

DERECHO PENAL

EL ART. 172 QUATER CP COMO ARIETE DE UNA POLÍTICA ABORTISTA

Jesús Bernal del Castillo

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo

Title: *Article 172 Quater of the Criminal Code as an Instrument of an Abortion Policy*

Resumen: El nuevo delito de acoso antiabortista (art.172 quater CP) viene a reforzar la configuración del aborto como un derecho fundamental de la mujer. El Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del precepto, decisión que ha suscitado diversas críticas entre los propios magistrados y entre diversos autores, relacionadas con la infracción del principio de taxatividad penal o la afectación de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho de reunión. En este trabajo se suscriben algunas de esas críticas, tanto desde argumentos dogmáticos como políticos criminales. Fundamentalmente, se valora negativamente el olvido de la protección de la vida del no nacido como efecto de las políticas de reconocimiento del derecho de aborto.

Palabras clave: acoso antiabortista, taxatividad, derecho a la libertad de expresión.

Abstract: *The new crime of anti-abortion harassment (art. 172, quater CP) reinforces the configuration of abortion as a fundamental right of women. The Constitutional Court has declared the constitutionality of the provision, a decision that has raised various criticisms among the judges themselves and among various authors, related to the violation of the principle of taxativity and the impact on other fundamental rights such as freedom of expression and the right of assembly. This paper endorses some of these criticisms, both from dogmatic and criminal political perspectives. Fundamentally, it negatively assesses the neglect of the protection of unborn life because of policies recognizing the right to abortion.*

Keywords: *Anti-abortion harassment, principle of taxativity, freedom of expression.*

Sumario: -1. Introducción: El recurso al derecho penal simbólico como medio de imposición de valores sociales. -2. El aborto como derecho. 2.1. El apoyo del Tribunal Constitucional. 2.2. La conquista de la opinión social. -3. Análisis del delito de acoso antiabortista. 3.1. La insuficiente justificación del nuevo delito del art. 172 *quater*. 3.2. La deficiente construcción del tipo penal. -4. La afectación de otros derechos fundamentales. 4.1. La limitación de las libertades ideológicas y de expresión. 4.2. Limitaciones al derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE). 4.3. Afectación del derecho a la intimidad. -5. La necesaria perspectiva del bien jurídico de la vida. -6. Valoración del delito de acoso antiabortista.

La L.O. 4/2024, de 12 de abril (BOE-A-2022-6044), introduce en el Código penal un nuevo delito, como una forma especial de acoso, en el art. 172 *quater* CP:

- “1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.
2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.
3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.
4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal”.

1. Introducción: El recurso al derecho penal simbólico como medio de imposición de valores sociales

El uso ideológico del derecho punitivo como medio de resolución de conflictos sociales es una característica de los modernos sistemas penales, que en no pocas ocasiones “realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios” (DÍEZ RIPOLLÉS)¹. Y esa finalidad ideo-

¹ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n° 103, enero-junio 2002, pp.63-97. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543> (consultado el 7.1.2025).

lógica, en este caso, la consolidación social de una determinada ideología está presente en el delito de acoso antiabortista del art. 172 *quater* del CP.

Según el Preámbulo de la ley que introduce el delito de acoso antiabortista, el objetivo perseguido por el legislador es la creación de una zona física de seguridad (*buffer zone*)² alrededor de los establecimientos donde se practican abortos, con el fin de asegurar la libertad de las mujeres y de los trabajadores de esas clínicas a la hora de ejercitar el derecho al aborto.

La tesis que aquí se mantiene es que estamos ante un uso indebido del Derecho penal (COLINA)³, imponiendo una perspectiva ideológica tanto en el contenido de la propia ley como en la interpretación que de la misma hizo el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad del precepto penal en la sentencia 75/2024⁴. Esa perspectiva que se pretende imponer en cuanto se establece como la única valoración legítima, es la consideración del aborto como un derecho fundamental, con reconocimiento constitucional, cuestión de la que discrepamos y que carece de una tradición legal suficiente que traslade con claridad al terreno jurídico lo que es una concepción ideológica. Estaríamos cerca de lo que HASSEMER denomina una “ley de declaración de valores”⁵.

Los medios utilizados para desarrollar esta finalidad pedagógica de los instrumentos penales son la presentación del sistema de plazos como el más acorde con la garantía de los derechos de las mujeres y la exclusión del no nacido como titular del derecho a la vida, negando incluso la existencia de un conflicto constitucional entre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a la vida⁶.

También podemos hablar de uso simbólico del Derecho penal en cuanto se aprecia un déficit de justificación a la hora de establecer la necesidad de la intervención criminalizadora respecto a estas conductas

² Zonas de seguridad (*Buffer zones*) son los perímetros alrededor de un establecimiento en los cuales queda legalmente proscrita la acción contraria al aborto. Se aprueban en Inglaterra y Gales a través de la *Public Order Act* (2023, c.15. part1), que en este punto entra en vigor el 31 de octubre de 2024 y que crea la ofensa “*Interference with access to a provision of abortion services*”.

³ E.I. COLINA RAMÍREZ, “Sobre la reforma al artículo 172 *quater* del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 137, 2022, pp.139-160, p.161.

⁴ STC Pleno 75/2024, de 8 de mayo, que resuelve el recurso 5041-2022 contra el artículo único de la L.O. 4/2022, de 12 de abril.

⁵ W. HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” (traducción de E. Larrauri), *Pena y Estado. (Función simbólica de la pena)*, n°1, 1991, pp.23-36.

⁶ La inexistencia de conflicto constitucional es afirmada por la Magistrada M.L. BALAGUER CALLEJÓN en su voto particular a la STC 44/2023: “entiendo que no hay derechos constitucionales en conflicto en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer, y son la libertad de ésta (art. 17.1 CE), su dignidad (art.10.1 CE), su integridad física y moral (art.15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art.18 CE) y su salud sexual y reproductiva (art.43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en cuanto la mujer es la titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución”.

del art. 172 *quater*, pues, a pesar de que se afirma lo contrario, no puede comprobarse suficientemente la existencia objetiva de acciones lesivas como problemas sociales de peso para la incolumidad del bien jurídico protegido, poniéndose en duda el respeto al principio de intervención mínima que rige la actividad legislativa.

De igual forma, el uso simbólico del Derecho penal en este delito se corresponde con la desvaloración radical de las opiniones de las personas y grupos provida, consideradas indiscriminadamente como actos procedentes del “enemigo”⁷. Se trata de una perspectiva adoptada por la ley desde la unilateralidad valorativa, en la medida en que parte del presupuesto citado más arriba, esto es del aborto entendido como ejercicio de un derecho, que convierte las manifestaciones contrarias en actos rechazables y sospechosos. En principio, sin embargo, dichos actos deberían quedar en su mayor parte al margen de la actividad legislativa criminalizadora puesto que gozan, *prima facie*, de una apariencia de legitimidad, en cuanto pretenden ser consecuencias del ejercicio de derechos fundamentales, en concreto, la libertad ideológica y el ejercicio de la libertad de expresión. Precisamente el no tener en cuenta la implicación de estos derechos en el debate social del aborto debe ser considerado como uno de los “errores” legislativos del nuevo delito del art. 172 *quater*.

2. El aborto como derecho

Frente a la punición tradicional del aborto voluntario como delito, se produjo un giro copernicano de la regulación del aborto en España con la despenalización parcial del mismo, mediante la aprobación de un sistema de indicaciones (art. 417 bis CP anterior), cuya constitucionalidad fue confirmada por la histórica STC 53/1985, de 11 de abril. La sentencia sentó en clave constitucional una doctrina que daba continuidad al debate público y jurídico sobre el aborto y que, en palabras de algunos autores, “no convenció a nadie” (SALINERO ALONSO)⁸, pues, entre otras consecuencias, no desarrollaba el encaje del aborto como un derecho fundamental de la mujer, aunque ya en los supuestos de las indicaciones se entendía que la práctica del aborto tuviera su fundamento en el derecho a la salud física o psíquica de la mujer o en valoraciones

⁷ Se produce una equiparación indiscriminada de todos los actos provida, sin distinguir los que son meramente molestos de los verdaderamente coactivos y se consideran todos ellos como ilegítimos. Así, por ejemplo, el Preámbulo de la L.O. 4/2022 los califica, conforme a la terminología de la OMS, como formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir trato degradante.

⁸ C. SALINERO ALONSO, “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna-respuesta a una incertidumbre”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPC), 20-31, 2018, p. 7, <http://criminnet.ugr.es/recpc> (consultado el 5.1.2025).

éticas relativas a la vida del *nasciturus*. Tampoco resolvía satisfactoriamente el problema de la naturaleza jurídica del sujeto no nacido, al que no se reconocía como titular del derecho a la personalidad, esto es como persona, pero de cuya vida se decía que constituía un bien jurídico.

Pero el ámbito permisivo del aborto estaba teóricamente limitado en el sistema de las indicaciones y, desde distintas instancias, se ha venido empujando a un mayor reconocimiento del mismo, para lo cual se necesitaba salir del ámbito del conflicto de derechos entre la salud o vida de la madre y la vida del feto; con esta finalidad se arbitra un sistema de plazos en el que la continuidad del embarazo va a estar en manos de la libertad de la mujer, siendo suficiente el consentimiento de ésta unido a algunas formalidades para realizar el aborto.

El sistema de plazos es introducido por L.O. 2/2010, de 3 de marzo. A partir de este momento se teje en nuestro país el ropaje jurídico actual que implica su consideración como un derecho fundamental. Se llega así a la configuración del aborto como uno de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y, desde el punto de vista constitucional, se fundamenta en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10 CE), integrándose la autodeterminación de la mujer como parte del contenido del derecho a la salud y a la integridad física y moral (art.15 CE)⁹.

En nuestros días, es muy fuerte la presión internacional para orientar las legislaciones nacionales y la normativa internacional hacia el reconocimiento de un derecho autónomo al aborto, lo que puede comprobarse a través de las disposiciones de distintos organismos como, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de abril de 2024, que insta al Consejo Europeo a que ponga en marcha una Convención y que adopte la propuesta de incluir en la Carta de derechos fundamentales el “derecho al aborto seguro y legal”¹⁰. Por su parte, la jurisprudencia europea se puede enmarcar dentro de la tendencia progresiva de considerar el aborto como una manifestación de los derechos a la vida privada e intimidad de la mujer¹¹.

⁹ La existencia del aborto como un derecho se justifica en la STC 44/2023 señalando que “el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art.15 CE) y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto la continuación o no de la gestación” (FJ 3D).

¹⁰ Anteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de junio, de 2021 sobre la situación de la salud y derechos reproductivos en la Unión Europea pide a los Estados miembros, en relación con la práctica segura y legal del aborto, que despenalicen la interrupción voluntaria del embarazo y se adapten a las normas internacionales en materia de derechos humanos y a las mejores prácticas en el derecho europeo.

¹¹ Sobre la interpretación de la jurisprudencia del TEDH que relaciona el aborto con el derecho a la intimidad y la vida y salud de la mujer vid. J.M. GONZÁLEZ MORENO, “El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un “giro procedimental”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2021 (XXXVII), pp. 173-195; M. BUJSEN, “On interpretation and Appreciation. A European Human Rights perspective in

No obstante, no dejan de señalar algunos autores que ninguno de los tratados internacionales suscritos por España contempla el aborto como un derecho fundamental autónomo de determinación, ni tampoco lo ha hecho el TEDH, de forma que “en absoluto dimana esta construcción de sentencia alguna en el ámbito internacional o comparado” (SIEIRA MUCIENTES)¹².

En dirección contraria, recientemente se dicta en sentido restrictivo la Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU *Dobbs v. Jackson* (24 de junio de 2022), la cual señalaba que la Constitución de los Estados Unidos no configuraba el derecho al aborto y, por ello, derogando las famosas sentencias *Roe v. Wade* (1972) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992), se devolvía a los estados el poder de regular cualquier aspecto del aborto no protegido por el derecho legal federal. De hecho, la sentencia afirmaba repetidamente que cualquier derecho de este tipo (constitucional) debe estar profundamente arraigado en la historia y la tradición de la nación y que el derecho al aborto no reunía esas condiciones ya que era un derecho desconocido en la legislación hasta la última parte del siglo XX (SALINAS MENGUAL)¹³.

En España la consolidación jurídica del aborto como derecho requería la conformidad del Tribunal Constitucional y su pretensión de legitimidad precisaba de la adhesión de la opinión pública. En ambas direcciones se ha movido la actividad política y política criminal en España, de forma que a través de ellas se confirma la ideologización del problema del aborto.

2.1. *El apoyo del Tribunal Constitucional*

Fundamentalmente a través de las sentencias 44/2023 y 75/2024, el TC llega a “blindar” el sistema de plazos, al considerarlo como la forma constitucional necesaria para la protección del derecho al aborto, sin que ello sea óbice para el reconocimiento de algunas “indicaciones”, que extienden la posibilidad de la práctica del aborto a situaciones no fundamentadas en los plazos del embarazo.

Dobbs”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023,32: 3, pp. 323-336; G. PUPPINCK, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3(2), 2013, pp. 142-195, pp.145-146.

¹² S. SIEIRA MUCIENTES, “El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023”, *Revista de las Cortes Generales*. n.º 116, Segundo semestre (2023): p.296, <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1779> (consultado el 28.12.2024).

¹³ J. SALINAS MENGUAL, “Estudio jurisprudencial comparado en materia de aborto: entre *Dobbs* y la Sentencia 44/2023 del TC español”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), n.º 63, octubre 2023, <https://www.iustel.com>. Un análisis a fondo de la sentencia del Tribunal Supremo de EEUU puede verse en R. PALOMINO LOZANO, (coord.) *Dobbs v. Jackson. El cambio de paradigma sobre el aborto*, Iustel, 2024.

Las críticas a este planteamiento, que aparecen por la formulación de diversos votos particulares a ambas sentencias, evidencian la división ideológica de los miembros del tribunal, pues, bien de forma individual bien como votos conjuntos, una minoría llamémosla conservadora de los jueces, discrepan de la postura mayoritaria. En los votos particulares se critica la argumentación de la mayoría constitucional que gira en torno a aceptar el aborto como un derecho. Resulta de especial relevancia el voto particular a la STC 44/2023 de la magistrada ESPEJEL JORQUERA, quien señala que el Tribunal ha desarrollado tareas que no le corresponden, pues en vez de limitarse a analizar si la norma recurrida se acomoda o no a la Constitución, “acaba creando... un pseudoderecho fundamental de la mujer, cuya creación, obviamente, corresponde al poder legislativo y no a este tribunal, lo que conduce a imponer el modelo recogido en la L.O. 2/2010 como el único modelo constitucional posible”. En el mismo sentido, pronuncian un voto particular conjunto los magistrados, ENRÍQUEZ SANCHO, ARNALDO ALCUBILLA, y TOLOSA TRIBIÑO quienes cuestionan la existencia de ese derecho fundamental en la Constitución de 1978, señalando que más bien es creado por la STC 44/2023.

En sentido diametralmente opuesto, el voto particular de la Magistrada BALAGUER CALLEJÓN, en dicha sentencia 44/2023, va más allá de reconocer el derecho al aborto, sino que establece que es el único derecho constitucional que deba ser considerado, no existiendo conflicto con la vida del nasciturus, en la medida que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer.

2.2. La conquista de la opinión social

No resulta en absoluto pacífica la naturaleza del aborto como un derecho ni en nuestro país ni fuera de nuestras fronteras. Y no es únicamente una cuestión jurídica positiva sino un problema ético y social, presente en concreto en la conciencia social e individual de muchas personas, que mantienen la ilegitimidad del aborto, a veces desde posiciones religiosas y en otras ocasiones por una concepción del Derecho que debe sujetarse a principios éticos y jurídicos como la protección de la vida humana y la dignidad de todo sujeto.

Recordemos la idea de que no se trata ya de cuestionar la penalización o despenalización del aborto sino de defender o negar, por una parte, el derecho a abortar como un derecho de libertad, que exige la contrapartida de la acción estatal que garantice el ejercicio de tal derecho. En sentido contrario, sin dejar de reconocer excepciones a la punición del aborto, se defiende que el límite de la libertad de la mujer se encuentra en la defensa de la vida del no nacido como bien jurídico protegido o como derecho de

la persona, entendiendo por persona no sólo al sujeto independiente sino al individuo de la especie humana en cualquier fase de su desarrollo¹⁴.

El conflicto está servido y la posición de defender el derecho al aborto cobra impulso en las legislaciones de los países occidentales, que ejercen presión a los demás Estados para que se incorporen a esta concepción jurídica. A este respecto, podemos recordar la decisión de la Asamblea Parlamentaria francesa de 4 de marzo de 2024 de incluir el derecho al aborto en la Constitución¹⁵.

Lo que no está ganada es la opinión pública y social en estos países, puesto que un porcentaje significativo de personas, como hemos señalado, mantienen unas convicciones provida o al menos favorable a la restricción de los supuestos de aborto legal¹⁶. La ganancia de terreno del derecho al aborto exige entonces no sólo una argumentación jurídica sino una conquista del ámbito ideológico, que implique un crecimiento del rechazo a esas opiniones discordantes. Se llega así a un uso simbólico del derecho, incluyendo el Derecho penal, que implica (necesita) ser utilizado como arma de penetración en las ideas sociales.

3. Análisis del delito de acoso antiabortista

3.1. *La insuficiente justificación del nuevo delito del art. 172 quater*

El simbolismo ideológico del nuevo delito de acoso antiabortista se manifiesta en las razones esgrimidas por el legislador como justificación de la necesidad de la reforma, que se concreta en el dato sociológico de los supuestos de acoso a mujeres y trabajadores de las clínicas, dato que se obtiene de la realización de una encuesta a las mujeres que acuden a estos establecimientos¹⁷.

¹⁴ J. FINNIS, "Born and Unborn: answering objections to constitutional parenthood", <http://www.firstthings.com/author/john-finnis>, (9 de abril 2021), (consultado el 12.12.2024).

¹⁵ Que se inserta en el art. 34 del texto constitucional: "La ley determina las condiciones en las que se ejerce la libertad garantizada para la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo" (traducción literal del francés).

¹⁶ Son muchas las fuentes estadísticas que analizan la opinión sobre el aborto en diversos países del mundo. En particular, nos remitimos para los EEUU a las encuestas sobre el aborto realizadas por el Pew Research Center, <https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/public-opinion-on-abortion/> y para España por <https://es.statista.comhttps://es.statista.com/temas/10516/el-aborto-en-espana/#topicOverview>. Entre los datos extraídos de esta última encuesta destaca que en nuestro país, en 2025, un 16% de los encuestados están a favor de la prohibición del aborto, mientras que en otros países lo están un 39% (México), 32% (Argentina), 30% (EEUU), 17% (Italia), 11% (Francia), 7% (Suecia).

¹⁷ Sobre los antecedentes, génesis y tramitación parlamentaria de este delito, vid. C. SÁNCHEZ BENÍTEZ, *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España*, BOE, 2023, pp. 66 y 67.

Se trata de una encuesta realizada en 2018 y encargada no por un organismo oficial, sino por una entidad privada, ACAI: Asociación de clínicas acreditadas para la interrupción del embarazo que, como ella misma señala, está basada en las percepciones de una muestra aleatoria de 300 mujeres que acudieron ese año a alguna de las clínicas. Parece un razonamiento muy pobre para justificar la acción del legislador penal en un tema tan grave y que además parte de la presunción de constantes y reiterados actos de acoso: “Miles de mujeres, se han visto increpadas, insultadas, coaccionadas o amenazadas de algún modo” explica ACAI en su informe¹⁸. Para CUGAT MAURI la encuesta carece de los necesarios criterios de validez científica y metodológica “para seleccionar la muestra de la población afectada” así como “del método seguido para la elaboración del cuestionario y la valoración de los datos obtenidos”¹⁹.

Además de insuficientes, las afirmaciones del Preámbulo no están contrastadas y manipulan la realidad sociológica y judicial²⁰. Frente a los miles de actos de acoso y coacciones alegados no hay constatación, por ejemplo, de ninguna resolución judicial de condena en nuestro país a personas y grupos antiabortistas por la comisión de actos constitutivos de esos delitos objetivamente atentatorios contra la libertad. Sí existen condenas de este tipo, en concreto en los Estados Unidos²¹, pero quizás es porque la ley norteamericana tipifica actos con un contenido material de antijuridicidad mayor que la española, e interviene contra actos dirigidos a causar muerte, lesiones o, al menos, daños materiales, como formas de impedir el acceso a los lugares protegidos²².

¹⁸ Para I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, la utilización de la encuesta es un caso de lo que los anglosajones denominan *cherrypicking*, utilización de datos parciales y sesgados en la justificación de una determinada política legislativa, “Rezar es delito: comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo”, *Diario La Ley*, n.º 10538, sección *Comentarios de Jurisprudencia*, 3 de julio 2024.

¹⁹ M. CUGAT MAURI, “La tipificación del acoso a abortistas como antiejeemplo de técnica jurídica”, *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1329-1339, p. 1333.

²⁰ Nos permitimos dudar, por lo tanto, de la afirmación del Tribunal Constitucional que identifica la existencia de un “problema social” (STC 44/2024), identificándolo con las acciones antiabortistas en España.

²¹ Ver algunos casos en <https://www.justice.gov/opa/pr/seven-defendants-sentenced-federal-conspiracy-against-rights-and-freedom-access-clinic> (consultado el 18.12.2024).

²² La ley federal, en concreto, *The 1994 Freedom of Access to Clinic Entrances Act (FACE Act)* prohíbe y sanciona las siguientes conductas: El uso de fuerza física, amenaza de fuerza física u obstrucción para lesionar intencionadamente, intimidar, impedir; o intentar lesionar, intimidar o bloquear a cualquier persona, por la fuerza o con amenaza de ella para obtener u ofrecer servicios de salud reproductiva. Como se explica por el Departamento de Justicia americano, la Ley (FACE), no se refiere a proteger los abortos: “La ley protege a todos los pacientes, proveedores y lugares que ofrecen servicios de salud reproductiva, incluyendo los servicios provida de consejo sobre el embarazo y otras ofertas relacionadas con la salud reproductiva” (la traducción es mía), <https://www.justice.gov/crt/protecting-patients-and-health-care-providers> (consultado el 18.12.2024).

Estas consideraciones nos llevan a plantear la falta de necesidad de la creación del nuevo delito del art. 172 *quater*, porque las conductas, al menos en España, de los grupos antiabortistas no llegan habitualmente a constituir verdaderas coacciones, amenazas o acoso, ni a poner verdaderamente en peligro el o los bienes jurídicos protegidos, quedándose ordinariamente en un nivel inferior al de alguna de estas lesiones de la libertad de las personas²³. Por ello, se puede hablar de un “déficit” de lesividad que procede de la escasa o nula peligrosidad social de las conductas llevadas a cabo por los posibles sujetos activos²⁴.

3.2. *La deficiente construcción del tipo penal*

El legislador ha ubicado este tipo entre los delitos contra la libertad. En mi opinión estamos ante un delito que lesiona la libertad de decidir de la mujer. Pero no la libertad futura o posible sino el concreto ejercicio de esa libertad. Debemos recordar que el bien jurídico protegido no es el derecho mismo al aborto²⁵, sino la previa decisión libre de realizarlo, libertad que se ubica temporal y conceptualmente en un momento anterior a la práctica de este, con independencia de que se lleve o no a cabo. El TC, en su sentencia 75/2024, entiende más bien que estamos ante un delito de resultado cortado, que se consuma al realizar la primera actividad (acosar al sujeto pasivo) para conseguir la finalidad perseguida, aunque no se consiga el resultado buscado (el ejercicio del derecho).

La concreción de la libertad como bien jurídico protegido nos plantea un problema. Desde un punto de vista sistemático, no podrá aplicarse el tipo penal si no existe una decisión anterior de la mujer o de los trabajadores de someterse o practicar uno o varios abortos; por ello, no se están castigando los actos sobre una mujer que acude a una clínica buscando

²³ Esa falta de “gravedad” del delito la señala J.A. LASCURAÍN: “Es preocupante que ahora se amenace con pena de prisión la realización de conductas que no son violentas, ni de hostigamiento ni intromisión en lo sexual. Y que tampoco consigan la modificación deseada de la conducta ajena. Basta con actos molestos u ofensivos y basta con que su resultado sea el “menoscabo” de la libertad ajena”, “Acoso antiabortista y libertad de expresión”, *El almacén del Derecho*, 19 de agosto de 2022, <https://almacenederecho.org/acoso-antiabortista-y-libertad-de-expresion> (consultada 10.12.2024).

²⁴ Exponen en su voto particular a la STC 75/2024 los magistrados ARNALDO CUBILLA y ESPEJEL JORQUERA, que la lectura del preámbulo de la ley orgánica enjuiciada genera una “notable frustración... Ninguna reflexión desde el Derecho constitucional cabe vislumbrar en el preámbulo; como tampoco ninguna consideración de Derecho penal ni de política criminal que lo justifique”.

²⁵ A favor del derecho al aborto como bien jurídico protegido se posiciona C. CUERVO NIETO “El nuevo art. 172 *quater* CP: estructura del tipo y problemas aplicativos”, *Ars Iuris salmanticensis*, vol. 10, diciembre 2022, pp.205-208

meramente información sobre el aborto, pero que todavía no ha tomado esa decisión. De ahí que las conductas relativas a la información o la exposición de lo que es un aborto deberían quedar fuera de la tipicidad, si no se quiere interferir con la libertad de expresión.

Algunos autores apuntan que estamos ante un delito pluriofensivo. Así SÁNCHEZ BENÍTEZ entiende que además de la libertad de obrar, se lesiona la intimidad de la mujer o bien su integridad moral²⁶. Otros, como CUGAT MAURI, señalan que sistemáticamente deberían haberse regulado estas conductas entre los desórdenes públicos, limitando los sujetos activos a grupos y no a personas individuales “si lo que se pretendía era dotar un espacio de seguridad en el entorno de las clínicas y proteger también la intimidad de las mujeres...”²⁷. Para GARCÍA ARROYO, en cambio, la ubicación sistemática del delito determina la libertad como bien jurídico protegido y añade que “todos los demás intereses que dice proteger no son más que argumentos políticos dentro del preámbulo de la propia ley, pero sin argumentos jurídicos suficientes para interpretarlos como bienes jurídicos”²⁸.

La escasa lesividad de este delito no proviene solamente de su reducida peligrosidad social para el bien jurídico, sino fundamentalmente de la deficiente configuración de las conductas típicas, confusas en su significado y poco afortunadas en su elección.

El art. 172 *quater* define el delito con el verbo acosar, bien a las mujeres (apartado 1), bien a los trabajadores, facultativos y directivos de los centros sanitarios (apartado 2). Además, se precisa que ese acoso debe llevarse a cabo mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos. Tales definiciones han planteado diversos problemas de interpretación, que han llevado a que en el recurso de inconstitucionalidad formulado contra esta ley se considere que se ha infringido el principio de taxatividad por la utilización de conceptos indeterminados y valorativos que generan vaguedad e inseguridad en la aprehensión del ámbito de aplicación del delito.

Efectivamente, el legislador utiliza conceptos valorativos para definir los actos que concreta el tipo penal y ello hace que su interpretación sea dificultosa. Esto se puede apreciar con relación a los conceptos de actos molestos y ofensivos. La crítica que la doctrina plantea es la subjetividad de su contenido, pues parece que lo que se tipifica es la causación de estados internos de molestia y ofensa que, en todo caso, no se refieren a impedir la decisión de abortar, quedándose en una lesión de los “senti-

²⁶ C. SÁNCHEZ BENÍTEZ, *op.cit.* p.70.

²⁷ M.CUGAT MAURI, *op.cit.* p.1290.

²⁸ C. GARCÍA ARROYO, “El nuevo delito del art. 172 *quater*, el acoso para obstaculizar el aborto. A vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico”, *Revista Penal*, nº53, enero 2024, p.85, nota 9.

mientos” de los sujetos pasivos, siendo los sentimientos mudables (GARCÍA ARROYO)²⁹.

El problema de proteger los sentimientos es, efectivamente, la dificultad en considerarlos un bien jurídico, no tanto porque no merezcan protección, sino por la dificultad en objetivar la gravedad de la ofensa. Una interpretación literal del tipo podría llevar a aplicar el precepto siempre que el sujeto pasivo se haya sentido ofendido, aunque no se hubiera impedido o dificultado lesionar su libertad de decisión, lo cual peca de excesiva subjetividad³⁰.

Esta subjetividad podría corregirse incorporando una perspectiva de objetividad a la aplicación de la ley (MAGRO SERVET)³¹ es decir, entendiendo que se cumple el tipo si los actos del sujeto activo son “objetivamente” “molestos” u “ofensivos”, o que la conducta sea idónea *ex ante* para producir la lesión de la voluntad (MARTÍNEZ SANROMÁ)³². Aparte de la dificultad de objetivar los sentimientos ofendidos, ello no soluciona la indeterminación del precepto ni vacuna contra la inseguridad y aleatoriedad en su aplicación. Por lo tanto, sí podemos mantener, respecto a los actos molestos y ofensivos, la crítica de infracción por el legislador del principio de taxatividad penal³³.

La STC 75/2024 rechaza dicha crítica en su FD4 y señala que un primer elemento para excluir la indeterminación del precepto es considerar que “el verbo rector de la conducta impugnada no es la ejecución, entre otros, de actos molestos u ofensivos, sino la acción de acosar”, que es sobre la que radica la ilicitud del hecho y que debe ser interpretada en el sentido que posee en otros tipos penales: art. 172 ter; art. 173,1, párrafo tercero; o art. 184, que han generado numerosa jurisprudencia en torno al significado del verbo acosar. Pero la sentencia no es coherente con este argumento, pues si el acoso se define en cada tipo penal conforme a los elementos en ellos concretados, no hay forma de obviar que el acoso antiabortista se define como el realizado por medio de actos molestos y ofensivos y es en estos elementos donde radica la indeterminación y subjetividad de la descripción típica, el desvalor de la conducta y, por ello, la falta de taxatividad del precepto sin que convenza la argumentación del

²⁹ C. GARCÍA ARROYO, *op.cit.* p. 89.

³⁰ La oposición a la protección penal de los sentimientos está presente en varios autores españoles; vid. entre otros M. ALONSO ÁLAMO, “Sentimientos y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 106, 2012, pp. 35-96.

³¹ V. MAGRO SERVET, “Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley Orgánica 4/2022 de 12 de abril”, *Diario La Ley*, n° 10059, 2022.

³² O. MARTÍNEZ SANROMÁ, “El acoso antiabortista”, *Diario La Ley*, n°10272, 2023.

³³ Es curioso cómo el TC argumenta a favor de la protección de los sentimientos poniendo el ejemplo de los sentimientos religiosos, contemplados como bien jurídico en los arts. 524 y 525 CP, cuando existe una notoria crítica respecto a la tipificación de estos delitos argumentando precisamente su falta de determinación y su subjetividad.

TC, que recurre muy forzosamente a las definiciones de estas expresiones en el lenguaje común para reforzar su tesis.

La falta de lesividad de las conductas típicas se concreta también en que al acoso antiabortista le falta el elemento de la reiteración temporal de las conductas sobre un mismo sujeto (en el caso de acoso a las mujeres), con lo cual se están tipificando actos aislados (SÁNCHEZ BENÍTEZ)³⁴, de dudosa carga lesiva. Esto nos permite dudar de que estemos propiamente ante lo que lo conceptualmente se entiende por acosar a alguien y que sea difícil que por un solo suceso de molestia o atosigamiento se produzca el constreñimiento de la voluntad de la mujer.

Lo que nos preocupa ante la falta de taxatividad del tipo penal son sus efectos negativos en la aplicación de este, con el efecto de generar una libertad imprecisa en los destinatarios de la norma, creando además confusión e inseguridad en su recepción, prueba de las cuales es el debate público que se ha generado respecto a cuales son los actos prohibidos: si rezar en la calle, repartir folletos explicativos, etc. o si dirigirse hacia los sujetos pasivos sería suficiente para entender que se ha cumplido el tipo penal³⁵. Igual inseguridad puede darse en la acción policial contra las personas que se manifiestan y en la actuación de los jueces, sometidos a un amplio margen de discrecionalidad³⁶.

Con relación a las otras dos modalidades típicas, acosar mediante “actos intimidatorios” o “coactivos”, no cabría alegar la infracción del principio de taxatividad, con la condición de que ambos estén vinculados al concepto de coacción, exigiendo que la conducta típica se realice mediante violencia física o intimidación psicológica que sea suficiente para conseguir el resultado perseguido. Un problema práctico que se plantea aquí es la naturaleza violenta de los actos de los manifestantes provida, cuestión muy dudosa en nuestro país, lo que permite prever que el tipo penal no se va a aplicar nunca o casi nunca, lo cual es una manifestación más del simbolismo legislativo.

Como consecuencia, no era necesario haber tipificado el acoso antiabortista intimidatorio o coactivo como un delito independiente, pudiendo resolverse estos casos mediante el delito de coacciones. La utilización de violencia física o intimidación si es idónea para causar el resultado de

³⁴ C. SÁNCHEZ BENÍTEZ, C. *op.cit.* p.72.

³⁵ Prueba de esa inseguridad que genera el precepto son los titulares de algunos periódicos, p.ej. <https://www.publico.es/sociedad/imagenes-muestran-acoso-hostigamiento-sufren-mujeres-ejercen-derecho-aborto.html> (consultado el 5.1.2025).

³⁶ EL TC traslada a los órganos que aplicarán las leyes el deber de interpretar el precepto para evitar los problemas derivados de su indeterminación: “será en el ámbito aplicativo concreto de este precepto por parte de los órganos judiciales, y no en el de su concreción legislativa, que es el objeto de análisis del presente proceso constitucional, en el que, en su caso, habrá que controlar, incluso por la vía del procedimiento de amparo ante este tribunal, cualquier eventual interpretación imprevisible de dicho precepto”.

impedir o compeler a no realizar lo que se quiera (en este caso el aborto), hace que en ambas modalidades se pueda apreciar una verdadera coacción, con la consecuencia de que se están duplicando las mismas conductas en dos tipos diferentes, en el tipo básico de las coacciones y en el art. 172 *quater*. Algún autor (MARTÍNEZ SANROMÁ)³⁷ ha planteado que se produce un concurso de leyes entre ambos tipos penales, lo que convierte al art. 172 *quater* en un tipo especial privilegiado, lo que se contradice con los objetivos de la reforma.

Debemos recordar también que el tipo requiere un elemento subjetivo del injusto: “para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”, de difícil distinción con el dolo del delito, en el sentido de que tendrá que ser probado que, además de la intención de manifestarse en contra del aborto o de exponer razones en contra de él, existe una voluntad de ir más allá influyendo coactivamente en la decisión de la mujer o de los trabajadores de las clínicas. Estamos ante un espacio de arenas movedizas y, por ello, este elemento subjetivo deberá ser interpretado restrictivamente.

4. La afectación de otros derechos fundamentales

El recurso de inconstitucionalidad planteado ante el TC argumentaba que el delito de acoso antiabortista lesionaba o impedía el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los manifestantes contra el aborto³⁸. Se alegaba, en concreto, la lesión de las libertades ideológica y religiosa (art.16 CE), la libertad de expresión (art.20 CE), el derecho a la intimidad de las víctimas del delito (art. 18.1 CE), el derecho de reunión y manifestación (art.21 CE) y el derecho a la igualdad (art.14). Los recurrentes manifestaban que las conductas típicas entraban dentro del ejercicio normal de esos derechos por lo cual el nuevo delito tenía un efecto disuasorio respecto a los mismos.

La sentencia del TC acoge esa impugnación, pero en vez de resolver cada uno de los conflictos, declara sin más razones que “el análisis de tal impugnación debe quedar limitado a las invocaciones de los derechos a la libertad de expresión (art.20 CE) y de reunión (art. 21)”, que además deberán ser tratados conjuntamente. La impresión que causa esta postura del tribunal es la de ofrecer “café para todos” cuando la afectación de cada derecho tiene sus particularidades.

³⁷ O. MARTÍNEZ SANROMÁ, *El acoso antiabortista*, cit. En el mismo sentido se pronuncia C. GARCÍA ARROYO, *op.cit.*, p. 87.

³⁸ Recurso de inconstitucionalidad nº5041-2022, contra el artículo único de la L.O. 4/2022, de 12 de abril.

4.1. La limitación de las libertades ideológica y de expresión

Una de las críticas que se ha formulado entre la doctrina es la incidencia negativa que tiene la formulación del delito de acoso antiabortista en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes con palabras o gestos manifiestan su opinión contraria al aborto. LASCURAÍN (2023), señala que “lo más preocupante es que esos actos molestos u ofensivos que ahora se consideran delito constituyen formas de expresión o, en general, formas de participación política, más o menos razonable, más o menos sensata en relación con uno de los temas estrella del interés social del precepto”.

El problema se deriva de que precisamente se realizan las conductas típicas mediante actos que forman parte del contenido esencial de esos otros derechos, empezando por el derecho a la libertad ideológica (art.16 CE)³⁹ y continuando con el derecho a manifestar esa propia opinión o esas ideas sobre el aborto (art. 20.1, a).

Que el delito del art. 172 *quater* penaliza a quienes practican los actos derivados de una postura ideológica o religiosa es algo evidente. Es cierto que no se castiga a quien piensa de una manera con relación al problema del aborto, pero sí a quien manifiesta esa opinión de unas formas determinadas: palabras o actos que intentan evitar la práctica del aborto, presuponiendo la antijuridicidad de esas conductas al considerarlas como lesivas de la libertad. Lo que se penaliza entonces es la exposición pública de unas ideas o valores previamente asumidos, lo cual tiene *de facto* un efecto de toma de postura por parte del legislador respecto a esas mismas conductas, lo que no deja de tener un fin moralizante y un posible efecto disuasorio del ejercicio de la libertad de pensamiento de los ciudadanos.

De este modo, el choque con la libertad ideológica se transforma en una restricción de la libertad de expresión. Es cierto que, como todos los demás, el ejercicio del derecho a expresarse libremente tiene sus límites en la salvaguardia de otros derechos fundamentales, pero primero hay que identificar estos, reconocer su contenido y aplicar las reglas de ponderación de intereses que se arbitran como solución de los conflictos entre derechos.

Recordamos que el acoso del art. 172 *quater* no es propiamente un delito contra el derecho al aborto, sino contra la libertad de la mujer y los términos del conflicto entre derechos, en estos supuestos, se dan entre la libertad de decisión de la mujer o de los trabajadores, por una parte, y el derecho a la libertad de expresión, por otra.

³⁹ Preferimos hablar de libertad ideológica mejor que de libertad religiosa porque las motivaciones para tener una postura contraria al aborto no necesariamente tienen una motivación religiosa o no son expresión de unas creencias de este tipo.

Las reglas de ponderación de conflictos se concretan en el principio de proporcionalidad, en concreto el examen de la incidencia de la intervención penal en el ejercicio de la libertad de expresión. No se trata de excluir del ámbito del ejercicio de este derecho todos los casos de extralimitación en el mismo, sino de valorar en qué medida la tipificación de unos actos lesiona el contenido del derecho fundamental de expresión al introducir una restricción desproporcionada de la misma, entendida dicha desproporción como originar un efecto desaliento o disuasorio del ejercicio de la libertad de expresión⁴⁰.

Y ese efecto desaliento no examina solamente la incidencia sobre el contenido esencial del derecho, sino que se considerará desproporcionada aquella tipificación que dificulta las conductas comprendidas en un ámbito más amplio. Esa zona intermedia es ciertamente un ámbito en que se ha ejercitado la libertad de expresión extralimitándose en sus límites, pero que no afecta a su núcleo de legitimidad y operatividad institucional, sobre el que se proyecta el mandato de optimización derivado de su vida institucional (URÍAS MARTÍNEZ)⁴¹.

En el caso que nos ocupa, el conflicto se centra en la valoración de los actos de expresión que no tienen carga violenta o intimidatoria, sino que resultan simplemente molestos u ofensivos. El problema, advertido por la doctrina, es el efecto desaliento que produce la sanción penal, especialmente la privativa de libertad, en el derecho fundamental a la libertad de expresión⁴². Dicho efecto indica la desproporción de la tipificación de estas modalidades del art. 172 *quater*.

Dicho de otra manera, la mera manifestación o exposición ante la mujer o los trabajadores de opiniones e ideas contrarias al aborto, aun cuando dé origen a sentimientos de molestias o disgustos, entra dentro del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando no vayan causados o acompañados de violencia física o intimidación, o bien, se pueden considerar conductas cercanas o limítrofes al mismo, y, por ello, se encuentran en la órbita de constitucionalidad del derecho a la libre expresión.

No es ésta la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en su sentencia 75/2024, pues afirma que la regulación penal de las conductas

⁴⁰ En este sentido vid. por ejemplo, SSTC 112/2016, de 20 de junio, FJ2iii; 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2. iv.; 122/2021, de 2 de junio, FJ 9.3; 46/2022, de 24 de marzo, FJ 12/2.3.2.

⁴¹ J. URÍAS MARTÍNEZ, "El efecto desaliento (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, pp. 305-336. Sobre el efecto desaliento en el Derecho penal vid. M. L. CUERDA ARNAU "Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento", *Revista General de Derecho penal*, n.º8, 2007.

⁴² Me parece significativa la expresión de J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Nadie querrá pasear por la finca democrática (expresarse) si en la misma existen bancos de arenas movedizas (bancos de cárcel) mal señalizados", "El delito de rezar", *Diario del Derecho*, Iustel, 19/05/2022.

de acoso antiabortista no resulta desproporcionada para proteger el bien jurídico y que, ni en lo que se refiere a la acción típica ni a las consecuencias previstas (sanciones penales), “se ha producido, por su severidad, un sacrificio desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación” (FJ B.1).

Asombra la conclusión de la sentencia mencionada, no sólo porque no está en línea con su jurisprudencia anterior sobre el papel preponderante de la libertad de expresión⁴³, sino porque además está insuficientemente argumentada. En efecto, utiliza como base argumentativa la idea de la “necesidad” de la tipificación obviando la importancia del principio de intervención mínima que exigiría al menos la identificación objetiva de un problema social de envergadura, cuestión sumamente dudosa como ya hemos señalado⁴⁴ y de la ausencia de otras instancias jurídicas para afrontar los problemas de extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión.

La proporcionalidad de las penas previstas en el art. 172 *quater* es defendida por el TC, alegando que se encuentran en “una faja muy inferior dentro de la horquilla que permite considerar este delito como menos grave (ex art. 33.3 CP) y que además la pena privativa de libertad no resulta de obligada imposición ni ejecución y que incluso se puede atemperar mediante la apreciación de la eximente o atenuante de ejercicio legítimo de un derecho”. Los votos particulares discrepan de esta valoración señalando la acumulación de penas del art. 172 *quater* y, en concreto, la posible aplicación del subtipo agravado del art.172.2, 2º.

En sus afirmaciones, la STC no tiene en cuenta tampoco la jurisprudencia del TEDH respecto a la libertad de expresión pues dicho tribunal entiende que la relevancia institucional de este derecho exige una restricción de la intervención penal y especialmente señala la escasa justificación de la sanción privativa de libertad salvo supuestos de incitación a la violencia o al odio. En concreto y citamos la STEDH *Mariya Alehkina y otras c. Rusia*⁴⁵, “en principio, las formas de expresión pacíficas y no violentas no deben estar sujetas a la amenaza de imposición de una sanción privativa de libertad” y que “la interferencia con la libertad de expresión en la forma de sanciones criminales puede tener un efecto desaliento en el ejercicio de dicha libertad, lo cual es un elemento para ser tomado en consideración cuando se examina la proporcionalidad de la interferencia en cuestión”⁴⁶.

⁴³ Vid. por todas las SSTC 177/2015, de 22 de julio (FJ 2d) y 112/2016, de 20 de julio (FJ 2iii).

⁴⁴ En el voto particular emitido por los magistrados ARNALDO ALCUBILLA y ESPEJEL JORQUERA se califica este delito como expresión de una “intervención máxima” y de “expansionismo desbordante, decididamente contrario al valor libertad que es exigencia indispensable, imprescindible, en el Estado democrático”.

⁴⁵ Vid. *Mariya Alehkina y otras c. Rusia*, 2018, nº 227.

⁴⁶ Sobre la jurisprudencia del TEDH en el sentido apuntado en el texto, vid. S. CARDENAL MONTRAVETA, “Expresiones, prohibiciones y penas”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (RECPC) 24-13 (2022).

El TEDH se ha pronunciado en particular sobre las manifestaciones frente a clínicas abortistas y ha mantenido opiniones contrarias. Así, en *Van den Dungen v. Netherlands* justifica la prohibición de acercamiento a una clínica señalando “que la orden estaba dirigida a proteger los derechos de los usuarios de las clínicas. Más aún, la medida era proporcionada porque estaba limitada en el tiempo y en un área específica”. En cambio, en el caso *Annen v. Germany* el TEDH determina el marcado interés público que tiene el tema del aborto, y que dicho interés legitimaba la actuación del autor de la publicación de los datos de dos médicos de una clínica abortista: “estaba legitimado para perseguir sus fines políticos incluso por el uso de críticas exageradas y polémicas”⁴⁷.

4.2. Limitaciones al derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE)

Estrechamente relacionado con la libertad de expresión, la Constitución reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas (art.21 CE). Evidentemente no se trata de un derecho ilimitado. Dichas limitaciones afectan fundamentalmente a las reuniones que tienen lugar en espacios de tránsito público, las cuales podrán ser prohibidas por la autoridad “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes” (art.21.2 CE). Más en concreto, serán consideradas ilícitas aquellas “así tipificadas por las leyes penales” (art.1.3 LORDR de 1983), especialmente las “que se celebren con el fin de cometer algún delito (art. 513.1 CP) (JAVATO MARTÍN)⁴⁸.

Una primera cuestión que afecta al derecho de reunión es la determinación del sujeto activo del delito de acoso antiabortista como “El que...”. Con ello no se limita a castigar a los que en grupo se reúnen o manifiestan contra el aborto, sino también a las personas individuales que aisladamente realizan alguno de los actos típicos⁴⁹. Es evidente que en estos casos realizados por personas físicas individuales —presencialmente o por vía telemática— no hay afectación del derecho de reunión por inexistencia de dicha reunión; no obstante, en estos supuestos de

⁴⁷ *Van den Dungen v. Netherlands* App. n.º22838, de 22 de febrero de 1995. *Annen v. Germany*, App.n.º3690/10, de 26 de febrero de 2016. Un estudio en profundidad de la jurisprudencia del TEDH, puede verse en G. PUPPINCK, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3(2), 2013, pp. 142-193.

⁴⁸ A. M. JAVATO MARTÍN, A.M. “Libertad de expresión y Derecho penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código penal”, *InDret*, 3/2011, p.26.

⁴⁹ La Proposición de Ley que introdujo esta reforma limitaba el tipo a la participación en reuniones y grupos: “1. El que hostigue o coarte la libertad de una mujer que pretenda ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, promoviendo, favoreciendo, o participando en concentraciones en las proximidades de lugares habilitados para interrumpir embarazos...” (Proposición de ley 122/000143, de 21 de mayo de 2021).

autoría individual queda en pie la crítica ya mencionada sobre la limitación a la libertad individual de expresión y la duda sobre la lesividad de unas conductas que, salvo los casos de coacción o intento de coacción, representan lo que son, formas de expresar una opinión o ideas sobre un tema de interés general.

La incorporación al Código penal del delito de acoso antiabortista genera inseguridad respecto a las reuniones o manifestaciones convocadas o celebradas en contra del aborto. En concreto da pie a una interpretación extensiva del tipo del art. 172 *quater* en detrimento del derecho de reunión por la falta de taxatividad de algunas conductas típicas, lo cual tenderá al efecto disuasorio respecto a la iniciativa de organizar o participar en concentraciones contra el aborto, reuniones que salvo las limitaciones establecidas por la ley no podrán ser prohibidas.

Ese efecto disuasorio es más patente si se considera el objetivo mencionado en el preámbulo de la L.O. que introduce el delito: la creación de zonas de seguridad alrededor de las clínicas que realizan abortos, lo cual implica la exclusión del derecho de reunión y manifestación de dichas zonas. Como ha expuesto MARTÍNEZ SANROMÁ, “el legislador quiere que los grupos antiabortistas se manifiesten «dos o tres calles más allá» para evitar cualquier tipo de contacto (incluido el visual) con la mujer que pudiera generarle intranquilidad”⁵⁰.

4.3. *Afectación del derecho a la intimidad*

Los autores del recurso de constitucionalidad que dio lugar a la STC 75/2024 alegaban la vulneración del derecho a la intimidad de las víctimas del delito (art. 18.1 CE), en particular por el apartado 5 de del art. 172 *quater*, que prevé una persecución de oficio, prescindiendo de la voluntad de las eventuales víctimas: “En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal”.

La sentencia expone que dicha previsión “contiene una medida idónea y necesaria para los fines que persigue, en el sentido de que es instrumentalmente apta para evitar una desprotección del interés público en la persecución y sanción de este tipo de conductas, no resultando evidente la existencia de medidas menos restrictivas del derecho a la intimidad personal para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.

Las razones que alega la sentencia no son, en mi opinión, suficientes para justificar el carácter público de este delito. Los argumentos que

⁵⁰ O. MARTÍNEZ SANROMÁ, *El acoso antiabortista*, cit. p.2.

hemos expuesto anteriormente ofrecen una imagen de escasa lesividad respecto al bien jurídico de la libertad de decisión de la mujer en una materia eminentemente personal como es la continuidad o no del embarazo y que, por ello, aconsejaría la restricción de la perseguibilidad del delito a la iniciativa de la mujer.

Por otra parte, llama la atención el énfasis en el carácter público del interés protegido que se identifica con las finalidades queridas por el legislador. Más bien habría que distinguir ese interés de dichas finalidades; el legislador se convierte en un adalid de una causa política e ideológica, como es el refuerzo de la concepción del aborto como un derecho fundamental y ello aun a costa del interés de la mujer, que por múltiples razones puede no sentirse ni siquiera subjetivamente acosada y además puede preferir la no publicidad derivada del inicio de un proceso penal. Por último, parece que la sentencia del Tribunal Constitucional alude al principio de elección de un “mal menor”, considerando menos importante la protección de la intimidad de la mujer en aras de garantizar el dudoso interés social en la erradicación de tales conductas, afirmando que prima el interés público sobre el privado de la mujer, lo que justifica el eventual “sacrificio” del derecho a la intimidad.

Con esta fundamentación queda en entredicho el carácter de última *ratio* del Derecho penal, pues parece que la sanción penal está llamada a garantizar el ejercicio del derecho al aborto frente a “dificultades estructurales”, cuando en realidad el fin de la norma debería limitarse a la garantía de la libertad de la mujer y no a implantar socialmente una determinada concepción sobre este tema.

5. La necesaria perspectiva del bien jurídico de la vida

La introducción en el Código penal español del delito de acoso antiaabortista es el corolario de la atribución al aborto de la naturaleza jurídica de un derecho fundamental, en la medida que constituye una instancia de protección de este. No obstante, y como hemos señalado, existen razones suficientes para la crítica del delito de acoso a las que se añade ahora como reproche el olvido de la perspectiva de la protección de la vida del no nacido. Dado que hemos defendido en este trabajo la interpretación y aplicación restrictiva del art. 172 *quater*, resulta lógico fundamentar dicha restricción en la necesidad de mejorar el nivel de protección del derecho a la vida.

Entendemos que el reconocimiento o rechazo del derecho a la vida es un elemento necesario para la valoración de la normativa penal sobre el aborto y que también condiciona la valoración de la legitimidad o ilegitimidad de los actos de expresión contra este y, como consecuencia, establece un criterio muy claro a la hora de juzgar el acoso antiabortista.

En efecto, si se incorpora la vida del no nacido como bien jurídico limitador de la libertad de la práctica del aborto, entonces los actos de expresión o manifestación en favor de la vida resultan legítimos como ejercicio de un derecho y no pueden ser objeto de sanción penal incluso aunque molesten a otras personas, con la sola limitación de aquellas formas de expresión, reunión o manifestación que sean o impliquen violencia o coacción intimidatoria. Esta es una forma de limitar la legitimidad de la tipificación del delito de acoso antiabortista, que debería quedar encerrado dentro de los límites de la coacción, puesto que el resto de las expresiones y acciones contrarias al aborto serían formas de ejercitar el apoyo al derecho a la vida y entrarían dentro de la órbita de los arts. 15 y 20 CE.

En cambio, si se prescinde de dicha perspectiva, es decir, si se ignora que la vida de un no nacido es un bien jurídico constitucionalmente amparado, o si se limita esa protección, negando, por ejemplo, al *nasciturus* la condición de persona, entonces el ámbito de legitimidad de los actos y expresiones en favor de la vida se restringe, pudiendo tipificarse con mayor amplitud el acoso antiabortista, ya que la introducción en el Código penal de este delito resultaría razonable como medida lógica de la protección del derecho al aborto, postura que ha adoptado el legislador español⁵¹.

El no reconocimiento al concebido del *status personae* se convierte, de este modo, en un presupuesto necesario de los fines pretendidos por el legislador a la hora de introducir el delito de acoso antiabortista en nuestro ordenamiento. Aquí proponemos, en cambio, dicho reconocimiento, asumiendo las consecuencias que se derivan de él, en concreto, entender a efectos penales la vida del concebido como un derecho personal de la misma naturaleza y valor que el derecho a la vida que posee quien ya ha nacido. No es éste el lugar para desarrollar a fondo esta tesis, pero sí podemos hacer algunas consideraciones que arrojen luz sobre la postura que aquí se adopta: que la tipificación del acoso antiabortista es consecuencia de la idea negacionista del derecho a la vida del no nacido.

Estamos de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ en concretar la despersonalización como un paso intermedio en la valoración de los no nacidos como enemigos⁵². La exclusión del *status personae* es, en el momento actual en España, la condición para hablar del aborto como un derecho fundamental de la mujer sin las cortapisas que significa la concurrencia de otros derechos. El resultado es la negación del derecho a la vida del concebido por inexistencia de un sujeto titular.

⁵¹ De hecho, el Preámbulo de la LO 4/2022 declara que “se considera imprescindible garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma que quede garantizada la intimidad de las mujeres, su libertad y seguridad física y moral, así como su derecho a la libre circulación y de este modo garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”.

⁵² J. M. SILVA SÁNCHEZ, “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, (REDPC) 09-01, 2017.

El problema radica entonces en cómo dar un paso adelante y superar las limitaciones de algunos conceptos jurídicos de “persona”, que proceden del derecho civil y penal y que resultan limitados e insuficientes para abarcar la inclusión de los seres humanos antes del nacimiento. Para ello procede desarrollar un concepto “fuerte” de persona⁵³ cuyo contexto sean los avances científicos sobre el comienzo y desarrollo de la vida humana y cuyo contenido no esté mediatizado por unos presupuestos ideológicos previos. En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ-OSTIZ, quien centra su propuesta en el fin protector y garantista del Derecho que con relación a la persona consiste en el “reconocimiento” y en la “atribución”: “La personalidad es reconocida así al no nacido en cuanto que es ser humano, perteneciente a la especie humana (*homo sapiens*) ... Se trata de una pretensión basada en la misma experiencia del otro como sujeto, co-sujeto, alter-ego...”⁵⁴. En sentido parecido se pronuncia SPAEMANN: “La personalidad es, por tanto, el elemento constitutivo del ser humano, no una cualidad suya y, desde luego, en ningún caso, una cualidad adquirida gradualmente. Puesto que por determinadas características se reconoce como personas a los individuos normales de la especie *homo sapiens*, hemos de considerar personas a todos los individuos de esa especie, incluso a aquellos que todavía no están en condiciones de manifestarlas”⁵⁵.

Tales conceptos implican un cambio de perspectiva en la regulación legal del aborto y una valoración más positiva de las posturas provida, que serían aceptadas como formas de expresión de valores jurídica y socialmente adecuados en cuanto defensa de un derecho. Ello no implica la legitimación de todas las acciones provida, quedando fuera del ejercicio de un derecho aquellos actos que no puedan ser justificados. Esta extralimitación permitiría calificarlos incluso como ilícitos penales cuando implicaran violencia o intimidación sobre la mujer o sobre otras personas.

6. Valoración del delito de acoso antiabortista

La tipificación del acoso antiabortista como delito es un ejemplo de la innecesariedad de la intervención penal como instrumento de apoyo de una postura ideológica del legislador.

⁵³ Sobre los conceptos jurídicos “fuertes” o “débiles”, vid. P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona”, *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, REDPC, 11-11, 2009.

⁵⁴ P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *op.cit.* pp.21 y 22.

⁵⁵ R. SPAEMANN, “¿Son todos los hombres personas?” *Cuadernos de Bioética*, 1997,3, pp. 1027-1033, p. 1031; J.I. RUBIO LÓPEZ, “Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel nº 63, 2023, pp. 1-33.

No nos parece que exista un peligro social grave para el bien jurídico protegido, por una parte, porque la actividad acosadora de los grupos provida representa una pequeña proporción dentro del conjunto de los actos promovidos por estos grupos, dado que la gran mayoría de sus actividades se encuentran legitimadas como ejercicio de un derecho fundamental de expresión o de reunión, incluso cuando se les pueda reconocer una dimensión o efecto desagradable o molesto. Solamente cabría hablar de una afectación del bien jurídico de la libertad de la mujer cuando esos actos fueran objetivamente coactivos, es decir, cuando impidieran por medios violentos el acceso de las mujeres o trabajadores para realizar un aborto y, dado que esos actos son cuantitativamente escasos, creemos que no aparecen probadas las condiciones de gravedad que exige el principio de intervención mínima.

A raíz de lo anterior puede decirse que la carga ideológica del precepto es muy elevada y que ni el legislador primero, ni el Tribunal Constitucional más tarde, han ocultado ese fin predominante, que implica utilizar la sanción penal como un instrumento de transformación de la conciencia social en el debate sobre el aborto.

El examen concreto del tipo penal confirma las consideraciones anteriores. La descripción de las conductas adolece de esa hipertrofia al incluir los actos molestos u ofensivos, y la justificación de esa inclusión por el TC está “cogida por los pelos”, al recurrir al significado gramatical de los términos empleados, lo que no evita la indeterminación ni vaguedad de éstos. En particular no parece razonable transmitir a los órganos judiciales a través de sus decisiones la corrección de la indeterminación y subjetividad del precepto.

Las dificultades interpretativas señaladas y su difícil compatibilidad con otros derechos fundamentales han levantado la crítica de la doctrina⁵⁶ y conducirán previsiblemente a la inaplicación del precepto por los tribunales, aunque sólo sea para evitar lo que el legislador hubiera debido prever, que es la utilización ideológica del Derecho penal y la escasa seguridad jurídica originada por una tipificación deficiente del delito de acoso antiabortista.

Especialmente observamos cómo este delito contradice la ya desarrollada doctrina jurisprudencial europea sobre el valor institucional de la libertad de expresión y la posición privilegiada de ésta dentro del conjunto de los derechos fundamentales, permitiendo limitar el ejercicio de diversas manifestaciones expresivas, que en nuestra opinión no alcanzan

⁵⁶ Un análisis crítico reciente sobre la pretendida necesidad de tipificar estas conductas que en el ámbito punible ya estaban cubiertas por el delito de coacciones, en O. MARTÍNEZ SANROMÁ, “¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo”, *InDret* 3/2024, pp. 617-630.

el mínimo de gravedad requerido para justificar una iniciativa legislativa en temas de tanto calado.

7. Bibliografía

- M. ALONSO ÁLAMO, “Sentimientos y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 106, 2012, pp. 35-96.
- I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Rezar es delito: comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo”, *Diario La Ley*, n° 10538, sección *Comentarios de Jurisprudencia*, 3 de julio 2024.
- M. BUJSEN, “On interpretation and Appreciation. A European Human Rights perspective in Dobbs”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023, 32: 3, pp. 323-336.
- S. CARDENAL MONTRAVETA, “Expresiones, prohibiciones y penas”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (RECPC) 24-13 (2022)
- E.I. COLINA RAMÍREZ, “Sobre la reforma al artículo 172 *quater* del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n°137, 2022, pp.139-160.
- M. L. CUERDA ARNAU “Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento”, *Revista General de Derecho penal*, n°8, 2007.
- C. CUERVO NIETO “El nuevo art. 172 *quater* CP: estructura del tipo y problemas aplicativos”, *Ars Iuris salmanticensis*, vol. 10, diciembre 2022, pp.205-208
- M. CUGAT MAURI, “La tipificación del acoso a abortistas como antiejem-plo de técnica jurídica”, *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1329-1339.
- J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n° 103, enero-junio 2002, pp.63-97. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>
- J. FINNIS, “Born and Unborn: answering objections to constitutional parenthood”, <http://www.firstthings.com/author/john-finnis> (9 de abril 2021).
- C. GARCÍA ARROYO, “El nuevo delito del art. 172 *quater*, el acoso para obstaculizar el aborto. A vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico”, *Revista Penal*, n° 53, enero 2024.
- J. M. GONZÁLEZ MORENO, “El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un “giro procedimental”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2021 (XXXVII), pp. 173-195.

- W. HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos” (traducción de E. Larrauri), *Pena y Estado. (Función simbólica de la pena)*, n.º1, 1991, pp.23-36.
- A. M. JAVATO MARTÍN, “Libertad de expresión y Derecho penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código penal”, *InDret*, 3/2011.
- J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Acoso antiabortista y libertad de expresión”, *El almacén del Derecho*, 19 de agosto de 2022.
- “El delito de rezar”, *Diario del Derecho*, Iustel, 19/05/2022.
- V. MAGRO SERVET, “Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley Orgánica 4/2022 de 12 de abril”, *Diario La Ley*, n.º 10059, 2022.
- O. MARTÍNEZ SANROMÁ, “El acoso antiabortista”, *Diario La Ley*, n.º10272, 2023.
- “¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo”, *InDret* 3/2024, pp. 617-630.
- R. PALOMINO LOZANO, (coord.) *Dobbs v. Jackson. El cambio de paradigma sobre el aborto*, Iustel, 2024.
- G. PUPPINCK, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, *Irish Journal of Legal Studies*, vol. 3(2), 2013, pp. 142-195, pp.145-146.
- J.I. RUBIO LÓPEZ, “Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido: el derecho a la vida como su primer derecho”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel n.º63, 2023.
- J. SALINAS MENGUAL, “Estudio jurisprudencial comparado en materia de aborto: entre Dobbs y la Sentencia 44/2023 del TC español”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCDEE), n.º 63, octubre 2023.
- C. SALINERO ALONSO, “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna-respuesta a una incertidumbre”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPC), 20-31, 2018.
- C. SÁNCHEZ BENÍTEZ, *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España*, BOE, 2023.
- P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona”, *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, REDPC, 11-11, 2009.
- S. SIEIRA MUCIENTES, “El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023”, *Revista de las Cortes Generales*. n.º 116, Segundo semestre (2023).

- J. M. SILVA SÁNCHEZ, “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, REDPC 09-01, 2017.
- R. SPAEMANN, “¿Son todos los hombres personas?” *Cuadernos de Bioética*, 1997.3, pp. 1027-1033,
- J. URÍAS MARTÍNEZ, “El efecto desaliento (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 129, 2023, pp. 305-336.