

ENTRE EL ABORTO Y EL HOMICIDIO. IMPRUDENCIA E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE RESULTADO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de trece de octubre de 1993 (RJ 7380)

Eduardo Ramón Ribas

Sumario: 1. Introducción: hechos enjuiciados. 2. Concepto amplio de homicidio. 3. Concepto amplio de aborto. 4. Los límites propios de las nociones amplias de aborto y homicidio. 5. La calificación como aborto u homicidio del supuesto analizado. Imputación objetiva del resultado. 6. Imputación objetiva e imprudencia. 7. Resumen.

1. INTRODUCCIÓN: HECHOS ENJUICIADOS.

María Angeles M.S, condenada por la Audiencia como *autora de un delito doloso de parricidio*, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de arrebato u obcecación, a la pena de siete años de prisión mayor, recurrió en casación ante el TS alegando los siguientes motivos: en primer lugar, y al amparo del núm. 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error en la apreciación de la prueba resultante de documento que obraba en autos; en segundo término, en este caso por la vía del art. 849 núm. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicación indebida del artículo 405 del Código Penal¹; y, por último, también por la vía del citado art. 849 núm. 1º, inaplicación del art. 565 del Código Penal^{2 3}.

1 Art. 405 ACP.- "El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor".

2 Art. 565 ACP.- "El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Quando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421.2º, a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad.

Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente.

En la aplicación de estas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61".

3 La estimación de los tres motivos descritos determinó al TS a renunciar, dada su irrelevancia, al examen de otros motivos (4º y 5º) igualmente alegados por la procesada. Cfr. STS de 13-10-93, comentada, Fundamento de Derecho Tercero.

El TS, después de declarar haber lugar al recurso, dictó segunda sentencia en la que condenó a la procesada María Ángeles M.S., en concepto de *autora de un delito de parricidio imprudente*⁴, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dieciocho meses de prisión menor.

El nuevo fallo alcanzado halla su fundamento en la apreciación del motivo 1º, en el que se denunciaba que la muerte de la niña expulsada del claustro materno fue causada por el golpe contra el suelo, “*produciéndose la parada respiratoria debido a la hemorragia subaranoidea, producida a consecuencia del traumatismo craneo-encefálico derivado de mecanismo de choque contra superficie plana, dura y lisa*”⁵. El Tribunal de instancia, pese a que la alegación anterior reproducía cuanto se afirmaba en un informe pericial relativo a la autopsia practicada al cadáver de la niña, consideró que, además de la mentada, concurrían otras causas que coadyuvaron a la producción del resultado, concretamente, la inasistencia al feto tras el impacto contra el suelo y el corte del cordón umbilical que la ligaba al recién nacido sin posterior anudación del mismo. El Tribunal Supremo, tras afirmar que reiterada doctrina jurisprudencial ha declarado que, de modo excepcional, debe atribuirse rango documental a los dictámenes periciales⁶, estima que en el supuesto sometido a su conocimiento existió, por parte de la Audiencia, “*una incorporación fragmentaria y divergente de las conclusiones del referido informe sobre la autopsia, en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, sin que dicho informe fuera contradicho por otro material probatorio*”⁷, por lo que “*en consecuencia, el hecho ha de rectificarse en el sentido propuesto por la recurrente, estimando el motivo, casando y anulando la sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente*”.

Dicho de otro modo, y en atención a cuanto se recoge en el informe pericial sobre la autopsia, la única causa del fallecimiento fue la caída del feto en el momento de la expulsión, caída que produjo una hemorragia subaranoidea que conllevó la parada cardiorrespiratoria. La omisión de los deberes elementales de asistencia derivados de la posición de garante que ocupaba la madre son, por tener lugar después de la muerte de la niña, penalmente irrelevantes⁸.

4 Según declara el TS en el Fundamento de Derecho Segundo D) de la STS comentada, “*la conducta de la procesada encaja perfectamente en el art. 405 en relación con el 565.1º*”. Con ello confirma el parecer inicialmente expresado en el Fundamento de Derecho Segundo B): “*Muy discutido es en la doctrina si cabe el parricidio imprudente, ya que se afirma que por la reduplicación del dolo, el parricidio no puede cometerse por imprudencia, pues se exige en aquél un dolo con destinatario concreto, extendido a la cualidad de la víctima, lo que implica el considerar imposible la comisión por culpa. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala lo ha admitido en múltiples ocasiones, así SS. 27-3-1980 (RJ 1980, 1195), 14-2-1981 (RJ 1981, 5005), 19-12-1985 (RJ 1985, 6345), 3-10-1987 (RJ 1987, 6951) y 13-4-1993 (RJ 1993, 3089)*”.

5 Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Primero.

6 En particular, “*cuando exista uno sólo o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo el Tribunal de otros medios probatorios sobre los mismos extremos fácticos, lo ha tomado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándose a dicha declaración de un modo incompleto o fragmentario, o cuando contando solamente con dicho dictamen y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico que se ha de esclarecer, el Tribunal haya llegado en el factum a conclusiones divergentes con la de los citados informes*”. Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo.

7 “*La sentencia recoge fielmente, ab initio, las conclusiones de aquel informe, pero luego, sin disponer de otros acreditamientos, llega a otras divergentes de las del referido dictamen, adicionando otras causas concurrentes, con la única puesta de relieve en la autopsia*”. Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo.

8 “*La posterior conducta de la encausada, en nada influyó para el resultado letal, que se había producido por el golpe contra el suelo*”. Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo A). Además de ser irrelevante en relación con el delito de homicidio, la omisión de asistencia de la madre tampoco podría fundamentar, incluso si creyese que la niña aún vivía, el delito de omisión del deber de socorro, pues éste requiere que una persona se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, situación de peligro inexistente si la persona ya ha fallecido. Pese a todo, “*una jurisprudencia muy extendida, apoyándose en el artículo 52.2 del texto anterior, castigaba supuestos de delito imposible (por ejemplo, casos donde la víctima ya estaba muerta o ya estaba siendo auxiliada por otras personas)*. Por supuesto, desaparecida aquella disposición, la citada jurisprudencia “*carece hoy de toda base legal, y se opone frontalmente al principio de ofensividad*”. Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1999, pág. 280.

Los hechos probados son, en suma, los siguientes: la procesada, al sentir fuertes dolores y contracciones de parto, se levanta de la cama y se pone en pie, saliendo el feto naturalmente y en dirección al suelo, impactando contra el mismo. Como consecuencia de la caída sufre un fuerte golpe que causa la muerte de la niña⁹. Dado que *“la procesada debió prever las consecuencias de su conducta, y en todo caso, infringió el deber objetivo de cuidado interno, pues realmente lo infringe quien no aprecia el peligro que genera”*¹⁰, su conducta *“encaja perfectamente en el art. 405 en relación con el 565.1º, pues .. produjo la muerte de la niña, al actuar con ausencia de todo o muy significativo elemento de cautela, pues sus resultados eran previsibles”*¹¹.

2. CONCEPTO AMPLIO DE HOMICIDIO.

Al estimar el recurso interpuesto, *“casando y anulando la sentencia de instancia”*, y, ello no obstante, mantener la calificación de parricidio, el TS admite la posibilidad de aplicar los delitos contra la vida de las personas *a pesar del carácter prenatal de la acción*, adoptando, de esta forma, un concepto amplio de homicidio¹², esto es, comprensivo de toda acción que hubiere causado *la muerte de otro*, con independencia de que se hubiere realizado antes o después del nacimiento. Esta amplia conceptualización del delito de homicidio no era consustancial, sin embargo, al fallo adoptado por el Tribunal de instancia. En efecto, puesto que este último consideró que la muerte era objetivamente imputable, dada la concurrencia de causas, a la omisión de asistencia posterior al golpe contra el suelo, el parricidio se construía mediante una comisión por omisión, siendo ésta de naturaleza posnatal. En cambio, cuando el TS decide estimar el recurso de casación interpuesto por la procesada, y admitir que la muerte fue consecuencia del golpe contra el suelo, *“con independencia absoluta de las acciones u omisiones”* posteriores de la procesada¹³, el delito pasa a configurarse, desde la perspectiva de su estructura objetiva, como un delito de acción y resultado, con la particularidad, además, de que aquélla tuvo lugar antes de la expulsión y, por tanto, previamente a la transformación jurídica del feto en persona.

9 Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo A).

10 *“El que no se da cuenta, debiendo darse cuenta, infringe el deber objetivo de cuidado interno y externo”*. Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo D).

11 *“Imprudencia que ha de reputarse temeraria, pues supuso la eliminación de la atención más absoluta, la no adopción de los cuidados exigidos por la vida en relación, suficientes para impedir el desencañamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia. La acción, además, fue causal del resultado producido, y éste es objetivamente imputable a la procesada recurrente, puesto que su conducta creó un riesgo en el ámbito de protección de la norma penal que protege la vida humana, siendo la muerte acaecida la realización de este riesgo. La acción de la procesada, constituía, pues, un peligro jurídicamente desaprobado para la vida de la víctima y el resultado de muerte producido, ha sido, sin llegar a duda, la concreción de dicho peligro, al ser causa determinante del óbito sobrenvenido, y por último, la infracción del deber subjetivo de cuidado, la previsibilidad, ha de referirse a la capacidad de prever los resultados, concretamente sobre el nivel de cuidado que ha de exigirse a la persona determinada para demandar el reproche culpabilístico, en la que no cabe su comparación en términos medios, sino la que debe exigirse a la acusada, tomando en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos, y su nivel medio cultural, que conducen a que aquélla debió prever las consecuencias de su conducta que pudieran derivarse de la posición y forma en que se produjo la expulsión del feto, que naturalmente salió hacia el suelo, chocando contra el mismo, lo que determinó la muerte”*. Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo D) *in fine*.

12 Aludimos a esta figura delictiva por constituir el tipo básico de los delitos contra la vida humana, tanto en el antiguo como en el nuevo Código Penal.

13 Cfr. STS coment., Fundamento de Derecho Segundo A).

El carácter prenatal de la acción, calificada como imprudente por el TS, resulta incuestionable¹⁴: la procesada, que estaba acostada en la cama, decide, debido a los fuertes dolores que sufre, incorporarse, provocando con ello la expulsión del feto y, por estar de pie, su caída hacia el suelo y el impacto letal contra el mismo. El hecho puede compararse, obviando de momento toda referencia al comportamiento subjetivo de la procesada, al de tener a un niño en brazos y dejarlo caer o al de empujar a alguien que está al borde de un precipicio y cae al vacío.

En este estado de cosas, y admitida la aplicabilidad de los delitos contra la vida de las personas, resulta innegable que el TS considera que la apreciación de dicho delitos tan solo requiere la producción del resultado prohibido por ellos, siendo irrelevante el momento de ejecución de la acción¹⁵. Con otras palabras, la confrontación entre la acción y el resultado como criterios decisivos del tipo aplicable¹⁶ se resuelve a favor del último.

Este concepto amplio de homicidio tiene la virtud de evitar importantes lagunas punitivas. En efecto, en opinión de MUÑOZ CONDE, los casos de muerte del ya nacido como consecuencia de acciones anteriores al nacimiento presentan especiales dificultades (“*el hecho de que la muerte se haya producido tras el nacimiento impide exigir una responsabilidad penal por este delito; pero tampoco es posible exigirla por el delito de homicidio, ya que la acción se realiza cuando la vida aún no se había independizado*”)¹⁷ que obligan a considerar que la muerte de una persona mediante una acción prenatal debe permanecer, a menos que los hechos se califiquen como tentativa de aborto o, en su caso, como lesiones al feto, impune. Amén de evitar lagunas punitivas, este concepto amplio de homicidio permitiría esclarecer las relaciones entre aborto y homicidio, tradicionalmente conceptuados de forma *restrictiva*, lo que producía las denunciadas impunidades. Si el aborto se define como la destrucción¹⁸ de la vida del *nasciturus*, bien en el interior del claustro materno, bien provocando su expulsión prematura, y el homicidio como causar la muerte de una persona mediante una acción que incidió sobre ella, los supuestos en los que entre acción y resultado se interponga el nacimiento no constituirán ni lo uno (aborto) ni lo otro (homicidio). Ampliado el concepto de cualquiera de ellos¹⁹, cualquier supuesto podrá reconducirse a alguno de los tipos que prevén su castigo.

14 No obstante, la trascendencia de dicha adjetivación sería nula, al menos desde el comienzo del proceso del parto, si se generalizara el concepto de persona introducido por la **STS** de 22 de enero de 1999. En el Fundamento de Derecho Primero de dicha sentencia se establece lo siguiente: “*el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el período de dilatación y continúa con el período de expulsión*”. Esto es, si bien la acción se realiza antes de que concluya el nacimiento, desde que éste se inicia, el feto deja de ser tal para transformarse jurídicamente en persona. Por supuesto, con este nuevo concepto, el supuesto analizado no tendría ya *carácter mixto*, pues desde el principio estaríamos, sin duda, en el ámbito de los delitos contra la vida humana independiente.

15 Dicho de otra forma, “*nos encontramos ante un tipo prohibitivo de causar un resultado material; en este caso, la muerte de otra persona. No importa cómo se produzca este resultado, sino tan solo que acaezca*”. Cfr. **COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1990, pág. 505. Aunque aquellas palabras han sido posteriormente matizadas por **CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC** (*Derecho Penal. Parte Especial* (1999), ob. cit., pág. 37), en el sentido de afirmar que la denominación tradicional *tipos prohibitivos de resultado* quizá resulte hoy inapropiada, por ser incapaz de expresar la exigencia de que el resultado sea imputable a una acción *ex ante* peligrosa, si permanece intacta la idea que pretendían expresar: “*es indiferente como se produzca el resultado*”, lo único preciso es “*imputar éste a la realización de una conducta peligrosa*” (cfr. ob. ult. cit., pág. 37).

16 Mientras la acción *aboga*, dado su carácter prenatal, por la aplicación del tipo de aborto, el resultado confiere a la conducta naturaleza homicida.

17 Cfr. **MUÑOZ CONDE**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2000, pág. 32. Vid., en el mismo sentido, **ROMEO CASABONA**, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994, pág. 403: “*continúa pareciéndome dudosa la tipicidad de la muerte del feto ocurrida después del nacimiento, salvo (en su caso) como tentativa de aborto*”.

18 Evidentemente, mediante una acción prenatal.

19 Y, en principio, de uno *sólo* de ellos.

3. CONCEPTO AMPLIO DE ABORTO.

Por supuesto, la calificación de los hechos como parricidio lleva implícita, en principio, otra decisión: el concepto de aborto, del que el Código Penal no ofrece una definición²⁰, no abarca las muertes postnatales y es, por consiguiente, de carácter restrictivo. Y digo *en principio* porque en otras ocasiones el TS ha calificado como aborto la muerte, incluso varios días después del nacimiento, de la persona nacida. Ello sucedió, por ejemplo, en la STS de 6 de diciembre de 1985, en la que el Alto Tribunal consideró constitutiva de aborto consumado la muerte de un niño de cuatro días que falleció como consecuencia de una afección denominada *neumopatía de membranas hialinas*, frecuente en los niños prematuros²¹. En estos casos, se produce una ampliación del concepto de aborto, integrado siempre por una acción prenatal²² y capaz de abarcar, no obstante, resultados que consistan en la muerte de una persona²³.

¿Es posible realmente compatibilizar dos conceptos amplios de aborto y homicidio? Si manteniendo dos conceptos restrictivos se producía una laguna legal, y ampliando uno sólo de ellos, además de corregir aquella laguna, se conseguía esclarecer las relaciones entre ambos ¿qué sucederá ahora si ampliamos también el otro? Los supuestos de acción prenatal y resultado postnatal tendrán, en principio, dos sedes típicas, siendo preciso decidir cual de los tipos concurrentes es aplicable. Si bien no existirán vacíos legales, las relaciones entre aborto y homicidio se complicarán de nuevo.

Los diferentes posicionamientos adoptados por el TS no responden a una premeditada línea de actuación, sino a la necesidad de resolver, de modo materialmente justo, casos concretos. Esto es, *intuitivamente* se califica una conducta como aborto u

20 En relación con el aborto “*el primer problema con que nos encontramos es qué debemos de entender, desde el punto de vista jurídico-penal, por aborto, pues el CP, como en tantas ocasiones, no nos proporciona una definición; cuestión de la máxima importancia, pues de ello dependerá en gran medida el alcance del delito*”. Cfr. **ROMEO CASABONA**, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994, pág. 403. No debe sorprender, por lo tanto, como subraya **FARRÉ TREPAT**, que, “*con ser el aborto una de las cuestiones que más ha interesado a la Ciencia Penal contemporánea, el mismo concepto del aborto y su delimitación frente a los delitos contra la vida humana independiente gozan de cierta imprecisión*”. Cfr. **FARRÉ TREPAT**, “Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, *ADPCP* 1990, pág. 337.

21 Un amplio comentario de dicha sentencia puede encontrarse en **FARRÉ TREPAT**, “Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, *ob. cit.*, págs. 337 ss.

22 Si la acción incide en el objeto material una vez que éste posee la condición de persona (condición que puede adquirirse, según la posición que se defienda, en diversos momentos) la conducta deberá subsumirse en los tipos de homicidio y sus formas.

23 En España sostiene un concepto amplio de aborto, comprensivo de toda muerte imputable a una acción prenatal, **FARRÉ TREPAT** (“Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, *ob. cit.*, pág. 354): “*Lo único decisivo para el tipo de aborto consumado es que la muerte constituya la consecuencia del ataque realizado sobre el feto, o bien de las lesiones producidas por dicho ataque, y que además pueda imputársele objetivamente en cuanto que suponga la realización del peligro creado con dicha agresión*”. También se inclina por una noción amplia de aborto **FLORES MENDOZA**, “El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995”, en *Actualidad Penal* 1996, noviembre, n° 43, pág. 864.

En Alemania es absolutamente mayoritaria la doctrina que sostiene, por considerar decisiva la cualidad jurídica del objeto en el momento de la acción, un concepto amplio de aborto. Vid., en este sentido, por todos, **KAUFMANN**, “*Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*”, en *JZ* 1971, pág. 569; **LÜTTGER**, *Medicina y Derecho Penal*, trad. de Enrique Bacigalupo, Madrid 1984, pág. 77; **ROXIN**, “*Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens*”, *JA* 1981, pág. 548; **SCHRÖDER**, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 16. Auflage, München 1972, parags. 218 Anm. 3b y 3c; **HORN**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch II*, 30. Lfg., 5. Auflage (Stand: Mai 1993), parag. 212 Anm. 4; **ESER** *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, München 1997, parag. 223 Anm. 1ª; **RUDOLPHI**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch II*, 38. Lfg., 5. Auflage (Stand: August 1996), parag. 218 Anms. 4 ss.

homicidio según las circunstancias del caso, sin intentar ofrecer unos criterios generales que permitan resolver cualquier caso planteable. En relación con ello, es posible advertir, por lo tanto, que si bien los conceptos de aborto y homicidio no son restrictivos, pues en ocasiones abarcan resultados postnatales y acciones prenatales respectivamente, tampoco son *ilimitadamente* amplios o, expresado de otro modo, su amplia conceptualización está sometida a evidentes límites que, no obstante, no se han explicitado por el TS y, por ello, únicamente pueden *intuirse*.

Esto es, a pesar de que el concepto de aborto abarca también resultados consistentes en la muerte de personas, no toda muerte postnatal será susceptible de ser calificada como aborto. ¿En qué casos sí será aplicable, por tanto, el régimen jurídico propio de aquél? Análogas reflexiones cabe realizar respecto del homicidio. Pese a abarcar también acciones prenatales, no toda acción prenatal causante de la muerte de una persona podrá considerarse constitutiva de homicidio ¿Cuándo será posible dicha calificación?

Aunque todo ello no es fruto, insisto, de un previo posicionamiento general en la materia por parte del TS, es acertado, en mi opinión, calificar alternativamente como aborto u homicidio según las circunstancias que concurren. Ahora bien, es preciso, si no desea atentarse contra las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, determinar los criterios genéricos que permitirán aplicar bien las reglas relativas al aborto, bien las disposiciones que disciplinan el homicidio.

4. LOS LÍMITES PROPIOS DE LAS NOCIONES AMPLIAS DE ABORTO Y HOMICIDIO.

A mi juicio, resultará decisiva la dirección objetiva *ex ante* de la conducta. Si *ex ante* la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente, varios días o incluso semanas después. Es necesario, en suma, que el *retraso* de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor²⁴, o de

24 Veamos mediante un ejemplo el significado atribuido a los términos *relativamente ineficaz*: si bien la sustancia ingerida por la madre poseía, según indican los conocimientos científicos, carácter abortivo, es decir, era adecuada para causar la muerte del feto, la pequeña cantidad consumida permitió al *nasciturus* llegar a nacer y, ello no obstante, morir, debido a los efectos de aquella sustancia, poco después de nacer. Si hubiera tomado mayor cantidad de aquel producto la muerte, muy probablemente, habría tenido lugar antes. Ello es precisamente lo que sucedió en el caso Contergan: la ingestión de un medicamento conocido con este nombre, cuya sustancia básica lo constituía la Talidomida, produjo graves malformaciones en miles de niños no nacidos; muchos de ellos murieron dentro del claustro materno; otros murieron, como consecuencia de los graves menoscabos sufridos, poco después de nacer; en fin, un tercer grupo de ellos llegó a sobrevivir, eso sí, con la devastadora manifestación de las heridas sufridas en el período prenatal y, en concreto, sin extremidades inferiores y/o superiores, o con ellas gravemente atrofiadas. La producción de la muerte, de lesiones o la ausencia de ambas, tuvo que ver, en gran medida, con las cantidades ingeridas por las mujeres embarazadas y, más concretamente, con la concentración de dicha sustancia en el lugar del efecto. Vid., sobre todo ello, **Landesgericht Aachen**, sentencia de 18.12.1970, en *JZ* 1971, págs. 507 ss. Parte de dicha sentencia puede encontrarse también, traducida, en **GÓMEZ BENITEZ**, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid 1988, págs. 125 ss.

El ejemplo citado puede compararse con este otro: una persona desea matar a otra y para ello decide envenenarla mediante una determinada sustancia que le suministrará en pequeñas dosis; por ser éstas de 0.2 miligramos, el efecto letal tarda ocho semanas en producirse; si, en cambio, hubiera suministrado dosis de 0.4, la muerte habría tenido lugar, siempre según los conocimientos científicos, aproximadamente cuatro o seis semanas antes. Otro caso similar se daría si alguien decide disparar o apuñalar una o varias veces a un tercero. En principio, cuanto mayor sea el número de disparos o puñaladas, mayores probabilidades habrá de acelerar la muerte.

los cuidados postnatales que le mantuvieron en vida durante determinado tiempo. En cambio, cuando desde una perspectiva *ex ante* sea previsible que el resultado se producirá una vez adquirida la condición de persona, la conducta deberá someterse a las normas que regulan el homicidio. Ello sucederá, por ejemplo, en supuestos de producción de resultados a largo plazo.

A través de esta configuración de los delitos de aborto y homicidio se eliminan, de una parte, indeseados vacíos legales y, de otra, se esclarecen las relaciones entre ellos. Además, la flexibilización de los rígidos conceptos de aborto y homicidio permite adecuarse a las exigencias de justicia material del caso. Así, si alguien realiza, con o sin dolo, una conducta adecuada para matar al feto y éste, pese a ello, sobrevive al nacimiento, falleciendo setenta y dos horas después como consecuencia de las graves heridas causadas por la acción prenatal, parece adecuado apreciar un aborto consumado, doloso o imprudente, y aplicar las reglas correspondientes.

Estimar, si por ejemplo el sujeto actuó con dolo de aborto, tan solo una tentativa de dicho delito, o bien dicha tentativa en concurso con un homicidio imprudente, por sí solo superiormente castigado que el aborto consumado²⁵, resulta no sólo artificioso sino, sobre todo, injusto. Lo mismo ocurre en casos de imprudencia: si ésta la cometió la madre y el feto muere inmediatamente, bien dentro del útero, bien por la inviabilidad asociada a su prematura expulsión, su conducta no será punible. Si, en cambio, llega a nacer y muere cuarenta y ocho horas después, resultaría injusto apreciar un homicidio culposo. Si la imprudencia la hubiere cometido un profesional de la medicina y la muerte sobreviene también de modo inmediato, existiría un aborto imprudente punible; si aconteciere tres días después del nacimiento, ¿debe apreciarse un homicidio o considerarse atípica (por no constituir ni aborto ni homicidio) la conducta?

En cambio, cuando la acción inicial es *ex ante* adecuada para causar la muerte una vez producido el nacimiento ¿debería excluirse el castigo por homicidio “*aunque fuera objetivamente previsible e incluso efectivamente conocido por el sujeto el cambio del «status» que había de experimentar el objeto*”²⁶. En mi opinión, y con palabras de SILVA SÁNCHEZ, “*desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la conducta, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica*”²⁷. Aplicado al caso ahora tratado: si el riesgo asociado a una acción es, pese a su carácter prenatal, la muerte de la persona que llegue a nacer, y la muerte explica aquel riesgo, debe apreciarse un delito contra la vida humana independiente²⁸.

En definitiva, es perfectamente posible sostener que los supuestos integrados por una acción prenatal y un resultado postnatal constituirán en ocasiones aborto y otras veces homicidio. El respeto a la seguridad jurídica procederá de la aplicación de criterios generales que permitirán una aplicación previsible e igual del Derecho. Además, no olvidemos que las nociones de aborto y homicidio ofrecidas, distintas de las habitualmente manejadas en la doctrina, no contradicen el tenor literal de los preceptos que los

25 Con lo que resultaría beneficiado quien empleara mayor intensidad criminal y se asegurara la producción inmediata del resultado.

26 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona 2001, pág. 761.

27 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción”, ob. cit., pág. 767.

28 Vid., en el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.I*, Valencia 1997, pág. 296

tipifican. Mientras el art. 144 se limita a señalar que será castigado *quien produzca el aborto de una mujer*, dejando abierta la cuestión sobre la delimitación de su contenido, el art. 138 establece una pena de diez a quince años para *quien matare a otro*, no deduciéndose de ello límite alguno en relación con acciones de carácter prenatal.

5. LA CALIFICACIÓN COMO ABORTO U HOMICIDIO DEL SUPUESTO ANALIZADO. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO.

Realizadas las anteriores reflexiones, es preciso determinar si la muerte causada debe incardinarse en el ámbito del aborto o en el del homicidio.

Quien sostenga un concepto amplio de aborto²⁹ (y restrictivo de homicidio) estimará realizado un aborto imprudente que, por ser su autora la madre, será, de acuerdo con el Código Penal vigente, impune³⁰. En cambio, si se mantiene un concepto restrictivo de aborto y un concepto amplio de homicidio la conducta realizará el tipo que prevé el castigo de este último. Por supuesto, si ambos conceptos son restrictivos, la conducta no será subsumible en ninguno de ellos.

Dando por sentado que fallece (pese a la ausencia de corte del cordón umbilical) una persona³¹, debemos determinar si, dadas las circunstancias concurrentes, era previsible que la acción alcanzara directamente a la persona nacida o si, por el contrario, la muerte debía producirse, en principio, antes de la expulsión y sólo *casualmente* ha tenido lugar después³².

Esto último no es lo que sucede en el caso analizado. La muerte no ha sido originada por unas lesiones fetales causadas durante el parto, ni es *casual* o *circunstancial* en el sentido más arriba propuesto. Si un feto es expulsado del claustro materno en condiciones como las descritas anteriormente, la muerte alcanzará, indudablemente³³, a la persona nacida. Ello nos obliga a descartar la aplicación de los delitos de aborto y plantearnos la de los delitos de homicidio y sus formas. Dicho de otro modo, la exclusión de aquéllos no obliga a considerar aplicables éstos. Para ello será preciso determinar, ante todo, si concurren los elementos que conforman el tipo de homicidio y, en especial, la relación de imputación objetiva entre la acción y el resultado.

La presencia de dicha relación, entendida como elemento del tipo objetivo de los delitos de resultado, en este caso el homicidio³⁴, requiere afirmar que la acción entraña-

29 Sin los límites propuestos en el epígrafe precedente.

30 Idéntica solución se alcanza aplicando la normativa penal anterior: las posibilidades de sancionar el aborto imprudente se reducían a la subsunción de una conducta en el art. 412 del ACP: "*El aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo, se castigará con la pena de prisión menor*".

31 Si, en atención a la ausencia de dicho corte, se considera que el *objeto material* era un feto, el debate quedará, evidentemente, cerrado: se habrá producido un aborto. No fue ésta, en cualquier caso, la solución aplicada por el TS que, omitiendo toda referencia al momento exacto en que se adquiere la condición de persona, apreció un delito contra la vida humana independiente.

32 Ello sucedería, por ejemplo, si levantarse durante el período de dilatación fuera peligroso por la posible aptitud de dicha conducta para dificultar la expulsión. Así, tal vez el feto podría darse la vuelta, enredarse con el cordón umbilical, padecer problemas respiratorios, etc. Si, por causa de estos últimos, el feto sufriera graves lesiones y, pese a todo, llegara a ser expulsado y sobrevivir unas horas, la muerte sería circunstancial en el sentido del aborto.

33 Si llega a producirse.

34 Conformado, por tanto, por una acción, un resultado y las relaciones causal y de imputación objetiva entre ambos.

ba, *ex ante*, un peligro para el bien jurídico lesionado, esto es, para la vida de una persona, o, expresado de otra forma, concretar si realmente era objetivamente previsible la expulsión espontánea del feto³⁵. La idea de previsibilidad objetiva *reaparece* ahora con una función distinta a la que se le otorgó líneas más arriba. Antes se trataba de fijar, ante la concurrencia de los tipos de aborto y homicidio, cuales eran los *afectados* por la conducta juzgada. Tras comprobar que la muerte del niño *no pertenecía* a la esfera del delito de aborto, pues no constituía una manifestación *circunstancial* de una conducta en principio adecuada para producir la muerte antes de la conclusión del parto, observábamos que los preceptos *sensibilizados* eran los relativos al homicidio. Ahora bien, una vez conocedores de que la muerte por expulsión en las condiciones enjuiciadas incidirá directamente sobre la persona nacida³⁶, debemos preguntarnos si efectivamente era previsible aquella expulsión. En caso de responder negativamente deberá declararse, por ausencia de imputación objetiva, la atipicidad de la conducta.

Si se alcanza la conclusión de que, dados los esfuerzos que normalmente requiere por parte de la mujer embarazada, no existía riesgo de expulsión, o que el mismo era muy reducido, y que, en cambio, sí existía peligro para la vida o salud del feto, la madre habrá cometido una imprudencia que, no obstante, no se habrá desarrollado posteriormente en uno de los resultados asociados a aquellos riesgos. Desde esta perspectiva puede hablarse de "imprudencia sin resultado" y, por tanto, atípica. Dicho resultado constituirá únicamente una consecuencia fortuita (esto es, no previsible) de una acción en sí imprudente.

6. IMPUTACIÓN OBJETIVA E IMPRUDENCIA.

Admitamos que la conducta de la embarazada comportaba múltiples riesgos, uno de los cuales³⁷ era precisamente el de provocar una expulsión espontánea, riesgo éste cuya existencia, no obstante, sólo era posible conocer por profesionales con específicos conocimientos médicos³⁸. ¿Podrá afirmarse en tales circunstancias que el resultado es objetivamente imputable a la acción? La respuesta a esta cuestión requiere concretar cómo debe realizarse el juicio de previsibilidad objetiva *ex ante*, esto es, con arreglo a qué conocimientos es necesario determinar la existencia de aquel peligro. Si atendemos a los conocimientos propios del hombre medio, deberá descartarse la previsibilidad objetiva de la conducta³⁹, pero posiblemente se introduzca una confusión con la imprudencia y, en particular, con el juicio conforme al cual debe establecerse el deber objetivo de cui-

35 Aunque la doctrina incluye habitualmente entre los criterios de imputación objetiva *la creación o incremento de un riesgo no permitido, la realización de dicho riesgo en el resultado y el fin de protección de la norma*, cabe afirmar, siguiendo a ROXIN, que *el principio de adecuación es un elemento estructural dentro de una teoría general de la imputación*. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid 1997, pág. 361.

36 Si el niño aún no fuera biológicamente viable (por ejemplo, por encontrarnos en el cuarto mes de embarazo) estaríamos ante una de las dos modalidades *clásicas* de aborto, ya que en tales casos puede afirmarse que el *nasciturus* no llegó a tener la condición de persona. Esto es, la transformación jurídica del feto en persona no se conforma con la mera expulsión.

37 No necesariamente el más probable.

38 Aunque desconozco si el riesgo de una expulsión es muy elevado, desde la perspectiva de una persona no experta en la materia, y dados los elevados esfuerzos que requiere por lo general dar a luz, considero que una mujer, especialmente si es su primer embarazo (lo que no se señala en la sentencia), normalmente desconocerá aquel riesgo, lo que, pese a todo, no debe llevarnos a calificarlo como un riesgo *objetivamente no previsible*.

39 Pues, como hemos advertido, eran preciso determinados conocimientos especiales.

dado. Si, por el contrario, en lugar de recurrir a la experiencia común, se define la previsibilidad objetiva por referencia al conjunto de conocimientos teóricos y prácticos que posee la sociedad⁴⁰, podrá afirmarse el nexo jurídico entre acción y resultado y, al mismo tiempo, se evita confundir el juicio propio de la imputación objetiva con el relativo a la determinación del cuidado objetivamente debido y, por consiguiente, a su infracción.

Ahora bien, aunque según esta última comprensión el desconocimiento del riesgo de expulsión por parte de la madre no impedirá afirmar la relación de imputación objetiva entre la acción y el resultado, aún será preciso analizar la dimensión subjetiva del comportamiento y calificar la conducta como imprudente. Al respecto cabe distinguir entre infracción del deber objetivo de cuidado e infracción del deber subjetivo de cuidado. La determinación de la primera requiere llegar a la conclusión de que el resultado era previsible para un hombre medio⁴¹, mientras la segunda exige atender a las capacidades y conocimientos específicos del autor. Si, como hemos afirmado, para el hombre medio no era previsible la expulsión del feto, entonces deberá declararse la atipicidad de la conducta por ausencia de infracción del deber objetivo de cuidado⁴². En caso de considerar que aquel riesgo (y el consiguiente resultado) sí era previsible para un hombre razonable y prudente en la situación del autor, la conducta podrá calificarse como objetivamente imprudente, restando únicamente analizar la concurrencia, además, de la infracción subjetiva del deber de cuidado, sistemáticamente ubicada, según el parecer doctrinal (y jurisprudencial⁴³) mayoritario, en el ámbito de la culpabilidad.

Incluso imaginando que la mujer embarazada no poseía especiales capacidades o limitaciones y que, por lo tanto, su personal capacidad de previsión coincidía con la propia del hombre medio⁴⁴, la adjetivación del comportamiento como imprudente no agota la calificación jurídica de aquél, pues es necesario aún determinar la gravedad de la imprudencia, esto es, precisar si es grave o leve. En relación con ello, en la sentencia comentada se considera que la procesada *debió prever las consecuencias de su conducta* y que la imprudencia por ella cometida *ha de reputarse temeraria, pues supuso la eliminación de la atención más absoluta, la no adopción de los cuidados más elementales exigidos por la vida en relación*. Además, *tomando en consideración las circunstancias en que se produjeron los hechos, y su nivel medio cultural* (v.g. de la madre), *ésta debió prever las consecuencias de su conducta que pudieran derivarse de la posición y forma en que se produjo la expulsión del feto*⁴⁵.

40 Vid., en este sentido, **COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN** (*Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999, pág. 424), quienes, no obstante, prefieren referirse a la *predicibilidad*, por considerar, como advierte **QUINTERO OLIVARES** (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona 1999, pág. 357), que la previsibilidad tiene una evidente resonancia de capacidad *personal*, lo que produciría “una imagen normativa, en la que necesariamente vendrían a confundirse lo «predecible» y lo que debió ser previsto” (cfr. **COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN**, ob. ult. cit., pág. 424).

Una posición intermedia entre ésta y la que atiende a los conocimientos del hombre medio es la que defiende, y considera actualmente consolidada, **ROXIN**: “La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (*¿ex ante?*, *¿ex post?*, *¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?* *¿sobre qué base científica?*) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior: el juez debe colocarse posteriormente (o sea, en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue *antes* del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor”. Cfr. **ROXIN**, *Derecho Penal. Parte General*.I, ob. cit., pág. 360.

41 Decisivos, por tanto, son los conocimientos que suministra la experiencia común.

42 Como indica **MUÑOZ CONDE**, debe realizarse “un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente”. Cfr. **MUÑOZ CONDE**, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 323.

43 En este sentido, la propia sentencia comentada, Fundamento de Derecho Segundo D).

44 Ha existido, en consecuencia, una infracción del deber subjetivo de cuidado.

45 Vid. **STS** coment., Fundamento de Derecho Segundo D)

Las aseveraciones anteriores son sumamente discutibles. En efecto, el TS parte de la idea de que la expulsión es un riesgo *ex ante* asociable, por cualquier persona, a una conducta como la observada por la procesada, lo que le permite calificar como grave la imprudencia cometida. En mi opinión, dicha calificación hubiera requerido interrogar a los profesionales del sector acerca del grado de posibilidades de una expulsión espontánea y, en especial, sobre el sentido de la norma de cuidado que preceptúa la obligación de no levantarse cuando se está en avanzado período de dilatación. Si aquélla respondía a la necesidad de evitar complicaciones durante el parto y no a la de *facilitar* la expulsión, el riesgo generado no se encontraría entre los que configuraban el fin de protección de la norma y, en esa medida, el resultado no sería imputable a la acción⁴⁶. Debería haberse preguntado, además, si aquel deber de cuidado era generalmente conocido o si era preciso comunicarle su existencia a cada mujer embarazada, y, en tal caso, si se había producido dicha información.

En fin, la degradación de la imprudencia grave a imprudencia leve o, incluso, la estimación de que la autora era no culpable⁴⁷, podría proceder de un dato subrayado en la propia sentencia. En ella se establece que *“hay que aceptar que el dolor que sufre la mujer en el instante de la expulsión, la inhabilita, por regla general, para todo tipo de acción consciente y voluntaria”*. Esto es, se alude a una eventual falta de acción o, al menos, a la inexigibilidad de una acción adecuada a la norma⁴⁸. En tales circunstancias ¿cabe realmente considerar que María Ángeles M.S. cometió una imprudencia grave cuando decidió levantarse de la cama empujada por un dolor que, *por regla general, la inhabilita para todo tipo de acción consciente y voluntaria?*

7. RESUMEN.

Los hechos analizados en estas páginas son constitutivos, en opinión del TS, de un delito de parricidio imprudente y, de acuerdo con el Código Penal actualmente vigente, de un delito de homicidio igualmente imprudente. La apreciación de un delito consumado contra la vida independiente implica que el carácter prenatal de la acción no impide aplicar el régimen propio de una figura cuyo resultado, sin embargo, sí tiene que producirse una vez adquirida por el sujeto pasivo la condición de persona. Con ello se define, indirectamente, el homicidio de un modo inhabitualmente amplio: comete dicho delito el que matare a otro, *aunque la acción u omisión se hubiere ejecutado antes del nacimiento*. El tipo de homicidio es, en suma, doblemente indiferenciado: se admite, por una parte, cualquier modalidad ejecutiva y, por otra, tanto acciones prenatales como posnatales. La amplia conceptualización del delito de homicidio no significa, sin embargo, que toda acción prenatal con resultado de muerte postnatal sea constitutiva de aquel delito, sino, únicamente, que su estructura objetiva *autoriza o admite* acciones prenatales. En efecto, en ocasiones supuestos integrados por una acción prenatal y una muerte postnatal han sido calificados, acertadamente, como aborto, por lo que cabe afirmar, al respecto, que el tipo que prevé su castigo *autoriza o admite* resultados postnatales. En este esta-

46 Vid. *supra* punto 5 *in fine*.

47 O no imprudente su conducta.

48 La exigibilidad de observar una conducta adecuada a la norma, elemento autónomo del juicio de culpabilidad en los delitos dolosos, aparece intrínsecamente unida, en el ámbito de los delitos imprudentes, a la infracción del deber personal de cuidado, conformando una unidad difícilmente disoluble. Como afirma COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *“el núcleo esencial de la culpa se halla en la infracción del deber de cuidado personalmente exigible al autor”*. Por ello, *“el pensamiento de la no exigibilidad... puede determinar la exclusión (y, por supuesto, la degradación de grave a leve) de la imprudencia allí donde, pese a que el autor hubiera previsto el resultado y hubiera podido evitarlo, no le fuese exigible la acción de salvamento”*. Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 653.

do de cosas, se revela necesario determinar qué criterios permitirán decidir cuál de los tipos en principio sensibilizados resulta efectivamente aplicable. En mi opinión, el elemento decisivo es la *previsibilidad objetiva*: cuando, desde una perspectiva *ex ante*, la ejecución de la acción prenatal sea adecuada para producir la muerte del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, será aplicable el delito de aborto, con independencia de que el resultado, *casual* o *circunstancialmente*, se produzca después del nacimiento. En cambio, si la muerte no se manifiesta como una consecuencia *residual* de una acción prenatal cuyo resultado *circunstancialmente se retrasó*, sino como un hecho cuya producción aparecía, ya desde el principio, *aplazado* en el tiempo, de modo que era objetivamente previsible que tendría lugar una vez adquirida la condición de persona, deberá aplicarse el régimen propio del delito de homicidio.

Aplicando las ideas anteriores, descartamos la sensibilización del delito de aborto: si se produce la expulsión de un feto extrauterinamente viable⁴⁹ en condiciones como las realmente acontecidas, el resultado (muerte o lesiones) alcanzará, con absoluta certeza, al niño nacido; esto es, no constituirá un *efecto residual de una acción adecuada para matar al feto en cuanto tal*. Situados los hechos en el ámbito del homicidio, la *llamada a éstos* no conllevaba su automática aplicación. Para ello debían concurrir, evidentemente, los diferentes elementos típicos, tanto objetivos cuanto subjetivos. En relación con los primeros, presentaba especial interés la relación de imputación objetiva. En efecto, constatada la presencia de un resultado causalmente enlazado con la acción, es preciso determinar si una conducta como la de la mujer embarazada puede provocar la expulsión del feto. Es decir, no se trata ahora de determinar si la muerte alcanzará, en caso de producirse una expulsión en las condiciones en que tuvo lugar, al feto o a una persona, sino de averiguar si realmente existía peligro de expulsión. Para no confundir el contenido de los juicios relativos a la imputación objetiva y al deber general de cuidado, incluimos en el primero de ellos los conocimientos proporcionados por la experiencia, los especiales que pudiera poseer el autor y los propios del sector profesional correspondiente. Con ello posiblemente podría afirmarse la presencia de un nexo jurídico entre acción y resultado. Ahora bien, lo que parecía más dudoso era la existencia de una infracción del deber general u objetivo de cuidado. Dicha infracción requiere afirmar que la experiencia indica que si una mujer se levanta cuando está próxima a dar a luz puede producir la expulsión espontánea del feto. Puesto que dicho peligro no resulta, en mi opinión, evidente, debería haberse interrogado a personal experto y preguntar si era generalmente conocido fuera del sector médico, o si, aún no siéndolo, se había informado de algún modo a la embarazada. De no haberse informado a ésta, su conducta no podría calificarse, respecto al resultado producido, como imprudente, y ello aunque sí fuera, por constituir un comportamiento peligroso para el normal desarrollo del parto, *intrínsecamente imprudente*⁵⁰. Pero es que, aun informada o conocedora del (en cualquier caso, y con relación a otros, reducido) peligro de expulsión, existían otros motivos que permitían considerar que la conducta no era, al menos subjetivamente, imprudente⁵¹, o, desde otra perspectiva, que no le era exigible⁵² a la madre no levantarse. En fin, incluso afirmada, por ser previsible el resultado y exigible no levantarse, la imprudencia, ésta debería haberse declarado *leve*, sea por *defectos* de previsibilidad⁵³, sea por disminución de la exigibilidad⁵⁴.

49 Esto es, su muerte, si se produce, no es consecuencia del nacimiento prematuro en condiciones de ausencia de viabilidad.

50 Esto es, peligrosa para la vida o salud del feto.

51 Circunstancia que podrá incidir, según la posición que se defienda, bien en la tipicidad, bien en la culpabilidad.

52 Como reconoce el propio TS en su sentencia.

53 Esto es, no siendo imprevisible la expulsión, con toda seguridad no es uno de los riesgos más probables de conductas como la de la embarazada.

54 Separados conceptualmente infracción subjetiva del deber de cuidado y exigibilidad, la imprudencia podría considerarse grave y reconocerse, en cambio, una disminución de culpabilidad en la procesada.