

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SOBRE EL CONCEPTO DE ABORTO Y SU DELIMITACION DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985)

ELENA FARRE TREPAT
Profesora Titular de la Universidad de Barcelona

I

1. 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 todavía de cierta imprecisión. En este sentido cabe observar que un amplio sector doctrinal así como el Tribunal Supremo en alguna ocasión han definido el aborto como la «muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematura provocada» (1). En cambio otras sentencias del Tribunal Supremo, en el mismo sentido que un sector de la doctrina, añaden a la citada definición la exigencia de que la muerte en el exterior del claustro materno sea debida a la falta de las necesarias condiciones de viabilidad y madurez del feto (2)(3). Tampoco existe acuerdo en la doctrina en

(1) En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español* (P.E.), 12.ª Ed., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, 1989, p. 74. MUNOZ CONDE, F.: *Derecho Penal* (P.E.), 7.ª Ed., 1988, p. 81 y QUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho Penal español* (P.E.), Vol. I, 1986, p. 52, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1987 (A. 460). BAJO FERNANDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal* (P.E.), Delitos contra las personas, 1986, p. 121 y COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARONELL, *Derecho Penal* (P.E.), 2.ª Ed., 1988, p. 558, siguiendo a DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal español*, (P.E.), Delitos contra las personas, 1962, p. 327, prefieren definirlo como «toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o muerte del fruto de la concepción».

(2) En este sentido además de la sentencia que comentamos, la de 23 de febrero de 1984 (A.1166). También QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del*

relación con el tratamiento jurídico-penal que corresponde dar a los supuestos en los que se realiza una agresión sobre el feto, cuyo resultado se produce en el «nacido vivo». Algunos autores, así como el Tribunal Supremo, califican estos hechos sólo de aborto. En cambio otro sector doctrinal estima también aplicables los delitos contra la vida humana independiente y de lesiones en su caso.

El supuesto de hecho que se plantea en la sentencia que comentamos, constituye un ejemplo paradigmático de estos núcleos de problemas. En ella se examina la agresión sobre un feto de más de ocho meses de gestación, cuya muerte se produjo en el exterior del seno materno. Por otra parte, la muerte del niño, que tuvo lugar 4 días después del parto, no fue debida a su falta de condiciones de viabilidad (4).

2. Los hechos que motivaron la sentencia fueron los siguientes: La autora estaba embarazada de 34 semanas y consintió en Madrid, el 3 de diciembre de 1981, que, a cambio de 40.000 ptas., una mujer no identificada le introdujese en la vagina un tallo vegetal de 28 centímetros de longitud y 4 milímetros de diámetro. El tallo quedó profundamente incrustado entre el cuello uterino y fondo de saco vaginal derecho, quedando unos 7 centímetros fuera y el resto en el interior del útero. Al día siguiente, cuando se encontraba en Valencia, se sintió enferma y fue a la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social «La Fe». Allí, tras exhibir la documentación del Seguro de Enfermedad correspondiente a Carmen C. G., manifestando llamarse de tal modo, fue sometida a un examen genital en el que se apreciaron restos hemáticos en la vagina y el tallo vegetal. Sin embargo, el parto aún no se había iniciado. La inculpada rehusó su ingreso en el citado centro. Pero a las diecinueve horas del mismo día volvió a la residencia cuando

Derecho penal, tomo I, Vol. I, 2.^a Ed. revisada y puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, p. 540 s.; HUERTA TOCILDO, S.: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, 1977, p. 5 s.; GARCIA VICTORIA, A.: *El tipo básico de aborto*, 1981, p. 97 s. y CUERDA RIEZU, A.: *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, A.D.P.C.P., 1988, II, p. 426.

(3) La discusión, originada en nuestro país por la Ley de Protección de la Natalidad de 24 de enero de 1941, sobre si la simple expulsión prematura puede ser considerada como aborto, ha sido resuelta en sentido negativo, si bien todavía parece manifestarse en este sentido STS de 1 de abril de 1977 (A. 1936).

(4) Además de éstos la sentencia plantea también otros interesantes problemas: La distinción entre el delito de usurpación del estado civil y el de uso público de nombre supuesto, que se ha hecho depender —como ya es usual en la Jurisprudencia y en la doctrina (véase BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal* (P.E.), T. III, p. 267 y COBO/VIVES/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 682 s.)— del hecho de que la inculpada se hizo pasar por otra persona «al objeto de, singularizadamente y por una sola vez, obtener los beneficios de una asistencia médica y sanitaria que no le pertenecían, pero sin suponer ello una sustitución omnicompreensiva de los derechos de otra persona, ni una prolongación en el tiempo de ello...». Por otra parte, el Tribunal Supremo no estima que la eximente de estado de necesidad en relación con el delito de uso público de nombre supuesto, que se alegaba en el recurso, por considerar que la procesada pudo acudir a «medios legítimos o lícitos menos agravosos que los utilizados para impedir el mal mayor que la causación del mal menor».

se había iniciado ya (por la acción del tallo vegetal) el trabajo del parto, con hemorragia genital abundante. La autora dió a luz a un niño vivo de 34 semanas de gestación. Pero el niño nació con una afección denominada «neumopatía de membranas hialinas», frecuente en los niños prematuros, que le causó la muerte 4 días más tarde (5).

La Audiencia consideró que estos hechos eran constitutivos de un delito de aborto y otro de *usurpación de personalidad* y condenó a la procesada a las penas de 1 año de prisión menor por el primer delito y 1 año de prisión menor y multa por el segundo. La sentencia del Tribunal Supremo modificó esta conclusión estimando concurrente el delito de aborto, pero no el delito de usurpación de personalidad. En su lugar condenó a la recurrente por un delito de *uso público de nombre supuesto* a la pena de tres meses de arresto mayor y multa de 30.000 ptas.

II

1. El grupo de supuestos, en los que *la acción se produce sobre el feto y el resultado tiene lugar sobre el nacido vivo*, durante mucho tiempo no se consideraron un problema, pero a partir del proceso Contergan se convirtieron en asunto debatido, especialmente en Alemania (6). En la actualidad y debido al avance de la medicina las posibilidades de intervenir sobre el feto —a través de medicamentos, drogas, rayos, inyecciones...— han aumentado en gran medida. La posibilidad de manipulación se ha trasladado incluso a estadios anteriores a la gestación (7). Pero contrariamente a lo que pudiera parecer en un principio, esta clase de supuestos que examinaremos aquí no tiene nada de extraordinario, ya que la muerte del feto se lleva a cabo, en la mayoría de los casos, provocando su expulsión al exterior del

(5) Con este nombre se conoce a la neumopatía no infecciosa de mayor interés en la edad neonatal. El mayor número de casos corresponde a prematuros, pero a veces se puede presentar en hijos de madres diabéticas y otros recién nacidos. La lesión histológica principal «consiste en una membrana o material parecido a una membrana, sin estructura o hialina, que reviste las últimas ramificaciones del árbol respiratorio, especialmente de los conjuntos alveolares y alveolos, tapizándolos como una habitación empapelada. Impide así los recambios gaseosos de la normal hematosis». (CRUZ HERNADEZ, M.: *Pediatría y puericultura*, T. I, 1972, p. 116 ss.)

(6) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, JZ, 1971, p. 569 ss. y LÜTTER, H.: *Medicina y Derecho penal*, traducción de E. Bacigalupo, 1984, p. 63 ss. Como es sabido, en el llamado proceso Contergan un laboratorio alemán puso a la venta un medicamento para mujeres embarazadas, cuya ingestión provocó lesiones gravísimas así como la muerte de sus hijos recién nacidos. Sobre el interesante problema de Causalidad que también se planteó en el citado proceso véase GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988, en especial pp. 40 ss.

(7) Véase sobre la polémica jurídico-penal CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 413 ss. y *Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal*, A.D.P.C.P., 1988, III, p. 703.

seno materno. Si bien es cierto que esto tiene lugar generalmente en un estadio poco avanzado de la gestación, de tal forma que cuando el embrión sale al exterior no puede ser considerado como un «nacido vivo», porque no se ha producido la necesaria modificación de su vida dependiente fetal por una vida de carácter distinto (8). Tampoco constituyen supuestos excepcionales aquéllos en los que el resultado consiste en una lesión en el niño (pensemos, por ejemplo, en abortos frustrados, intervenciones médicas y actividades llevadas a cabo por la mujer durante el embarazo, que pueden resultar lesivas para el feto y para el niño). Sin embargo estos hechos no han tenido, por lo que alcanzo a ver, ninguna transcendencia en la práctica penal, quizás en parte por la dificultad de prueba de la causalidad existente entre la intervención dolosa o imprudente y el resultado producido (9).

2. A partir de esta problemática común, que constituye la *modificación del objeto objeto jurídico desde el momento de la acción hasta el momento de la producción del resultado*, pueden plantearse, atendiendo a diversos factores, distintos grupos de casos. A continuación me limito a enumerar algunos de estos *grupos de casos*, que posteriormente intentaré resolver:

A) En primer lugar, cabe distinguir entre que *el objeto sobre el que incide directamente la acción esté penalmente protegido o no lo esté*. En el primer caso se encuentra el embrión una vez ha anidado en el claustro materno (10). En el segundo caso se encuentra el embrión en una fase anterior a la anidación (11).

B) En segundo lugar, el *resultado* de la intervención puede consistir en la *muerte del feto* (la muerte en el interior del claustro materno o en el exterior del mismo pero en un estadio de desarrollo tal que todavía no permita hablar de un «nacido vivo») o bien en la *muerte del niño* nacido. El resultado también puede consistir en *lesiones* sobre el feto, que curen antes del nacimiento (impunes por atípicas), en lesiones sobre el feto que se prolonguen en el nacido vivo, o bien que tengan lugar directamente en el nacido vivo (12).

(8) Así BAJO FERNANDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 23.

(9) Aunque en los años sesenta la denominada «cultura de las drogas» contribuyó a poner de manifiesto la fisiología de la relación maternofetal y a observar las enfermedades y malformaciones acaecidas en el feto a consecuencia directa de la ingesta de las mismas (COUCEIRO, A., «*Neonatología: "Crisis" de una especialidad*», JANO, número 881, p. 61).

(10) También en la doctrina penal española una posición ampliamente extendida considerada comenzado el delito de aborto en el momento de la anidación del embrión en el útero materno. En este sentido GARCIA VICTORIA, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 78 s.; CABO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 558 y BAJO FERNANDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 127 s.

(11) ¡La destrucción de los embriones no implantados genera una interesante polémica de lege ferenda, véase entre otros CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 427.

(12) En este último caso, es decir cuando el resultado de lesiones o de muerte se produce directamente sobre el niño sin afectar al feto, se admite un delito contra la vida humana independiente. Más ampliamente sobre ello IV,2,C.

C) Cuando el resultado sea la *muerte del niño* a consecuencia de la intervención prenatal, ésta puede producirse por diversas razones:

a) Por *no haber alcanzado el feto la suficiente madurez* desde el punto de vista cronológico para vivir separadamente de la madre.

b) Por hallarse la criatura afectada de una *lesión orgánica producida durante la intervención prenatal que le incapacita para continuar viviendo en el exterior*.

c) *Por otras causas* distintas de la falta de viabilidad, como sucede en el supuesto de hecho de la sentencia.

D) Por otra parte el *momento de la producción de la muerte del nacido vivo* también puede variar, ya que puede tener lugar inmediatamente después del parto, o bien horas, días, meses o quizás años después.

E) Por último, merece especial consideración el examen de la *parte subjetiva* de cada supuesto. Sobre todo quienes consideren aplicables a estos casos los delitos contra la vida humana independiente además del aborto, tendrán que examinar en cada caso si el autor actuaba dolosa o imprudentemente, tanto en relación con la muerte del feto como en relación con la muerte o las lesiones del niño. Y no debe olvidarse para estos casos la posibilidad de que el sujeto actúe con dolo eventual respecto a la muerte o a las lesiones producidas en el niño, así como la punibilidad de las formas de imperfecta ejecución, también en relación con los delitos contra la vida humana independiente, para el caso de que no se produzca el resultado de muerte o de lesiones.

III

Intimamente relacionados con los supuestos que examinamos se encuentran otras constelaciones de casos, en las que, sin embargo, entre la acción y el resultado no se da la citada modificación del carácter del objeto.

1. Esto sucede, en primer lugar, en aquellos supuestos en los que *la intervención y el resultado tienen lugar o bien exclusivamente en el feto o bien exclusivamente en el «nacido vivo»*. Si la intervención se realiza sobre el feto en el interior del claustro materno con el resultado de muerte del mismo, la calificación jurídico penal será de aborto. Si la intervención sobre el niño produce como resultado su muerte, lógicamente nos encontramos ante un delito contra la vida humana independiente. Si a consecuencia de una intervención sobre el feto se producen unas lesiones en el mismo, que curan antes del nacimiento, el hecho —ciertamente muy raro— permanecerá impune por atípico. Si las lesiones se producen sobre el niño como consecuencia de una agresión sobre el mismo, la calificación será de lesiones. Por todo ello se considera que en estos casos nos encontramos ante supuestos

no problemáticos (13); excepción hecha de la cuestión relativa al comienzo de la vida humana independiente —que tampoco es pacífica en nuestra doctrina—, pero que puede hacerse extensiva a todo este ámbito de estudio (14).

Sin embargo, la solución no puede ser la misma para quienes consideren que el ámbito de protección de los delitos contra la vida humana independiente, la integridad física y la salud se extiende también a acciones anteriores al nacimiento. En este caso se tendrán que tomar en consideración no sólo los resultados que efectivamente se han producido, sino también todos los riesgos típicamente relevantes creados para la vida humana independiente, la integridad física y la salud que hayan sido abarcados por el dolo, aunque no hayan llegado a realizarse (supra II,2,E) (15).

2. En segundo lugar, debemos referirnos al grupo de supuestos en los que *se realiza una primera intervención sobre el feto, que se repite sobre el «nacido vivo»*. En este grupo de casos pueden darse realmente situaciones muy diversas, según que la voluntad del autor sea de lesionar o matar al feto o bien de lesionar o matar al niño. Sin embargo, el supuesto que me parece más plausible en la práctica es aquel en el que, un mismo sujeto, con dolo de abortar actúa sin éxito sobre el feto, pero produce un adelanto en el momento del nacimiento. Posteriormente repite el ataque doloso sobre el niño. En relación con este caso cabe plantear diversas cuestiones:

A) Por una parte examinar la relación existente entre los dos delitos que concurren: uno contra la vida humana dependiente y otro contra la vida humana independiente. Por otra parte determinar si

(13) Así LÜTTGER, H., *ob. cit.* en la nota 6, p. 72.

(14) En mi opinión, la ley establece el límite mínimo del objeto de los delitos contra la vida humana independiente en el infanticidio y cabe hacerlo extensivo a los demás delitos, en el *recién nacido*. El hecho de dar muerte al niño mientras está naciendo no constituye, por tanto, un delito contra la vida humana independiente sino aborto, ya que —como señaló Quintano (*ob. cit.* en la nota 2, p. 500)— «lo que está *naciendo*, en gerundio, no es lo *nacido*, sino lo que *va a nacer*». Puede considerarse que el niño ha nacido cuando ha salido por completo del claustro materno (así GIMBERNAT, E., en las notas al Tratado de Derecho Penal de QUINTANO, *ob. cit.* en la nota 1, p. 22 s.), sin que sea determinante el corte del cordón umbilical. Pero además, y como señala BAJO, M., será preciso que el nacido *haya modificado* su vida humana dependiente fetal, por una vida humana de carácter distinto. «No comienza el objeto material del delito de homicidio, cuando el nacido nace muerto o cuando mantiene una vida con respiración placentaria dependiente totalmente de la madre o cuando mantiene una vida residual en el camino o proceso a la muerte natural» (*ob. cit.* en la nota 1, p. 23). Dicha modificación no debe asimilarse con el momento de la respiración pulmonar. De forma que el impedir al nacido que comience a respirar, o bien el no ayudarlo a hacerlo para el que esté en posición de garante, constituirá homicidio o bien otro delito contra la vida humana independiente, pero no aborto. Es pues claro que una vez *nacido*, pero sólo entonces, los artículos 405 ss. dedican al niño su protección.

(15) De forma que si, por ejemplo, se realiza una intervención sobre el feto produciéndose la muerte del mismo en el interior del seno materno, deberá examinarse si además del aborto, se ha realizado también un parricidio, homicidio, asesinato o infanticidio, en grado de frustración en la medida en que el autor actuase, aunque sólo fuera con dolo eventual, con dolo de producir la muerte en el exterior del seno materno.

el delito de aborto debería entenderse realizado en grado de frustración o de consumación.

En relación con estas cuestiones cabe señalar que en un supuesto como el que ahora examinamos el Tribunal Supremo alemán estimó concurrente un delito de aborto consumado en unidad de acción con un delito de homicidio consumado. El citado Tribunal señaló que «el ataque dirigido al claustro materno constituyó también una causa para la muerte del niño nacido vivo... Con la muerte del niño la conducta de homicidio consumó al mismo tiempo el tipo del § 218 (aborto). Ambos delitos se encuentra en unidad de acción». Hubiese sido distinto si el niño hubiera nacido muerto... En este caso, faltaría una acción que pudiera subsumirse en los dos tipos al mismo tiempo y fundamentar la unidad de acción. Existiría un delito de aborto consumado y un homicidio intentado en pluralidad de acciones». (16).

La solución que aporta el Tribunal Supremo alemán no es aceptable, porque la acción de dar muerte al nacido no puede subsumirse en el tipo de aborto y, por ello, no cabe hablar en este supuesto de unidad de acción, sino, en cualquier caso, de pluralidad de acciones. Tampoco puede considerarse que el delito de aborto haya llegado a consumarse.

a) Para poder determinar si nos encontramos ante un delito de aborto frustrado o consumado tendremos que detenernos en el examen de la parte objetiva del tipo de aborto consumado y comprobar si la muerte del niño es objetivamente imputable a la conducta de aborto. Ciertamente en el caso de que la intervención sobre el feto haya conllevado un adelanto del nacimiento y, por ello, también un adelanto de la muerte del niño en el exterior del claustro materno, cabrá afirmar que la conducta de aborto *ha sido causa* de la muerte del niño, es decir, ha causado la muerte en el concreto momento en que se ha producido. *Pero* si aplicamos los principios de la imputación objetiva tenemos que concluir que la muerte del niño *no es objetivamente imputable* a la conducta de aborto, sino exclusivamente a la conducta de homicidio. Porque a pesar de que el primer ataque crea verdaderamente un peligro típicamente relevante, no puede considerarse que la muerte del niño, tal y como se produce, constituya la realización del peligro creado por dicho ataque, sino de otro peligro posterior que es el que conlleva la conducta de homicidio. En otros términos, puede afirmarse que la finalidad de la norma del aborto no es el evitar conductas encaminadas a producir la muerte del ya nacido. Por tanto, puesto que la muerte del niño no constituye la realización del peligro creado con el nacimiento prematuro, no puede estimarse que el aborto sea consumado.

b) Concurren, por tanto, dos hechos distintos que dan origen a dos delitos distintos: aborto frustrado y el correspondiente delito

(16) BGHS: 10,291.

contra la vida humana independiente consumado. La realización existente entre ambos delitos será, por consiguiente, de *concurso real* (17). El concurso de leyes, que podría alegarse por la agravación en la misma línea de ataque que supone el delito contra la vida humana independiente y en virtud del cual debería considerarse que este último contiene por completo el desvalor del aborto, no me parece aceptable por el diverso contenido del injusto que claramente poseen ambos delitos (18).

B) También en relación con este grupo de supuestos podemos plantearnos, por otra parte, qué relevancia jurídico-penal debe concederse al hecho de que el niño nazca en condiciones de falta de viabilidad extrauterina; así como al hecho de que el niño hubiera muerto ya antes del segundo ataque, sin advertirlo el autor del mismo. Con respecto a la primera cuestión considero, en el mismo sentido que la doctrina dominante, que el recién nacido, que por falta de madurez, o por alguna otra razón, no tiene ninguna posibilidad de continuar viviendo en el exterior del claustro materno, constituye también un objeto idóneo de los delitos contra la vida humana independiente (19). Lo exigible es como indica Bajo Fernández «que el nacido nazca vivo y que, además modifique esa vida dependiente en una vida humana independiente» (20), aunque no pueda continuar viviendo. Por ello, si el niño nace muerto y el autor, sin advertirlo, realiza un segundo ataque con la intención de darle muerte, este hecho no podrá originar un delito contra la vida humana independiente consumado, pero si puede ser punible, según las circunstancias, como delito imposible o tentativa inidónea de homicidio, parricidio, etc. (21). En este caso el delito de aborto deberá estimarse consumado.

(17) Cfr. WELZEL, H.: *Deutsches Strafrecht*, 11.ª Ed., 1969, p. 300 y ROXIN, C.: *Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens*, J. A., 1981, p. 545, entre otros. En cambio LAY considera posible sostener la unidad de acción alegando que la conducta del aborto, que produce el nacimiento prematuro, conduce, según una concepción natural, directamente a la conducta de homicidio, y que ambas acciones contienen un dolo unitario de aborto y homicidio, que conlleva el deseo de evitar a toda costa el crecimiento familiar (*Leipziger Kommentar*, 9.ª Ed., 1972, § 218 número 27). Por su parte ESER (*Strafrecht*, III, 1978, p. 57) considera posible sostener unidad de acción en el caso de que el niño fuese inviable y, por ello, hubiese muerto igualmente. Este punto de vista no me parece consecuente, ya que como indico en III,2,B, la viabilidad no constituye un requisito típico del homicidio.

(18) Cfr. ESER, A., *ob. cit.*, en la nota 17, p. 57.

(19) Sobre esta cuestión véanse por todos STAMPA BRAUN, J. M.: *el objeto material de los delitos contra la vida*, A.D.P.C.P., 1950, p. 535ss. y GARCIA VITORIA, A., *ob. cit. en la nota 2*, p. 112 ss. En sentido contrario Queralt, J. J., *ob. cit.* en la nota 1, p. 6 s.

(20) *Ob. cit.* en la nota 1, p. 23. Sin embargo, no es posible desconocer el gravísimo problema que se plantea hoy en día debido a los avances de la neonatología y del hecho que sea posible mantener con vida niños que antes morían irremisiblemente, pero que en algunos casos, sin que siempre se sepa en cuáles, pueden verse condenados a vivir el resto de su vida con grandes hándicaps. Véase sobre estas cuestiones COUCEIRO, A., *ob. cit.* en la nota 8, p. 59 ss.

(21) Sobre esta cuestión véase mi libro *La tentativa de delito*, Doctrina y Jurisprudencia, 1986, pp. 277 ss. y también mi artículo *Consideraciones dogmáticas y de lege fe-*

IV

1. En relación con los casos, como el que plantea la sentencia que comentamos, en los que la intervención se produce sobre el feto y el resultado sobre el nacido vivo, observamos, en primer lugar, que se sostienen doctrinalmente *soluciones contrapuestas*. Por un parte, un amplio sector doctrinal estima imposible aplicar un delito contra la vida humana independiente a una acción que se dirige sobre el feto (22). Por ello, si como resultado de dicha agresión se produce la muerte del nacido vivo, se considera concurrente un delito de aborto. Si el resultado es de lesiones en el niño: impunidad (23). También en este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo ya que en ninguna sentencia ha calificado como delito contra la vida humana independiente, sino como aborto, esta clase de supuestos.

Frente a este punto de vista otro importante sector doctrinal considera aplicables a estos supuestos los delitos contra la vida humana independiente. Así, si a consecuencia de una agresión sobre el feto se produce la muerte del nacido vivo tendrá que castigarse por un homicidio doloso consumado, si se quería matar al niño (24) y por homicidio imprudente (25) o preterintencional (26) en concurso con tentativa de aborto, en el supuesto de que no se quisiera matarle. Si el resultado es de lesiones en el niño serán de aplicación los tipos de lesiones dolosas o culposos.

2. En la doctrina penal se ha considerado normalmente que el punto neurálgico de esta discusión radica en determinar en qué momento tiene que concurrir el objeto exigido por el delito. En otras palabras, es indiscutible que los delitos contra la vida humana independiente protegen la vida del nacido vivo; pero, la cuestión estaría en decidir en qué momento es preciso que se halle presente dicho objeto. Sobre ello algún autor considera que «las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento de la acción» (27),

renda en torno a la punición de la tentativa idónea, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, T. I, 1989, pp. 259 ss.

(22) En este sentido QUINTANO RIPOELES, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 617; GIMBERNAT ORDEIG, E., *ob. cit.* en la nota 14, p. 617; MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.* en la nota 1, p. 24 s.; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal* (P.E.), 1986, p. 55; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1, 1981, p. 279 y CUERDA RIEZU, A. *ob. cit.* en la nota 2, p. 420.

(23) QUINTANO RIPOLLES (*ob. cit.* en la nota 2, p. 617) y ROMEO CASANOVA (*ob. cit.* en la nota anterior, p. 279 s.) proponen evitar la impunidad castigando, en su caso, por aborto imperfecto. CUERDA RIEZU, A. (*ob. cit.* en la nota 2, p. 422) propone la creación de un tipo penal que prohíba las lesiones —al menos las dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo.

(24) En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en nota 1, p. 25 y COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en nota 1, p. 488.

(25) Así COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 488.

(26) STAMPA BRAUN, *ob. cit.* en la nota 19, p. 550 y BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, p. 25 nota 60.

(27) CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 421.

por tanto estos supuestos que examinamos nunca podrían originar un delito contra la vida humana independiente. En cambio, quienes sustentan la segunda de las tesis expuestas anteriormente parecen conformarse con que el objeto concurra en el momento de producirse el resultado (28). Para tomar partido sobre esta cuestión distinguimos, en los delitos de resultado, tres momentos en relación con la cualidad del objeto: El momento de la manifestación de voluntad (acción en sentido estricto) (por ejemplo, la realización del disparo); el momento en que la acción incide directamente en el objeto (por ejemplo, cuando la bala entra en el cuerpo de la víctima) y el momento del resultado (por ejemplo, la muerte) (29).

A) Si admitimos que el objeto del delito tiene que concurrir ya en el primer momento, es decir, con la simple *manifestación de voluntad*, entonces se produce, incomprensiblemente, un vacío en la protección penal del bien jurídico en cuestión. Tomemos como ejemplo el siguiente caso: un sujeto coloca una bomba en la habitación destinada a los recién nacidos de una clínica, que se acaba de inaugurar y que por tanto está vacía, para que explote dos días después, cuando la ocupen los niños. Si estimamos decisivo el momento en que el sujeto manifiesta su voluntad, puesto que en el momento de colocar la bomba los niños afectados todavía no habían nacido, no podremos aplicar los delitos descritos en los artículos 405 ss. (30). Pero puesto que el ataque tampoco se produce sobre un ser humano en gestación, no cabría acudir a los tipos de aborto. La impunidad también tendría que ser la solución en el caso de que alguien dejase descuidadamente unos polvos venenosos en la misma habitación antes de su inauguración, que posteriormente los utiliza otra persona por error en la preparación de un biberón produciéndose la muerte o lesiones de un niño recién nacido. Es lógico, pues, pensar que las normas penales no se abstienen de brindar su protección también a aquellos objetos existentes en el momento de la manifestación de voluntad, pero que se hallarán presentes en el momento de la lesión. Y que, por lo tanto, prohíben también la realización de aquellas conductas objetivamente peligrosas en relación con un objeto, que no se halla presente en el momento de su realización, pero que estará presente cuando la conducta incida sobre el mismo.

B) Tampoco puede considerarse decisivo el momento en que se produce el resultado como determinante de la presencia del objeto

(28) En este sentido podría interpretarse la siguiente afirmación: «si el sujeto pretendía justamente (matar) y puesto que el homicidio es un tipo prohibitivo de causar un resultado, la conducta deberá ser calificada de homicidio doloso» (COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 488).

(29) Cfr. KAUFMANN, Armin, *ob. cit.* en la nota 6, p. 569.

(30) Tampoco podría acudirse a la tentativa idónea ya que el autor conoce perfectamente el hecho que realiza y no existe ningún error o desconocimiento por su parte en relación con el objeto del delito.

típico. De ser así las conductas en las que no se ha llegado a producir el resultado previsto, es decir, las formas de imperfecta ejecución deberían permanecer impunes. Sólo podría castigarse —contrariamente a lo que indica el artículo 3 del Código penal— el delito consumado (31).

C) Por consiguiente, *el momento en el que tiene que concurrir la cualidad del objeto típico tendrá que ser aquel en el que la acción incida en el mismo*. En este sentido se manifiesta la doctrina dominante alemana, que niega por ello, la posibilidad de aplicar en los casos que examinamos los delitos contra la vida humana independientemente (32). No se considera posible aplicar dichos delitos cuando la conducta incide sobre el feto y no sobre una persona. En cambio, la solución tiene que ser distinta si la intervención prenatal incide directamente sobre el ser humano ya nacido. Estos casos son punibles conforme a los artículos 405 ss. y 419 ss. (33). En este sentido Eser cita como ejemplo de este último grupo de casos aquel en el que la madre contrae una infección vírica antes del nacimiento, con el fin de transmitírsela a su hijo después del nacimiento y a consecuencia de la cual el niño muere. Sin embargo, este supuesto sólo podrá ser calificado como un delito contra la vida humana independiente en el caso de la que madre transmita la infección vírica directamente al niño después del nacimiento, pero si contagia al embrión y la infección se advierte cuando el niño nace, no estaríamos ante este grupo de casos.

En los supuestos que examinamos la acción incide realmente en los dos objetos que entran en consideración. En primer lugar y directamente, la intervención prenatal incide objetivamente en el feto. Posteriormente e indirectamente la acción incide en el niño en la medida en que en él recaen las consecuencias de la misma. Por esta razón y para evitar la aplicación a estos casos de los delitos contra la vida humana independiente, Eser propone establecer el límite entre el aborto y los delitos descritos en los artículos 405 ss en el momento en que

(31) No me parece posible operar aquí —como propone BAJO FERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 25— con un razonamiento similar al de la problemática del «tempus commissi delicti» y acudir por ello a la teoría de la ubicuidad o del resultado. Por una parte, porque no tratamos de averiguar el momento en el que debemos considerar perpetrado el delito, sino, qué delito se ha realizado realmente. Se trata de un problema de tipicidad, es decir, de averiguar si las normas de los delitos contra la vida humana independiente pretenden evitar también ataques contra el ser humano en gestación. Por otra parte, tampoco la problemática del tempus commissi delicti tiene que ser resuelta mediante una solución única, aplicable a todos los supuestos (véase sobre ello CASABO, J. R. en *Comentarios al Código Penal*, T. II, 1976, p. 35 ss.).

(32) Cfr. entre otros Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 569; LÜTTGER, *ob. cit.* en la nota 6, p. 77; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil, 4.^a Ed., 1989, § 212, número 4; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil, 4.^a Ed., § 218, número 6 y ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 548.

(33) ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 23.^a Ed., 1988, § 211, Vorbem., número 15; LÜTTGER, *ob. cit.* en la nota 6, p. 76 y RUDOLPHI, *ob. cit.* en la nota 32, § 218, número 6.

la acción *comienza a incidir* sobre el objeto. Así si ello tiene lugar antes del comienzo del nacimiento el hecho constituirá aborto, en cambio si la acción comienza a incidir en el niño después del nacimiento, el hecho se subsumirá, como ya hemos indicado, en los artículos 405 ss. (34). Este matiz que apunta Eser a la solución dominante en Alemania puede resultar ciertamente clarificador, pero no explica el porqué debe renunciarse en estos casos a la aplicación de los delitos contra la vida humana independiente, lo que constituye en realidad la cuestión de fondo.

Por todo lo expuesto hasta aquí podemos, pues, afirmar que simplemente del enunciado de los preceptos que examinamos no es posible deducir cuál de las dos interpretaciones es preferible. Aunque no siempre se haya visto así lo cierto es que si se parte de una interpretación estrictamente literal ambas tesis son perfectamente plausibles. Por ello es necesario acudir a otras formas de interpretación: sistemática y teleológica, con el fin de determinar el ámbito de aplicación de estos preceptos.

3. Este que nos ocupa constituye, pues, un problema de tipicidad, en el que lo decisivo será averiguar si realmente responde al sentido de los artículos 405 ss. y 419 ss. extender su ámbito de aplicación a todas las intervenciones prenatales, cuyo resultado se produzca en el nacido vivo. O si, por el contrario, dichos preceptos limitan su ámbito de aplicación a los comportamientos que inciden directamente sobre el nacido vivo. En este sentido me parece evidente que la legislación penal desea, mediante los delitos contra la vida humana dependiente e independiente proteger la vida humana en sus diversas fases de desarrollo. Y, del mismo modo que dicha protección, una vez iniciada debe hacerse extensiva, sin intervalos, a todos los períodos de evolución de la vida humana, no es preciso que tengan que existir ámbitos de doble protección. Como veremos a continuación, la voluntad de la ley parece clara en el sentido de establecer una delimitación precisa entre ambas clases de delitos y esta delimitación radica en nuestro Derecho en el momento posterior al nacimiento (35). Sólo cuando la conducta incida directamente en el recién nacido vivo serán, pues, de aplicación los delitos contra la vida humana independiente.

Y ello a pesar de que ciertamente y como indica Bajo Fernández, en algunas ocasiones la solución que aquí se sostiene puede resultar insatisfactoria, ya que por ejemplo, no parece correcto tener que dejar impunes los casos en los que el autor realiza ciertas actividades sobre

(34) ESER, *ob. cit.* en la nota 33, § 211, Vorbem número 15.

(35) Véase sobre el comienzo de la vida humana independiente la nota 14. No obstante algunos autores señalan que con el comienzo del nacimiento el ser humano vivo entra en un período de mayor exposición al peligro de las manipulaciones descuidadas. En mi opinión el adelanto del objeto de los delitos contra la vida humana no dependiente al comienzo del nacimiento sólo cabe en lege ferenda. (Cfr. MUÑOZ CONDE, *ob. cit.* en la nota 1, p. 24 s.).

la mujer embarazada (le hace ingerir medicamentos o bien le somete a radiaciones) con la intención de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas (36). Pero debe tenerse en cuenta que la interpretación de un precepto no puede decidirse en base a la solución que parezca preferible de un grupo de casos en verdad muy poco frecuentes, sino más bien del examen del espectro total de casos que se verán afectados por dicha interpretación (37). Como veremos a continuación la solución que propone castigar en estos casos por los delitos contra la vida humana independiente se opone abiertamente a la voluntad de ley y, por ello, no puede sostenerse.

A) En primer lugar es preciso tener en cuenta que las penas que entrarían en consideración oscilan entre la pena de prisión menor o mayor, que son las penas correspondientes a los tipos básicos de aborto y las de reclusión menor y mayor, ésta última en su grado máximo, caso de considerarse el supuesto como asesinato (la muerte de un niño siempre lo es, según el T. S.). La mayor gravedad de las penas tendría que corresponderse, lógicamente, con una mayor gravedad de los hechos a los que se aplican. Sin embargo, el que la muerte se produzca en el exterior del seno materno no conlleva un aumento en la gravedad del hecho. Más bien sucede que, en muchos casos, el que la muerte no se produzca en el seno de la madre puede deberse a circunstancias que no dependen del autor. Ciertamente no consigo entrever a que finalidad político-criminal respondería el premiar —incluso con la impunidad si el aborto es imprudente— al que tiene la fortuna de que el niño muera en el claustro materno.

Pero, además, cabe considerar que la conducta de producir la muerte en el interior del claustro materno es incluso más grave que la conducta de provocar la expulsión y dejar que el niño muera en el exterior: En el primer caso se requiere un ataque más intenso, la vida de la madre corre más peligro y la del niño también, puesto que una vez en el exterior cabe aún la posibilidad de que se le socorra. Por ello tampoco se comprendería que si la intervención es tan grave que produce la muerte en el interior del claustro materno, se castigue menos o incluso no se castigue —en caso de imprudencia—; en cambio, si la intervención es menos grave de forma que conduce a la expulsión, deban aplicarse las penas de los delitos contra la vida humana independiente dolosos o imprudentes (38).

Todavía mayor desproporción se advierte al comparar la gravedad que comporta la conducta de dar muerte al feto de nueve meses mientras está naciendo, a la que, según nuestro Derecho positivo, le corresponde la pena de aborto y la conducta de dar muerte al feto en el interior

(36) *Ob. cit.* en la nota 1, p. 25.

(37) Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 570.

(38) Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 570.

del claustro materno produciéndose la muerte en el exterior, a la que se aplicaría la pena de reclusión menor, como mínimo.

B) Por otra parte, supondría ciertamente una confusión en cuanto a la protección de ambos bienes jurídicos el que cualquier conducta en principio típica de aborto pudiera constituir a la vez un posible delito contra la vida humana independiente. Si la muerte ha tenido lugar en el interior del claustro materno a consecuencia de una intervención prenatal, pero al realizar el ataque existiría dolo, siquiera eventual, de que la muerte pudiera producirse en el exterior sobre el nacido vivo, tendrá que castigarse también por el correspondiente delito intentado o frustrado contra la vida humana independiente. Si el aborto de un embrión de dos o tres meses ha resultado frustrado, pero el ataque ha producido lesiones en el feto que permanecen en el niño, tendrán que aplicarse los tipos de lesiones. En mi opinión, esto conduce a proteger al ser humano en gestación como si de un niño se tratara, contrariando así la voluntad de la ley que es la de distinguir entre ambos objetos de protección.

C) Que la voluntad de la ley no es la de castigar en estos casos por los delitos contra la vida humana independiente todavía se advierte con mayor claridad en relación con el delito de aborto imprudente. Según la doctrina dominante en nuestro país el aborto imprudente es impune, salvo lo dispuesto en el artículo 412 (39). Pero esta conclusión tendría que admitirse sólo si la muerte del feto tiene lugar en el seno materno. En cambio, si la muerte se produce en el exterior del mismo, la misma intervención prenatal se convertiría en un delito contra la vida humana independiente. La ampliación de los artículos 405 ss. y 419 ss. también a las intervenciones prenatales imprudentes produciría exactamente el mismo efecto que la punición del aborto imprudente. Por otra parte, comportaría el tener que admitir la existencia de normas que prohíben la realización de conductas descuidadas, cuyo resultado se produce sobre el nacido vivo, y no prohíben en cambio la realización de aquellas conductas cuyo resultado se produce en el feto, lo que como se ha indicado anteriormente, en muchos casos no depende del autor (40). ¿Qué sentido tendría pretender determinar al autor con este tipo de normas que no podría seguir?

Si la muerte imprudente del feto se considera impune excepto en el supuesto indicado, con más razón se considerarán impunes las lesiones imprudentes sobre el feto. Ciertamente se puede argumentar que la producción de una lesión imprudente en el feto, que posteriormente

(39) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, p. 139.

(40) Si se castigasen las lesiones y la muerte del feto producidas en el exterior del seno materno a consecuencia de conductas imprudentes sobre el feto, advierte ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 548, que todas las mujeres embarazadas vivirían con el temor constante que supondría la posibilidad aplicárseles los delitos contra la vida humana independiente y, por ello, en una situación de nervios constante que no favorecería el sano desarrollo del feto. Tampoco potenciaría en demasía el deseo de las mujeres de quedar embarazadas.

recaerá en el niño, puede constituir para el recién nacido y para su familia incluso un hecho más grave que la muerte (41). Pero esta valoración no se corresponde con la del Código Penal español (42).

4. Por todo lo expuesto hasta aquí considero adecuada la solución de la sentencia de castigar en un supuesto en el que el ataque se produce sobre feto y el resultado de muerte tiene lugar en el nacido vivo, por un delito de aborto y no por un delito contra la vida humana independiente. No entenderlo de este modo conduciría a diluir la frontera entre ambas clases de delitos y a otorgar al feto prácticamente la misma protección que al nacido vivo, lo cual no se corresponde con la voluntad de la ley que ha diferenciado entre ambos bienes jurídicos.

5. A pesar de lo expuesto debe, sin embargo, destacarse el hecho de que, en algunos casos, la posterior omisión que puede producirse al no socorrer al recién nacido vivo, puede adquirir relevancia típica. Tendrá que admitirse la comisión por omisión cuando el sujeto se encuentre en posición garante y concurren los restantes presupuestos necesarios para la imputación objetiva del resultado (43). Por consiguiente, en el grupo de casos que examinamos podrían producirse en realidad dos intervenciones que darían origen a dos delitos distintos. En primer lugar un delito de aborto por comisión y, en segundo lugar, un delito contra la vida humana independiente por omisión. De ser así la estructura que se producirá coincide con la indicada anteriormente (III/2) la solución será, por tanto, la que allí se ha propuesto. Sin embargo, no es posible desconocer el hecho de que al consistir la segunda intervención en un delito de omisión se plantean ciertos problemas adicionales, sobre todo en relación a la imputación objetiva del resultado de muerte a la inicial conducta de aborto. La discusión sobre si el delito de aborto debería entenderse consumado o frustrado nos conduciría a la discusión sobre si y en qué medida una omisión posterior puede interrumpir la relación de imputación objetiva entre la conducta inicial y el resultado (44).

V

1. Excluida la posibilidad de considerar el supuesto examinado como un delito contra la vida humana independiente, todavía nos queda por determinar si se trata de un delito de aborto consumado, tal como lo califica la sentencia. El hecho de que el niño haya muerto

(41) Así ARZT, *Strafrecht, Resonderer Teil*, Vol. 1, 1977, p. 133 s.

(42) Véase también CUERDA, A. *ob. cit.* en la nota 2, p. 422.

(43) Las sentencias de 30 de diciembre de 1924 y 3 de junio de 1969 condenaron por infanticidio a quienes dejaron morir al recién nacido «no ligándole el cordón umbilical».

(44) Sobre esta cuestión véase la exposición que hace SILVA SANCHEZ, J., de las posiciones existentes en la doctrina alemana *Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo*, A.D.P.C.P., 1985, p. 196.

no determina una conclusión en este sentido pues, por diversas razones, la muerte puede encontrarse al margen del ámbito de protección de la norma del aborto.

2. En primer lugar, hay que tener en cuenta que con frecuencia se restringe el ámbito de aplicación del aborto a aquellas conductas que producen la muerte del feto en el interior del claustro materno, o bien en el exterior del mismo por carecer de las necesarias condiciones de viabilidad y madurez extrauterina (2). Generalmente se está pensando en los supuestos, sin duda los más frecuentes, en que el feto no posee la suficiente madurez cronológica para, una vez en el exterior, vivir separado de la madre (45). Pero la falta de viabilidad también puede tener su origen —como he indicado ya en II,2,C— en alguna lesión orgánica producida en el feto durante la intervención prenatal que le impida continuar viviendo en el exterior del seno materno. Ciertamente no existe ningún fundamento para excluir del tipo de aborto estos supuestos que acabo de citar. De no subsumirse en el delito de aborto tendría que permanecer impunes, a no ser que pudieran ser estimados como aborto frustrado si existiera dolo de producir la muerte del feto en el interior del claustro materno, puesto que no pueden subsumirse tampoco en los delitos contra la vida humana independiente por incidir directamente la agresión en el feto.

3. Pero el caso que se plantea en la sentencia es distinto de los dos anteriores por cuanto que *la muerte del niño no es consecuencia de su falta de viabilidad*. Con más de ocho meses de gestación intrauterina el recién nacido no puede ser considerado como neonato inmaduro, ni tampoco consta en los fundamentos de derecho de la sentencia que el niño adoleciera de alguna lesión o enfermedad producida por la intervención prenatal, que le imposibilitara vivir separado de la madre. De no haber contraído la enfermedad de la membrana hialina el recién nacido tenía posibilidades de continuar viviendo en el exterior del seno materno. Incluso una vez contraída la enfermedad tenía también posibilidades de superarla, puesto que no se trata de una enfermedad mortal de necesidad, aunque los índices de mortalidad son muy elevados en los casos graves (46). Por consiguiente, la cuestión radica en determinar si este grupo de casos en los que la muerte del niño se debe a circunstancias distintas de su falta de capacidad para vivir en el exterior del claustro materno, pertenecen también al ámbito del aborto.

(45) En la sentencia que comento se define el aborto como «la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad de *la vida del nasciturus en estado de dependencia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclita y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante*».

(46) Cfr. CRUZ HERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 5, p. 117.

Su exclusión constituye la consecuencia lógica de considerar que el delito de aborto protege el bien jurídico vida humana dependiente sólo en su fase de desarrollo en el seno materno hasta que el feto alcanza la suficiente madurez extrauterina para vivir separado de la madre, es decir, hasta que adquiere condiciones de viabilidad extrauterina. En este sentido el dar a luz prematuramente, a consecuencia de una intervención prenatal dolosamente realizada, un niño que posea suficientes condiciones de viabilidad extrauterina, constituirá en todo caso un delito de aborto frustrado (47). No me parece, sin embargo, que exista una justificación legal suficiente para excluir estos supuestos del delito de aborto consumado. Si se atiende al hecho de que la finalidad del aborto es la de proteger la vida humana durante el período de desarrollo de la misma en el interior del seno materno, el ámbito de aplicación de este delito deberá extenderse a todas aquellas conductas que comporten un riesgo para la vida del ser humano en formación, durante este período. Dicho riesgo puede crearse agrediendo al feto directamente en el interior del claustro materno, o bien expulsándole prematuramente al exterior. En este último caso el peligro será lógicamente mayor en relación con el menor desarrollo del feto: si la expulsión es dentro de los primeros meses de gestación ni siquiera existirá la posibilidad de vida extrauterina, en cambio, si es posterior las posibilidades de vida extrauterina irán en aumento. Pero, en cualquier caso si lo que se desea es evitar el peligro que representa para la vida del feto la interrupción prematura del embarazo, *tendrá que castigarse por aborto consumado siempre que la muerte del feto en el exterior del seno materno constituya no sólo la consecuencia de dicha interrupción, sino además la realización del peligro creado por la misma*. Esto implica extender el ámbito del aborto, más allá de los casos en los que la muerte del niño tiene su origen en la falta de viabilidad extrauterina, a todos aquellos supuestos en los que el niño muere por otras causas que tienen su origen en la interrupción del embarazo (48), aunque lógicamente sólo cuando la muerte constituya la realización del peligro creado por la conducta de aborto. Supondría una extensión incorrecta del delito de aborto el aplicarlo a supuestos en los que la muerte del niño es consecuencia de lesiones o dolencias que no tienen su origen en la intervención prenatal. Tampoco sería correcto aplicar el delito de aborto consumado en casos en los que la muerte del niño a pesar de ser consecuencia de la agresión prenatal, no constituye la realización del riesgo creado mediante dicha intervención, porque por alguna razón puede considerarse interrumpida la necesaria relación de riesgo entre la conducta y el resultado.

(47) Así, por ejemplo, ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 546.

(48) En este sentido los autores citados en la nota 1. En Alemania defienden este punto de vista ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 218, número 7 y RUOLPHI, SK, § 218, número 5.

De las consideraciones hechas hasta aquí se desprende que la *inmediatez de la muerte del niño no constituye un requisito del tipo de aborto consumado* (II.2.D). Es indiferente que la muerte tenga lugar inmediatamente después de la expulsión, o bien horas, días o quizás años más tarde. 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. De otro modo se crearía una incomprensible laguna en relación con la protección de la vida humana y, por otra parte, se dejaría en las manos del médico la posibilidad de evitar la punición por aborto retardando artificialmente, el momento de la muerte del niño (49).

VI

A modo de *conclusión* sólo me resta examinar el supuesto de hecho de la sentencia a la luz de las consideraciones hechas anteriormente. En primer lugar, y por las razones indicadas en el apartado IV, estimo, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo, *que se trata de un delito de aborto y no de un delito contra la vida humana independiente*. La intervención prenatal incide directamente sobre el feto, que es expulsado del claustro materno antes de concluir el período de gestación. Sólo si la agresión hubiese incidido directamente sobre el recién nacido podría tratarse de un delito contra la vida humana independiente.

En segundo lugar, aún a pesar de que se haya producido la muerte del recién nacido, *cabe plantear si nos encontramos realmente ante un delito de aborto consumado*. El que la muerte del niño no se deba a su falta de viabilidad, es decir de capacidad de vida en el exterior del claustro materno, no afectaría a la calificación de los hechos como aborto consumado. Ni tampoco el que la muerte haya tenido lugar, no inmediatamente después del nacimiento, sino cuatro días más tarde. Porque, por lo expuesto en el apartado V, lo decisivo para que concurra el tipo objetivo del delito de aborto consumado es que la muerte del niño sea consecuencia de la intervención sobre el feto. Es igual que la muerte tenga lugar directamente en el interior del claustro materno o bien en el exterior por las lesiones producidas

(49) También GARCIA VICTORIA, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 99, prescindiendo de la inmediatez temporal entre el aborto y la muerte como requisito del tipo de aborto consumado. La cuestión es debatida en Alemania: Consideran necesaria una estrecha relación temporal JAHNKE, EN *Leipzigiger Kommentar*, 1983, § 218, número 13; ARTZ, *ob. cit.* en la nota 41, p. 135 y TEPPERWIEN, I., *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, 1973, p. 109 ss. Prescinden, sin embargo, de este requisito ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 218, número 8 y RUDOLPHI EN SK, § 218, número 5 entre otros.

en el feto con la agresión o por otra causa que tenga su origen en la intervención. Pero además también es preciso que la muerte constituya la realización del peligro creado con la intervención prenatal. Por tanto, sólo en la medida en que podamos confirmar que concurren ambos requisitos así como, en la parte subjetiva, el dolo de matar al feto (50), podrá concluirse que la calificación de aborto consumado es correcta. La cuestión, por lo tanto radica, en comprobar *si la enfermedad que afectó al niño fue consecuencia del adelanto del momento del parto*. Se precisa una comprobación de este caso en concreto, ya que la enfermedad de la membrana hialina con ser muy frecuente en los niños prematuros, no sólo es posible en éstos (51). En el caso de que la enfermedad no fuese consecuencia del adelanto del parto, o bien no llegase a establecerse la relación de causalidad entre ambos, no podría calificarse como aborto consumado. Sólo si la comprobación de dicha relación de causalidad se hubiere realizado, lo que no se desprende con claridad de la sentencia (52), la tipicidad objetiva del aborto consumado podría entenderse realizada, puesto que también concurría la necesaria relación de riesgo entre la conducta y el resultado (la citada enfermedad constituye ciertamente uno de los riesgos que se pretenden evitar prohibiendo el adelanto del parto).

(50) El Tribunal Supremo considera provado el dolo directo de abortar «no solo en el momento inicial en el que la encausada se prestó a las manipulaciones antes contadas, sino en todo el tiempo que subsiguió a las mismas». Si la mujer quiso con dolo directo, o como mínimo con dolo eventual, la muerte del feto en el interior del claustro materno, existiría un error irrelevante sobre el curso causal si la muerte del feto en el exterior fuera imputable a la expulsión prematura.

(51) Como he indicado en la nota 5 el mayor número de casos corresponde a niños prematuros, pero también se puede presentar en otros recién nacidos. En realidad el origen de la membrana hialina es todavía objeto de discusión. (Cfr. CRUZ HERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 5, 116 ss.).

(52) En la sentencia se dice «por su condición de prematuro, como es frecuente en los mismos, el niño nació con una afección denominada neumopatía de membranas hialinas, que le causó la muerte».