

EL DELITO DE ABORTO. LA MODIFICACIÓN DE INDICACIONES.

Fernando Suanzes Pérez.
Fiscal T.S.J.Galicia-La Coruña.
Profesor Dº.Penal-Facultad La Coruña.

CUESTIONES GENERALES.

Los arts.144 a 146 del Código penal de 1995 contienen una regulación del aborto punible notablemente más satisfactoria que la de los arts.411 y siguientes de su antecesor, el Código penal de 1944/ 73. Esencialmente, se reducen las modalidades típicas al aborto ocasionado por tercero, con o sin consentimiento de la mujer, y al ocasionado por la misma embarazada, siempre fuera de los supuestos legales. Estas son las conductas objeto de nuestro estudio. Sin embargo parece conveniente hacer mención de los supuestos que han dejado de tener relevancia penal después de la aparición del nuevo CP de 1995.

Dejan de ser típicas las conductas de expedición de abortivos y de difusión de prácticas abortivas, lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina¹. También se ha visto con buenos ojos la desaparición de las cualificaciones que acompañaban a los tipos básicos de aborto, esto es, las agravaciones específicas de profesionalidad y habitualidad, y el tipo cualificado por el resultado de muerte o lesiones graves de la mujer.

Finalmente, y en consonancia con la desaparición del delito de infanticidio, se suprime también la figura atenuada del aborto "*honoris causa*".

¹ Por todos, VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios al nuevo Código penal**. Pamplona, 1996, pág.714.

Bien jurídico protegido

Frente a alguna opinión doctrinal que mantiene que el delito de aborto protege de modo exclusivo o preferente el interés demográfico del Estado², es más adecuado afirmar que se tutela la vida humana prenatal o dependiente³, bien jurídico que no merece, en la opinión del legislador, la misma valoración que la vida enteramente formada y postnatal⁴. No se trata de que la vida del *nasciturus* sea, al menos por sí misma y de modo directo, un bien jurídico constitucional⁵, ya que, como señala un importante sector doctrinal, la Constitución española de 1978 proclama el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, condición que sólo se alcanza jurídicamente con el nacimiento⁶. El *nasciturus* es portador del bien jurí-

² En la actualidad, únicamente QUERALT JIMÉNEZ: **Derecho penal español. Parte Especial**. Barcelona, 1996, pág.42. Otros autores, en cambio, hicieron alusión a este bien jurídico, considerándolo como de orden secundario, condicionados por los antecedentes de la legislación anterior a la CE de 1978. Vid. por todos GARCÍA VITORIA: **El tipo básico de aborto**. Pamplona, 1981, págs.67 y siguientes. El criterio del interés demográfico del Estado como bien jurídico tutelado en el delito de aborto es incompatible con la política social y criminal actual. En este sentido, Díez RIPOLLÉS: **Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto. Análisis de los elementos de la causa de justificación del art.417 bis del Código Penal**. en COBO DEL ROSAL (dir.): **Comentarios a la Legislación penal. Tomo IX**. Madrid, 1989, pág.24; LAURENZO COPELLO: **El aborto no punible**. Madrid, 1991, págs.61 y siguientes; la misma autora en Díez RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios al Código penal. Parte Especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes**. Valencia, 1997, págs.274 y siguiente.

³ Y no la esperanza de vida, postura que se fundamenta en la falta de certeza sobre la existencia de la vida humana en el ser en gestación, como sostenía, entre otros, HUERTA TOCILDO: **Aborto con resultado de muerte o lesiones graves**. Madrid, 1977, págs.19 a 24, y 31. Hoy en día la Ciencia puede afirmar que desde el punto de vista biológico existe vida humana en el embrión, y no una mera esperanza de que ésta surja en el futuro. La opinión dominante se inclina por considerar la vida humana como bien jurídico protegido. Vid. por todos Díez RIPOLLÉS: **Fundamento y naturaleza del artículo 417 bis y su relación con las eximentes genéricas**. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios al Código Penal de 1995. I**. Valencia, 1996, págs.767 y siguientes.

⁴ Es evidente que la tutela penal se intensifica a partir del nacimiento, es decir, cuando el aborto deja paso al homicidio. La opinión dominante explica este incremento en la protección penal por el salto cualitativo que supone el nacimiento, que repercute en la valoración social de la vida humana debido a que el nuevo ser comienza en ese momento su integración en la comunidad. Vid. Díez RIPOLLÉS: **Fundamento**, cit. pág.66; VIVES ANTÓN: **Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido**. en VIVES ANTÓN: **La libertad como pretexto**. Valencia, 1995, pág.144. Este punto de vista ha sido admitido expresamente por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/ 1985 (Fundamento jurídico 5).

⁵ Como señalan CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**. cit. pág.768, basándose en VIVES ANTÓN: **Valoraciones ético-sociales**, cit. pág.144.

⁶ Vid. los arts.29 y 30 Cc.

dico vida humana reconocido en el art.15 de nuestro Texto fundamental, aunque no tenga las condiciones necesarias para ser titular del derecho subjetivo consagrado en el mencionado precepto⁷.

Sujeto pasivo y objeto material

En los delitos contra la vida, sea independiente o dependiente, coinciden el sujeto pasivo (que es el titular del bien jurídico protegido) y el objeto material (el cuerpo sobre el que recae la acción). Por esta razón los estudiaremos conjuntamente.

La vida es un fenómeno en constante evolución caracterizada por mutaciones y saltos cualitativos, propios de todo proceso biológico. Los aludidos saltos cualitativos que se producen en el fenómeno biológico de la vida juegan un papel determinante a la hora de concretar la valoración penal que merecen las diferentes conductas atentatorias contra la vida⁸, lo que tendrá un particular relieve a la hora de determinar cuándo empieza la vida prenatal protegida por el delito de aborto.

Por otra parte, el delito de homicidio tipificado en el art.138 es el punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente, que son aquellos que tutelan la vida humana desde el nacimiento hasta la muerte, mientras que el delito de aborto regulado en los arts.144 y siguientes constituye el referente de los delitos contra la vida humana dependiente. Así pues, la segunda cuestión afectada a la delimitación del momento del comienzo de la vida humana independiente, que es determinante de que la vida pase a ser protegida por el tipo del homicidio y los demás delitos contra la vida independiente (arts.138 y siguientes), y deje de serlo por los tipos de aborto (arts.144 y siguientes), en los que el objeto material es el ser dotado de vida dependiente.

El titular de la vida prenatal es el *nasciturus*, lo que da al aborto unas características especiales derivadas de la imposibilidad del titular del bien jurídico de ejercer por sí mismo su autoprotección⁹.

⁷ Esta es la tesis que sostiene el Tribunal Constitucional, que parte de que el art.15 utiliza un concepto de vida humana en sentido biológico, de donde se deriva que su tutela no puede limitarse a una fase de esa vida, sino que debe abarcarla desde la gestación. Vid. la STC 53/ 1985. En un sentido similar, por todos, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. págs.769 y siguiente; LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I**, cit. pág.280.

⁸ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. págs.767 y siguiente.

⁹ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN y otros: **PE**, cit. pág.98; los mismos autores en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I**, cit. pág.769.

La doctrina se inclina mayoritariamente por fijar el comienzo de la protección penal de la vida humana en la fase de la anidación, es decir, cuando el embrión se implanta en el útero materno¹⁰. Está demostrado que en la fase previa se pierden espontáneamente un 50% de los óvulos fecundados, y los que perduran están sometidos al peligro de fusión con otros o de división. De ahí que sólo a partir de la anidación puede asegurarse la individualidad genética y estabilidad del embrión¹¹. Y si tenemos en cuenta que la finalidad del delito de aborto es proteger la vida prenatal como bien jurídico individual, sólo podrá hacerlo desde el momento en que esa individualidad esté plenamente constituida. A estas consideraciones de orden científico pueden añadirse otras de carácter normativo, en particular referentes a las dificultades que supondría probar la presencia del embrión durante los primeros días¹², así como la relevancia que otra postura podría tener en algunas medidas de control de la natalidad de uso extendido en nuestro país, como ocurre con el dispositivo intrauterino, que impide precisamente la anidación y no la fecundación del óvulo, o con la píldora del día después. De admitirse al preembrión no implantado como objeto material del aborto, estas conductas quedarían abarcadas por el tipo y serían, por tanto, punibles, lo que no parece en modo alguno conveniente.

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que el establecimiento de un límite temporal a partir del cual comienza la protección penal no supone negar que biológicamente el inicio de la vida se encuentra en la fecundación, es decir, en la unión del óvulo y del espermatozoide.

Ahora bien, se excluye del ámbito de protección de la norma todo producto cuya continuidad no hubiera supuesto el nacimiento de un ser humano vivo¹³. Por ej., la mola, que es el óvulo fecundado que sufre graves alteraciones patológicas y se hace parásito de la sangre de la madre. Y ello puesto que es nece-

¹⁰ Vid. por todos CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN y otros: **PE**. cit. págs.99 y siguientes; los mismos autores en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. págs.770 y siguientes; Díez RIPOLLÉS: **Fundamento**, cit. pág.47; GARCÍA VITORIA: **El tipo básico de aborto**. cit. pág.78; GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil**. Barcelona, 1997, pág.229; LAURENZO COPELLO en Díez RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios**, **PE**. I. cit. págs.292 y siguiente.

¹¹ Cfr. ampliamente GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. págs.223 y siguientes.

¹² A estos problemas aludèn, entre otros, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.771; GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. pág.227. La imposibilidad de probar el embarazo en fases tan tempranas dejaría únicamente abierta la posibilidad de sancionar por tentativa que, además, no constando la existencia cierta de un embrión, sería inidónea. Las dudas sobre la punición de esta clase de tentativa en el CP de 1995 haría aun menos probable la sanción de estas conductas.

¹³ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. págs.770 y siguientes.

sario que la criatura tenga existencia biológica propia y viabilidad intrauterina (los embarazos extrauterinos llegan a término en uno de cada dos mil casos, probabilidad tan baja que permite afirmar que su aborto es atípico por falta de una criatura viable¹⁴, aunque HUERTA TOCILDO¹⁵, entre otros, considera que es típico pero justificable por el grave peligro para la vida de la madre), es decir, ha de ser capaz de continuar formándose en el útero materno hasta llegar al nacimiento.

De acuerdo con la Ley 35/ 1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana, preembrión es el grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero; embrión es la fase de desarrollo embrionario que señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; feto es la fase más avanzada del desarrollo embriológico, cuando el nuevo ser tiene apariencia humana y órganos formados, que maduran paulatinamente preparándose para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

Según lo que hemos visto hasta ahora, por tanto, son objeto de protección penal en el delito de aborto el embrión y el feto, pero no el preembrión, que recibe una tutela parcial en los arts. 159 y siguientes, relativos a la manipulación genética. Y decimos parcial porque los nuevos delitos relativos a la manipulación genética no suponen un adelantamiento de la protección penal a fases de desarrollo embrionario anteriores a la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, antes bien, lo que se pretende es proteger la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético humano, así como la propia identidad del ser humano. Como se verá en otra ponencia, lo que se criminaliza es la alteración del genotipo mediante una utilización abusiva de las técnicas genéticas, o los ataques a la identidad mediante técnicas de clonación o de selección de la raza, y no al preembrión en sí y por sí mismo considerado¹⁶.

Una vez determinado el límite inferior de la protección penal de la vida prenatal corresponde delimitar su límite superior, es decir, el instante en que la vida dependiente, tutelada por el delito de aborto, se convierte en vida independiente, pasando a ser protegida por el homicidio y los demás delitos contra la vida humana independiente.

El momento en que comienza la vida humana independiente es discutido. Para unos, comienza ya en el momento del parto, de forma que si se causa la

¹⁴ Así, GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. pág.229.

¹⁵ Cfr. HUERTA TOCILDO: **Aborto con resultado de muerte o lesiones graves**. cit. págs.48 y siguiente. Vid. también GARCÍA VITORIA: **El tipo básico de aborto**. cit. págs.87 y siguiente.

¹⁶ Cfr. VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.713.

muerte del niño en el claustro materno se tratará de aborto, mientras que si se ha producido ya contacto visual con la criatura estaremos ante un homicidio, no siendo relevante el corte del cordón umbilical; otros exigen la respiración pulmonar autónoma del recién nacido¹⁷; un sector exige el corte del cordón umbilical (MUÑOZ CONDE); finalmente, algunos autores requieren la total separación del claustro materno, haya o no respiración pulmonar o corte del cordón umbilical¹⁸. Estas tesis son relevantes para determinar la responsabilidad penal de quien lesiona o mata al niño durante el parto, puesto que dependiendo de cuál se adopte nos hallaremos ante un aborto o ante un homicidio, con las destacadas repercusiones penológicas que ello conlleva (homicidio, diez a quince años; aborto, tres a diez años, si es sin consentimiento de la mujer, o uno a tres años, con consentimiento de la mujer y fuera de los supuestos legales). Aceptando la tesis de CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC¹⁹, la muerte del niño durante el parto, después de haber sido completamente expulsado pero antes de haber logrado la respiración pulmonar autónoma, se sancionará como un aborto. Para GRACIA MARTÍN²⁰, sin embargo, estamos ante un homicidio, ya que la calificación como aborto en tal caso es incompatible con el hecho de que el bien jurídico puede ser agredido ya directamente desde el exterior sin precisar la mediación del cuerpo de la madre. Y es que, en efecto, cuesta aceptar como aborto la muerte de un niño ya fuera del claustro materno pero que todavía no ha respirado autónomamente, quizá porque la forma de causarle la muerte fue precisamente impedirle respirar.

En definitiva, hay vida independiente y, por tanto, objeto material del delito de homicidio cuando la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible matar directamente a la criatura, sin intervenir sobre el cuerpo de la madre, existiendo aborto hasta ese momento.

La vida humana acaba con la muerte, que marca el límite superior de los delitos de homicidio y de aborto. La realización de un delito de homicidio o de aborto consumados es posible, por lo tanto, hasta el mismo momento en que se produce la muerte de la persona o del *nasciturus*. La prohibición de matar, sin embargo, continúa vigente aun en situaciones de inexistencia de objeto material,

¹⁷ Vid. entre otros, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES y otros: **PE. cit. pág.; QUINTANO RIPOLLÉS: Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Tomo I.** Madrid, 1950, págs.79 y siguientes. Esta es la posición adoptada también por la jurisprudencia dominante.

¹⁸ Así, entre otros, GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios, PE. I.** cit. pág.39.

¹⁹ En VIVES ANTÓN y otros: **PE. cit. págs.33 y siguiente; y en VIVES ANTÓN (coord.): Comentarios, I.** cit. pág.704.

²⁰ En DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. págs.39 y siguiente.

como sucede cuando el feto ya ha muerto antes de la intervención abortiva, de forma que la infracción de esta prohibición puede ser penada como tentativa de aborto, que puede ser idónea, si en una contemplación *ex ante* el estado de muerte de la criatura no se revela como objetivamente existente, o inidónea en el caso contrario²¹. No se considera aborto, sin embargo, la extracción de un feto muerto, puesto que no existe sujeto pasivo del delito²².

La muerte no es un hecho que se produzca de modo instantáneo, sino que es un proceso que va afectando gradual y progresivamente a los distintos órganos y tejidos corporales, dentro del cual es preciso seleccionar un momento concreto que permita un diagnóstico certero de la muerte.

La determinación del momento de la muerte, que tradicionalmente se había referido al cese de las actividades respiratoria y circulatoria, ha tenido que ser revisada ante los avances médicos, y en particular ante la posibilidad de realizar el trasplante de corazón: la extracción del órgano vivo del donante presupone necesariamente la muerte de tal donante, al que se le mantienen artificialmente las funciones respiratoria y circulatoria.

Pues bien, el criterio dominante para determinar el momento de la muerte es el de la cesación de la actividad cerebral, que se produce, de acuerdo con el art.10 del RD 426/ 1980, de 22 de febrero, sobre extracción y trasplante de órganos, cuando concurren durante al menos 30 minutos los siguientes signos:

- “1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida de consciencia.
- 2) Ausencia de respiración espontánea.
- 3) Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.
- 4) Encefalograma plano demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral”.

Con este criterio de la muerte cerebral se garantizan tanto los derechos individuales como una adecuada extracción aprovechable de órganos.

El aborto con consentimiento de la mujer

Se regula en el art.145. 1, que sanciona al “que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley”, con “la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, estableci-

²¹ En este sentido, pero en relación con el delito de homicidio, cfr. GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. págs.45 y siguiente.

²² Cfr. GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. pág.228.

mientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años". Estamos ante el tipo básico del delito de aborto.

Sujeto pasivo es el embrión o feto, según el momento en que se produce la interrupción del embarazo.

Estamos ante un delito plurisubjetivo, que requiere la intervención de al menos dos sujetos. Es **sujeto activo** el tercero que practica la intervención, siendo indiferente que posea o no título sanitario. La mujer que consiente que otra persona le cause el aborto, fuera de los casos permitidos por la ley, es sancionada a tenor del art.145. 2 con una pena considerablemente inferior: prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. Obsérvese que la pena es alternativa, prisión o multa, no acumulativa, y que en caso de imponerse la pena de prisión ésta podrá ser suspendida²³. La coautoría de la mujer se deriva de la especial significación de su conducta, que es esencial para la realización del tipo²⁴. La atenuación responde a su especial vinculación con el *nasciturus*, por lo que no alcanza a terceros que no mantienen esa relación con el sujeto pasivo del delito. Así, por ej., el marido que convence a su mujer para que se someta a un aborto responde como inductor del aborto consentido causado por un tercero, sin que le alcance el privilegio de la penalidad correspondiente a la mujer.

La **acción típica** consiste en producir un aborto, es decir, se trata de la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno o por su expulsión prematura provocada²⁵. Con esta definición se descarta la tipicidad por este delito de la destrucción de embriones aún no implantados en la mujer. Igualmente queda fuera del tipo la provocación de un parto anticipado con supervivencia del feto. Tampoco causar la muerte de un feto expulsado espontáneamente constituye aborto, pero si tenía viabilidad extrauterina estaremos ante una conducta constitutiva de homicidio.

²³ Por supuesto, siempre que se den las condiciones requeridas para ello, que de acuerdo con el art.81 son las siguientes:

1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez.

2ª. Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.

Y 3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

²⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. pág.283.

²⁵ Cfr. GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. págs.227 y siguiente; LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. págs.295 y siguiente.

Es posible la comisión por omisión, con los requisitos del art.11²⁶. La posición de garante, necesaria para sancionar por un delito en comisión por omisión, podría concurrir en el médico de guardia que, al recibir una paciente en proceso de aborto espontáneo, omite conscientemente las medidas adecuadas para impedirlo. No parece conveniente, sin embargo, castigar por aborto en comisión por omisión al padre que, conociendo la decisión de la mujer de abortar, no hace nada por impedirlo. En el contexto de una legislación que no concede relevancia alguna a su opinión, ya que su consentimiento no es relevante en las indicaciones y su falta de consentimiento no agrava el aborto punible, es desproporcionado imponerle un especial deber de tutela. La conducta del padre, además, tampoco sería constitutiva de un delito de omisión del deber de impedir delitos, recogido en el art.450²⁷, ya que esta figura se circunscribe a los delitos que afecten a las personas, cualidad que no tiene el embrión o feto, que no es persona. El mismo argumento excluye la aplicación del delito de omisión del deber de socorro, que se contiene en el art.195²⁸, ya que este tipo exige expresamente que sea una persona quien se encuentre en peligro grave y manifiesto.

No existe ninguna limitación en cuanto a los medios utilizados, por lo que son típicos todos los medios idóneos para producir el aborto, sean materiales o morales²⁹.

²⁶ Art.11: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

²⁷ Art.450: “1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”.

²⁸ Art.195: “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses”.

²⁹ Vid. la STS 11 junio 1986.

El **resultado** consiste en la destrucción del embrión o feto, siendo indiferente que se produzca dentro del claustro materno o como consecuencia directa de la expulsión prematura. Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que el feto expulsado sobrevive? La jurisprudencia ha calificado como aborto, y no como homicidio, la muerte de un feto inviable ocurrida algunos días después de la expulsión provocada con el fin de causar el aborto³⁰, solución que se comparte. Pero si el feto fuera viable y sobrevive un período razonable de tiempo, debería castigarse por homicidio en comisión por omisión a quien reúna los requisitos de la posición de garante y no haya tomado las medidas necesarias para que la criatura sobreviviese. Y para ello ha de tenerse en cuenta que las maniobras abortivas que no conducen directamente a la muerte del feto dan lugar a un deber de garante por parte de su autor con base en el criterio del actuar precedente (art.11 b)³¹).

En cuanto al **aspecto subjetivo**, no existe particularidad alguna, debiendo admitirse todas las formas de dolo³². Ciertamente es que en virtud de las peculiaridades del delito que nos ocupa lo más frecuente será que concurra en el ejecutor y en la mujer el dolo directo, pero no pueden descartarse otras posibilidades. Piénsese, por ej., en el médico que teniendo fundadas sospechas de que su paciente está embarazada procede a inyectarle una sustancia abortiva, de acuerdo con ella, sin esperar al resultado de la prueba del embarazo. Si la prueba fuera positiva, estaríamos ante un supuesto de aborto con dolo eventual, y por tanto punible³³.

En el plano de la antijuridicidad, el art.145 expresamente excluye de su ámbito de prohibición “los casos permitidos por la ley”. Conforme a la legislación actualmente vigente (art.417 *bis* del CP anterior, todavía en vigor), el aborto consentido no es punible:

- cuando se practica para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada (indicación terapéutica);
- si el embarazo proviene de determinados delitos contra la libertad sexual, como son las agresiones sexuales y los abusos sexuales sobre menor de doce años o persona privada de sentido o abusando de su trastorno mental (indicación ética);
- o si es previsible que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas (indicación eugenésica).

³⁰ STS 6 diciembre 1986.

³¹ En este sentido, LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. págs.294 y siguiente, y nota núm.126.

³² Así, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I.** cit. pág.773, quienes advierten que la comisión del delito con dolo eventual es difícil, aunque no imposible.

³³ Vid. la STS 11 octubre 1983, aunque en este caso no quedó probado que la mujer estuviera efectivamente embarazada, sancionando el Tribunal por un delito imposible de aborto.

La doctrina mayoritaria considera que las indicaciones del aborto son causas de justificación, lo que excluye la antijuridicidad de la conducta. La presencia de estos supuestos específicos de justificación no cierra las puertas a las eximentes genéricas, y en especial al estado de necesidad³⁴: el Tribunal Supremo aplicó el estado de necesidad en un caso de angustia económica que determinó la decisión de la mujer de abortar³⁵. Ahora bien, no es aceptable que la eximente se aplique cuando falta el consentimiento de la embarazada, es decir, cuando ella misma ha decidido asumir el peligro renunciando así a su derecho a abortar. Su libertad se une aquí a la vida del feto en el mismo fiel de la balanza.

En materia de culpabilidad, se plantea la posible aplicación de la agravante genérica de precio, recompensa o promesa (art.22. 3⁶), cuando medie una contraprestación económica en la práctica del aborto, lo que será el caso más frecuente.

Ya por cuanto se refiere al *iter criminis*, a diferencia de CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC³⁷, consideramos posible sancionar a la mujer por tentativa de aborto cuando exista comienzo de ejecución por un tercero no seguido del resultado de muerte del feto, aunque obviamente la pena deberá degradarse a partir de la sanción prevista en el art.145. 2.

Es posible el desistimiento, que puede producirse tanto por la interrupción voluntaria de las maniobras abortivas antes de que se contemplen las necesarias para producir la muerte del feto (por ej., se apreció en un caso en que se introdujo una aguja de calceta en la vagina y se retiró sin llegar al útero, pese a que días después se produjo el aborto, porque no pudo probarse la relación de causalidad entre los dos hechos³⁸), como por la realización de actos positivos que eviten el resultado (cuando después de suministrar una sustancia abortiva se acude al hospital o se suministra un antídoto para detener el proceso de expulsión del feto³⁹).

³⁴ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.780; VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.722.

³⁵ Vid. la STS 11 diciembre 1990. La STS 25 noviembre 1991 tampoco descartó la posibilidad de apreciar estado de necesidad en casos de penuria económica, aunque en el caso concreto no eximió de pena porque el aborto no había sido practicado por un médico. Esta línea jurisprudencial supone una importante modificación respecto de lo que venía siendo tradicional en la doctrina del TS, que no admitía siquiera la eximente incompleta de estado de necesidad cuando los motivos del aborto eran económicos. Vid. por ej. las SSTS 29 mayo 1969 y 11 octubre 1983.

³⁶ Art.22: "Son circunstancias agravantes:

3º. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa".

³⁷ En VIVES ANTÓN y otros: **PE**. cit. pág.103, y en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.774.

³⁸ STS 7 julio 1993.

³⁹ En este sentido, vid. la STS 18 noviembre 1991.

En materia de **participación**, la jurisprudencia es sumamente confusa⁴⁰. Como ejemplo baste señalar que la indicación de la persona que puede practicar el aborto clandestino ha sido calificada en ocasiones de complicidad⁴¹ y en otras, atendiendo al criterio de escasez, de cooperación necesaria⁴². El pago de la intervención se considera cooperación necesaria cuando forma parte de un conjunto de actos favorecedores del aborto, como buscar al ejecutor del aborto o acompañar a la mujer el día en que éste se practica⁴³.

Las **penas** previstas para el tipo básico de aborto son de dos tipos: prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o prestar servicio de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. Ha sido objeto de acerbos críticas por parte de la doctrina la excesiva amplitud de la inhabilitación, ya que una cosa es que se prohíba temporalmente el ejercicio de la profesión a quien ha hecho un uso indebido de ella y otra bien distinta que se restrinjan toda una serie de posibilidades laborales que pueden estar absolutamente desligadas de la realización de abortos.

Autoaborto

Se regula en el art.145. 2, que sanciona a “la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley... con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

El hecho de que la ley unifique en un mismo apartado los dos supuestos posibles de intervención de la embarazada en un aborto voluntario (cuando interrumpe personalmente la gestación y cuando consiente que otra persona la interrumpa) es un indicio más de que la atenuación responde a circunstancias personales que sólo concurren en ella: como hemos tenido ocasión de señalar, la mujer es

⁴⁰ Señalan CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. págs.772 y siguiente, que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de la anterior regulación, que sustancialmente en este aspecto no varía, y por aplicación, a nuestro juicio, inadmisibles de la doctrina del acuerdo previo, venía considerando autores de aborto a cuantas personas intervenían en el mismo. Obviamente, deben aplicarse los mismos criterios que se utilizarían, por ejemplo, en el homicidio, y que no son otros que los derivados de la parte general, por lo que autores sólo serán aquellos que realicen materialmente el hecho, y no por ejemplo quienes simplemente acompañan a la mujer o entregan el dinero”.

⁴¹ Vid. la STS 24 junio 1993 .

⁴² Vid. las SSTS 4 junio 1977 y 30 enero 1982.

⁴³ Entre otras, vid. las SSTS 5 marzo 1970, 10 febrero 1982, 20 diciembre 1988. Se considera complicidad en la STS 24 enero 1987.

la portadora del bien jurídico objeto de tutela. Esta especial relación que une a la mujer con el *nasciturus* conduce a que el conflicto originado por su voluntad de interrumpir la gestación la afecte de un modo especial que no trasciende a terceros⁴⁴.

El fundamento de la menor penalidad prevista en el art.145. 2 debe verse, pues, en una circunstancia personal basada en la menor exigibilidad de la conducta.

En materia de tipicidad no existen diferencias con el tipo básico, así que son aplicables aquí las observaciones que hemos realizado al hilo del análisis del aborto con consentimiento de la mujer.

La diferencia más importante reside en el aspecto subjetivo, ya que queda expresamente excluida la punición de la embarazada cuando causa su propio aborto por imprudencia, de acuerdo con el art.146.3⁴⁵. La conducta sólo puede ser dolosa, y el consentimiento a que se refiere el núm.2 del art.145 libre y espontáneo, ya que si está viciado no da lugar a responsabilidad de ningún tipo⁴⁶.

El aborto sin consentimiento de la mujer

Se regula en el art.144, que sanciona al “que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento... con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años”.

Se trata de un tipo agravado de aborto cuya peculiaridad reside precisamente en que a la lesión de la vida humana prenatal se suma la de otro bien jurídico, la libertad de la mujer (es un delito complejo de aborto y coacciones)⁴⁷. De esta forma, a los requisitos generales del tipo básico debe añadirse aquí la **ausencia de consentimiento** de la mujer, expresión que abarca tanto los casos en los que se actúa sin darle la oportunidad de opinar (por ej., si está inconsciente), como aquéllos en los que se opone expresamente. Todos los demás aspectos del tipo objetivo coinciden con los correspondientes al tipo básico, así que aquí nos dedicaremos a caracterizar el elemento diferenciador.

⁴⁴ Por todos, VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.722.

⁴⁵ El art.146 sanciona a quien ocasiona por imprudencia grave un aborto, especificando el núm.3 que “la embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

⁴⁶ Como ponen de relieve CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.774.

⁴⁷ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios**, I. cit. pág.772; VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. págs.720 y siguiente.

La validez del consentimiento de la mujer depende de varios factores. Ante todo, es preciso que tenga capacidad natural de juicio, lo que debe determinarse atendiendo a las circunstancias y madurez de la embarazada en cada caso concreto, prescindiendo de datos *a priori* como puedan ser su minoría de edad o su incapacidad civil⁴⁸. Por otra parte, el consentimiento ha de ser eficaz, requisito que depende de varias circunstancias:

- En primer lugar, la embarazada debe tener información suficiente sobre el acto al que presta su consentimiento, es decir, debe saber que está aceptando la destrucción del embrión o feto. Piénsese, por ej., en el caso de un aborto selectivo en el que no se informa a la mujer sobre el peligro de que en la intervención, dirigida a destruir sólo algún embrión para facilitar la supervivencia de los demás, perezcan sin embargo todos ellos.

- Además, el consentimiento debe prestarse con anterioridad a la intervención y es revocable en cualquier momento previo a la consumación del delito, de modo que si la mujer se retracta cuando todavía es posible detener el aborto y a pesar de ello el ejecutor sigue adelante, debe apreciarse la figura agravada del art.144, beneficiándose la mujer de la impunidad propia del delito desistido.

- Es igualmente imprescindible que la embarazada actúe libremente, careciendo de relevancia el consentimiento obtenido mediante violencia, amenazas o engaño, como reconoce el propio art.144 al señalar en su último párrafo que “las mismas penas (previstas para el aborto no consentido) se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño”.

En cuanto al **aspecto subjetivo**, sólo cabe la comisión dolosa, siendo admisible el dolo eventual⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta el posible error sobre el consentimiento de la mujer. En virtud del art.14. 2⁵⁰, si el autor cree que la mujer ha prestado su consentimiento, sea el error vencible o invencible, deberá excluirse la aplicación del tipo agravado y castigarse conforme al art.145. 1, que contiene, como hemos visto, el tipo básico de aborto con consentimiento de la mujer.

⁴⁸ Cfr. LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coord.): **Comentarios, PE. I.** cit. pág.309.

⁴⁹ Cfr. VALLE MUÑOZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): **Comentarios**, cit. pág.721.

⁵⁰ Art.14. 2: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

La **pena** prevista para este tipo agravado se eleva notablemente respecto del delito básico, ya que se prevé una pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial con una duración de tres a diez años. Téngase en cuenta que, como hemos visto, aquí se lesionan dos bienes jurídicos, la vida prenatal y la libertad de la mujer embarazada, lo que justifica que la pena sea más elevada que la prevista para el supuesto de aborto con consentimiento de la mujer.

Aborto imprudente

Si concurre imprudencia grave, la conducta será castigada a tenor del art.146. 1, que sanciona al “que por imprudencia grave ocasionare un aborto... con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana”. El art.146. 2 contempla el supuesto de imprudencia profesional: “cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años”.

La punición de la imprudencia en el delito de aborto constituye una importante novedad del CP de 1995, ya que con el CP anterior era prácticamente unánime la opinión que consideraba impune esta conducta⁵¹, salvo en el caso específico de ejercicio de violencia sobre mujer embarazada conociendo su estado de gravidez, supuesto que venía expresamente recogido en el art.412 del CP derogado⁵².

La decisión de criminalizar el aborto imprudente, resolviendo la vieja polémica doctrinal, ha sido recibida con satisfacción, “porque esta conducta no sólo afecta al bien jurídico vida humana, sino que al mismo tiempo frustra las legítimas expectativas de la mujer embarazada, dando lugar así a un hecho de la suficiente gravedad como para hacerse merecedor de sanción penal”⁵³.

El párrafo segundo del art.146 contempla el supuesto de imprudencia profesional. La imprudencia profesional no constituye una modalidad cuantitativamente distinta de la imprudencia grave, sino que se trata de una clase de imprudencia cualitativamente diferente. Es necesaria, en definitiva, una conexión entre el resultado abortivo y el ejercicio de la actividad profesional⁵⁴.

⁵¹ El art.411 del CP 1944/ 73 exigía que el autor obrara “de propósito”, lo que servía como argumento fundamental para negar la punición del aborto imprudente.

⁵² La STS 20 septiembre 1993 se refiere a un supuesto paradójico en el que un hombre golpeó y luego degolló a su mujer embarazada porque ella insistía en su voluntad de abortar.

⁵³ LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN (coords.): **Comentarios, PE. I.** cit. pág.299.

⁵⁴ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.): **Comentarios, I.** cit. pág.774.

Conviene advertir que, aunque es previsible que los casos más frecuentes de esta clase de imprudencia se den en el ámbito de la medicina o profesiones anexas (el médico que receta a la mujer embarazada un medicamento contraindicado, por ej.), no pueden descartarse otros supuestos. Cabe observar que la pena de inhabilitación especial no se refiere aquí únicamente a la profesión sanitaria, de lo que se deduce la posibilidad de aplicar la imprudencia profesional a otros casos ajenos al ámbito médico, por ej., al empresario que someta a sus trabajadoras embarazadas a condiciones laborales peligrosas que desembocan en un aborto⁵⁵.

Es impune, sin embargo, el aborto causado por imprudencia leve, ya que no existe una falta de aborto por imprudencia leve. así como el aborto imprudente causado por la embarazada en todo caso, como hemos adelantado.

Concursos

Si a consecuencia de las maniobras abortivas sobreviene la muerte o lesiones de la mujer, el delito de aborto, con o sin consentimiento, entrará en concurso ideal con el correspondiente delito de homicidio o lesiones, doloso o culposo según corresponda.

Si media violencia en el aborto no consentido, y de ella se derivan lesiones para la mujer que superen lo que es propio del ejercicio de la fuerza asociada al hecho de doblegar su voluntad, deberá aplicarse el delito de lesiones en concurso medial o ideal, en función de los casos: habrá concurso medial si la violencia se ejerce en un momento previo al aborto, e ideal si las mismas violencias que ocasionan las lesiones producen también el aborto.

Cuando el consentimiento se obtiene mediante amenazas, habrá un concurso de leyes por consunción que desplazará al delito de amenazas en favor del tipo agravado de aborto, ya que la intimidación es consustancial a la agravación.

Se plantea un problema de difícil solución cuando el autor quiere provocar un aborto que queda en grado de tentativa pero el feto sufre alguna de las lesiones contempladas en el art.157, que sanciona al “que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica... con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clí-

⁵⁵ Cfr. GARCÍA ARÁN/ LÓPEZ GARRIDO: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1995, págs.92 y siguiente. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: *Comentarios, PE. I.* cit. pág.300; VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES (dir.): *Comentarios*, cit. pág.723.

nicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años⁵⁶. Para resolverlo podemos tomar como referencia la relación entre el homicidio en grado de tentativa y las lesiones consumadas, ya que estamos ante un supuesto idéntico⁵⁶.

Al igual que sucede en este supuesto, también aquí entiendo que debe parirse de la presencia de dolo respecto de las lesiones al feto, porque quien quiere destruirlo no tiene por qué asumir ineludiblemente que en el proceso causará daños en su integridad. El dolo de matar no es un *plus* sino un *aliud* con respecto al dolo de lesionar: el que quiere matar a otro es cierto que quiere lesionarle, puesto que es imposible matar sin que la acción produzca en el cuerpo de la víctima un efecto de menoscabo transitorio; pero este resultado de menoscabo carece de autonomía, ya que es transitorio para la producción de la muerte. El dolo de matar comprende la afección de la integridad corporal y la salud en un sentido transitorio, pero no la causación de un menoscabo duradero, que es el objeto del dolo de lesionar. Si se aceptara que el dolo de matar incluye el de lesionar⁵⁷, estaríamos ante un concurso de leyes por consunción que llevaría a castigar únicamente por la tentativa de aborto, con lo que el autor del hecho resultaría inexplicablemente favorecido frente a quien sólo quiere causar lesiones, sin que dicha disfunción punitiva obedezca necesariamente a la degradación de la pena del delito de aborto por haber quedado en tentativa. En efecto, comparando los marcos penales de los respectivos tipos en grado de consumación, si nos atenemos al tipo básico de aborto del art.145. 1, vemos que las lesiones al feto reciben una sanción superior al aborto, (prisión uno a cuatro años frente a prisión de uno a tres). Podría pensarse que el legislador ha valorado más la integridad del feto que su propia supervivencia lo cual, desde luego, no responde a una lógica valorativa comprensible. Pero tampoco es así, porque si comparamos los respectivos delitos imprudentes, el resultado es precisamente el inverso: la pena de lesiones al feto es de siete a veinticuatro fines de semana, frente a la pena de doce a veinticuatro fines de semana que se contempla para el aborto culposo. ¿A qué se debe entonces que el aborto con consentimiento de la mujer se sancione con una pena inferior al delito de lesiones al feto? El castigo del aborto consentido y del autoaborto demuestra que a través de la prohibición de interrumpir el embarazo el Derecho penal protege un bien jurídico distinto de los intereses de la mujer, que puede concretarse, como hemos visto, en la vida humana dependiente o prenatal. Sin embargo, no es posible desconocer que, en ocasiones, el embarazo implica un serio conflicto de intereses, como reconoce el sistema de indicaciones admitido en nuestro CP. Y es

⁵⁶ Como señala GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios**, PE. I. cit. pág.641.

⁵⁷ Como hace GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios**, PE. I. cit. págs.641 y siguiente; o LAURENZO COPELLO en la misma obra, págs.314 y siguiente.

que la doctrina ampliamente mayoritaria considera que las indicaciones son supuestos de solución legal de diversos conflictos de intereses en los que, conviene poner de relieve, se hace pesar más el bien de la mujer comprometido por el embarazo (vida, salud física y psíquica, intimidad y libertad⁵⁸) que la vida del feto. Se trata siempre de bienes protegidos por la CE que inclinan la balanza a favor de la mujer en los supuestos contemplados en las indicaciones. Pero fuera de dichos supuestos, y aun reconociendo que en el aborto con consentimiento de la mujer sigue existiendo un conflicto de intereses, el legislador ha dado preponderancia a la vida del feto frente a los bienes de la mujer afectados por el embarazo. Sin embargo, no olvida la existencia del conflicto, ya que sanciona el aborto con consentimiento con una pena notablemente inferior a la que establece para el aborto practicado sin consentimiento de la mujer, en el que por definición no existe conflicto alguno. Ya por cuanto se refiere al delito de lesiones al feto, el legislador, correctamente, parte de la base de que no existe ningún interés de la mujer que justifique que cause lesiones al feto, parte, pues, de la ausencia de un conflicto de intereses. En los casos en que las lesiones al feto sean consentidas por la embarazada o las cause ella misma no hay ningún motivo para establecer una atenuación de la pena: la integridad y salud del feto es el interés que ha de protegerse jurídicamente y que debe estar, como así está en nuestro Derecho, en un primer plano. Así se explica que el delito de aborto con consentimiento de la mujer esté menos sancionado que el delito de lesiones al feto con o sin consentimiento de la mujer. Desde el punto de vista que hemos expuesto, el consentimiento de la madre en el delito de lesiones al feto no sólo no puede ser un hecho que deba atenuar su responsabilidad, sino que al contrario, dicho consentimiento es la expresión de la mala voluntad de la madre de atentar, dañar e impedir que el hijo pueda alcanzar plena autonomía cuando nazca, siendo además evidente que ese bien jurídico, el de la integridad y salud del feto, no es en absoluto disponible por terceros. De donde se deduce que la pena correspondiente a las lesiones dolosas al feto consentidas por la madre o causadas por ella misma ha de ser la misma que las producidas sin su consentimiento, y por supuesto, debe ser superior a la del aborto practicado con su consentimiento⁵⁹. Todo vuelve a la normalidad si analizamos las respectivas figuras imprudentes: el aborto recobra su mayor gravedad y se sanciona con una pena mayor que las lesiones imprudentes.

Siguiendo la tesis que aquí hemos adoptado, conforme a la cual el dolo de matar no abarca el de lesionar, deberá apreciarse un concurso ideal entre el aborto en grado de tentativa y las lesiones al feto dolosas con dolo eventual o impru-

⁵⁸ Cfr. por todos ARROYO ZAPATERO: **Prohibición del aborto y Constitución**. "RFDUC" núm.3, 1980, págs.74 y siguientes; GÓMEZ PAVÓN: **Tratamientos médicos**, cit. pág.220.

⁵⁹ Así, GRACIA MARTÍN en DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN: **Comentarios, PE. I.** cit. págs.645 y siguiente.

dentes, pues la tentativa de aborto no capta por sí sola el desvalor total del suceso: no capta ni el dolo eventual de lesiones ni el resultado de lesiones, ya que ni uno ni otro están comprendidos en el dolo de aborto, ni, en su caso, la imprudencia con respecto a las lesiones, y las lesiones por sí solas no captan tampoco el desvalor de acción del aborto.

LA MODIFICACIÓN DE INDICACIONES.

Junto a los posicionamientos tradicionalmente enfrentados entre quienes admiten la existencia de un derecho absoluto a la disposición sobre el propio cuerpo de la mujer y quienes advierten que jamás se tiene derecho a abortar, al tratarse en definitiva de un asesinato. Se abre paso, la idea de proyectar sobre el problema una tercera posición considerando que nos encontramos ante un conflicto de intereses: la protección a la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad humana, que permite en ciertos casos estimar justificada la conducta del aborto.

Los sistemas admitidos, como soluciones político-criminales denominados de plazo y de indicaciones, parte del conflicto descrito. El primero, el sistema de plazos supone la impunidad de todo aborto consentido practicado durante las 12 primeras semanas de gestación. Como enseñan Carbonell y González Cussac su razón de ser radica en que durante ese período el aborto resulta menos peligroso para la vida e integridad de la madre y por otra parte dado el carácter progresivo de la valoración de la vida en formación, esta sería inferior en todo caso, a la sustentada pro los intereses a los que se enfrenta: el libre desarrollo de la personalidad de la madre.

En el sistema de indicaciones, el interés preponderante es la vida prenatal en todo tiempo, excepto cuando concurra alguna concreta razón que permita otorgar mayor relevancia al libre desarrollo de la personalidad y dignidad de la persona humana⁶⁰.

El C.penal Español de 1995, deja vigente en su disposición derogatoria 1.a) el artículo 417.bis del C.penal de 1973, que acoge en nuestro derecho el sistema de indicaciones.

Dice el citado artículo: “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes”, (se exponen más adelante).

⁶⁰ Cfr. Carbonell Matcu/González Cussac en Vives Antón (coordinador): Derecho Penal. Parte Especial, pág. 775 y siguientes.

Siguiendo la sistemática propuesta por Carbonell y González Cussac, cabe diferenciar como requisitos comunes los previstos en el número 1: “No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes”.

Y como supuestos legales: **a)** una indicación terapéutica: “que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso”.

b) una indicación ética: “que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado”.

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

Concluyendo con **d)** ausencia de algunos requisitos: “En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

En este apartado parece conveniente subrayar:

1.- Como señala Vives Antón “si el médico sin causa que lo justifique o excuse, prescinde de los requisitos procedimentales contenidos en el artículo 417.bis, pero se prueba la certeza del presupuesto de cualquiera de las indicaciones en él contenidas no podría, por consiguiente, ser castigado como autor del delito de aborto”.

2.- Como añaden Carbonell-González Cussac “Resulta necesaria una referencia a la cuestión de la objeción de conciencia del médico cuando éste es funcionario público y su actuación resulta necesaria para hacer efectivo el derecho de la mujer al aborto. Conviene decir que el conflicto sólo se producirá en casos muy extremos: cuando no sea posible recurrir a otro médico que esté en condiciones

reales de practicar el aborto. En este caso extremo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del médico ha de ceder ante el de la mujer⁶¹.

En la actualidad la ampliación del aborto, continúa siendo un tema abierto. En febrero de 1998 el Pleno del Congreso rechazó la iniciativa socialista y de Izquierda Unida para ampliar los casos de aborto en base a una ley de plazos y no de supuestos, de manera que pudieran someterse al aborto las mujeres dentro de las primeras 16 semanas de gestación con sólo solicitarlo por escrito ante un facultativo que certifique el embarazo y amplía la posibilidad a 22 semanas sí es presumible que el feto nazca con malformaciones físicas y psíquicas, previo diagnóstico de dos médicos. Además la propuesta regulaba la objeción de conciencia de los profesionales, estableciendo la necesidad de que se intensifique la formación de éstos en métodos más inocuos, garantizando el secreto profesional y posibilitando pueda practicarse dentro de la red pública sanitaria.

⁶¹ Cfr. Carbonell Mateu/González Cussac en Vives Antón (coordinador): Derecho Penal. Parte Especial. pág. 785 y 786.

ANEXO I

Jurisprudencia

.- “Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:

a) el núm.1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: el grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del “nasciturus”. En este supuesto es de observar que si la vida del “nasciturus” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de “grave peligro” para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el f.j.9º.

b) En cuanto a la indicación prevista en el núm.2 -que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

c) El núm.3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 CE -incluido en el Cap.III, “De los principios rectores de la política social y económica”, del Tít.I, “De los derechos y deberes fundamentales”- y la protección de la vida del “nasciturus” comprendida en el art. 15 CE. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social (en la línea iniciada por la L 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.

Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del “nasciturus”, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417.bis.CP, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del “nasciturus” no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del “nasciturus”, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los ff.jj.4º y 7º de la presente sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del “nasciturus” (art. 15 CE), mediante un sistema legal que suponga

una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto, con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un Médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno.

Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el Proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del art.15 CE.

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del “nasciturus” exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que ha de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados -la protección de la vida del “nasciturus” y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto-, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicos disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del

aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4.b) LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibilidades- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente.”. STC 11-4-85, que declaró inconstitucional el entonces proyecto de ley. Contiene importantes “obiter dicta” sobre la interpretación del art. 15 CE, la protección del “nasciturus” y las indicaciones).

.- “Igual suerte desestimatoria ha de seguir el motivo segundo y último del recurso, que solicita, con carácter subsidiario la aplicación del art.416,1 CP ahora derogado. Como razona el juzgador de instancia y repite el Fiscal, las conductas incluídas en dicho número, al igual que las comprendidas en el texto del artículo, se limitan a difundir y facilitar el conocimiento sobre las prácticas abortivas, pero aquí ha habido bastante más que una mera indicación general (por conectar con el mismo verbo que utiliza la ley). En el presente caso se recetó el medicamento y se informó a la mujer de las dosis necesarias para producir su aborto. El adelantamiento de las fronteras de la protección penal, conforme a dicho art. 416, carece de sentido respecto a la responsabilidad referida a las figuras de aborto propiamente dichas. La doctrina y la jurisprudencia señalaron en su día que estos supuestos del citado artículo del Código penal ahora derogado eran de precomplotividad o enmarcables en los actos preparatorios, de forma que se habrían tipifi-

cado como delitos de riesgo abstracto, de mera actividad y consumación anticipada. Consecuentemente, si los actos, lejos de ser indeterminados, se dirigieran a un aborto concreto pasarían a valorarse como intervención criminal en el mismo, y ello tanto más cuando se alcanza el deseado resultado lesivo (SS 26 de abril de 1946, 6 de junio de 1958, 2 octubre 1962, 30 septiembre 1966 y 14 mayo 1977). En tales casos habrá de optarse por la inducción, la cooperación o -según se ha hecho en la presente sentencia- por la autoría del núm.1 art.14 CP. No parece lógico exigir para la autoría del médico que éste introdujera materialmente los comprimidos en la boca de la mujer.”. STS 3-4-1997; médico que recetó medicamentos a la mujer.

.- “Por último examinaremos el ap.d) en el que se denuncia la vulneración, por inaplicación, del art.565 CP por estimar que ha existido un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. La parte recurrente despacha la cuestión con diez líneas fundamentando su pretensión en la impericia médica del ginecólogo que no se percató de la importancia de los restos fetales que habían pasado a la cavidad abdominal, haciendo confluír su negligencia con la falta de medios técnicos y personales existentes en el Hospital General donde se practicó el aborto.

Para la existencia de una negligencia profesional es necesario que el sujeto actúe en el desempeño de las funciones que son propias de su especialidad o titulación y que realice su intervención con olvido o menosprecio de las reglas técnicas o “lex artis” que presiden el desempeño de una actividad profesional. Para configurar una conducta temeraria de proyección punitiva es necesario que concurra un comportamiento o actuación con omisión del debido cuidado y que esta conducta de abandono sea el factor desencadenante de un resultado delictivo.

En relación con el primer supuesto debemos examinar el relato de hechos probados para valorar la adecuación de la intervención ginecológica utilizada para practicar la interrupción voluntaria del embarazo y sus consecuencias sobre el desenlace final de todas las sucesivas intervenciones médicas motivadas por las complicaciones surgidas a raíz de la extracción del feto mediante legrado uterino. La sentencia pone de relieve una serie de vicisitudes surgidas desde que la embarazada conoce los posibles riesgos que pueden surgir para su salud en el caso de que continúe el embarazo hasta que realmente se lleva a cabo la interrupción voluntaria del mismo. Durante todo este proceso la fallecida mantiene su decisión de abortar y conoce que, por el tiempo del embarazo, la operación se debe llevar a cabo en medio hospitalario con anestesia total. Con arreglo a las normas que rigen las pautas profesionales de la actuación médica en casos como el presente la evacuación uterina instrumental por vía vaginal aunque no es el método más utilizado debe considerarse como ortodoxo.

Existe un riesgo estadístico de perforación uterina que oscila entre el 0,5 al 5% y en caso de producirse como en el supuesto que estamos examinando, la reacción médico quirúrgica adecuada estará en función de una serie de factores que deben ser valorados por el especialista. Según el relato fáctico, después de superada la brusca hipotensión, se comprueba que el útero estaba vacío no existiendo síntomas de infección, por lo que era aconsejable un tratamiento conservador como así se hizo, adoptando como precaución complementaria el traslado de la paciente a la UCI para comprobar su evolución. La adopción en este momento de una intervención quirúrgica más agresiva y extirpadora no parecía aconsejable según las normas médicas aplicables en casos semejantes. La evolución clínica aconseja el traslado de la enferma a la Residencia General de la S.S., donde es observada por otros facultativos que no encuentran síntomas graves ni afectación del aparato digestivo, por lo que se pospone la laparatomía exploratoria y se constata una mejoría de la paciente con estado general aceptable. La conducta terapéutica seguida por los diversos facultativos se puede considerar adecuada a las circunstancias y a la evolución de la enferma y, en todo caso, la decisión de las medidas a adoptar para corregir la evolución de la paciente debían tomarse por los facultativos de la Residencia General donde fue internada, que actuaron ante los acontecimientos utilizando técnicas quirúrgicas adecuadas e idóneas, limpiándose toda la cavidad peritoneal de sangre y de algún resto fetal que no habían detectado los ecografistas a pesar de los varios reconocimientos efectuados. La reacción de la enferma a esta última operación fue positiva y así se declara el hecho probado, hasta el punto que se le retira la sonda nasogástrica y se le llega a suministrar dieta blanda. La causa desencadenante del fallecimiento se encuentra en la embolia pulmonar que se considera clásicamente como una de las complicaciones características de la cirugía, especialmente de la cirugía abdominal y pélvica la reacción se produce a pesar de que se aplicaron los correctivos necesarios mediante la aplicación anticoagulante.

De todo lo expuesto se deduce que la última causa desencadenante de la muerte de la embarazada radica en la embolia pulmonar subsiguiente a la intervención quirúrgica, complicación previsible y temida en toda clase de operaciones y sobre todo, en las abdominales. No puede establecerse una causalidad condicionada a la primera intervención médico quirúrgica del acusado, que según el hecho probado actuó con arreglo a las normas médicas aconsejables y reaccionó adecuadamente ante las complicaciones. No es admisible una concepción mecánica y fatalista del curso causal imputando la muerte a la persona que actuó en el inicio del proceso clínico sin tener en cuenta los factores concurrentes que interrumpen la relación causal. Una correcta aplicación de la teoría causal nos lleva a examinar si el resultado se encuentra unido a la acción como efecto directo de ésta con arreglo a las normales consecuencias de una intervención médica. Tampoco

estamos ante un supuesto de causalidad acumulativa, ya que la intervención de los sucesivos facultativos estuvo presidida por su adecuación a las normas de la práctica médica y actuaron de manera eficiente sobre la fallecida hasta el punto de corregir el curso anormal de su evolución clínica. Al final la causa eficiente de la muerte procede de un accidente postoperatorio que se presenta con cierta frecuencia y que es absolutamente independiente de la técnica quirúrgica empleada, constituyendo un factor de riesgo imprevisible que se produce en ciertas ocasiones y que fue adecuadamente previsto y se trató de atajar con la aplicación de anti-coagulantes. Este accidente extraño elimina cualquier conexión del resultado con la actuación inicial del ginecólogo acusado.

Por todo lo expuesto los distintos motivos anteriormente examinados deben ser desestimados”. STS 31-5-94; aborto por imprudencia; no lo es, se debe a un accidente postoperatorio.

.- “ El Tribunal Provincial en cumplimiento riguroso del mandato constitucional contenido en el art. 177 CE que sujeta a los Jueces al imperio de la Ley, sólo a él, y conforme a las facultades que le confiaron el núm.3 CE, y art. 741 LECr., ha valorado y apreciado las pruebas practicadas en el proceso, bajo su intermediación y juego de la contradicción, logrando así la verdad real, conocida como histórica, y plasmarla en el “factum” acreditado -intangible dado el cauce casacional elegido- y sobre el mismo, razonada y razonablemente, concluir en que el “dictamen” preceptivo no ha sido llevado a cabo por un “psiquiatra”, sino por el recurrente G, doctor en “Obstetricia” y “ginecología”, quien a su vez fue el que ordenó la intervención interruptora del embarazo, y bajo cuya dirección, se llevó a cabo materialmente por el otro recurrente, con lo que quedó incumplido el requisito de ser distinto el especialista que realice el dictamen y el que realice la intervención o dirija la misma. Igualmente, no ha dado valor al dictamen de la psicóloga, por no ostentar el título o condición de “médica”, como exige el precepto. Por fin y abundando en que el supuesto no encaja en el cuadro descriminalizador del art. 417.1º.1 bis CP no considera “necesario” el aborto, por falta de “gravedad” de la afectación a la salud psíquica de la embarazada, la que considera no padecía otra cosa que “el natural malestar de un embarazo y el miedo y la preocupación por el nacimiento de un niño que no quería”.

Consecuentemente, no dándose el supuesto descriminalizador del art. 417.1º.1.bis, realizada la interrupción voluntaria del embarazo de la acusada, materialmente por uno de los recurrentes y ordenada por el otro, con el consentimiento de la primera, los arts. 411.2º y 423 CP, aplicados en la sentencia censurada, el primero con relación a los recurrentes, y el segundo con respecto a la acusada condenada en la instancia y su marido, también condenado, así como el 415.pfo.1º y 2º, el primero referido al recurrente G, por ostentar la cualidad de

facultativo, doctor en Obstetricia y Ginecología y Director del Centro donde se llevó a cabo el aborto, y el segundo, expresamente relacionado con el recurrente, conforme resulta del hecho probado había practicado de 100 a 200 abortos”, y el art. 416 CP, no han sido infringidos por el sentenciador; sin que, por último y con referencia al delito de aborto, pueda tacharse vulnerado el art. 1 CP reiterado, pues fácilmente se desprende del “factum” acreditativo y dato de igual naturaleza inmerso en el “indiciu” los recurrentes llevaron a cabo sus conductas con conocimiento de lo que hacían y voluntad de realizarlo, esto es con dolo.”. STS 14-12-92. Aborto agravado por la condición de médico.

ANEXO II

Bibliografía

- Arroyo Zapatero: Prohibición del aborto y constitución “RFDUC” nº 3, 1980.
- Carbonell/González Cussac en Vives Antón (coordinador): Comentarios al C.penal de 1995. Valencia 1996.
- Díez Ripollés: Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto. Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417.bis del C.penal en Cobo del Rosal (dir): Comentario a la legislación penal. Tomo IX. Madrid 1989.
- García Arán/López Garrido: El C.penal de 1995 y la voluntad del legislador. Madrid 1995.
- García Vitoria: El tipo básico de aborto. Pamplona 1981.
- Gómez Pavón: Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil. Barcelona 1997.
- Huerta Tocildo: Aborto con resultado de muerte o lesiones graves. Madrid 1997.
- Queralt Jiménez: Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona 1996.
- Lorenzo Copello: El aborto no punible. Madrid 1991.
- Lorenzo Copello, en García Martín / Díez Ripolles (coords): Comentarios al Código penal. Valencia 1997.
- Valle Muñiz en Quintero Olivares (dir): Comentarios al nuevo Código penal. Pamplona 1996.
- Vives Antón: La libertad como pretexto. Valencia 1995.