



# La interrupción voluntaria del embarazo. Incidencia en el ordenamiento penal y constitucional

AUTOR: Gonzalo Jesús Pemán González  
TUTOR: Vicente Juan Calafell Ferrá

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CRONOLOGÍA Y CONTENIDO DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL ABORTO.....	4
2.1. EL ESTADO LIBERAL DEL SIGLO XIX. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	4
2.2. LA INESTABILIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DEL SIGLO XX.....	6
2.3. EL VIGENTE MARCO CONSTITUCIONAL.....	8
3. LA INCIDENCIA DEL ABORTO EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: LA INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE LA MUJER.....	12
4. CONCLUSIÓN.....	17
BIBLIOGRAFÍA .....	19

## 1. INTRODUCCIÓN

La interrupción voluntaria del embarazo o aborto está a punto de sufrir un vuelco normativo con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Con esta nueva Ley Orgánica se regresaría a un sistema de supuestos similar al de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, sistema que fue sustituido por los plazos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Por si fuera poco, la situación es aún más interesante, ya que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, se encuentra recurrida por inconstitucionalidad, y es posible que la nueva Ley entre vigor antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, pudiendo dar lugar a que el Tribunal no entre a discutir la cuestión de fondo por no estar la ley recurrida dentro del sistema.

El objeto de este trabajo es la recopilación de las principales novedades que introdujeron tanto las normas preconstitucionales como las ya entradas en vigor durante la actual constitución, así como el estudio de la posición mantenida por el Tribunal Constitucional y la doctrina respecto al conflicto entre el aborto y el derecho a la vida. Para ello deberán tratarse temas como la delimitación del comienzo del derecho a la vida, asunto que encamina a discutir acerca de si el derecho a la vida corresponde desde la fecundación o solamente desde el parto.

En estos momentos nos encontramos con el actual sistema de plazos de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, Ley que debe ser entendida como una norma más bien «amplia». Así se desprende de manifestaciones como las de Marisa Soletto, presidenta de la Fundación Mujeres que defiende favorablemente el actual sistema de plazos desde una posición pro-abortista y de la postura encontrada del PP y la Iglesia Católica. La Iglesia Católica sostiene que existe vida desde el instante de la concepción, por tanto se muestra opuesta al aborto, a la píldora del día después, a la investigación con células madre, a la fecundación in vitro y al dispositivo intrauterino. Muchos de los integrantes del sector sanitario, respaldándose en la Biología y la Genética, mantienen un posicionamiento contrario al aborto pues entienden que con ambas ciencias se puede llegar a la conclusión que desde la concepción ya hablamos de vida humana. Por otro lado, el Partido Popular mantiene una actitud política menos «amplia» que la actual Ley (que entró en vigor durante el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero) pero más «amplia» que la postura de la Iglesia Católica como puede deducirse de la orientación general del anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. La postura más «amplia» sostenible sería aquella que no equipararía durante las primeras semanas del embarazo al concebido con un ser humano, defendiendo que en un embarazo indeseado se produce un conflicto entre los derechos de la madre y el desarrollo del concebido que debe resolverse a favor de los derechos de la primera. Este último posicionamiento podría ser apoyado por la izquierda más extrema o por personas con una marcada postura abortista.

## 2. CRONOLOGÍA Y CONTENIDO DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL ABORTO

### 2.1 El Estado liberal del siglo XIX. La codificación del derecho penal.

El fenómeno de la Codificación aplicado a los sectores jurídicos civil, mercantil, penal y procesal aparece en la Europa del XVIII en Baviera, Prusia y Austria, y toma fuerza al principio del siglo XIX en Francia. Las ideas ilustradas provenientes de Europa influenciaron la orientación de la codificación penal española. Los principios del derecho penal del Antiguo Régimen entraron en conflicto con los principios de la ilustración impulsados por los eruditos de la época. Estos principios ilustrados se plasmaron en el derecho penal con los conceptos de utilitarismo (propugna que la acción punitiva debe corresponderse con la utilidad social), de humanismo (promueve la moderación y corrección de excesos de cualquier tipo, de este concepto dimana el llamado rigor de las penas y la abstención de empleo de medios degradantes para inquirir la verdad) y las concepciones defensoras de la proporcionalidad de las penas (La teoría de la proporcionalidad surge del principio de que toda pena debe ser proporcional a la culpa).<sup>1</sup>

El primer Código Penal español nació por orden de Fernando VII en el paréntesis liberal que se extiende de 7 de marzo de 1820 a 1 de octubre de 1823. Fue creado por las Cortes liberales del Trienio, influenciando en su elaboración la doctrina de la ilustración y los códigos de mayor crédito y reputación en Europa. El código se promulgó el 9 de julio de 1822. Para algunos autores tuvo una vigencia de un año y tres meses, siendo retirado cuando el sistema jurídico del Antiguo Régimen se restableció (1 de octubre de 1823), para otros autores ni siquiera llegó a entrar en vigor.<sup>2</sup>

Este Código Penal, que vería la luz en 1822<sup>3</sup>, recogió en sus artículos 639 y 640 la primera regulación sobre el aborto. Optó por penalizar la conducta de la persona que empleando voluntariamente y a sabiendas alimentos, bebidas, golpes, o cualquier otro medio análogo, procurase que alguna mujer embarazada abortase, estableciendo diferentes penas de reclusión según hubiese o no consentimiento de la mujer y si resultase o no efectivo el aborto (art. 639). Asimismo contemplaba la diferenciación entre el «particular» y ciertos «profesionales» (el art. 639 castigaba al médico, cirujano, boticario, comadrón o matrona que a sabiendas administraba, proporcionaba o facilitaba los medios para el aborto, estableciendo diferentes penas de obras públicas según tuviese efecto o no la interrupción, más inhabilitación perpetua para volver a ejercer su profesión en ambos casos). Por su parte el art. 640 penalizó la conducta de la mujer embarazada que para abortar emplease a sabiendas alguno de los medios expresados en el art 639 y el aborto fuese efectivo, imponiéndole una pena de reclusión, pero reducía la duración de la reclusión si era soltera o viuda no corrompida y de buena fama, y resultase a juicio de los jueces de hecho, que el único y principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad.

---

<sup>1</sup> y <sup>2</sup> ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Historia del Derecho*, Tercera Edición, Madrid, 2003, Pp. 891-894.

<sup>3</sup> El Código Penal de 1822 puede ser consultado en: [http://www.usc.es/histoder/historia\\_del\\_derecho/textos.htm](http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm) o en [http://bvrajyl.insde.es/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000308](http://bvrajyl.insde.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000308).

La derogación en 1823 de la legislación del Trienio, con la correlativa supresión del primer código, significó volver a una situación sin seguridad jurídica. En 1848 se debatió en el Senado y Congreso el texto del Código Penal de 1848, entrando en vigor el 1 de julio de 1849. Este nuevo código de 1848<sup>4</sup>, realizado con posterioridad al Código francés, al austriaco, al napolitano y al brasileño, «debería tener en cuenta todos los anteriores para salir más perfecto y acabado que ninguno». Pero las influencias no impidieron que tuviera «su propia línea, su fisonomía propia»<sup>5</sup>. La vigencia de este Código se extendió hasta 1870.<sup>7</sup>

El Código simplificó la regulación del aborto abandonando: la enumeración de los medios susceptibles de provocar el aborto (alimentos, bebidas, golpes, ó cualquier otro medio análogo); la diferenciación entre particulares, profesionales y la mujer embarazada; y tampoco se distinguía ya entre si resultó efectivo o no el aborto. Pero incorpora un nuevo elemento, la violencia sobre la mujer. Disponía, este código que «el que de propósito» causase un aborto sería castigado a la pena de reclusión temporal cuando ejercía violencia en la mujer embarazada, y prisión mayor cuando obraba sin consentimiento de la mujer, indiferentemente de si se ejercía violencia o no.

El Código Penal de 1870<sup>8</sup> puede verse como una profunda reforma del texto de 1848, revisión que tuvo como principal motivo la necesidad de adecuar el texto penal a los principios de la Constitución de 1869 (surgida de la revolución liberal de 1868). La vigencia de este código se prolongó hasta la reforma de noviembre de 1932, con excepción del paréntesis de 1928 a 1931 (La Dictadura de Primo de Rivera reemplazó la obra de 1870 por el código previo de 1928).<sup>9</sup>

Se introdujeron novedades como la distinción de las situaciones en las que se realizaba la acción sin propósito, pero retiene a su vez el criterio de diferenciar las conductas violentas sobre la mujer embarazada (la diferenciación entre conductas violentas o no, fue introducido por primera vez por el Código Penal de 1848), las conductas en las que se tenía consentimiento o no de la embarazada, y también la diferenciación entre «particulares» y «profesionales» (facultativos y farmacéuticos). Respecto a los particulares, este código conserva la redacción del justo anterior pero integra la siguiente novedad, y es que si la mujer consentía el aborto, la pena era de prisión correccional. El art. 426 por su parte penalizaba la realización del aborto sin propósito de causarlo imponiendo una pena de prisión correccional. El art. 427 tenía como cometido la tipificación de la situación en la cual la embarazada causaba su aborto o consentía que otra lo causase, esta conducta constitutiva de delito tenía prevista la pena de prisión correccional (el

---

<sup>4</sup> El Código Penal de 1848 puede ser consultado en: [http://www.usc.es/histoder/historia\\_del\\_derecho/textos.htm](http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm) o en [http://bvrajyl.insde.es/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000309](http://bvrajyl.insde.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000309)

<sup>5</sup> RODRIGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho penal español parte genera*, Décima edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1986, P. 1023.

<sup>6</sup> TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de Historia del Derecho español*, Cuarta Edición, Ed. Técnos, 1988, Pp. 498-499.

<sup>7</sup> y <sup>9</sup> ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Historia del Derecho*, Tercera Edición, Madrid, 2003, Pp 894-896.

<sup>8</sup> El Código Penal de 1870 puede ser consultado en:

[http://www.usc.es/histoder/historia\\_del\\_derecho/textos.htm](http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm) o en

[http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo\\_penal/index.htm](http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/index.htm)

Código penal de 1822 requería que el aborto fuese efectivo, en este Código ya no era elemento objetivo del tipo.). Por último, mencionar que el legislador optó por agravar las penas (se imponían en su grado máximo) cuando los sujetos activos eran facultativos que, abusando de su arte, causaban el aborto, y discernía estos facultativos de los farmacéuticos, pues en el caso de estos últimos, para que su acción tuviese reproche penal era necesario que sin la debida prescripción facultativa expendieran un abortivo incurriendo en las penas de arresto mayor y una multa.

## 2.2 La inestabilidad social y política del siglo XX

El Código Penal de 1928<sup>10</sup> fue promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera y su vigencia fue corta, ya que con la llegada de la república se retornó al Código de 1870.

Se preservó la regulación correspondiente al «particular» como sujeto activo de la acción, y simplemente se alteraron las penas (condenaba a la pena de prisión de 8 a 15 años al que causara un aborto ejerciendo violencia en la persona de la embarazada y de 4 a 8 años si obraba sin consentimiento de la mujer. La pena era de 2 a 4 años de prisión si la mujer consentía). Más innovador era el art. 526 que asentaba el tema de la comisión del aborto sin propósito pero uniéndole el criterio de constancia del estado de embarazo de la mujer (el precepto asignaba una pena de 6 meses a 4 años de prisión). Cuando la mujer embarazada provocaba o permitía la interrupción, la pena prevista era de prisión 2 a 4 años, minorando hasta los 3 meses a 1 año si lo hacía para ocultar su deshonra. A los médicos, farmacéuticos, comadrones o parteras que abusando de su profesión, causasen el aborto, les imponía las mismas penas que a los particulares pero en su grado máximo. A los farmacéuticos que, sin la debida prescripción facultativa, expedían o facilitaban una sustancia abortiva se les castigaba con la pena de 6 meses a 1 año de prisión y una multa, y si lo cometían sin título facultativo a prisión de 3 a 6 meses y una multa.

Con el inicio de la Segunda República el Gobierno provisional publica, el 15 de Abril de 1931, un Decreto que anula el Código de 1928, volviendo a entrar automáticamente en vigor el Código de 1870. Acto seguido se trabajó para que el Código Penal de 1932 viera la luz. Este último, publicado el 5 de noviembre de 1932<sup>11</sup>, regulaba el aborto en sus artículos 417 a 420. Respecto a las conductas del «particular» y de la embarazada previstas como delito, únicamente se mudaron las cuantías de las penas (en lo concerniente al particular se asciende de reclusión temporal a prisión mayor cuando se ejerce violencia sobre la embarazada, se desciende de prisión mayor a prisión menor cuando no hay consentimiento, y cuando la embarazada consiente el aborto se reemplaza la la prisión correccional por la de arresto mayor; en lo tocante a la embarazada en el código penal de 1870 la pena era de prisión correccional y pasa a ser ahora de arresto mayor). El art. 419 rebajaba la pena si la mujer causaba su aborto o consentía que otra persona se lo causase para ocultar su deshonra asociando una pena de arresto mayor en su grado mínimo. Finalmente el art. 420 consagraba que los «facultativos que abusando de su arte» causasen el aborto o

---

<sup>10</sup> El Código Penal de 1928 puede ser consultado en la Gazeta nº 257 de 13 de septiembre de 1928.

<sup>11</sup> El Código Penal de 1932 puede ser consultado en la Gazeta nº 310 de 5 de noviembre de 1932.

cooperasen a él, debían soportar las penas respectivas del art. 417 («particulares») más una multa (ahora no se les aplica la misma pena en grado máximo, como ocurría en el Código de 1870). Respecto a los farmacéuticos, este mismo art. disponía que los que expidiesen un abortivo, sin la debida prescripción facultativa, incurrían en pena de multa (se reduce el castigo pasando del arresto mayor más multa del Código de 1870 a la simple multa).

En 1937 Cataluña publicó el 9 de enero un decreto que permitió el aborto libre hasta los tres primeros meses (art. 4) en los hospitales, clínicas e instituciones sanitarias dependientes de la Generalitat de Cataluña<sup>12</sup>. El artículo 2 de este decreto fundaba como motivos justificados para la práctica del aborto, las razones de orden terapéutico, eugenésico o ético (permitía el aborto después de los 3 meses si existía justificación terapéutica). Mediante este Decreto se facultó al Consejero de Sanidad y Asistencia Social a dictar disposiciones para dar cumplimiento al Decreto, y dicho encargo fue cumplido con la publicación el 5 de marzo de 1937 de una Orden del Conseller de Sanidad y Asistencia Social con las siguientes aclaraciones: con justificación terapéutica no era menester solicitud por parte de la embarazada por escrito, firmada y con renuncia a reclamaciones futuras; el aborto se podía denegar en caso de contraindicaciones médicas y si el embarazo superaba los 3 primeros meses, aunque podía ser autorizada por la Comisión Técnica, pero no podía realizarse de no haber pasado más de 365 días desde la última interrupción.

Con el alzamiento Nacional del 18 de Julio de 1936 contra la República inició la Guerra Civil. El bando victorioso fue el nacional lo que dio lugar a un nuevo Estado y a otro drástico cambio de régimen político. Durante los años de la posguerra, además de la legislación especial, se encontraba en aplicación el Código penal de 1932, hasta 1944 cuando mediante Decreto de 23 de diciembre de 1944 se promulgó el código penal de 1944<sup>13</sup>. Para mantener la brevedad necesaria en este trabajo simplemente citaré los cambios más relevantes, pero lo cierto es que las novedades de este Código eran muchas. Se castiga dentro del capítulo III, del aborto, la acción de matar o lesionar a una mujer a consecuencia del aborto o por practicas abortivas, creyéndola encinta cuando no estaba embarazada; se impone las mismas penas prevista para la mujer embarazada que ocultaba su deshonor a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, producían o cooperaban en la realización del aborto; se castiga con análoga pena a los facultativos y a las personas que se dedicaban habitualmente a practicar el aborto sin título sanitario (siendo la multa de 6000 a 50000 y de 1000-15000 respectivamente); y no sólo se castiga a las personas que usaban medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos, para provocar el aborto sino también a las personas que los usaban para evitar la procreación, mediante la divulgación, su exposición pública u ofrecimiento en venta, y también mediante cualquier género de propaganda anticonceptiva<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Los requisitos que se exigían para realizar el aborto eran los siguientes (art 10): a) ficha médica, psicológica, eugenésica y social de todas las mujeres que soliciten que se les practique la interrupción del embarazo. b) reconocimiento previo de la solicitante, para investigar su capacidad vital y de resistencia a la intervención. Si tras el reconocimiento se detectaban contraindicaciones para practicar el aborto, se llevaba el caso ante un Consejo Técnico.

<sup>13</sup> El Código Penal puede ser consultado en la Gazeta nº 13 de 13 de enero de 1945 o en <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf>

<sup>14</sup> Apartados cuarto y quinto del artículo 416.

El Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Texto revisado de 1963 del Código Penal presentaba idéntica regulación que el Código Penal de 1944 excepto en las cantidades de las multas de los artículos 415 y 416.

El texto refundido del Código Penal de 14 de septiembre de 1973, con fecha de publicación de 12 de diciembre de 1973, tenía en su redacción original la misma que el de 1963. Con el tiempo vio sus artículos sobre el aborto modificados por la Ley 45/1978, de 7 de octubre, la LO 9/1985, de 5 de julio, La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

La Ley 45/1978, de 7 de octubre, modificó el art. 416, eliminando el castigo de las personas que usaban los medios descritos (en el mismo artículo) para evitar la procreación mediante la divulgación, su exposición pública u ofrecimiento en venta, y también mediante cualquier género de propaganda anticonceptiva<sup>15</sup>.

### 2.3 El vigente marco constitucional

El 29 de Diciembre de 1978 se publicaría la nueva y vigente Constitución Española.

La ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal modifico únicamente las cantidades de las multas.

La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, incluyó en el Código Penal de 1973 el art. 417 bis despenalizando el aborto cuando se realizaba en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada en tres supuestos: 1. Sin requisito de plazo, para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada<sup>16</sup> 2. Dentro de las 12 primeras semanas cuando el embarazo se produjo por violación y el hecho hubiese sido denunciado. 3. Dentro de las 22 primeras semanas cuando se presume que el feto nacerá con grandes taras físicas o psíquicas<sup>17</sup>. Respecto a la mujer embarazada y en los casos anteriores, no era punible la conducta aún cuando la práctica del aborto no se realizaba en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hubieran emitido los dictámenes médicos exigidos. Por tanto, con la Ley de 1985, en España no existía el «derecho al aborto», simplemente se despenalizaron ciertas conductas.

Decimos que se despenalizó el aborto en 3 supuestos, pero al respecto me parece importante revelar que el fundamento jurídico 12 de la sentencia del TC 53/1985, aclarado por el voto particular del Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente se mantiene que en realidad el art. 417 bis no contiene ni una legalización ni tampoco una despenalización del aborto sino la simple declaración de no punibilidad de determinadas conductas, manteniendo intacto el tipo delictivo del 411 del Código. Advierto que a lo que se refiere el Tribunal es que estamos en presencia de una excusa absolutoria como lo es la excusa absolutoria de parentesco en los delitos

---

<sup>15</sup> suprimiendo la frase: «... o de evitar la procreación...» y eliminó los apartados cuarto y quinto.

<sup>16</sup> El grave peligro debe constar 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.

<sup>17</sup> La presunción de grandes taras físicas o psíquicas debe constar en un dictamen, con anterioridad a la práctica del aborto, y 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.

patrimoniales o la excusa absolutoria del desistimiento, es decir, la acción sería típica, antijurídica y culpable, pero no sería punible, y por tanto se carecería del cuarto elemento necesario para imponer una pena.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio introdujo cambios en el art. 411, 415 y 416, modificando las cantidades de las multas y el último párrafo del art. 411.

Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, entra por fin un Código penal nacido en el actual marco constitucional. Su vigencia se extiende hasta la actualidad pero con modificaciones. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que se encuentra pendiente de pronunciamiento por el TC por haber sido recurrida por posible inconstitucionalidad, derogó el art. 417 bis del Código Penal introducido por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia se mantuvo por el Código Penal de 1995.

El aborto paso a regularse en los artículos 144, 145 y 146. En el art. 144, que permanece invariable hasta la fecha, se castiga al que produzca el aborto cuando no hay consentimiento o se consigue (el consentimiento) mediante violencia, amenaza o engaño, a la pena de prisión de 4 a 8 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 3 a 10 años. El art. 145 regula que cuando hay consentimiento pero se hace fuera de los casos permitidos por la ley (los casos permitidos por la ley serían los introducidos por la L.O. 2/2010.), se penaliza al que produzca el aborto de la mujer a prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial por tiempo de 1 a 6 años, siendo novedad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (a partir de ahora L.O. 2/2010) que el juez pueda imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. Este mismo artículo sanciona a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause a prisión de 6 meses a 1 años o multa de seis a veinticuatro meses. Otra modificación de la L.O. 2/2010 consistió en añadir un nuevo apartado que obliga al juez o tribunal a imponer las penas de este artículo 145 en su mitad superior cuando la conducta se lleva a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. El art. 145 bis también fue añadido por la L.O. 2/2010 que informa del castigo de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial por tiempo de seis meses a dos años, para al que dentro de los casos contemplados en la ley practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado (en este último caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.). Este mismo artículo obliga al juez o tribunal a imponer las penas previstas en el art. 145 bis en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. Concluye el artículo informando que la embarazada no será penada a tenor de este precepto. El art. 146 en su redacción original establecía que, el que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de 12 a 24 fines de semana, siendo modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y pasando a tener una pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses. Permaneció inalterado el resto del artículo 146 que fijando una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 1 a 3 años además de la precedente cuando el aborto fuere cometido por

imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de. En relación con al art. 146 la embarazada tampoco será penada.

Respecto al contenido de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que no modificó el código penal, las principales novedades son: convertir el aborto en un derecho (concebido como una prestación pública y gratuita); admitir el aborto libre, ya que sin necesidad de alegar causa alguna puede solicitarse dentro de los primeros meses de embarazo; y establecer un sistema de plazos. Los plazos que establece esta ley son los siguientes: 1. Dentro de las primeras 14 semanas, la embarazada podrá abortar siempre que se haya informado a la mujer sobre los derechos, las prestaciones y las ayudas públicas de apoyo a la maternidad y su decisión de abortar se tome como mínimo a los 3 días desde que recibió tal información. 2. Dentro de las 22 semanas, si existe un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada<sup>18</sup>. 3. Dentro de las 22 primeras semanas si existe riesgo de graves anomalías en el feto<sup>19</sup>. 4. Sin plazo se podrá abortar cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida<sup>20</sup>. También se podrá realizar sin plazo cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable<sup>21</sup>. Cuando la embarazada sea mayor de 16 años pero menor de 18, se informará al menos a uno de sus representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores, de la decisión de la embarazada, aunque como excepción no se informará cuando la menor alegue fundadamente que esta actividad le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

El Real Decretos 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como su propio nombre indica desarrolló algunos temas tratados en la L.O. 2/2010. Los temas ampliados fueron: la Naturaleza y composición del comité clínico; el procedimiento de actuación; la información previa al consentimiento; el consentimiento informado de las mujeres de 16 o 17 años y la información a los representantes legales.

El Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo se publicó con el objeto establecer un marco básico que asegure la igualdad y calidad asistencial de la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y garantice a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación, con independencia del lugar donde residan.

---

<sup>18</sup> Dicho riesgo debe constar en un dictamen realizado por un médico especialista distinto del que practicará o dirigirá el aborto, pero en caso de urgencia por riesgo vital para la futura madre, podrá prescindirse del dictamen.

<sup>19</sup> El riesgo debe figurar en un dictamen realizado por dos médicos especialistas distintos del que practicará o dirigirá el aborto, pero en caso de urgencia por riesgo vital para la embarazada, podrá prescindirse del dictamen.

<sup>20</sup> Será necesario un dictamen realizado por un médico especialista distinto del que practicará el aborto.

<sup>21</sup> Será indispensable que un comité clínico confirme tal situación y después de ello la embarazada decidirá sobre la intervención.

La primera parte de este estudio revela la influencia de los anteriores Códigos en la regulación penal actual, el Código Penal de 1995 conserva elementos de los ya distantes Códigos del siglo XIX. Por ejemplo, el Código Penal de 1822 establecía diferentes penas para la persona que provoca el aborto según hubiese o no consentimiento de la mujer embarazada, elemento diferenciador que se mantiene en los actuales artículos 144 y 145 CP.

Otros elementos han sido modificados pero puede observarse aún su influencia, ejemplo de ello es la distinción realizada por el Código Penal de 1848 cuando castigaba a una pena al que de propósito causaba un aborto usando violencia en la mujer embarazada y a otra diferente al que lo realizaba sin consentimiento. Dichos elementos objetivos del tipo pueden verse, aunque mudados, en el actual artículo 144 CP que castiga (con una pena distinta) al que produzca un aborto cuando el consentimiento de la mujer embarazada se obtenga empleando violencia.

Otros elementos se han descartado con el paso del tiempo, podemos mencionar, a modo de ejemplo, el caso del Código Penal de 1822, en el cual también se preveía como una modalidad de delito de aborto el que no fuese efectivamente realizado, mientras que la actual regulación penal deja claro (mediante expresiones inequívocas<sup>22</sup>) que para hablar de delito de aborto se debe producir la interrupción. Por tanto, atendiendo al tenor literal del articulado del Código Penal el delito de aborto es un delito de resultado, no debe admitirse existente la posibilidad de cometerlo en modalidad de tentativa siendo el bien jurídico protegido la vida del nasciturus (que es un bien jurídico protegido constitucionalmente según la STC 35/1985, de 11 de abril).

En la España católica del siglo XIX la influencia de la religión cristiana era innegable (a diferencia de lo que sucedía en las naciones de tradición cristiana no-católica, o en las que había una estricta separación entre la Iglesia y el Estado)<sup>23</sup> pensar en una despenalización del aborto por parte de los códigos de este siglo sería inconcebible. Signo de la reducción del poder eclesiástico a principios del siglo el siglo XX es el Decreto de 1937 de Cataluña que permitió el aborto libre hasta los tres primeros meses, reducción que se vio rápidamente extinguida por la represión franquista con la cual la religión católica fue erigida religión oficial del Estado, y su doctrina declarada fuente de inspiración de la legislación (Art. 2 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional ). De ahí que el Código Penal franquista de 1944 fuese tan extremo llegando a considerar como delito de aborto la propaganda y difusión de métodos anticonceptivos.

En los años 70 da comienzo en la Europa democrática un proceso descriminalizador de la interrupción voluntaria del embarazo, etapa que inicia plenamente en España con la Constitución de 1978<sup>24</sup>. La primera y más urgente modificación fue anular como delito la propaganda y difusión de anticonceptivos ( Ley 45/1978, de 7 de octubre).

---

<sup>22</sup> "al que produzca el aborto", "por imprudencia grave ocasionare un aborto".

<sup>23</sup> y <sup>24</sup> GIMBERNAT, ENRIQUE, *La secularización del Derecho y el aborto*, artículo de opinión, El mundo, Octubre 2008.

Para Enrique Gimbernat aunque la despenalización parcial del aborto introducida en el Código Penal de 1985 formalmente era una ley de supuestos, esta operó como una de plazos porque la inmensa mayoría de las interrupciones del embarazo fueron practicadas por la sanidad privada en clínicas concertadas y la casi totalidad de las mismas se acogieron al concepto jurídico indeterminado de grave peligro para la salud psíquica de la embarazada mediante dictámenes emitidos por psiquiatras vinculados a esas clínicas privadas.<sup>25</sup>

Para terminar esta primera parte referir que respecto al derecho comparado, exceptuando Irlanda y Polonia, la práctica totalidad de los Estados Miembros de la Unión Europea han optado por despenalizar el aborto en las primeras semanas de gestación.<sup>26</sup>

### 3. LA INCIDENCIA DEL ABORTO EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: LA INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE LA MUJER

El art. 15 de la Constitución reconoce, entre otros, el derecho fundamental de todos a la vida, pero bajo esta aparente sencillez si nos paramos a pensar preguntas como ¿en que momento da comienzo el derecho a la vida?, ya apercibimos la complicación que entraña dar respuestas en torno a este tema. El mismísimo TC recogió esta dificultad (sentencia 53/1985, Fundamento jurídico 1º) cuando manifestó que la materia del derecho a la vida y el nasciturus se trata de «un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales».

El derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, la vida humana. El derecho a la vida es un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto, sin él, los restantes derechos no tendrían existencia posible (STC 53/1985 de 11 de abril, Fundamento jurídico 3). Con arreglo a la STC 53/1985 sólo los nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida (fundamento jurídico 7º), pero esto no quiere decir que el nasciturus esté desprotegido por el art. 15 CE (fundamento jurídico 5º), ya que su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el mismo (fundamento jurídico 7º).

Dicho de otro modo, si la Constitución protege la vida, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma. La vida del nasciturus encarna el valor fundamental de la vida humana que está garantizado en el artículo 15 de la Constitución, y constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (STC 53/1985, Fundamento jurídico 5).

---

<sup>25</sup> y <sup>26</sup> GIMBERNAT, ENRIQUE, *La reforma penal del aborto, artículo de opinión*, El mundo, 2014: <http://www.elmundo.es/opinion/2014/01/06/52cb0e6eca4741c57b8b4577.html>

Está respuesta fue mantenida por las sentencias del TC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 junio. La sentencia 212/1996 esclarecía este asunto expresando que, en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE<sup>27</sup>. La STC 53/1985<sup>28</sup> especificó que la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado (incluido por tanto el legislador) con carácter general dos obligaciones<sup>29</sup>, pero este tipo de protección no puede aspirar a revestir carácter absoluto, «en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones» (fundamento jurídico 7):

- La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación
- La de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales.

En resumen, podemos decir que la vida humana, desde su comienzo como embrión, constituirá el soporte donde se inserte la personalidad jurídica y todos los derechos subjetivos y por ello el Estado tiene la obligación de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida, puesto que ésta es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental (José Gabaldón López, STC 212/1996 de 19 de diciembre, Voto Particular<sup>30</sup>). En similares términos Torres del Moral mantiene que la vida, más que un derecho, es «el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por lo tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto<sup>31</sup>» y Bustos Puechel que la vida es el primero y más fundamental bien de la personalidad de ahí su «preeminencia sobre los demás derechos en caso de conflicto<sup>32</sup>»

Otra noción que debe quedar clara es que ,para poder hablar de aborto, tienen que concurrir dos elementos: la fecundación más el seno materno (anidación en el útero materno), no obstante hay que apostillar que también es necesaria la esperanza de vida independiente. Por tanto, no hay

---

<sup>27</sup> Los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades públicas, como es el art. 15, pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento. jurídico en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (fundamento jurídico 3º)

<sup>28</sup> Las Sentencias del TC 212/1996, (fundamento jurídico 3) y 116/1999, fundamento jurídico 5) mantienen este parecer.

<sup>29</sup> De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no sólo se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (STC 53/1985, Fundamento jurídico 4).

<sup>30</sup> Ilustra este magistrado que al nasciturus no es atribuible por falta de personalidad jurídica formal el derecho fundamental del art. 15 C.E

<sup>31</sup> ANTONIO TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, 4.ª ed, Madrid, 1998, Pp 289-290.

<sup>32</sup> JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, Pp. 81-85.

embrión hasta la transferencia al cuerpo de la mujer de un preembrión<sup>33</sup> cuando se emplea una Técnica de Reproducción Asistida (luego un preembrión puede ser destruido sin consecuencias penales). Así se desprende de la STC 116/1999 de 17 junio, fundamento jurídico 12, que resuelve la posible inconstitucionalidad del art. 2.4 de la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En el mismo sentido Martínez Atienza exterioriza que para la determinación del inicio de la vida del feto suele acudir a la anidación en el útero materno a falta de un firme criterio jurisprudencial y que no puede haber aborto cuando falta la esperanza de vida independiente<sup>34</sup>.

Pero llegado a este momento hay que plantearse una pregunta, ¿podría ser que mediante a la interpretación que obliga a realizar la Constitución en su artículo 10.2 lleguemos a un resultado distinto?. El tema fue estudiado por el TC llegando a la conclusión de que el resultado no cambia (STC 53/1985, Fundamento jurídico 6). Los principales argumentos que emplea el tribunal para llegar a esta respuesta son que la versión francesa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utiliza el término persona (art. 6), al igual que lo hace la versión española y que en el artículo 2.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales sucede lo mismo. Además, la comisión Europea de Derechos Humanos, en su función de admisión de demandas, en el asunto 8416/1979, y en relación con el artículo 2.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, puso de manifiesto (en Decisión de 13 de mayo de 1980) que la expresión everyone o toute persone de los textos auténticos lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (Fundamentos jurídicos 9 y 17), y también descarta que el feto pueda tener un «derecho a la vida» de carácter absoluto (Fundamentos jurídicos 17 a 23).

Como hemos dicho antes, la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado la obligación de establecer un sistema legal de defensa de la vida y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Entonces ¿Puede el legislador excluir en determinados supuestos la vida del nasciturus de la protección penal? La respuesta del TC es afirmativa en supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegidos, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer (STC 53/1985, fundamento jurídico 9). Obsérvese que no estamos ante un conflicto entre dos derechos fundamentales, los únicos derechos fundamentales implicados son los derechos de la mujer, los demás son bienes jurídicos protegidos.

El TC abrió una segunda puerta en cuanto a excluir en determinados supuestos la vida del nasciturus de la protección penal diciendo que «por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos» (STC 53/1985, Fundamento jurídico 9)

---

<sup>33</sup> Entendemos por preembrión el "embrión" no introducido en el seno materno.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Vlex, 2014. P. 41.

Antes dijimos que la STC 53/1985 mantuvo que la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado una serie de obligaciones, pero que este tipo de protección no puede aspirar a revestir carácter absoluto (ningún derecho fundamental ni ningún bien jurídico es absoluto, ni siquiera el derecho a la vida). El carácter no absoluto implica, para el intérprete constitucional, la obligación de 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. En el caso de admitirse el predominio de uno de ellos estaríamos hablando de colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer.

El TC confirmó (mediante la sentencia 53/1985) como supuestos de hecho de interrupción del estado de embarazo no punibles conformes a la Constitución, los siguientes:

- 1) El grave peligro para la vida de la embarazada (Conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus).
- 2) El grave peligro para su salud de la embarazada.
- 3) El embarazo sea consecuencia de un delito de violación.
- 4) La probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto.

En cuanto a la primera situación se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto el TC expuso que prevalece el derecho a la vida de la madre con el siguiente razonamiento: «Si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre».

Respecto al segundo supuesto el TC afirmó que «el supuesto de grave peligro para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física», y por ello la prevalencia de la salud de la madre debe estimarse constitucional.

El TC razona que tampoco es inconstitucional la «despenalización» del aborto en casos de violación porque obligar a la madre a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible y contrario a la dignidad de la mujer. Ya que en este supuesto la dignidad de la persona prevalece sobre la vida del nasciturus, me parece pertinente recopilar lo que considera este tribunal acerca de este valor jurídico fundamental. La STC 53/1985 decía lo siguiente: «Nuestra Constitución ha elevado (...) a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás", y «La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general.» (fundamento jurídico 8º). El Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (en su voto particular a la Sentencia núm. 116/1999 de 17 junio.) daba dos características esenciales

de la dignidad de la persona: 1. La dignidad de la persona se encuentra en la base, en el sentido de cimiento o apoyo principal, del orden político y de la paz social que la Constitución formaliza. 2. La dignidad de la persona se vertebra con derechos inviolables, que, como tales, son inherentes a ella. La STC 53/1985 caracterizó la dignidad de la persona como «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» (fundamento jurídico 3º).

En cuanto a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto, el TC justificó la no inconstitucionalidad argumentando que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia.

Para Miguel Ángel Alegre Martínez el Tribunal Constitucional «ha provocado una auténtica mutación (o modificación no formal de la Constitución) al interpretar que ésta dice justamente lo contrario de lo que dice. Añade este autor que el TC acoge el concepto de “persona” que contiene el Código Civil (el cual establece en su artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad), en lugar de aprovechar elementos que la Constitución ofrece para extraer un concepto lo más amplio y favorable posible de persona (la consideración conjunta de los artículos 10.1 y 15 permite superada la expresión «todos» que se tomó frente a la original expresión «las persona», para entender incluido al nasciturus como titular del derecho a la vida). Considera el concepto de persona que ofrece el Código Civil no sólo como superado, sino como derogado en virtud la Disposición derogatoria de nuestra Constitución.<sup>35</sup> García Cuadrado afirma con una posición semejante, que la interpretación del TC es dudosamente aceptable. Siguiendo a este profesor el TC hizo decir a la Constitución lo que en realidad no dice cuando diferencia el derecho a la vida y el valor vida humana (aplicando la doctrina de la doble naturaleza de los derechos fundamentales de una forma muy discutible), presentándonos al nasciturus como una manifestación del valor vida humana, pero no titular del derecho a la vida, razonamiento que emplea el tribunal para declarar la conformidad con la constitución de la despenalización de algunos abortos al ponderar en estos casos diversos derechos de la madre con el valor vida humana<sup>36</sup>.

Antonio Luis Martínez Pujalte considera una significativa laguna en la jurisprudencia constitucional «la ausencia de todo intento de delimitación del concepto constitucional de persona» («la cuestión fundamental de quiénes son personas para la constitución no encuentra, como es obvio, una respuesta explícita en el texto constitucional», precisar el sentido de los términos es tarea del intérprete).<sup>37</sup>

Para la mayoría de la doctrina el nasciturus es el objeto material del delito, siendo la comunidad el sujeto pasivo del mismo (por razones demográficas y por interés en la defensa de la dignidad de la persona como derecho fundamental; y debemos considerar que en el delito de aborto practicado contra la voluntad de la madre, se atenta contra su propia dignidad y su libertad de

---

<sup>35</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, El derecho a la vida como derecho a nacer. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, Vol. 60, 2012 Pp. 375-382 y La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español, Universidad de León, 1996 Pp. 49y 92.

<sup>36</sup> GARCIA CUADRADO, ANTONIO María, Sistema constitucional de derechos y libertades, , 3ª edición, Ed. Club Universitario, 2000, tomo I, AlicantePp. 113-114.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS, Hacia un concepto constituicional de persona, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol, nº 11, 1995, Pp. 135 y 151.

autodeterminación)<sup>38</sup>. En tono a este concreto tema, Joan J. Queralt afirma que el TC confunde el objeto material y el objeto (bien) jurídico, debido a su errónea concepción de la vida (y la del nasciturus) como valor. Queralt mantiene que el objeto material sobre el que recae la acción del aborto es el nasciturus y que el bien jurídico en el aborto es la vida del nasciturus, pero se hace una pregunta, ¿quién es el titular de este bien jurídico?, para él, la mujer «no, puesto que es la autora del delito (art. 145. 2); el nasciturus tampoco, puesto que no es persona tal como acertadamente acuerda el TC. Sólo queda como posible titular la sociedad». Por otro lado este autor emplea una interpretación similar al TC respecto al nasciturus: «el nasciturus no es titular de ningún derecho; es más, dada la expresión constitucional con la que se inicia el art. 15 CE (todos), interpretada de acuerdo a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España (arts. 6 PIDCP y 2 CEDH), parece claro que dicho todos se refiere, como no podía ser menos, a las personas, es decir, a seres humanos nacidos».<sup>39</sup>

M<sup>a</sup> Belén Andreu Martínez mantiene que el TC tendrá que hacer una nueva valoración de los distintos intereses y derechos en presencia<sup>40</sup>. En el mismo sentido Alonso Cajigas piensa que la única vía posible para declarar la constitucionalidad de la L.O. 2/2010 es que el TC varíe la doctrina establecida en la sentencia 53/1985<sup>41</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Quiero comenzar mencionando un elemento del tipo que en mi opinión podría haberse empleado como inspiración para crear una nueva modalidad de delito de aborto y es el que se recoge en los Códigos de 1944 y 1963 en sus artículos 414. Estos artículos imponen a los padres de la mujer embarazada la misma pena prevista para ella cuando producía o consentía su aborto para ocultar su deshonra si, con el mismo fin (ocultar la deshonra) y con el consentimiento de la hija, los padres producían o cooperaban a la realización del aborto. Pues bien, la idea de que es menos exigible a unos padres preocupados por el bienestar de su propia hija la abstención de no realizar la conducta del aborto, podría dar lugar, no a una excusa absolutoria que elimine la punibilidad del delito, pero sí a una pena menos gravosa, es decir, podría haberse creado una nueva modalidad de delito del aborto con sujeto activo los padres que ayuden a abortar a su hija que prevea una pena inferior que la se destina a un «particular», debido ha que esta especial relación de vinculo padres hija hace que la conducta de no interrupción del embarazo sea menos exigible a los padres que a un «particular» extraño, la misma STC 53/1985 en su fundamento

---

<sup>38</sup> MARTÍNEZ ATIENZA, Comentarios al Código Penal, Ed. Vlex, 2014. P. 41.

<sup>39</sup> QUERALT, JOAN J, *La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010*, Revista La Ley Penal (4992/2011), nº 81, abril 2011, P. 4. El artículo puede ser consultado directamente en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20110607\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20110607_01.pdf)

<sup>40</sup> ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> BELÉN, *La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: Los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto*. Revista jurídica de la Región de Murcia, nº4 (Pp. 1-21), 2010, P. 7.

<sup>41</sup> ALONSO CAJIGAS, ALEJANDRO, *La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de Estado*, Actualidad Administrativa, T. I, nº 11, junio 2010, P. 1312.

jurídico 9 apuntaba que el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento.

Procediendo a las conclusiones sobre la segunda parte de este trabajo, ya he mencionado que el Partido Popular ha recurrido la Ley Orgánica 2/2010 por inconstitucional. Dicho recurso me parece bastante pertinente. En mi opinión, el sistema de plazos introducido para despenalizar el aborto plantea problemas de inconstitucionalidad respecto al primer plazo (aborto libre sin alegar razón) que permite la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de embarazo, siempre que se haya informado a la mujer sobre los derechos, las prestaciones y las ayudas públicas de apoyo a la maternidad y su decisión de abortar se tome como mínimo a los 3 días desde que recibió tal información. Este primer plazo chocaría con la doctrina introducida por la sentencia del TC 53/1985 que afirma que la Constitución española solamente permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando la vida del nasciturus entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación (en el plazo aludido no hay ninguna colisión). Pero es cierto que el TC abrió una segunda posibilidad en cuanto a excluir en determinados supuestos la vida del nasciturus de la protección penal afirmando que el legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable (STC 53/1985, Fundamento jurídico 9), pero a mi juicio ésta no sería una situación para aplicar esta segunda vía de despenalización ya que entiendo que ésta está pensada para situaciones como la de probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto que ya el TC declaró como constitucional diciendo que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. No obstante debemos evocar que el TC puede modificar su doctrina con el único requisito de la motivación.

La regulación constitucional y legal del derecho a la vida ha provocado y seguramente seguirá provocando una intensa polémica en torno al tema del aborto, pues en él inciden con más profundidad que en ningún otro, las ideas, las creencias religiosas y las convicciones morales además de entrar en colisión con múltiples derechos como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), y a la intimidad personal y familiar (art. 18). Por este motivo quizá sería conveniente acudir a la técnica del referéndum consultivo del art. 92 de nuestra constitución. En opinión de Joan Oliver Araujo sería técnicamente posible someter a referéndum consultivo la despenalización del aborto y desde una perspectiva formal sería políticamente útil y conveniente, pero desde una perspectiva material sería dudosa la conveniencia o la utilidad política<sup>42</sup> (nuestro país vecino Portugal realizó en 2007 un referéndum ganado por los partidarios de la despenalización, resultado que dio vía libre a su ley de plazos).

---

<sup>42</sup> OLIVER ARAUJO, JOAN, *Aborto y referéndum consultivo*, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº2, (Pp. 69-73), 1993, Pp 2-5.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, El derecho a la vida como derecho a nacer. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, Vol. 60, 2012 Pp. 375-382. La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español, Universidad de León, 1996 Pp. 49y 92.
- ALONSO CAJIGAS, ALEJANDRO, La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de Estado, Actualidad Administrativa, T. I, nº 11, junio 2010, P. 1312.
- ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> BELÉN, La interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010: Los supuestos en que se admite y la capacidad para consentir el aborto. Revista jurídica de la Región de Murcia, nº4 (Pp. 1-21), 2010, P. 7.
- BUSTOS PUECHE, JOSE ENRIQUE, Manual sobre bienes y derechos de la personalidad, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, Pp. 81-85.
- ESCUADERO, JOSÉ ANTONIO, Curso de Historia del Derecho, Tercera Edición, Madrid, 2003, Pp. 891-896.
- GARCIA CUADRADO, ANTONIO María, Sistema constitucional de derechos y libertades, 3ª edición, Ed. Club Universitario, 2000, tomo I, Alicante, Pp. 113-114.
- GIMBERNAT, ENRIQUE, La reforma penal del aborto, Artículo de opinión, El mundo, 2014. <http://www.elmundo.es/opinion/2014/01/06/52cb0e6eca4741c57b8b4577.html>
- La secularización del Derecho y el aborto, artículo de opinión, El mundo, Octubre 2008.
- MARTÍNEZ ATIENZA, Comentarios al Código Penal, Ed. Vlex, 2014, P. 41.
- MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS, Hacia un concepto constitucional de persona, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol, nº 11, 1995, Pp. 135 y 151.
- OLIVER ARAUJO, JOAN, Aborto y referéndum consultivo, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº2, (Pp. 69-73), 1993, Pp. 2-5
- QUERALT, JOAN J., La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010, Revista La Ley Penal (4992/2011), nº 81, abril 2011, P. 4. El artículo puede ser consultado directamente en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20110607\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20110607_01.pdf)
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, Derecho penal español parte general, Décima edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1986, P. 1023.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, Manual de Historia del Derecho español, Cuarta Edición, Ed. Técnos, 1988, Pp. 498-499.
- TORRES DEL MORAL, ANTONIO, Principios de Derecho Constitucional español, 4.ª ed, Madrid, 1998, Pp. 289-290.