDA RIEZU, Antonio:
"El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal",
Documentación Jurídica, monográfico 1, 1983.
- "Comentario a la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código penal un artículo 417 bis", CPC, 1986.

DEL ROSAL, Juan:

“Aborto con resultado muerte”, en *Estudios Penales*, Madrid, 1948.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis:

“Fundamento y naturaleza del artículo 417 bis, y su relación con las eximentes genéricas”, en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, 1989.

“Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto. Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis CP”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, t.IX, Edersa, Madrid, 1989.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis/LAURENZO COPELLO, Patricia:

Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp.268-315.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis:

Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales, Barcelona, 1993.

FARRÉ TREPAT, Elena:

“Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, ADPCP, 1990.

GARCÍA ARÁN, Mercedes:

“La objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo”, RJC., 1987.

GARCÍA MARÍN, José:

El aborto criminal en la legislación y en la doctrina, Edersa, Madrid, 1980.

GARCÍA VITORIA, Aurora:

El tipo básico de aborto, Aranzadi, 1981.

“El delito de aborto cometido en el extranjero”, en *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Granada*, nº14, 1981 a.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique:

“Pena de muerte y aborto”, en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

“La reforma del Derecho penal del aborto”, en *Estudios de Derecho penal*, cit.

GRACIA MARTÍN, Luis:

Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp.608-708.

Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Ed.Tirant lo blanch, Valencia, 1993 (Con DÍEZ RIPOLLÉS).

GUALLART DE VIALA, Alfonso:

Aborto y hermenéutica jurídico-penal, Sillar, 1982.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe:

“El proceso de despenalización del aborto en España”, en AP, 1997.

El Derecho Penal y la eugenesia, Ed.Trivium, Madrid, 1995.

“El Derecho Penal y la eugenesia”, AP, 1998.

HUERTA TOCILDO, Susana:

“Aborto con resultado de muerte o lesiones graves”, Instituto de Criminología de la UCM, 1977.

“Criterios para la reforma del delito de aborto”, en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.

“Crítica a la nueva doctrina jurisprudencial sobre la extraterritorialidad de la ley penal española en materia de aborto”, en *La Ley*, 1984.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis:

Libertad de amar y derecho a morir, Depalma, Buenos Aires, 1984.

LAURENZO COPELLO, Patricia:

Código Penal comentado, Akal, Madrid, 1990.

El aborto no punible, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1990 a.

“La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico”, en *la Evolución del Derecho en los diez últimos años*, Tecnos, 1991.

“Reflexiones sobre la reforma del aborto”, AP 1992.

MIR PUIG, Santiago:

“Aborto en el extranjero”, en AJ, 1981.

“Aborto, estado de necesidad y Constitución”, en *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

“Aspectos jurídicos de la planificación familiar”, I Jornadas sobre población y planificación familiar (Aranguren, Linhard, Muñoz Conde, Salvatierra), Valladolid, 1980.

“La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994”, en RDGH, 1995.

Derecho Penal.Parte Especial, 15ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

NÚÑEZ BARBERO, Ruperto:

“Significación y trascendencia actual del sistema romano de la ‘portio mulieris’ en el aborto consentido”, ADPCP, 1990.

PACHECO, Joaquín Francisco:

El Código Penal, Madrid, 1ª ed., 1848/1849, tres volúmenes.

QUERALT JIMÉNEZ, J-J.

Derecho penal español. Parte especial, Barcelona, 1992.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio:

Compendio de Derecho penal, Madrid, 1958.

Tratado de la Parte especial del Derecho penal, Tomo I (1962): Infracciones contra las personas (2ª ed. Por GIMBERNAT: I. Infracciones contra la persona en su realidad física; II. Infracciones contra las personalidad, Madrid, 1972). Tomo II (1964): Infracciones patrimoniales de apoderamiento (2ª ed. Por GARCÍA VALDÉS, 1977); Tomo III (1965): Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales (2ª ed. Por GARCÍA

VALDÉS, 1978); Tomo IV: Infracciones contra la comunidad social (1967), por GIMBERNAT.

ROMEO CASABONA, Carlos:

“El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales”, La Ley, 1987.

El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

“Objeción de conciencia y aborto”, en Homenaje a Casabó, Valencia, 1997.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador:

“Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, REDC, 1985.

ZODER, Isabel:

“Reforma y regulación del aborto a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán”, ADPCP, 1996.