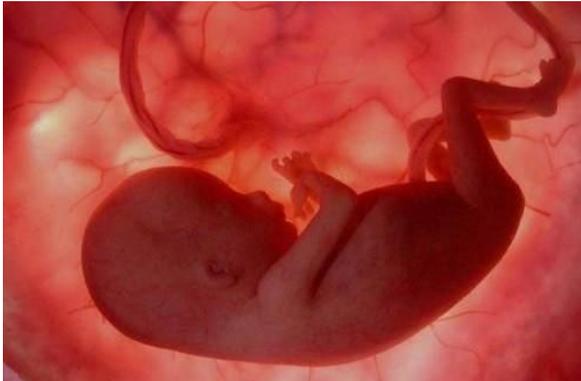




Universidad de La Laguna



Análisis del Aborto
Especial consideración de la
constitucionalidad del sistema de plazos

An analysis of the Abortion
Special consideration of the constitutionality
of the terms abortion system

Universidad de La Laguna

Grado en Derecho

Año académico 2016/2017

Convocatoria de marzo

Alumno: Escarlata Fuentes González

Tutora: Fátima Flores Mendoza

Índice →

- 1. Resumen.**
- 2. Introducción.**
- 3. Aborto y Bien Jurídico Protegido.**
- 4. Reforma del año 2010. Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.**
- 5. Sistema de Plazos.**
 - 5.1. Cómputo.
 - 5.2. Naturaleza Jurídica del Sistema de Plazos.
 - 5.3. Procedimiento y requisitos.
 - 5.4. Conformidad del Sistema de Plazos a la STC del TC 53/1985 de 11/04/1985
- 6. Sistema de Indicaciones.**
 - 6.1. Introducción al Sistema de Indicaciones.
 - 6.2. Sistema de Indicaciones Actual estableciendo comparativa con el antiguo del Art. 417 BIS.**
 - 6.2.1. Indicación eugenésica.
 - 6.2.2. Indicación terapéutica.
 - 6.3. Naturaleza jurídica del Sistema de Indicaciones.
- 7. Conclusiones.**
- 8. Bibliografía.**

1. Resumen:

Conocemos como aborto *la Interrupción voluntaria o involuntaria del embarazo antes de que el embrión o el feto estén en condiciones de vivir fuera del vientre materno.*

El derecho a la vida y su protección reviste de una suprema importancia en nuestro ordenamiento jurídico, estableciéndose este como un derecho fundamental en la constitución española de 1978 y dotándosele de una fuerte protección en la legislación penal acerca de la serie de delitos que se pudieran cometer sobre él.

En cuanto a la protección de la vida humana, grandes controversias han surgido en lo referente a la protección de la vida pretanal, es decir, la vida del concebido y no nacido, haciéndose necesario especificar cuándo se considera que comienza a existir vida en el claustro materno y cuándo es digna de protección la misma.

A lo largo del tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido ciertas reformas en lo que a la práctica del aborto se refiere, pasándose de un sistema inicial de prohibición absoluta de la práctica del aborto, a un sistema que podríamos definir como de “despenalización parcial” del mismo, combinándose un sistema de plazos (14 semanas) con un sistema de indicaciones (indicación terapéutica e indicación eugenésica) mediante el cual se establece la impunidad de la práctica abortiva siempre que se encuentre la misma inmersa en alguna de la circunstancias establecidas y se realice siguiendo la serie de requisitos generales establecidos para la práctica (por médico especialista, en centro público o privado etc.)

Dada la importancia de la que reviste el asunto a tratar y las distintas reformas producidas en el sistema, no han faltado voces que se pronuncien al respecto, fijándose distintas posturas que reflejan diferentes valores: 1. A favor de la prohibición total de la práctica abortiva; 2. A favor de la despenalización total del aborto; 3. A favor del Sistema de Indicaciones; y 4. A favor del Sistema de Plazos.

En referencia al papel preponderante que juegan los menores en nuestra sociedad, el ánimo de protección máxima sobre los mismos y en consonancia con la atención a su interés superior, también es relevante mencionar la figura de la menor de edad y su

capacidad para la prestación de consentimiento en lo que a la práctica del aborto sobre su persona se refiere, fijándose para las edades de entre 16 y 17 años, la necesidad de consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, restringiéndose de este modo su capacidad de decisión en lo que a esta materia se refiere.

Como hemos indicado anteriormente, nuestro sistema actual de tratamiento del aborto se trata de un sistema mixto: de plazos e indicaciones, debiendo ponderarse bajo el análisis de la STC del TC 53/1985 de 11/04/1985 acerca de la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Art. 417 BIS del Código penal, si este sistema actual se ajusta a lo establecido en la mencionada STC o no.

Abstract

We know abortion like the voluntary or involuntary termination of pregnancy before the embryo or fetus are able to live outside the womb.

The life right and its protection have huge importance in our legal system, establishing this as a fundamental right in the Spanish Constitution of 1978 and giving a strong protection in criminal law on the number of crimes that might be committed on it.

A lot of controversies have arisen in reference to the protection of pre-natal life, the life of the conceived and unborn, making it necessary to specify when can we consider the life begins in the womb and when it is worthy of the same protection.

Over time, our legal system has undergone some Reforms in what the practice of abortion is concerned, going from an initial system of absolute prohibition of the practice of abortion, a system that could be defined as "partial decriminalization" of the same, combining a system of terms (14 weeks) with a system of Indications (therapeutic indication and eugenic indication) by whereby the impunity of the abortive practice is set whenever the practice where in one of the circumstances and is made following the general requirements for its practice (medical specialist, in public or private center etc.).

Due to the importance of this topic and the several reforms that have produced, there are different opinions about them: 1. In favor of a total abortive prohibition; 2. for the total decriminalization of abortion; 3. In favor of an Indication System; and 4. The deadlines for the system.

In relation to the important role that children play in our society, the aim of maximum protection on them and in line with the attention of their interests, it is also relevant to mention the figure of the minor and their ability to provide consent as the practice of abortion on his person, being fixed the ages between 16 and 17 years, the need of explicit consent of the holders of parental authority, restricting their ability to make decisions on what this matter is concerned.

As I mentioned previously, our current abortion treatment system is a dual system: terms and indications system, that must be considered with the analysis of the STC 53/1985 of 11.04.1985 of the unconstitutionality of reform of Art. 417 of the penal Code of the draft organic law, if the current system complies with the provisions that the STC said.

2.Introducción:

En este trabajo se realizará un análisis del tratamiento del Aborto en el ordenamiento jurídico español.

Para el análisis de la figura del aborto, se realizará una pequeña introducción al tema, estableciendo una definición del mismo desde el punto de vista jurídico y médico, señalando el bien jurídico objeto de protección (vida humana dependiente) y estableciendo el momento de inicio de protección de bien jurídico (momento en que comienza su protección) tanto como el de salida de la figura del aborto, estudiando previamente las dos teorías más importantes (anidación y fecundación) que al respecto existen sobre ello.

Como ya se ha introducido en el resumen, el sistema de regulación del aborto, es un sistema mixto compuesto por un sistema de plazos y otro de indicaciones. El trabajo se encuentra enfocado principalmente a los supuestos en que la práctica del aborto carece de tipificación penal, es decir, se encuentra exenta de pena, por ello, se va a hacer mención de las distintas modalidades de aborto existentes, centrándonos en la única de ellas (aborto realizado con consentimiento) que se puede llevar a cabo bajo el sistema mixto nombrado, haciéndose referencia de los distintos requisitos que tienen que darse

para su práctica y las consecuencias de su inobservancia.

A continuación, se pasará a señalar los aspectos más notorios de la reforma del año 2010 de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Se comenzará haciendo un breve resumen acerca del estado del actual sistema que regula la interrupción voluntaria del embarazo, indicándose los requisitos generales para proceder a la práctica abortiva que se encuentre dentro de los supuestos legalmente permitidos, y ello con especial hincapié en el Derecho de Objeción de Conciencia de los facultativos médicos. Se finalizará el epígrafe con el estudio del cambio introducido por la reforma del Art. 9. 5º de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, el cual afecta a la capacidad para prestar consentimiento en la realización de la práctica abortiva en menores de edad.

Los siguientes puntos a tratar serán los referentes al análisis de los dos sistemas que componen el sistema mixto de tratamiento del aborto, comenzando por el sistema de plazos.

Se realizará una explicación del mismo atendiendo al intervalo de tiempo en el que se puede proceder a la práctica del aborto sin que este sea punible, señalando la naturaleza jurídica del mismo y el procedimiento y requisitos que se deben seguir para que se realice de forma legal, y ello siempre haciendo mención de los distintos autores que respaldan la información que se refleja.

El siguiente punto de análisis es, establecer si bajo la interpretación de la STC del TC 53/1985 de 11/04/1985, acerca de la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley orgánica de Reforma del Art. 417 Bis del Código Penal, el cual también toca de lleno el tema del sistema de plazos y establece que se infringen los Art. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3, el sistema de plazos actual por el cual se permite llevar a cabo la práctica abortiva sin más impedimentos que el no exceso de plazo de 14 semanas de embarazo, sería totalmente de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y con ello legal.

El análisis del sistema de indicaciones se realizará llevando a cabo la misma estructura que la fijada para el sistema de plazos.

El último punto a tratar, antes de la exposición de la bibliografía utilizada, serán las

conclusiones que se han extraído del examen del tratamiento del aborto en nuestro ordenamiento jurídico y de la adecuación del sistema actual a lo establecido en la STC 53/1985 anteriormente nombrada.

Se hace notable destacar, además, la causa por la cual me he decantado por el tema objeto del trabajo.

El Derecho Penal me resulta la rama más llamativa del Derecho, y ello por la gran repercusión que tienen los distintos delitos que regula en la sociedad, además de por, a mis ojos, una mayor apreciación visual de los distintos casos que siempre hace más interesante la materia y la gran labor que desempeña el juez valorando las pruebas aportadas para decidir sobre la condena o absolución del presunto culpable que va a repercutir de manera notable en la seguridad y mantenimiento de la paz en la sociedad.

Me he decantado por el aborto ya que, desde siempre me ha resultado un tema muy llamativo por la complejidad de la que reviste, al tener que ponderar y decidir sobre la prevalencia de dos derechos: el derecho de libertad de la madre, entre otros, y el derecho a vivir del nasciturus.

Con la práctica del aborto se produce una interrupción voluntaria del embarazo con la que se expulsa al embrión del claustro materno en condiciones de inviabilidad extrauterina. Dicho de otro modo, se le niega la vida o se le “mata”. Por ello es una cuestión controvertida y de gran repercusión social, existiendo posturas que van desde la total prohibición de su práctica, hasta su total despenalización.

Desde mi punto de vista, la figura del aborto no debería utilizarse como un “método anticonceptivo” más, ya que de cierto modo se estaría jugando con la vida misma de los concebidos y no nacidos y con la propia salud de la embarazada en cuestión.

Como sabemos por lo nombrado en los epígrafes anteriores, nuestro sistema de regulación del aborto es un sistema mixto, y no toda la práctica del mismo se encuentra tipificada por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico se permite la práctica legal del aborto siempre que se realice dentro de las 14 semanas de embarazo (sistema de plazos y siempre que se lleve a cabo con los requisitos legales previstos) o se den alguna de las dos indicaciones previstas: la eugenésica o la terapéutica. Fuera de estos casos, y para el caso de que se realicen sin llevar a cabo los requisitos legales previstos para su práctica,

se encuentran tipificados por la ley.

En el aborto, como ya hemos dicho, se encuentran en juego dos derechos, el derecho de libertad de la madre y el de vivir del nasciturus, no debiendo hacerse menosprecio sobre ninguno de ellos y valorarse su contenido con detenimiento. Si observamos el derecho de libertad de la madre, resultaría casi como un castigo, una imposición, el negarle la práctica del aborto y obligarla a portar durante nueve meses en su vientre al feto no deseado como si de una incubadora se tratase. Por otra parte, también hay que tener en cuenta la calidad de vida de la familia en la que va a nacer, su capacidad económica etc. Que pueden devenir en que la misma no pueda hacerse cargo del futuro bebé o que este vaya a vivir en condiciones precarias.

Del mismo modo, y en lo que respecta al derecho de vivir del nasciturus, me parece necesario establecer una serie de límites, ya que, aunque sea desde sus comienzos, no se puede, incluso cuando se habla de los antecedentes de la vida humana, jugar con la vida de otro ser humano a nuestro antojo, debiéndose ejercer una práctica responsable del Derecho al aborto.

Por lo resaltado y sin entrar en la valoración que me merece el actual sistema mixto de plazos e indicaciones, me decidí a enfocar mi tema de trabajo sobre el análisis del aborto y si se ajusta el actual sistema de plazos (14 primeras semanas de embarazo) ya que no requiere de más requisitos que la voluntad de la madre para su práctica, a la STC del TC 53/1895.

3. Aborto y Bien jurídico Protegido:

A la hora de establecer un/a definición sobre lo que entendemos por el concepto “aborto” es preciso realizar una distinción sobre lo que se entiende por este término en las ciencias jurídicas y en las ciencias referentes a la salud.

El aborto se encuentra regulado en la LO 2/2010 de 3 de marzo de la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, así como en el Real Decreto 381/2010 de 25 de junio, de garantía de calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, y las previsiones establecidas en nuestro código

penal 10/1995 de 23 de noviembre.

A pesar de la existencia de los distintos textos legales mencionados, nos encontramos con el problema de que ninguno de ellos nos presenta una definición jurídico penal del “aborto”, siendo de vital importancia establecer una descripción sobre él para poder fijar el alcance del supuesto delito. Por ello, acudiendo a la doctrina penalista encontramos la siguiente afirmación “*El aborto consiste en dar muerte al embrión o feto humanos, bien en el útero materno, bien provocando su expulsión prematura (exigiéndose la falta de viabilidad y de madurez del feto expulsado)*”¹. Sin embargo, y vista la definición aportada, algunos penalistas proponen una distinta, especificando esta que “*El aborto es toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o la muerte del fruto de la concepción*”². Esta última definición no resulta de aplicación ya que, debemos tener presente que el orden establecido no es el correcto, y ello porque primero se debe producir la destrucción del concebido y no nacido (*nasciturus*) y con ello la correspondiente interrupción de la gestación, además de que, en los casos de embarazos múltiples, puede perecer en el proceso de gestación algún embrión o feto y ello no comporta interrupción del embarazo para el resto de los fetos o embriones albergados.

Además de lo ya establecido, nos merece la atención mencionar la Doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sentada en la STS 375/1977, de 28 de junio de 1977, la cual expresa “*estimarse que el aborto, como delito incluido contra las personas, en el caso «spes personae» cuya existencia se ataca, es un delito contra la vida del «nasciturus», es decir, contra la vida en estado de dependencia, siendo ya indiferente que tal destrucción se logre provocando la expulsión prematura del producto de la concepción o llevándola a cabo en el seno materno. En cuanto al concepto de aborto antes expuesto, bien sea por privación de vida-intrauterina dentro del claustro materno,*

¹Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p. 152.

²Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p. 153. Definición aportada por: DEL ROSAL COBO/ RODRÍGUEZ MORULLO, *Derecho Penal Español, Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, p. 327. En el mismo sentido, BAJO FERNANDEZ Parte Especial I, p. 121; COBO DEL ROSAL/ CARBONEL MATEU Parte Especial, p. 538.

bien por el empleo de medios que provocan la expulsión prematura hasta conseguir que muera el feto por falta de condiciones de viabilidad”.

En cuanto a la definición del concepto de aborto para las ciencias referentes a la salud, estas especifican que se trata de *“interrupción del embarazo por expulsión prematura del feto, natural (aunque para el Derecho no se considera aborto) o provocada, cuando todavía no es viable”*³.

El aborto supone la lesión de un bien jurídico protegido, siendo este la vida del concebido o vida humana dependiente, prenatal o en formación. Encontrándose este bien tutelado en nuestra constitución española de 1978 en su Art. 15, estableciendo este que *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”*

Como hemos indicado, el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida del concebido o vida humana dependiente, prenatal o en formación. Por tanto, recayendo de objeto de la acción típica del delito de aborto sobre el embrión o el feto humano que se encuentre vivo implantado en el útero de la madre.

³ Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p.152. En referencia al *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*, 12ª ed., Salvat, Barcelona, 1990.3. Para Ahondar en la definición, y para explicar qué entienden por “no viable”, se especifica que el peso del feto debe ser inferior a los 500 gramos y el tiempo de gestación debe ser inferior a las 20 semanas completas contadas a partir del primer día de la última regla. Además de ello, dejaremos sentada la definición fijada en el Diccionario terminológico de ciencias médicas que reza *“El aborto versa sobre la interrupción del embarazo cuando el feto es aún incapaz de vivir fuera del claustro materno*, encontrando tal definición en el mismo libro de ROMEO CASABONA En referencia a *V. Gisbert Calabuig, Medicina Legal y Toxicología, 4ª Edición., Salvat, Barcelona 1991, p. 459*. Es además de interés mencionar las definiciones que aportan tanto la OMS como la Sociedad española de ginecología y obstetricia (SEGO) que son: *Interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable* fuera del vientre materno, acentuándose en este caso que el término "viabilidad extrauterina" está en constante cambio, ya que depende del progreso médico y tecnológico, estando fijado actualmente entorno a las 22 semanas de gestación; y 2º: "la expulsión o "extracción de su madre de un embrión o feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas.

Ahora bien, es preciso delimitar cuándo empieza a haber vida, la fijación de su comienzo, para saber cuándo se debe tipificar una acción tendente a la interrupción del embarazo. De igual modo, alberga gran relevancia la finalización de la vida humana dependiente.

En cuanto al interrogante de cuándo surge la vida humana dependiente para las ciencias biomédicas se sitúa este comienzo en el momento de la concepción, de la fecundación del óvulo femenino.

Debemos traer a colación para la resolución de esta cuestión, las distintas teorías suscitadas sobre el comienzo de la vida humana dependiente, centrándonos únicamente en las dos más importantes:⁴

1. **Teoría de la fecundación:** Seguida por la doctrina minoritaria. Según esta teoría, se procedería a la protección del individuo desde la producción de la fecundación de los gametos masculinos y femeninos sin haberse producido la anidación del cigoto, entrándose aquí por tanto a cuestionar la legalidad de las conocidas píldoras anticonceptivas, así como de la pastilla RU-486 u otros mecanismos como el DIU que actúan después de la realización del acto sexual.⁵ A favor de esta teoría mencionaremos al autor Félix Reinaldi V. quien en su obra “Delitos contra la vida humana independiente” afirma lo siguiente: *La vida inicia con la concepción, la que se equipara a la fecundación. En cuanto que el ciclo vital empieza en aquel momento en que dos realidades diversas (gametos) surge una realidad nueva y distinta (cigoto), con potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo. Queda así configurada una vida que no es ni del padre, ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepitibilidad.*

⁴ Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 65.

⁵ Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p. 160, sobre la utilización de fármacos que impiden la fecundación o anidación del cigoto; y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 59, 60 y ss, acerca de la concepción de la Teoría de la Fecundación como seguida por la doctrina minoritaria.

2. **Teoría de la anidación:** La teoría tomada por la doctrina mayoritaria: Según esta teoría, la protección del individuo comenzaría cuando el cigoto se asienta en el útero de la madre tras los 14 días de embarazo.⁶

En cuanto a las llamadas fecundaciones “in vitro”, surgió en el momento de su concepción el problema de la protección de los embriones fecundados dentro de una probeta (in vitro), estableciéndose que gozaba de diferencias con el concebido en el sentido de que, este resultaría siempre viable salvo por la producción de sucesos indeterminados o intervenciones, y que en cambio el fecundado in vitro, revestiría siempre de la característica de inviable.⁷

Se establece que, hasta que no se termina la fase de la anidación no se produce una individualización del embrión, de la tal manera que, ni si quiera se puede establecer si éste prosperará (50% de probabilidades).

Parece acertado hacer mención del profesor Felipe Villavicencio Terreros, el cual, en su obra “Protección del Derecho a la Vida, se muestra manifiestamente a favor de la teoría de la anidación, expresando *“no es aconsejable tomar como punto de partida de la vida dependiente el criterio de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, toda vez que, la relación orgánica entre el fruto y el cuerpo materno solo se da a partir de la anidación, momento de la simbiosis entre ambos. De lo contrario ello implicaría graves inconvenientes prácticos, sociales y jurídicos,”*

Como ya hemos mencionado, se trata de las dos teorías más importantes, sin embargo, mencionaremos algunas otras que se siguen por las ciencias humanas y sociales como:

⁶ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal Parte Especial*, 20^a ed., 2015, p. 59, 60 y ss. Acerca del posicionamiento mayoritario de la doctrina sobre la teoría de la Anidación: *“La doctrina dominante se inclina por admitir el comienzo de la vida humana a efectos penales en el momento de la anidación o de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, a los 14 días de la fecundación.”*; y Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p. 160 y ss.

⁷ Andrés OLLERO TASSARA, *Bioderecho. Entre la Vida y la Muerte*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25-30. Traer a colación la Sentencia del TC 116/1999 a la cual se hace mención en la propia obra de ANDRÉS OLLERO, en la que se establece una renuncia al control de la constitucionalidad de la protección del fecundado in vitro o “prembión”, considerando que solo cabrá reconocer como personas a quienes se encuentren en condiciones de formarse como tales, dejando a la figura del preembrión como una mera estructura celular

la teoría del comienzo de la actividad eléctrica cerebral; la organogénesis; la teoría de la viabilidad fuera del útero materno; la formación en particular de los órganos sexuales etc.⁸

Una vez indicado cuándo se entiende que se ha producido el comienzo de la vida humana dependiente, procede indicar que, el final de la misma y su conversión en independiente, comienza cuando se produce la total expulsión del feto del claustro materno, en condiciones de viabilidad extrauterina⁹. Por ello es preciso atender a cuándo se ejerce una conducta sobre el feto que tenga la consideración de aborto o de homicidio, especificándose que estaremos ante un aborto cuando se ejerza la práctica de forma más o menos directa sobre el cuerpo de la madre, y tratándose de homicidio cuando solo se incida directamente sobre la persona propiamente dicha: cuando se ha producido la plena expulsión del vientre materno y no es necesario realizar ninguna práctica sobre el cuerpo de la gestante.¹⁰

⁸ Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004, p. 157; y Francisco MUÑOS CONDE, *Derecho penal Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 59 y ss.

⁹ Rafael REBOLLO VARGAS, *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 2ª ed. Tirant Lo Blanch, 2011, p. 48: *la mayoría de la Jurisprudencia y de la doctrina manejan (entre otros criterios como el del comienzo de la expulsión motivada por el parto —STAMPA BRAUN—, el de la “visibilidad” con expulsión completa del claustro materno —GIMBERNAT ORDEIG—, o el de la posibilidad de realizar una acción homicida directa sobre el objeto material sin afectación maternal alguna —GONZÁLEZ RUS—) los referentes a la completa expulsión del claustro materno, al corte del cordón umbilical o a la respiración pulmonar autónoma*. Además, hacer mención del Art. 30 de nuestro código Civil de 24 de julio de 1889 que expresa: *La personalidad en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*. Y por último hacer mención a Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 19: *posibilidad lógica de que el feto pueda sobrevivir con los cuidados que sean del caso sin ulterior dependencia fisiológica de la madre; poco importa, pues, que tal posibilidad se realice o no en la realidad. Se trata de calibrar el grado de madurez del feto que le permita dejar de serlo. Esto ocurrirá normalmente con la separación de la madre y del feto y no con la mera comprobación de constantes vitales*; Y Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 46.

¹⁰ Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 65. STC del TS de 22 de enero de 1999 que marca como comienzo del homicidio, el comienzo de la dilatación del útero de la madre.

A raíz de lo establecido en este último párrafo, surge la duda de, si un facultativo o persona no especializada, realiza alguna práctica sobre el cuerpo de la madre tendente a la provocación del aborto, pero el nacido no muere en el interior del claustro materno, sino una vez alumbrado minutos más tarde, ¿Estaremos ante un supuesto de aborto en grado de tentativa o ante un homicidio? Existen distintas teorías, como hemos apuntado anteriormente, acerca del comienzo de la vida humana independiente, así como el comienzo de la respiración pulmonar, el comienzo de las labores del parto etc. Sin embargo la doctrina española se ha inclinado por establecer que el nacimiento y el paso del nasciturus a formar una vida humana independiente, se produce con el total desprendimiento del claustro materno, sentándose la solución tradicional en que el límite entre el delito de aborto y el homicidio se establece con la total expulsión del claustro materno de la madre, cuando ya no existiere dependencia, de tal manera que, si se provocare la muerte del feto en el transcurso del nacimiento, pero este no hubiera llegado a lograr su independencia, estaremos ante un delito de aborto, y si las prácticas tendentes, las lesiones o la muerte del feto se produjeran fuera del vientre de la madre, estaríamos ante un delito de lesiones u homicidio, no haciéndose referencia alguna al aborto en grado de tentativa sobre el caso expuesto en el inicio.¹¹

A modo de resumen:¹²

- Si se programa al feto (se le suministra algún medicamento etc.) para que su muerte se produzca luego de su alumbramiento, se considera homicidio ya que se ataca contra la vida humana independiente.
- Si la acción tendente a producir la muerte se ejerce sobre el feto, pero el resultado de la muerte en sí se produce tras el nacimiento, estaremos ante un concurso entre el delito de tentativa de aborto, y ello como manifestación de la voluntad de que se le quería dar muerte antes del nacimiento y no luego de este, y delito de homicidio doloso o imprudente.

¹¹ Carmen REQUEJO CONDE Profesora. Universidad de Sevilla, LA LEY 5541/2005, Diario La Ley, Nº 6400, Doctrina, 16 de enero de 2006, Editorial LA LEY, p. 1,2,3,8,11,14 y 15.

¹² Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 16.

Establecidas estas primeras ideas sobre el aborto, se hace necesario sentar los conceptos acerca de los tipos existentes.

En cuanto a las modalidades o tipos de aborto se reducen en tres, siendo estas: aborto doloso realizados por un tercero y este con o sin consentimiento de la embarazada; aborto doloso realizado por la embarazada, más conocido como autoaborto y aborto imprudente ocasionado por un tercero, procediéndose únicamente a desarrollar el único supuesto cuya práctica podemos encuadrar dentro del sistema mixto de plazos e indicaciones →¹³

A. Con consentimiento: Será castigado el facultativo que practique un aborto (autoría, no participación) a una embarazo aún con el consentimiento de esta, si se realiza la práctica fuera de los casos permitidos por la ley, imponiéndosele igual pena que las establecidas en el apartado anterior para la práctica el aborto sin consentimiento. Si la práctica se llevare a cabo fuera de un centro acreditado público o privado (clandestino), el juez puede imponer la pena en su mitad superior, y de igual modo, cuando se realice tras la vigésimo segunda semana de embarazo. En el caso anterior no se planteaba pena alguna para la embarazada en cuestión, sin embargo, en este caso que ahora se plantea, se establecerá una pena de multa.

2.Aborto producido por la embarazada o autoaborto: En este caso la embarazada se establece como la única autora, es decir, la embarazada es la que goza del dominio de la situación pudiendo un facultativo actuar como partícipe auxiliándola en el acto o induciéndola (autoría mediata) a la práctica del aborto mismo.

Como último, indicar que se puede dar concurso en el caso de que se induzca al suicidio a una embarazada.

4. Reforma del año 2010. Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Sistema de Plazos.

¹³ Francisco MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 62-66.

En la actualidad en España, se sigue un sistema mixto de plazos e indicaciones, sistema que fue instaurado con la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva y de la interrupción Voluntaria del Embarazo (de aquí en adelante LIVE), despenalizándose el aborto dentro de las primeras 14 semanas del embarazo siempre que se dé la información pertinente a la embarazada, y fuera de esas 14 semanas de embarazo, entrando en el nombrado sistema de indicaciones, hasta la semana 22 cuando se den alguna de las dos indicaciones existentes y sean contrastadas por un experto médico en la materia: causas terapéuticas o eugenésicas.¹⁴

En cuanto a los requisitos generales para proceder a la práctica del aborto no punible por la ley, se establecen los siguientes →

1. Que se practique por un médico especialista o bajo la dirección del mismo. La interrupción voluntaria del embarazo se encuentra incluida en la cartera de servicios comunes del servicio nacional de Salud, realizándose esta en centros sanitarios públicos o cuando existieran causas de imposibilidad de práctica por carencia de medios o elevada ocupación etc. En centros vinculados a los mismos o clínicas privadas.

Habiendo establecido la necesidad de la práctica por un médico especialista, se hace necesario hacer mención del Derecho a la Objeción de Conciencia:

Un punto a tener en cuenta, es que los médicos especialistas que se encuentren directamente implicados, tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia, basándose esta en el incumplimiento de un deber para la salvaguarda de la propia integridad moral, y ello porque la conducta a realizar se considera de carácter injusta. Tal derecho se encuentra recogido en el Art. 16 de la CE, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de 1950 etc.

Después de sentar esto, a tenor del Art. 19.2 de la LIVE, se establece el derecho

¹⁴ Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte especial*, Dykinson Madrid, 2011, p. 62 y ss.

de los profesionales sanitarios implicados en el procedimiento del aborto, a ejercitar la objeción de conciencia por convicciones éticas y morales, encontrándonos en un campo de contradicciones en lo que a la protección del nasciturus se refiere, entrando una serie de derechos: derecho a la libertad de la madre, derecho a la objeción de conciencia y derecho a la libertad religiosa e ideológica.

La conclusión es que los facultativos pueden, en uso de su derecho a la objeción de conciencia, negarse a practicar el aborto, con la consecuencia de que se debe acudir a otro profesional para la práctica del mismo.

Se ha de destacar que el proyecto de la LIVE propuso la limitación del derecho de objeción de conciencia de los médicos y del personal sanitario a su inscripción previa en un registro público de objetores. Sin embargo, tanto la Asociación Nacional para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, tanto como la Carta de Derechos de la Unión Europea, recogen este derecho como un Derecho constitucional y fundamental, no necesitándose regulación alguna para el ejercicio del mismo, pudiendo realizarse e invocarse directamente sin regulación, y sin que exista ningún protocolo específico dentro de los centros sanitarios.¹⁵

2. Que se lleve a cabo en centro público privado o acreditado, vinculado a la administración sanitaria.
3. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada, o en su caso, del representante legal de la misma si está es menor de edad.

Hemos de indicar que para determinar la capacidad de la mujer para prestar el consentimiento en estos casos nos remitiremos a la Ley 41/2002 Básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de

¹⁵ Roberto GERMÁN ZURRIARÁIN, *Comentarios Al Proyecto De Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, Persona y bioética, ISSN-e 0123-3122, Vol. 13, N°. 33, 2009, pág. 4. P. 7 y ss.

información y documentación clínica (de aquí en adelante LBRAP) ¹⁶

En consonancia con la necesidad de la prestación de consentimiento por la mujer embarazada para proceder a la práctica del aborto, debemos tratar el tema de la problemática de la información y consentimiento de los tutores en menores de 16 años de edad →

Efectos de la reforma del año 2010 sobre los casos en los que están presentes menores de edad:

Como sabemos y en base al articulado del código penal de 1995 y la LIVE, para la práctica del aborto en los supuestos en que este no se considere una acción constitutiva de delito, es decir, fuera de los casos tipificados como delito de aborto en nuestra legislación penal, se necesita el consentimiento expreso de la mujer prestado por escrito (Art. 13- Tercero), ya que, si esta no presta su consentimiento o lo hace de manera viciada, las personas que intervengan para la práctica del aborto, incurrirán en un delito del Art. 144 del código penal. Pero, sobre el tema referente al consentimiento, ¿Opera de igual manera para las menores de entre 16 y 17 años de edad? Este tema no es algo "marginal", que ocurra raras veces y que no tenga trascendencia en la sociedad en la que vivimos. Se trata de un problema que tiene gran relevancia social si tenemos en cuenta que cada vez, según estadísticas, es más temprana la edad en que las menores

¹⁶ la Ley 41/2002 Básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, contempla dos casos en los que es posible prescindir del consentimiento de la embarazada para proceder a la práctica del aborto, siendo estos casos: 1º En casos en los que la afectada sea mayor de edad, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer y no sea posible conseguir su autorización (Art. 9.2 b acerca de los límites del consentimiento informado y del consentimiento por representación); y 2º: En el caso de las menores de edad, y dado que la LIVE modificó a la correspondiente LBRAT en el Art. 9.5, haciéndose necesario el consentimiento expreso de los representantes legales, a no ser que, se alegue de forma fundada, que de proceder a la información de estos, se provocaría un conflicto grave en perjuicio de la menor: violencia intrafamiliar, amenazas, desamparo etc.

se inician en la práctica del ejercicio sexual.

Según un estudio del Consejo Superior de Investigaciones Científicas del año 2000, el porcentaje de abortos practicados a jóvenes de entre 15 y 19 años, se incrementó en 18 puntos entre 1990 y 1997, estableciéndose en ese año un porcentaje de un 38,8% del total de embarazos en esa franja de edad y un aumento consecuente de la tendencia abortiva.¹⁷

Tablas referentes a las tasas de aborto: (datos de salud pública aportados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad)

Tabla 1:

Tasa de IVE por 1.000 mujeres de 19 o menos años de edad	
Año	Edad 19 años o menos
2011	13,67
2012	12,95

Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Tabla 2:

Año	19 y menos años
2014	9,92
2013	12,23
2012	13,02
2011	13,68
2010	12,71
2009	12,74
2008	13,48
2007	13,79
2006	12,53
2005	11,48

Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

El Antiguo Art. 147 BIS del código penal, exigía el consentimiento expreso de la

¹⁷ Patricia LAURENZO COPELLO, *El Aborto en la Legislación española: Una Reforma Necesaria*, documento de trabajo 68/2005, p. 56.

embarazada para la práctica del aborto, con la única excepción de que estuviere en peligro la propia vida de la gestante. Sin embargo, se olvidó hacer referencia a las condiciones que establecieran la validez de la prestación del propio consentimiento, surgiendo un vacío legal y produciendo como consecuencia, inseguridad jurídica en el terreno de la sanidad a la hora de la práctica abortiva y dejando restringidos los derechos de libertad y dignidad de las menores de edad. A la luz de ello, y en referencia a las interpretaciones más habituales para cubrir esa deficiencia, debemos atender a la LBRAP. Antes de la aparición de esta ley, las opiniones doctrinales no gozaban de uniformidad, optando la línea mayoritaria por el criterio individualizador de la capacidad natural de juicio.¹⁸

Esta ley de autonomía del paciente, trata por primera vez el tema de la prestación del consentimiento en menores.¹⁹

La mayor parte de la doctrina especializada en la materia, teniendo en cuenta el criterio individualizador de la capacidad natural de juicio, se inclinó por entender como válido, el consentimiento prestado por las menores al menos desde el cumplimiento de los 16 años de edad, sin descartar edades más tempranas en referencia al grado de madurez.

Ya, haciendo referencia a la LIVE en su redacción original en su Art. 13, establecía que, para la práctica de la interrupción del embarazo en menores de 16 años, era necesario el consentimiento de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las menores en cuestión.

Esta ley amplió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años.

¹⁸ Patricia LAURENZO COPELLO, *El Aborto en la Legislación española: Una Reforma Necesaria*, documento de trabajo 68/2005, p.54, “Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002, las opiniones doctrinales distaban mucho de ser uniformes, si bien una línea claramente mayoritaria abogaba por el criterio individualizador de la capacidad natural de juicio, en cuya virtud se consideraba suficiente el consentimiento de la propia mujer menor de edad siempre que reuniera las condiciones intelectuales suficientes para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva”

¹⁹ Patricia LAURENZO COPELLO, *El Aborto en la Legislación española: Una Reforma Necesaria*, documento de trabajo 68/2005, p. 54: Menciona la ley gallega 3/2001, sobre consentimiento informado e historia clínica de los pacientes, donde se establecía una preferencia sobre la decisión de la menor, incluso contra la voluntad de sus progenitores.

Sin embargo, y con ánimo de velar por la seguridad del menor y que este no quede desprotegido, y apoyándose en los dictados del vigente Código Civil que establece en sus Arts. 154 y 269 los deberes y obligaciones de la aquellos que ejerzan la patria potestad, se publica la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, derogó el apartado 4º del Art. 13 de la ley 2/2010 de 3 de marzo. Produciéndose con ello la correspondiente modificación del apartado 5º del Art. 9 de la LBRAP.

Lo que hace esta Ley de 2015 es básicamente partir de la idea general de que ninguna menor de edad goza de la madurez suficiente para poder decidir sobre su integridad física y la consecuente práctica de un aborto sobre su persona, y ello porque en la propia exposición de motivos de la ley se reza “*el ejercicio libre de la facultad de decidir y consentir requiere de una madurez que no puede ser presumida en el caso de mujeres menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada*”.²⁰

Por lo tanto, actualmente para proceder a la práctica de aborto en menores de 16 y 17 años de edad será preciso además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, restringiéndose por tanto decisiones de carácter estrictamente personal con la consecuente vulneración de derechos constitucionales tales como la intimidad y la autonomía de la voluntad.

Aunque hemos de recordar que, si las menores tuvieran una relación familiar de características “violentas”, es decir, no tuvieran una relación buena y sana con sus tutores legales y estos no prestaren consentimiento favorable a la práctica del aborto, siempre podrían alegar ello ante el Juez de Primera Instancia correspondiente.

En referencia a lo establecido sobre la no prestación del consentimiento de los responsables legales para que se produzca la práctica del aborto, bien por disconformidad de uno de los progenitores, por negación por motivos de religión o serias causas de enfrentamientos familiares que desaconsejan la consulta la situación se

²⁰ Patricia LAURENZO COPELLO, *Desandando el Camino – La Contrareforma del Aborto*, Artículo en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, p. 31.

trasladará al juez de primera instancia correspondiente.

Sin embargo, y aunque parezca un trámite “fácil” el alegar la actual situación familiar inestable y la solicitud al juez de autorización para la intervención, se trata de un procedimiento de características complicadas que puede generar demoras en la práctica dada la saturación de los órganos judiciales, demoras que frenen el acceso de las menores a la práctica del aborto, ya que esta no es la única causa sobre la que versan los procesos que gozan de tramitación urgente y preferente.

Además de poder surgir otras complicaciones como la no prestación de consentimiento por los padres, aunque el embarazo fuere originado por un acto de violación sexual sobre la menor, que el embarazo le genere a esta graves perjuicios para su vida o salud, que se esté en proceso de gestación de un feto con malformaciones o enfermedad incompatible con la vida etc.²¹

Parece necesario especificar cuáles son los pasos que debe seguir la menor para obtener un pronunciamiento judicial sobre su situación:

- 1º Dictamen médico que certifique grave riesgo para su vida o salud física o psíquica o, en su caso, certificación de las posibles anomalías fetales incompatibles con la vida.
- 2º. Asesoramiento asistencial.
- 3º. Certificado que acredite haber recibido la información clínica correspondiente especificada en la ley.
- 4º. Presentación de la solicitud ante el Juzgado de Primera Instancia con al menos quince días antes de concluir los plazos legales para la IVE.
- 5º. Sumisión a exploraciones e informes necesarios que considerase el órgano judicial,
- 6º. Comparecencia de todos los interesados ante el juez.
- 7º. Resolución judicial mediante auto dentro de las 24 horas siguientes.

5. Sistema de Plazos:

5.1 Cómputo:

Toda práctica de la interrupción voluntaria de embarazo comporta un conflicto

²¹ Patricia LAURENZO COPELLO, *Desandando el Camino – La Contrareforma del Aborto*, Artículo en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, p.32 y 33.

de intereses. Por un lado, aunque se reconoce la vida prenatal como un valor de interés digno de protección, se reconoce por otra parte de igual modo, un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana a la madre, estableciéndose supuestos de justificación a la conducta del aborto.

Con el sistema de plazos se establece una impunidad de la práctica del aborto siempre con consentimiento expreso de la embarazada, durante las primeras semanas del embarazo.

Si vamos fuera de nuestro ordenamiento jurídico, en la legislación comparada, el plazo oscila entre las 12 y las 22 semanas de gestación.²²

En España el plazo se ha establecido en las primeras 14 semanas de embarazo²³, estableciéndose este plazo de 14 semanas (Art. 14 LIVE) porque durante este periodo la práctica del aborto resulta menos peligroso para la vida e integridad de la madre y por el grado de formación del feto en cuestión en consonancia con el carácter progresivo de la valoración de la vida que se encuentra gestándose.²⁴

5.2 Naturaleza jurídica del sistema de Plazos:

El establecimiento de un sistema de plazos no supone que se lleve a cabo un desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de valor alguno para la vida prenatal, sino que se establece una solución al conflicto de intereses presente entre la

²² Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 77: “Algunos ordenamientos jurídicos (Francia, Italia) se han inclinado por despenalizar el aborto voluntariamente provocado en los tres primeros meses o en las doce primeras semanas de gestación. Es la llamada solución del plazo que, en principio, es la que acoge la Ley española de 2010, aunque ampliando ese plazo a las catorce primeras semanas.”

²³ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 78, en referencia al momento en el que se debe comenzar a contar el plazo de las 14 semanas para la realización del aborto no punible: “...la determinación del momento a partir del cual hay que computar las semanas de embarazo, ya que de ello depende que se aplique o no el sistema del plazo o, en su caso, la indicación terapéutica o eugenésica. Dado que no es posible determinar con exactitud matemática ni el momento de la fecundación, ni de la anidación, habrá que conceder un margen de discrecionalidad en la apreciación que haga el médico especialista, que deberá computarlo de acuerdo con los criterios científicos dominantes en ese momento.”

²⁴ Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 4ª Ed., Valencia, 2015 P. 65 – 79.

vida del feto y los derechos de la madre al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.²⁵

Al igual que en el sistema de indicaciones, se establecen los plazos como una causa de justificación, y ello siempre que se den los presupuestos básicos establecidos por la ley para poder llevar a cabo la práctica abortiva.²⁶ Se trata de que al fin y al cabo no se menosprecia el valor de la vida humana dependiente, ya que se valora este derecho cuando existe equivalencia con la situación en la que se encuentran los derechos de la madre.

En el sistema de plazos se establece ese periodo de 14 semanas atendiendo a la formación del embrión y al riesgo que comportaría para la salud de la madre la práctica abortiva. En el sistema de indicaciones se tiene en cuenta tanto la salud, el riesgo y calidad de vida del feto en el exterior del vientre materno, como la salud y seguridad de la madre, teniendo en cuenta que esta ya es una nacida, una vida humana dependiente.

Hemos de indicar que, a ojos de Muñoz Conde, se establece que ante necesidad de que se den los dos requisitos del plazo (14 semanas) y el asesoramiento (información y

²⁵Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo I, *La Protección de la Vida Prenatal en el Ordenamiento Español: Del “Nasciturus” al “Moriturus”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, P. 449 Y ss; Y ; y Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 49 Y ss.

²⁶ Julia ROPERO CARRASCO, *La Insuficiencia del Sistema de Indicaciones en el Delito de Aborto*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003 “*la práctica del aborto en un plazo razonable supondría el reconocimiento jurídico, puesto que el social parece haber sido ya otorgado, de la necesidad de que la mujer pueda ejercer sus derechos a la libertad y la intimidad de manera digna, cuando estos preponderan o al menos resultan equivalentes al interés vida humana en formación. Solo así se evitarían, en mi opinión, las negativas consecuencias de injusticia y desigualdad que, como se vio al principio de este trabajo, se derivan del sistema limitado de las indicaciones*”. Y Luis GONZÁLEZ MORÁN, *De la Bioética Al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte*, Dykinson, 2008, p.490 y 491, en el que cita al autor: Ramon RIVAS E., *El Delito de Lesiones al Feto*, “*el sistema de plazos que da libertad a la madre para interrumpir el embarazo durante el primer trimestre de gestación, no solo no es ilegítimo, sino que resuelve más adecuadamente que el sistema de indicaciones la confrontación de intereses que subyace a todo embarazo no deseado, ya sea en sus inicios ya sea en su continuación, porque el sistema de plazos no menosprecia el valor jurídico que posee la vida fetal*”.

periodo de reflexión de 3 días), no se puede hablar de una causa de justificación propiamente dicha, sino de una causa de “justificación procedimental” dado la necesidad de seguimiento del procedimiento que se ha explicado.²⁷

5.3 Procedimiento y requisitos:

Se podrá proceder a la práctica de la interrupción del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación por mera voluntad de la embarazada.

Para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo citado, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos (garantías)²⁸ →

1. Informar a la embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad (Cobertura sanitaria, derechos laborales, beneficios fiscales, centros de asesoramiento sobre el embarazo, centros de asesoramiento sobre anticoncepción y sexo seguro etc.). Se la debe informar así mismo sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la continuación del embarazo o de la interrupción del mismo.
2. Debe darse el transcurso de un plazo de al menos 3 días entre que se aporta la información a la susodicha embarazada y el día señalado para la práctica del aborto, con el objetivo de que, una vez puesto en sus manos el conocimiento sobre los distintos tipos de ayuda existentes y los riesgos y etc. Que puede comportarle el embarazo, pueda ponderar mejor la situación y adoptar una decisión más formada.

Más que de una serie de garantías y derechos que asisten a la mujer, habla Muñoz Conde de que se trata de obstáculos y precauciones que limitan la autonomía de la decisión de la mujer en cuestión.

La información aportada debe darse de la manera más objetiva posible, evitando que se plasmen aspectos subjetivos de los profesionales (ideologías religiosas, políticas etc.), de modo que lo que se haga es ayudar a la gestante a tomar su decisión sin coaccionarla

²⁷ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 71.

²⁸ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 70 y SS.

de modo directo o indirecto.

De la exigencia de estos dos requisitos previos a la práctica del aborto dentro de las 14 semanas de embarazo, se puede deducir que no se trata de un supuesto de aborto “absolutamente libre”.

Es interesante nombrar al profesor Claus Roxin, el cual, en una de sus obras estableció lo siguiente: “si el Estado impone a la mujer el deber de traer al mundo al feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas de la paternidad. Y si el Estado no está en condiciones de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello”²⁹. Esto se trae a colación por la necesidad de elaborar políticas sociales que atiendan a los distintos problemas de las gestantes, creación de programas de ayudas, planificación familiar etc.

5.4 Conformidad del Sistema de Plazos a la STC del TC 53/1985 de 11/04/1985

Teniendo en cuenta lo establecido en el epígrafe anterior, el sistema de plazos actual se caracteriza por la total despenalización de la práctica abortiva dentro de las primeras 14 semanas del embarazo.

Del estudio de la STC de TC 53/1985, resulta necesario traer a colación el exhaustivo análisis que realizan del Art. 15 de la CE, el cual proclama el derecho de todos a la vida: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*”.

Del análisis del citado artículo, se establece que, si bien no se dice expresamente, haciendo una interpretación literal del mismo, dentro de la palabra “todos” al reconocerse que “todos tienen derecho a la vida”, se encuentran inmersos también los

²⁹ Univerdidad Autónoma de Barcelona, *La Despenalización del Aborto*, ed. De Santiago Mir, Bellaterra (Barcelona), 1983, p. 14: en la misma página se hace una referencia al citado profesor Claus Roxin acerca de *La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo*, en su obra *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de D. Luzón Peña, Madrid 1976, p. 79.

concebidos y no nacidos, no pudiendo limitarse por tanto la protección que brinda la CE únicamente al hombre ya nacido y al nasciturus susceptible de vida independiente, debiendo garantizarse este derecho a todo el que vive.

Atendiendo al examen del proceso de elaboración del Art. 15 CE en el Parlamento, la finalidad perseguida por la enmienda al querer sustituir el término original de “personas” por el que actualmente se encuentra, “todos”, no era otra que evitar que bajo la interpretación del término “personas” se excluyeran a los concebidos y no nacidos, y ello dado lo establecido en el Art.30 del Código Civil que reza que *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”*

En lo referente a qué se debe entender por “vida” en lo reflejado en el citado Art. 15 CE, se establece que “la vida es una realidad desde el inicio de la gestación”, teniendo el Estado el deber de abstención en lo que a la interrupción u obstaculización del proceso de gestación y formación del feto se refiere, además del deber de implantación de un sistema legal, de elaboración de normas para la defensa de la vida del mismo. La vida del nasciturus es un valor digno de protección y ello porque es una vida que se encuentra inmersa en un proceso de gestación para la formación de una futura vida humana independiente.

Además, y al margen de lo establecido, del análisis del Art. 1 de la CE que establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”, se fija que, no es característico de un estado social llevar a cabo actuaciones que nieguen o anulen la protección a un derecho tan primario y fundamental como es el derecho a la vida.

Por lo explicado, y dado que en el actual sistema de plazos solo se establece como necesaria la voluntad de la madre para llevar a cabo la práctica abortiva al margen de la necesidad de aporte de información acerca de los derechos, prestaciones y ayudas públicas y la espera de 3 días para la ponderación, no encuentro que con el actual sistema de plazos se proteja de manera alguna en esas primeras 14 semanas de embarazo algo, tal y como se establece en la STC, tan primario y fundamental como el derecho a la vida, y del goza también el concebido y no nacido al estar inmerso en el

término “todos” con el cual se hace alusión en el Art. 15 de la CE.

6. Sistema de indicaciones→

6.1 Introducción al sistema de Indicaciones:

En cuanto a las posturas que giran en torno a la punición o no del aborto, es decir, a castigar la conducta tendente a la práctica de la interrupción del embarazo, estas pueden clasificarse en cuatro grupos, a saber³⁰:

- Punición general del aborto: Los que siguen esta línea, establecen que, en base a la teoría de la fecundación explicada anteriormente, existe vida desde el momento de la fecundación misma, es decir, desde que los gametos masculinos y femeninos se unen y forman la célula cero o cigoto. En base a ello, la protección del embrión se establece como máxima y no debe ceder frente a ningún otro interés individual o social con el que pudiere surgir conflicto.

Para los seguidores de esta postura, en base al Art. 15 de la Constitución Española que establece que “todos tienen derecho a la vida”, el término “todos”, engloba a todos los seres humanos no fallecidos, y con ello hay que entender a todos los seres humanos vivos desde su concepción hasta la muerte: concebidos y no nacidos.³¹

En esta línea doctrinal encontramos a autores como Jesús-María Silva Sánchez³²,

³⁰ Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte especial*, Dykinson Madrid, 2011, p. 60 y ss “Las posturas en torno a la punición del aborto, pueden clasificarse en cuatro grandes grupos: 1) Punición absoluta del aborto. 2) Libertad de aborto. 3) Sistema de indicaciones. 4) sistema de plazos.”

³¹ Narciso MARTÍNEZ MORÁN, *El derecho a la vida en la constitución española de 1978 y en derecho comparado*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Monográfico 2. Madrid 1979, p. 133 y ss.

³² Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Los Indeseados como Enemigos: La exclusión de Seres Humanos del Status Personae*, Artículo en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 09-01, 2007. Se refiere aquí al concebido y no nacido, de tal manera que, si bien este puede generar expectativas de placer o bienestar en sus progenitores, de igual manera les puede producir sensaciones de incomodidad o malestar, con la consecuencia de que devenga no deseado y de que se quiera terminar con el embarazo porque este representa una carga, como un agresor en la medida en que va a coartar la libertad de los progenitores. De esta manera, el concebido deseado por sus progenitores, gozaría de todos sus derechos y obtendría plena protección jurídica,

que entiende que en el derecho penal moderno existe una reducción del status civitas de ciertos seres humanos, llevando esto incluso a la consideración de que no se trata de personas o de que estos merecen la calificación de "enemigos".

Además, se nos hace necesario traer a colación al Autor Andrés Ollero³³ el cual establece que en la legislación vigente nace una duda en cuanto a la atribución de la condición de persona al embrión. Se trata de una duda patente ya que, si no la ley no se encargaría de establecer una regulación en cuanto al sistema de interrupción del embarazo, pero, por otra parte, permite las interrupciones, las despenaliza en ciertos casos. En esta línea, afirma que hay ciertas circunstancias, elementos, que llevan a pensar que con la figura del embrión nos encontramos ante un ser humano, ya que, si no, no se generarían las dudas de brindarle o no protección. Por ello, baraja como razonable la aplicación del principio "in dubio pro vita", ya que el bien jurídico sobre el que trata la controversia tiene gran relevancia y además por la existente debilidad e indefensión de la que reviste el embrión.

En cuanto a la Doctrina oficial de la Iglesia Católica, nombraremos la siguiente afirmación establecida en el Concilio Vaticano II: *"En conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas"*.³⁴

mientras que el enemigo, el que atenta contra el bienestar de su portadora y entorno, es desprotegido y se le priva totalmente de su derecho a la vida, quedando así privado de su estatus de persona, produciéndose sobre él una despersonalización. Con la figura del aborto, por tanto, si una mujer decidiera no paralizar su embarazo pese a que este fuere no deseado, no se trataría de un acto de protección del derecho penal sobre el concebido, sino de un acto de mera voluntad de la embarazada.

³³ ANDRÉS OLLERO, *Bioderecho, Entre la Vida y la Muerte*. Aranzadi, Navarra, Capítulo II, punto 5. In Dubio Pro Vita, p. 54 a 59.

³⁴ Atenerse a la *Declaración publicada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 18 de Noviembre de 1974*, que el Papa Pablo VI, en audiencia concedida al secretario de dicha Congregación unió de 1974, ratificó, confirmó y mandó que se publicara, estableciéndose dentro de ella, entre otras cosas, conclusiones del Concilio del Vaticano II.

- Incondicionada a favor del aborto: Quienes siguen esta postura defienden la plena liberalización del aborto, de tal manera que, se podría llevar a cabo la paralización del embarazo con independencia del momento de la fecundación misma o de las semanas que el cigoto llevase anidado en el útero de la madre. La vida humana solo merece protección, únicamente debiera ser protegida, desde el momento del nacimiento.

La autora Judith Jarvis Thomson³⁵ establece que: “*Considero que tener derecho a la vida no garantiza que uno tenga derecho a usar el cuerpo de otra persona, aunque uno lo necesite para la vida misma. De modo que el derecho a la vida no sirve a los que se oponen al aborto tan sencilla y claramente como ellos han pensado que les sirve. A nadie se le puede exigir que sacrifique su salud, sus otros intereses y asuntos personales y todos sus deberes y compromisos durante nueve meses para mantener viva a otra persona*”

Estamos frente a un reconocimiento absoluto del derecho de libertad de la madre sobre su propio cuerpo y ello también amparado bajo el libre ejercicio del derecho a la maternidad.³⁶ De Este modo, al igual que en los casos de aquellos

³⁵ Judith JARVIS THOMSON, *a Defense of Abortion, From Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 1971, Basic Issues in Medical Ethics," 5th ed., ed. Ronald Munson, Belmont; Wadsworth 1996: A destacar un ejemplo que establece la autora en su obra en el cual nos ilustra sobre cómo otra vida no puede condicionar la nuestra propia, y el ejemplo es el que sigue → Un violinista famoso padece una grave enfermedad para la cual la cura se encuentra en tu organismo, y es necesario que permanezca conectado a ti por un periodo de 9 meses, a partir de los cuáles se encontrará recuperado. Tú no quieres permanecer 9 meses conectado a esta persona, pero los eruditos de la cumbre de la música afirman que este violinista es necesario para sostener el mundo de la música y te secuestran y conectan a él. Si se desconectase al violinista, este moriría, y debemos recordar que todas las personas gozan del derecho a la vida, sin embargo, también se encuentran en juego tus derechos a la libertad, integridad física y decisión sobre tu propio cuerpo; resulta también de interés traer a colación lo establecido por el autor Garrett Hardin, siendo este un gran defensor del aborto: *La sociedad no necesita más niños; pero si necesita más niños queridos. Literalmente, no podemos darnos el lujo de niños no deseados -pero pagamos mucho, todos los días, por ellos. No debería existir el más mínimo interés comunal cuando una mujer decide destruir la vida de su milésimo embrión. Pero toda la sociedad se alarma cuando se sabe que un bebé, que no es deseado, está a punto de nacer.*

³⁶ Mary Anne WARREN, *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995 (cap. 26, págs. 417-432) “*Incluso si aceptamos el punto de vista de que los fetos tienen derecho a la vida, es difícil justificar la imposición de tales penalidades a las personas que no quieren asumirías para preservar la vida del feto. Como señaló Judith Thomson*

que se encuentran a favor del sistema de plazos o en algunos casos, a favor del de indicaciones, el derecho a la vida del concebido y no nacido, se encontraría en manos de la voluntad de la gestante.

- Sistema de indicaciones: Los seguidores de esta línea consideran que el aborto debe ser punible salvo en ciertos casos en que se debe ceder ante los intereses propios de la madre.

Para determinar cuándo concurren esos supuestos de despenalización de la práctica abortiva, se debe estar a dictámenes médicos, a decisiones ajenas a la voluntad de la madre, de tal manera que queda condicionada a controles externos.³⁷

En base a lo dicho, debemos destacar a Arthur Kaufman en su obra La Teoría de un Estado libre de Derecho o sin Derecho, el cual ha caracterizado los supuestos de indicaciones como *situaciones de necesidad existencial o de conciencia* que por los conflictos que entrañan, *quedan fuera del ámbito del Derecho*.

En cuanto a la ponderación de los intereses de la madre y el no nacido comprendidos en el sistema de indicaciones, establece que, *no se supone que sea un conflicto que se deba resolver en favor de la vida del nasciturus, pues ello supondría exigir una conducta heroica a la mujer, exigencia que no encuentra legitimación en un Estado de Derecho. La renuncia de la pena responde a que dichas situaciones pertenecen a un sector de la vida humana que el derecho no puede abarcar por carecer de criterios valorativos suficientemente objetivos.*³⁸

En la misma línea que Kaufman, resulta de interés nombrar al catedrático José

en su comentado artículo de 1971 «A defence of abortion» no hay otro caso en que la ley exija a las personas (no penadas por delito alguno) sacrificar su libertad, autodeterminación e integridad física para preservar la vida de otros.»

³⁷ Patricia LAURENZO COPELLO, *El Aborto no Punible*, Bosch, 1990, p. 138 y ss. Para ella, la despenalización parcial del aborto, ya sea a través del sistema de indicaciones o a través del sistema de plazos, no revestiría de inconstitucionalidad, y ello siempre y cuando se tenga en cuenta el principio de respeto a la vida no nacida, y todo ello, bajo la luz de las líneas trazadas sobre este tema por la STC del TC de abril de 1985.

³⁸ Patricia LAURENZO COPELLO, *El Fundamento de las Indicaciones en el Aborto*, Colección de tesis doctorales N. 118/90, Servicios de reprografía de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, p. 500- 508.

Cerezo Mir, el cual formó parte, fue miembro de la Ponencia redactora del borrador del anteproyecto del Código Penal Español, defendiendo su postura a favor del sistema de indicaciones. Para él, en los casos en los que la continuación del embarazo o el parto, pongan en grave peligro la vida de la madre, será posible que se aprecie un estado de necesidad y se establezca como una causa de justificación en tanto en cuanto se otorga un mayor valor, una prevalencia de la vida humana dependiente sobre la independiente (intrauterina). De igual modo, establece que en los casos en que existan riesgos de que se produzcan en el feto graves taras físicas o psíquicas o que el embarazo mismo sea causa de una violación, no se impone ningún deber a la madre sobre la necesidad de obediencia al Derecho acerca de no abortar.³⁹

- Sistema de plazos: Se declara impune el aborto consentido que se realice, en el caso de España, dentro de las primeras 14 semanas del embarazo, fijándose este plazo en relación con el desarrollo del feto, en el riesgo para la salud de la madre que comportaría la práctica de un aborto en un tiempo más prolongado y en que deben prevalecer sobre la vida del embrión antes del cumplimiento de ese plazo, intereses de la madre tales como su vida, libre desarrollo de su persona, intimidad e integridad.

La decisión de abortar en este caso queda a la libre decisión de la madre y totalmente despenalizado dentro del plazo establecido.

El presupuesto inicial para la práctica lícita del aborto, en este apartado a analizar, es el de su realización en concurrencia con las indicaciones y requisitos correspondientes establecidos en la ley penal. Se trata de un sistema que especifica una serie de situaciones, ajenas al sistema de plazos, las cuales, al darse en la persona de la embarazada, hacen que la práctica del aborto devenga lícita

6.2 Sistema de indicaciones:

A partir de la reforma del Código penal de 1985, el aborto se convierte en una práctica legal en España cuando se dan una serie de circunstancias que conocemos con

³⁹ José CEREZO MIR, *La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 35, Fasc/Mes 3, 1982, págs. 561-580. P. 566-570.

el nombre de "indicaciones" y que se encontraban reguladas en el Art. 417 BIS con exclusión de la llamada indicación socio-económica, indicación que se considera a ojos de muchos autores como Patricia Laurenzo Copello, de vital importancia ya que, las circunstancias de carácter social y económicas sobrevenidas durante el proceso de gestación, pueden provocar que entre los designios la madre ya no esté el de concebir un hijo, y se encuentre con sobrecarga emocional y personal que le genere afecciones en la salud que deriven en grandes limitaciones físicas o psíquicas.

Hemos de indicar que, para la práctica del aborto en el antiguo sistema de indicaciones, debía concurrir en todo momento, en todas las personas participantes de la ejecución, el elemento subjetivo, siendo este el estar al corriente, poseer conocimiento, de la existencia de una de las indicaciones del Art. 417 BIS del CP⁴⁰ que producían la despenalización de la práctica abortiva, y además la existencia de voluntad de realización y sometimiento a la práctica del mismo.

Sistema de indicaciones Actual:

Instaurado con la LO 2/2010 de 3 de marzo, que establece un sistema mixto de plazos e indicaciones.

Desde el término de la semana 14, cuando se encuentra despenalizado el aborto por simples razones de plazo en consonancia con el desarrollo del feto y el riesgo que comportaría para la salud de la madre la práctica de la intervención en un tiempo más prolongado, hasta la semana 22, se permite la práctica de técnicas abortivas por tasadas causas médicas.

Este plazo de las 14 a las 22 semanas para abortar por causas médicas, se fija precisamente por considerarse que es a partir de esas semanas de gestación, cuando el feto presenta condiciones de viabilidad extrauterina, siendo procedente a partir de ese plazo, la producción de un parto inducido⁴¹ si se manifestaran causas por las que

⁴⁰ Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 62 y ss: *Por eso, la disposición Derogatoria 2 a) (código penal de 1995) mantuvo en vigor el Art. 417 bis del CPA y el sistema de indicaciones que en él se recogía. En dicho precepto, venían a reconocerse como casos de aborto permitidos por la ley a las indicaciones terapéutica, ética y embriopática.*

⁴¹ M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 59 y ss. Y Jacobo LOPEZ BARJA DE

corriera peligro inminente la vida de la madre.

Indicaciones: ⁴²

II. Aborto terapéutico. Desde la semana 14 hasta la 22 de gestación.

Se da en los casos de existencia de riesgo grave para la vida de la madre o para su salud, entendiéndose salud como (Art. 2 LO 2/2010 de 3 de marzo): bienestar físico, mental y social, debiendo elaborarse un dictamen médico al respecto por médicos especialistas distintos de los que vayan a practicar el aborto.

Se comporta como una protección de la libre capacidad de decisión de la madre con independencia de lo que resulte adecuado o no para su salud, y ello, a ojos de intentar paliar el tratamiento médico arbitrario, aunque no se encuentre tipificado como tal en nuestro código penal.

Nos encontramos en este punto con la necesidad de hacer una ponderación sobre dos bienes jurídicos que, a ojos del derecho penal, son susceptibles de protección: la vida de la madre y la vida del nasciturus, pero sobre ello, nos pronunciaremos con posterioridad.

Además, también se hace una indicación sobre existencia de riesgo de graves anomalías fetales, debiéndose de igual manera que en el caso de riesgo para la vida de la embarazada, elaborarse un dictamen médico, por dos médicos especialistas distintos del que la practique. Sin embargo, en este caso, al contrario que en la indicación embriopática, no son incompatibles para la vida del feto.

Por ello, en el caso de esta indicación, nos encontramos ante un estado de necesidad, de

QUIROGA *los límites de la vida y la libertad de la persona*, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 23: *Durante el último trimestre, es decir, durante el último periodo del embarazo, cuando el feto ya es viable en el sentido de poder tener vida independiente, el Estado puede prohibir el aborto, salvo en los supuestos en los que fuera necesario para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.*

⁴² M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 59 y ss; y Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 63.

tal forma que, para impedir un mal propio o ajeno, que estaríamos relacionando con la muerte de la embarazada en cuestión, se deberá causar otro cuya entidad se considera menor, siendo este la destrucción de la vida del embrión.

Haciendo referencia al antiguo Art. 417 BIS, este sentaba que: el requisito para la concurrencia de esta indicación de carácter terapéutica, es que exista grave riesgo para la vida o salud física o psíquica de la embarazada y ello cuando el mal que se presente no pueda ser evitado por otro medio distinto al aborto que logre la desaparición o reducción de carácter significativo de la patología.

Entre los distintos autores penalistas, no se duda que antes de la reforma del CP de 1985, esta indicación de carácter terapéutico ya estuviere presente, sin embargo, se llevaba a través del estado de necesidad cuando entraban en conflicto los intereses referentes a la vida de la madre y el feto, siendo el resultado de la ponderación sobre tales bienes, que la vida de la madre revestía de más valor que la del concebido.

En cuanto a la práctica del aborto por cualquiera de las dos indicaciones mencionadas, física o psíquica, el peligro concurrente para ella debe tratarse de un peligro "grave", significando esto, que el mal que afecte a la embarazada llegue a producirle la muerte o mescabo grave en su salud, siendo necesario que este riesgo grave para la salud se constate en un dictamen emitido por un especialista médico distinto al que vaya a practicar o dirigir el aborto para garantizar la independencia de la emisión del mismo al, y que además de ello, se exprese de igual manera la necesidad de la práctica del aborto como medida de evitación del peligro mismo.

En cuanto a la salud psíquica, la indicación psiquiátrica, se hacen referencia a las enfermedades tales como: depresiones, estados ansiosos, tendencias suicidas etc. Debiendo destacar que la mayor parte de interrupciones voluntarias del embarazo que se practican dentro del marco legal, son llevadas a cabo bajo la rúbrica de esta indicación dada su ambigüedad y laxidad interpretativa por los facultativos.

I. Aborto eugenésico, embriopática o aborto por existencia de riesgo de graves anomalías en el feto. A partir de las semanas 22 de Gestación.

No se contempla como tal en la ley con el nombre de "aborto embriopático", pero del Art. 15 de la LO 2/2010 de 3 de marzo acerca de la interrupción del embarazo por

causas médicas, se puede extraer tal afirmación, cuando en él es permisible el aborto con plazo de 22 semanas de gestación por existencia de riesgos graves de anomalías fetales incompatibles con la vida, y sin señalamiento de plazo para cuando se detecten enfermedades extremadamente graves e incurables en el feto.

Atendemos a ella como indicación por existencia de falta de viabilidad extrauterina del feto por sufrimiento de lesiones por parte de este, o por la concurrencia en él de enfermedad extremadamente grave o incurable. Se protege la autodeterminación de la madre.

La existencia de dichas enfermedades y anomalías en el feto, debe ser confirmada por un comité clínico que corrobore el diagnóstico médico, decidiendo la mujer sobre la intervención a realizar (Art. 16 LO 2/2010 de 3 de marzo).

De igual manera que en la indicación anterior, haciendo referencia al antiguo Art. 417 BIS, el mismo establecía que: se da la aparición de esta indicación cuando existen riesgos claros, riesgos fundados de que el feto albergue anomalías genéticas graves o de otra naturaleza o de que pueda padecer o producirse en el defectos físicos o psíquicos durante la concepción o el embarazo, haciéndose hincapié en esas graves taras de las que puede padecer el feto tienen que revestir de importancia, ser de carácter perdurable o crónicas y de difícil tratamiento o reparo.

El plazo para la práctica del aborto conforme a esta indicación se fija en las primeras 22 semanas de gestación, fijándose este plazo por la fiabilidad de la que revisten las pruebas de diagnóstico fetales.

Así mismo y como se ha manifestado para la indicación anterior, el dictamen médico necesario para la práctica del aborto, debe ser emitido con anterior a la práctica del mismo y por especialista distinto del que vaya a realizar la intervención para garantizar la realidad de la concurrencia de la indicación.

***Referencia al Aborto ético (por violación) del 417 BIS →**

Se trata de una indicación de carácter criminológico.

Esta indicación surge como consecuencia de que el embarazo se haya producido por un hecho constitutivo de delito de violación, consistente este en la realización del acto

sexual con acceso carnal por vía vaginal de un varón sobre la mujer, ejerciendo para ello la fuerza e intimidación.

Al médico correspondiente le bastará para la acreditación de que se da la circunstancia de indicación por violación, que se haya presentado denuncia formal ante el juez por tal delito.

Hemos de indicar que, para este caso, es necesario que la práctica del aborto se realice en las 12 primeras semanas de embarazo contadas desde el ejercicio del delito de violación.

6.3 Naturaleza Jurídica del Sistema de Indicaciones:

Como hemos indicado, el sistema de indicaciones permite el aborto siempre que concurra alguna de las indicaciones admitidas legalmente, siendo estas: la indicación terapéutica y la indicación eugenésica o embriopatía, habiendo desaparecido la indicación ética, por ejercicio del delito de violación sobre la mujer y haciendo referencia a la no constancia de la indicación social.

Los argumentos mayoritarios de la doctrina que se manejan en el campo sobre la aplicación del sistema de indicaciones y los bienes jurídicos que entran en conflicto son principalmente dos⁴³:

- 1. Existencia de un conflicto de bienes que conduce a tratar el problema como un supuesto de estado de necesidad.*
- 2. Supuesto de inexigibilidad de otra conducta que lleva a resolverlo como un problema de culpabilidad.*

En resumen, la doctrina mayoritaria establece que gozan de la naturaleza de causas de justificación. Supuestos concretos de estado de necesidad.

⁴³ Carlos GRANADOS PÉREZ, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Contestaciones al Programa de Derecho Penal Parte Especial Para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal Tomo II*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, 2015, p. 30. ; y Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 49.

7. Conclusiones:

De la realización del trabajo sobre el análisis del aborto en la legislación española, he extraído las siguientes conclusiones →

- En lo que se refiere a cuando se fija el comienzo de la vida humana dependiente, en nuestro país la doctrina mayoritaria sigue la teoría de la anidación que marca que comienza cuando el cigoto se asienta en el útero de la madre tras los 14 días de embarazo.
- La doctrina ha sentado que el paso de la vida humana dependiente a independiente se establece con la total expulsión del claustro materno
- En cuanto a la diferenciación entre delito de aborto y homicidio, estaremos ante un homicidio cuando se programa al feto para que su muerte se produzca luego de su alumbramiento o cuando las prácticas tendentes a la provocación de la muerte se ejerzan fuera del vientre de la madre, y ante un aborto cuando se provocare la muerte al feto en el vientre materno o en el transcurso del nacimiento sin que este hubiere llegado a adquirir independencia.
- Estaremos ante un concurso entre tentativa de aborto y homicidio doloso o imprudente cuando se ejerce una acción tendente a la provocación de la muerte del feo en el vientre materno, pero su muerte se produce tras el nacimiento.
- Los requisitos generales para proceder a la práctica del aborto no punible son: 1. Que se practique por un médico especialista o bajo la dirección del mismo; 2. Que se lleve a cabo en centro público o privado acreditado; y 3. Que se realice con el consentimiento expreso o por escrito de la mujer embarazada o por su representante legal si fuere menor de edad.
- En lo relativo al derecho de objeción de conciencia de los facultativos médicos, tal y como se establece en el Art. 19.2 de la LIVE, estos profesionales gozan de la facultad de hacer uso de su derecho de objeción de conciencia y negarse a practicarle el aborto a una gestante, con la consecuencia de que se debe acudir a otro profesional de la misma rama.
- En lo referente a la prestación de consentimiento por las menores de edad comprendidas entre los 16 y 17 años, con la publicación de la LO 11/2015, de 21 de septiembre, se les priva de la capacidad de que gozaban para otorgar el

mismo, siendo actualmente necesario además de la manifestación de voluntad de la menor, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad. Es necesario recordar que, si existiere una situación violenta dentro del núcleo familiar y no se prestase consentimiento favorable para la práctica del aborto, la menor podrá alegarlo ante el Juez de Primera Instancia correspondiente.

Bajo mi punto de vista con esta reforma se está llevando a cabo una vulneración de los derechos fundamentales de intimidad y autonomía de la libertad de las menores. Si bien son menores y debemos velar por su seguridad e integridad, la materia referente al embarazo es muy controvertida. La menor va a tener que portar durante nueve meses en su vientre a su futuro hijo, con las consecuencias que acarreará tanto para su vida particular, como académica, profesional y estabilidad futura. Exigimos responsabilidad penal desde los 14 años de edad con medidas de internamiento que pueden ir de los 3 a los 10 años y no permitimos que con 16 años de edad se pueda participar en una decisión tan importante y personal como la de la práctica abortiva. Si bien creo se debería informar a los padres de la intervención que va a sufrir la menor por los riesgos que la misma pudiera acarrear, no creo que debieran tener todo el poder de decisión sobre la intervención, porque no se trata de su propio cuerpo y vida y les pueden mover distintos aspectos subjetivos.

- En lo referente a los requisitos para llevar a cabo la práctica abortiva dentro del plazo de las primeras 14 semanas de embarazo (sistema de plazos), recordemos que es necesario: 1. Informar a la embarazada acerca de sus derechos, prestaciones y ayudas a la maternidad; y 2. Dar el transcurso de tres días para que pueda ponderar la situación y adoptar la decisión más adecuada.

Se establece que, con estos dos requisitos previos a la práctica del aborto, no se está ante un aborto totalmente libre, en tanto en cuanto es necesario seguir un procedimiento. Sin embargo, a mi parecer, tampoco veo que se ejerza un control de los requisitos a llevar a cabo. Se le puede aportar la información necesaria en el sobre y en esos tres días de espera para ponderar la situación, la gestante puede hacer caso omiso, no valorar la información y únicamente esperar a la finalización del tercer día para que se le practique el aborto.

- Atender a que el plazo de las 14 semanas de embarazo se fija en base a la

formación del feto y el creciente valor de su vida en cuando a un mayor nivel de formación, y el riesgo que comporta para la vida y salud de la madre.

- En cuanto al momento que tiene que sentarse para empezar a computar el plazo para la práctica del aborto, dependiendo ello para la aplicación del sistema de plazos e indicaciones, se ha de estar *a la apreciación que haga el médico especialista de cuadro con los criterios médicos que predominen en el momento*, tal y como establece el profesor Francisco Muñoz Conde: *Dado que no es posible determinar con exactitud matemática ni el momento de la fecundación, ni de la anidación, habrá que conceder un margen de discrecionalidad en la apreciación que haga el médico especialista, que deberá computarlo de acuerdo con los criterios científicos dominantes en ese momento.*
- Que el tema del aborto trae gran controversia y es de una gran significación social, lo vemos reflejado en las distintas posturas que sobre el tema se siguen: 1. A favor de la punición general del aborto; 2. Incondicionadas a favor del aborto; 3. A favor del sistema de plazos; y 3. A favor del sistema de indicaciones.
- Entrando en el sistema de indicaciones (terapéutica y eugenésica), pudiéndose llevar a cabo la práctica abortiva de la semana 14 a la 22, se establece este margen de 22 semanas de embarazo dado que a partir de ese plazo se considera que el feto presenta condiciones de viabilidad extrauterina, pudiendo practicarse a partir de ese momento un parto inducido si se dieran causas que generasen peligro inminente para la vida de la madre.
- Se debe indicar además que, en cuanto a la naturaleza jurídica que presentan los sistemas de plazos e indicaciones, ambos se establecen como una causa de justificación, pudiéndose llevar a través del estado de necesidad, dado el conflicto de bienes existente y la inexigibilidad de otra conducta.
- Por último, tal y como se examinó en el epígrafe quinto en su punto cuarto, en la STC 53/1985 del TC en el análisis que se lleva a cabo del Art. 15 de la CE por su supuesta violación en cuanto al antiguo 417 BIS del Código Penal se refiere, se establece que en el propio artículo se engloba la protección del derecho a la vida del concebido y no nacido con la expresión “todos”, especificándose posteriormente que la vida comienza con el proceso de gestación mismo,

debiendo el Estado abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso de gestación o formación del feto, debiendo el mismo elaborar un sistema legal para su defensa.

Por lo establecido, no entiendo, que no significa que comparta, como se ajusta constitucionalmente el sistema de plazos, ya que es totalmente voluntario el aborto dentro de las primeras 14 semanas de embarazo sin ningún tipo de restricción u obstáculo.

8. Bibliografía:

- Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tomo XXXII Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo I, *La Protección de la Vida Prenatal en el Ordenamiento Español: Del “Nasciturus” al “Moriturus”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- José CERREZO MIR, “La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 35, Fasc/Mes 3, 1982.
- Declaración publicada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 18 de noviembre de 1974.
- Roberto GERMÁN ZURRIARÁIN, “Comentarios Al Proyecto De Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo”, *Persona y bioética*, Vol. 13, Nº. 33, 2009.
- Luis GONZÁLEZ MORÁN, *De la Bioética Al Bioderecho: Libertad, Vida y Muerte*, Dykinson, 2008.
- M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, ed 1^a., Tecnos, Madrid, 2010.
- Carlos GRANADOS PÉREZ, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Contestaciones al Programa de Derecho Penal Parte Especial Para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal Tomo II*, 6^a ed., Tirant Lo Blanch, 2015.
- Judith JARVIS THOMSON, *a Defense of Abortion, From Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 1971, *Basic Issues in Medical Ethics*, 5th ed., ed. Ronald Munson, Belmont; Wadsworth 1996.
- Patricia LAURENZO COPELLO, “El Aborto en la Legislación española: Una Reforma Necesaria”, documento de trabajo 68/2005.
- Patricia LAURENZO COPELLO, *El Aborto no Punible*, Bosch, 1990.
- Patricia LAURENZO COPELLO, “Desandando el Camino – La Contrareforma del Aborto”, Artículo en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº-16, 2014.

- o Patricia LAURENZO COPELLO, *El Fundamento de las Indicaciones en el Aborto*, Madrid, 1990.
- o Jacobo LOPEZ BARJA DE QUIROGA *los límites de la vida y la libertad de la persona*, Tirant Lo Blanch, 2011.
- o Francisco MARTÍNEZ MORÁN, “El derecho a la vida en la constitución española de 1978 y en derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 2. Madrid 1979.
- o Santiago MIR PUIG, *La Despenalización del Aborto*, (Universidad Autónoma de Barcelona,) Bellaterra (Barcelona), 1983.
- o Lorenzo MORILLAS CUEVAS, *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- o Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal Parte Especial*, 20ª ed., 2015.
- o Andrés OLLERO TASSARA, *Bioderecho. Entre la Vida y la Muerte*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- o Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- o Rafael REBOLLO VARGAS, *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 2ª ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- o Carmen REQUEJO CONDE, *Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales*, Diario La Ley, Nº 6400, 16 de enero de 2006,
- o Carlos María ROMEO CASABONA, *Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los relativos a la Manipulación Genética*, Comares, Granada, 2004.
- o Julia ROPERO CARRASCO, “La Insuficiencia del Sistema de Indicaciones en el Delito de Aborto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003.
- o Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Los Indeseados como Enemigos: La exclusión de Seres Humanos del Status Personae*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (RECPC) 09-01, 2007.
- o Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, 4ª Ed., Valencia, 2015.

- o Mary Anne WARREN, *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

