

manuales

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Un estudio a través del sistema de casos

TOMO I. Delitos contra las personas

**DIRECTORES**

**José Miguel Zugaldía Espinar**

**Elena B. Marín de Espinosa Ceballos**

**AUTORES**

**Concepción Carmona Salgado**

**Juan Miguel Mora Sánchez**

**M<sup>a</sup> Ángeles Cuadrado Ruiz**

**M<sup>a</sup> Rosa Moreno-Torres Herrera**

**Patricia Esquinas Valverde**

**M<sup>a</sup> Isabel Navarro Moreno**

**Juan Luis Fuentes Osorio**

**Esteban J. Pérez Alonso**

**Aurora García Vitoria**

**Esther Pomares Cintas**

**Justa Gómez Navajas**

**Guillermo Portilla Contreras**

**Elena B. Marín de Espinosa**

**M<sup>a</sup> Inmaculada Ramos Tapia**

**José Miguel Zugaldía Espinar**



TIRANT LO BLANCH

# DERECHO PENAL

## (PARTE ESPECIAL)

### Un estudio a través del sistema de casos resueltos *Los delitos de aborto y de causación de lesiones al feto*

#### *Tema 2.-El aborto*

---

##### I. INTRODUCCIÓN

El delito de aborto regulado en el Título II del Libro II CP, protege la vida del producto de la concepción, mientras esta sea dependiente de la vida materna, por no haber tenido lugar aun su nacimiento.

1) El **bien jurídico** en los delitos de aborto es la **vida del nasciturus**, siendo uno de los primeros en la jerarquía de valores defendibles jurídica y socialmente.

2) *Objeto material* del delito es el **producto de la concepción vivo**, en cualquiera de sus estadios de embrión o de feto, puesto que sobre él recae directamente la conducta típica. Sólo pueden ser objeto material del delito de aborto los *frutos de un proceso fisiológico de gestación* y no de desarrollos patológicos de ésta, cuando sean inviables (Vid. Por todos GARCIA VITORIA, 107-108 y DIEZ RIPOLLES, “Bien jurídico protegido...”, 33 y ss). Respecto al *límite mínimo* del aborto, entiende la opinión jurídica hoy dominante, más próxima a los criterios médicos, que sólo debe considerarse objeto material al producto de la concepción, a partir de que su existencia resulta detectable, es decir, cuando se produce su **anidación** (entre siete y catorce días después de la fecundación) en el útero materno, de manera que el período anterior no tiene relevancia a efectos de aborto. Como consecuencia, son atípicos —por falta de objeto material— los procesos anticonceptivos dirigidos a evitar la anidación del óvulo fecundado (dispositivos intrauterinos, píldora del día siguiente, y similares) y, en los supuestos de fecundación *in vitro*, la destrucción del óvulo antes de la anidación, ya que su relación con el aborto comienza después de que el embrión se haya transferido a la mujer, y haya anidado en esta (En general sobre el tema, por todos, GARCIA VITORIA, 83. De mi parecer, sobre la fecundación *in vitro*, RODRÍGUEZ DEVESA, 109). Sobre la cuestión de los límites entre el delito de aborto y de homicidio, vid. por todos: GARCIA VITORIA, 76 y ss; y la interesante STS 6 de diciembre de 1985 (*Tol 25240*), comentada por FARRE TREPAT, 219 y ss).

3) La conducta típica está constituida por la muerte del feto, al desanidarlo del útero, mediante su destrucción en el vientre materno o por su provocada expulsión prematura, formas ambas de extinción de la esperanza de vida que también en el Código Civil encuentra protección (art. 29 CCiv) (vid, en general, sobre las principales cuestiones planteadas en los delitos de aborto, la STC 53/1985, de 11 de abril (*Tol 79468*), y las STSS del Tribunal Supremo 29 de noviembre de 2001 (*Tol 129097*); 13 de noviembre de 2003 (*Tol 327733*) y 17 de marzo 2004 (*Tol 66917*)).

4) El aborto es un delito de *prohibición de resultado*, al que se puede llegar mediante conductas *activas u omisivas*, y cuya consumación requiere la **destrucción del producto de la concepción**, por

*cualquier medio comisivo*, cabiendo tanto los materiales como los psicológicos (GARCIA VITORIA, 97-103, Por todos). Se discute si deben considerarse *impunes determinados intentos* que aparecen, de principio, como *incapaces de producir el resultado* de aborto (por ejemplo: prácticas abortivas realizadas sobre mujer no encinta creyéndola embarazada, aborto sobre feto muerto o sobre una mola, etc.) Así, para quienes la punición de la tentativa requiere una *puesta en peligro real* del bien jurídico, no serán punibles tales conductas (En este sentido, por todos, GARCIA VITORIA, (151 y ss); en cambio, para quienes consideran suficiente la realización de una acción peligrosa (aquella que lo es según la comprensión de un espectador objetivo, no omnisciente, y situado ex-ante a la realización de la conducta), si serán punibles (en este sentido, por todos, MORENO-TORRES HERRERA (674 y ss).

5) Sobre el difícil problema de las **soluciones político-criminales respecto de la interrupción del embarazo**, muy resumidamente, cabe señalar, que toda interrupción voluntaria de embarazo comporta un conflicto de intereses, en base al cual, mientras se reconoce un valor de interés digno de protección a la vida prenatal, se reconoce también un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana que otorga, en ciertos supuestos, el carácter de jurídicamente aceptable la conducta del aborto. Si bien no es unánime la propuesta de regulación de estos casos, sí puede afirmarse que las diferentes soluciones político-criminales que descansan en la consideración de un conflicto de intereses, tanto en Derecho comparado cuanto en las diferentes propuestas de reforma de estos delitos que se han sucedido en nuestro país, son las soluciones del *plazo* y la de las *indicaciones*.

a) El sistema del *plazo* supone la *impunidad de todo aborto consentido practicado durante las doce primeras semanas de gestación*. Su razón de ser radica en que durante ese período, el aborto resulta menos peligroso para la vida y la integridad de la madre y, por otra parte, dado el carácter progresivo de la valoración de la vida en formación, ésta sería inferior, en todo caso, a la sustentada por los intereses a los que se enfrenta: fundamentalmente, el libre desarrollo de la personalidad de la madre (por todos, CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, 120 y ss.; vid. también, GARCIA VITORIA, 25 y ss). Con referencia al **sistema del plazo**, no vigente en nuestro país, se afirma que puede ser anticonstitucional, y con ello jurídicamente inaceptable, por ausencia de protección a la vida del producto de la concepción durante las doce primeras semanas de embarazo. Este fue el motivo por el que, en Alemania, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el sistema del plazo.

b) Nuestro Código penal toma partido por la *despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo*, centrada en la existencia de un conflicto entre los intereses de la mujer que no desea continuar la gestación, y la tutela jurídica que ampara la vida prenatal. Pero como sucede con cualquier otro bien jurídico, la protección que a estos intereses le dispensa el Derecho penal no es absoluta, sino relativa, traduciéndose ésta en el llamado "**sistema de las indicaciones**". Esta regulación, procedente del *CP 1973 (art. 417 bis)*, a la que se remite el actual art. 145, párrafos 1 y 2, cuando castiga el aborto producido con consentimiento de la mujer «fuera de los casos permitidos por la ley», se declara expresamente vigente en la Disposición Derogatoria única del Código penal de 1995, y supone considerar interés preponderante la vida prenatal en todo tiempo, excepto cuando concorra alguna concreta razón que permita otorgar mayor relevancia al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana. Y aún en estos casos, serán normalmente atendibles tales intereses tan sólo durante cierto período de tiempo.

No es pacífica la cuestión relativa a la **naturaleza jurídica** de las indicaciones. No obstante, actualmente en doctrina y en Jurisprudencia es dominante la opinión de quienes sostienen que se trata de **causas de justificación**. Así, por todas, la STS, de 26 octubre de 2000 (*Tol 117571*). (Resulta de gran interés al respecto las Sentencia del Tribunal Constitucional, 53/1985, de 11 de abril (*Tol 79468*) (Cfr., no obstante, LAURENZO COPELLO).

c) El *sistema de asesoramiento* surgió en Alemania, a través de La Ley de asistencia a la Embarazada y a la Familia (1995), como resultado de haber sido declarado anticonstitucional, en dicho país, el sistema del plazo, al negar éste protección a la vida del *nasciturus durante la primera fase de su existencia (doce semanas)*. En efecto, la legislación penal alemana *ha asumido el sistema de asesoramiento a la embarazada, tendente a conseguir por vías distintas de la penal, la efectiva tutela de la vida prenatal, mediante asesoramiento previo a la embarazada, acerca de las ventajas que pudiera reportarle la continuidad del embarazo*. (Vid. sobre este tema, por todos, BACIGALUPO SAGESSE/GROPENGIEBER).

Por su interés en el tema que nos ocupa, lo expondremos brevemente. La citada Ley alemana, que contempla supuestos conflictivos entre los derechos de la madre y la vida fetal, se basó en la convicción de que la protección de la vida en formación, digna del mayor respeto, no puede llevarse a cabo, sin embargo, en contra de la embarazada, sino que debe hacerse de forma conjunta con ella. De esta forma, el Estado renuncia a establecer criterios materiales para alcanzar la impunidad, en caso de una interrupción del embarazo (como sucede con el modelo, también legalmente existente en el derecho penal alemán, de las *indicaciones*), trasladando la autorización de la decisión sobre la cuestión a la propia embarazada, durante las primeras doce semanas de gestación. Así, si la embarazada ha cumplido con los requisitos formales, especialmente si se ha dejado asesorar, entonces el Estado acepta, respetando la responsabilidad propia de la embarazada, que la interrupción del embarazo resulte impune, bien mediante la *exclusión de la antijuridicidad* de esta conducta (en un primer momento legislativo), bien mediante su consideración como *atípica* (situación actual).

Como se observa, entonces, a pesar del derecho a decidir en última instancia, que tiene la mujer, no puede equipararse, en temas de interrupción del embarazo, este *modelo de asesoramiento* con el *modelo de plazos*, concluyendo que habría, como en éste, un total desentendimiento de responsabilidad por parte del Estado. Pues *el asesoramiento tiene como meta, y sirve, para la protección de la vida en formación*. Y por ello, la sesión de asesoramiento no está pensada como un mero trámite, sino que reúne dos funciones: por un lado, debe ayudar a la embarazada en su difícil situación y, por otro, debe proteger la vida en formación, al intentar conseguir la disposición de la embarazada para reconsiderar seriamente su opinión sobre la interrupción. No obstante, para evitar una tutela, que podríamos calificar de “excesiva” y/o “dirigida” de la embarazada, el asesoramiento permite libertad en la decisión que finalmente ésta adopte.

Lógicamente, el asesoramiento debe ser llevado a cabo en un centro reconocido por la Ley, a fin de que esté capacitado para las finalidades que debe cumplir; quedando excluido como asesor, el médico que lleve a cabo la intervención abortiva. Asimismo, la embarazada que decida interrumpir su embarazo, deberá presentar su certificado de asesoramiento previo, el cual se le expide una vez concluido el asesoramiento.

En cuanto a las repercusiones económicas de esta intervención, el Estado alemán determina que los gastos de la interrupción de un embarazo realizado con el debido asesoramiento, no deben ser asumidos por el Estado, pero, en cambio, sí los asume, cuando se trata de embarazos acogidos a las “indicaciones” previstas legalmente al respecto. No obstante, para las mujeres en situaciones de necesidad económica, el legislador prevé que se les restituirá también aquellos gastos no cubiertos por el sistema público de salud (vid. al respecto, por todos: BACIGALUPO/GROPENGIEBER, 527 y ss).

**En conclusion cabe afirmar** que cualquiera que sea la posición adoptada sobre este problema, debe hacerse constar, no solamente respecto de nuestra propia legislación, sino que estamos hablando de orientaciones a tener en cuenta por todos los países, que *el aborto nunca puede ser un medio para el control de la natalidad*, y que ante el fracaso de las políticas preventivas (quizás por

estar mal orientadas y resueltas), la escasa utilización de la planificación familiar, y la insuficiente educación sexual, sería preferible —antes que recurrir a sucesivas e inoperantes reformas del Código penal, y en nombre del principio de “mínima intervención”, para el cual, el recurso al Derecho penal meramente sancionador, debe ser siempre la “ultima ratio”— pedir a los legisladores que legislen de una manera reflexiva y competente, superando así la “huida del Derecho Penal” que suelen protagonizar los ordenamientos jurídicos en estos temas, olvidando que así se confunde a los ciudadanos y se pervierten los fines de ese Derecho; y por ello, una vez que se presenta como ineludible recurrir al Derecho penal, debe exigirse que su utilización no sea demagógica, y sí lo más correcta posible, técnicamente. Un ejemplo de ello sería, el entender como *preferible promulgar una Ley Integral sobre la salud sexual y reproductiva*, que todavía espera, y a la que tiene derecho, nuestra sociedad.

#### **ESQUEMA DE LOS DELITOS:**

ART. 144 CP TIPO AGRAVADO practicar un aborto sin el consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos por la Ley.

ART. 145 CP 1. TIPO BÁSICO practicar un aborto con el consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos por la Ley.

2. TIPO ATENUADO mujer que se practica su propio aborto o consiente que se lo practiquen, fuera de los casos permitidos por la Ley.

ART. 146 CP Causar un aborto por IMPRUDENCIA GRAVE

Disposición derogatoria 1.a) CP 1995 declara en vigor el ART. 417 BIS Texto Refundido del Código Penal de 1973, donde se establece el sistema de indicaciones.

#### **II. CASO PRÁCTICO RESUELTO**

##### **Caso núm. 6. Aborto**

**PROBADO Y ASI SE DECLARA:** En el año 2002, Margarita A, vecina de T...de 25 años de edad, y sin antecedentes penales, sabiéndose embarazada de su compañero sentimental, Aurelio V, mayor de edad y sin antecedentes penales, después de consultarlo con éste y estando ambos de acuerdo, decidió interrumpir su embarazo, para lo cual telefoneó a la clínica AC, en la localidad de C..., centro sanitario que se hallaba adecuadamente autorizado para practicar el aborto en los supuestos legales; concertando una entrevista para el día 3 de abril de ese año. La mañana del día previsto, Margarita y Aurelio se trasladaron a la citada localidad, con el dinero que costaba la intervención, acudiendo a la referida clínica, donde fueron atendidos por el acusado Juan Luis R, mayor de edad, sin antecedentes penales, licenciado en Medicina y Cirugía, vinculado a la entidad AC mediante un contrato de arrendamiento de servicios, para atención de consultas de ginecología y practicar interrupciones voluntarias de embarazo, quien le realizó una ecografía para comprobar el estado de gestación de Margarita, situándolo entre 8 y 9 semanas, así como los datos necesarios para su hoja clínica ginecológica, antecedentes biológicos y obstétricos, y estuvo presente mientras Margarita respondía y rellenaba el formulario del Test de Hamilton para la depresión que se le facilitó. Una vez lo cumplimentó Margarita, tras citar a esta para las cuatro horas de esa tarde, Margarita acudió a la Clínica MD, donde pasaba consulta Francisco G, mayor de edad, sin antecedentes penales, licenciado en Medicina y Cirugía, y diplomado, también en Salud Pública y Cancerología Clínica, pero carente de preparación en la especialidad de Psiquiatría, quien tras comprobar el resultado del referido test, “39 puntos en la escala de valoración de Hamilton para la depresión”, dictaminó lo siguiente, acogándose al primer supuesto de la ley de despenalización del aborto: “Considero que la prosecución de su gestación supone probablemente un grave peligro

para la salud”, dictamen fechado y firmado de su puño y letra. Cubierto el trámite, Margarita recogió el dictamen a primera hora de esa tarde, llevándose a Juan Luis, quien esa misma tarde, decidió, bajo su criterio, intervenirla. Juan Luis intervino a Margarita, durante aproximadamente veinticinco minutos, comenzando a explorarla manualmente, y comprobando que la posición del útero no era forzada, a continuación le aplicó un dilatador y le realizó una histeriometría para saber la profundidad del útero, que resultó ser de 10 cm, y una vez esto, le introdujo una sonda y comenzó a aspirar, continuando así durante algunos minutos. Pero como Margarita se quejaba de molestias, y la sonda no funcionaba con normalidad, se la extrajo para examinarla, y no observando nada anormal, siguió con la aspiración, hasta que la sonda se paró por estar obstruida, apercibiéndose Juan Luis de que la cánula estaba sujeta a su fondo uterino, pues intentó retirarla y no pudo, por lo que a continuación la desconectó y exploró a la joven, al tiempo que manipulaba para retirar la sonda, en cuyo momento vio que varios centímetros de asas intestinales asomaban fuera de la vagina, debido a que había perforado el útero, al practicarle el legrado por aspiración, que logró la interrupción de su embarazo. Inmediatamente llamó al Hospital general de la seguridad social, pidiendo una ambulancia, en la que poco después era trasladada Margarita hasta el Hospital, donde el tocoginecólogo de servicio, debido a que el estado de la joven empeoraba, le realizó una laparotomía que sirvió para comprobar que Margarita presentaba un gran boquete en el fondo uterino, a través del cual asomaban unos quince centímetros de asas intestinales, por lo que en previsión de que pudiera romperse algún vaso sanguíneo, y que de esto derivase un posible shock hemorrágico que hubiera provocado incluso la muerte de Margarita, la operó de urgencia, practicándole una histerectomía total, que obligó a Margarita a estar quince días hospitalizada, curando a los treinta días, durante los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas la pérdida del útero, lo que le convirtió en una mujer estéril a los veinticinco años.

El caso debe resolverse analizando, por separado la posible responsabilidad criminal de cada uno de los que intervienen en el supuesto; y con relación a cada uno de ellos, examinando, también por separado, los diversos comportamientos que realizan y que pueden ser constitutivos de infracción penal.

## **ANALISIS DE LOS HECHOS REFERENTES A JUAN LUIS R.**

**Primera conducta: el aborto practicado con el consentimiento de Margarita**

**I. ¿Son los hechos constitutivos de delito?**

**1. Tipicidad**

**A. Vertiente objetiva**

En la conducta de aborto practicado con el consentimiento de la gestante, a) no existen causas excluyentes de ella: fuerza irresistible, actos reflejos o situaciones de plena inconsciencia; b) se produce el resultado lesivo de bienes jurídicos: el aborto practicado con el consentimiento de la gestante; c) cabe la imputación objetiva del resultado a la conducta de Juan Luis, por cuanto es causa de éste, y no queda impedida su atribución, pues su conducta crea riesgos jurídicamente desaprobados, el resultado es concreción inmediata del riesgo creado por el autor, y las normas infringidas están destinadas a evitar resultados como los producidos. Por consiguiente puede afirmarse que la conducta de Juan Luis, cumple la vertiente objetiva del tipo penal del art. 145 CP.

## B. Vertiente subjetiva

Es posible imputar subjetivamente al acusado la realización del tipo objetivo del art. 145,1 CP a título de dolo (acción dolosa directa: el autor persiguió intencionadamente la realización del tipo).

### 2. Antijuridicidad

Surge aquí la cuestión de determinar si el aborto realizado por la indicación médica de peligro para la salud psíquica de la madre participa de la naturaleza de una causa de justificación (estado de necesidad justificante en virtud del principio del interés preponderante) o de una causa de exculpación (estado de necesidad exculpante por razones de no exigibilidad). Sea cual sea el punto de vista que se adopte, es necesario llegar a la conclusión de que la conducta típica de Juan Luis no está, ni justificada, ni exculpada, ya que la concurrencia de la citada indicación médica exige (art. 145, 1 CP-95 en relación con el art. 417 bis, 1, 1ª CP-73 y con el RD. 2049/1986, de 21 de noviembre sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo), que el informe sobre la salud psíquica de la mujer sea emitido por un “médico de la especialidad” (psiquiatra) —condición que no concurre en Francisco G.

### 3. Culpabilidad

Si se considera que el aborto realizado por la indicación médica de peligro para la salud psíquica de la madre participa de la naturaleza de una causa de justificación, cabe la posibilidad de considerar en el presente caso que la conducta del imputado esté cubierta por un error invencible de prohibición (art. 14, 3 CP: error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación de la indicación médica). Si, por el contrario, se considera que el aborto realizado por la indicación médica de peligro para la salud psíquica de la madre participa de la naturaleza de una causa de exculpación, cabe también la posibilidad, por analogía a favor del reo, de aplicar al imputado la normativa sobre el error de prohibición del art. 14, 3 CP (error sobre los presupuestos fácticos de la causa de exculpación de la indicación médica).

En contra de la posibilidad de entender que en el presente caso concurre el error indicado habla el hecho de que el tratarse de un profesional de la medicina, el imputado debía conocer los requisitos legales para la práctica del aborto y, sobre todo, debió comprobar su concurrencia en el caso concreto, ya que para valorar la existencia del error merece atención muy especial el dato de los conocimientos que tuviera o hubiera podido o debido tener el autor, tanto por las posibilidades que se le ofrecieron de informarse de forma precisa, de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obrar, como por la profesión que el mismo tuviera, máxime, como digo, si se trataba de un profesional de la medicina.

Sin embargo, en el presente caso, que esta basado en la STS. de 13 de noviembre de 2003 (Tol 327733), se aprecia la existencia de un error de prohibición invencible que excluye la responsabilidad criminal de Juan Luis R. al entender que “no había motivo para que desconfiara frente a la calidad del acto médico del que le llego constancia documental emitido desde un centro autorizado para la practica de abortos”. Antes al contrario, inscritos como estaban tanto él, como el responsable del informe, en centros habilitados para la prestación regular de servicios clínicos, lo normal es que la relación entre ambos profesionales respondiera al “principio de confianza”, que suele imperar en esa clase de contactos (vid. sobre la credibilidad de informes de médicos no especialistas, la STS 26 de octubre de 2000 (Tol 117571)). De este modo, habría que concluir que Juan Luis R., que desconocía la condición de

“medico tapadera” de su colega y que la relación entre los dos centros se basaba en la “pura simulación”, obró en la seria creencia de que su actuación partía del necesario presupuesto legal y se hallaba, por tanto, justificada, por lo que le es aplicable la previsión del art. 14,3 CP, al concurrir en él un error invencible sobre la ilicitud del hecho, excluyente de la responsabilidad criminal (vid sobre la vencibilidad del error en iguales o parecidos supuestos las SSTS, 1 de abril de 1998 (*Tol 238778*); 19 de septiembre de 2001 (*Tol 365608*) y 17 de marzo de 2004 (*Tol 66917*)).

**Segunda conducta: producción de lesiones a Margarita.**

**I. ¿Son los hechos constitutivos de delito?**

**1. Tipicidad**

**A. Vertiente objetiva**

Se presenta en este caso la cuestión de determinar si la conducta realizada por Juan Luis, es subsumible en la tipicidad del art. 152, 1, 2º y 3º. En la producción de lesiones, a) no hay causa que la excluya: fuerza irresistible, acto reflejo o situación de plena inconsciencia; b) se produce el resultado lesivo de bienes jurídicos: la esterilidad de Margarita; c) La imputación objetiva del resultado a la acción (ya que la acción del imputado es causa del resultado de las graves lesiones sufridas por la víctima, y no existe ninguna razón que, desde un punto de vista normativo, impida la atribución del resultado a la acción: se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, el resultado es concreción inmediata del riesgo creado por el autor y la norma infringida está destinada a evitar resultados como el producido). Existe pues, relación causal apta para establecer una imputación del resultado a la conducta del imputado, en cuanto que, a tenor de lo que acaba de exponerse, no puede ser más obvio que la posterior intervención reparadora efectuada por otro facultativo, y que determinó como consecuencia, la realización de una histerectomía total a la paciente, tuvo como directo antecedente causal la actuación de Juan Luis, quien, al percatarse de la existencia de una importante perforación del fondo uterino de aquélla, se vio obligado a derivarla a un centro quirúrgico.

Por consiguiente, puede afirmarse que la conducta de Juan Luis, que produjo a la víctima, una perforación uterina, consecuencia de su práctica médica altamente imprudente, y que motivó la realización de una histerectomía total, y por tanto, la definitiva esterilidad de esta, cumple la vertiente objetiva del tipo penal del art. 152, 1.2º y 3 Código penal.

**B. Vertiente subjetiva**

Para determinar si cabe imputar subjetivamente a Juan Luis las lesiones ocasionadas a título de imprudencia profesional, y basándonos en el acertado parecer doctrinal de RAMOS TAPIA (531-539), y en la STS de 30 de junio de 2004, (*Tol 483674*), ha de señalarse que las infracciones imprudentes están constituidas por los siguientes elementos: a) la producción de un resultado, previsto como tal en el ordenamiento punitivo; b) la infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta.

Tras lo expuesto, en este apartado habrá de comprobarse si el autor, que obviamente no quiso la producción del resultado lesivo, pero si la conducta que lo desencadenó, obró sin conocimiento y previsión del resultado lesivo producido, pero debía haberlo previsto y evitado. Para ello, debe tomarse en cuenta que, ese deber de previsión y evitación dependerá de los

conocimientos, capacidades y experiencias personales del autor (elemento normativo que caracteriza el tipo subjetivo del delito imprudente) en el momento de realizar la conducta típica; pues en definitiva, la valoración acerca de la previsibilidad o cognoscibilidad, y evitabilidad del resultado típico, teniendo en cuenta las capacidades individuales de quien lo produjo, configura el contenido del tipo subjetivo del delito imprudente. Y precisamente, en casos como el que nos ocupa, en el cual se realizó una actividad peligrosa, sin el suficiente respeto a las normas estandarizadas que regulaban actividad, o incluso partiendo de decir que aquí se respetaron, pero en todo caso haciendo surgir, con su actividad, una situación extraordinaria que hacía previsible un resultado lesivo (“situación crítica”), en cuanto que el autor no usó de toda la capacidad a su alcance en ese momento, para evitar el resultado, responde de él por imprudencia.

Debe tenerse en cuenta también que, como presupuesto para la valoración de la conducta del acusado, ha de identificarse, de forma expresa y suficiente, el patrón al que tendría que haberse ajustado en la realización del acto médico valorado, siendo esta una exigencia de cumplimiento inexcusable cuando, como aquí sucede, hay que evaluar el grado de adecuación de un comportamiento a una norma de contenido precaucional vigente en el correspondiente área de actividad, habida cuenta de que la realizada en concreto entrañaba un riesgo, cuya materialización había que evitar. Y en el caso presente, puede tomarse en cuenta como criterio de ponderación, la afirmación de que, a la vista de las dificultades de aspiración surgidas al poco tiempo de iniciarse intervención, y de que la paciente, no obstante hallarse bajo anestesia local, se quejaba con insistencia, el facultativo tendría que haberse detenido a examinar el campo operatorio en vez de limitarse a verificar el funcionamiento mecánico del aparato que manejaba. Es claro que, de haberlo hecho así, habría podido comprobar que estaba incidiendo sobre la pared del útero y, de este modo, al reanudar la aspiración habría evitado insistir de nuevo sobre esa zona blanda, ya debilitada. A ello cabe añadirse, que el índice estadístico de perforaciones de útero que suele manejarse para evaluar tales situaciones, no es argumento que sirva tampoco para exculpar en este caso concreto, pues lo cierto es que, actuando como consta que lo hizo, el estándar de riesgo previsible tratándose de intervenciones cuidadosas tuvo que experimentar un claro desbordamiento. Por tanto, es preciso concluir que en la valoración de la conducta de Juan Luis, se han tomado en consideración tanto el parámetro normativo al que el acusado estaba sujeto, como la totalidad de los elementos de juicio relevantes para considerar su conducta, además realizada en el marco de su actividad profesional, como imprudente.

En cuanto a la gravedad o levedad de esta, siguiendo el criterio de la antecitada Sentencia, depende de la naturaleza del deber de cuidado que socialmente se impone, para que el autor de la conducta advierta el riesgo que puede crear. Por tanto, hay que tener en cuenta: a) La mayor o menor falta de diligencia en la actividad o acción que constituye la mecánica delictiva, es decir, en la omisión del cuidado que se ha de tener al obrar; b) La mayor o menor previsibilidad del evento, como acontecimiento o resultado, medida de acuerdo con la clase de conducta que desarrolla el autor de la actividad y sin olvidar las circunstancias concurrentes de hecho, y en las concerniente al autor. La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no preVISIBLES, en sentido potencial; c) El mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural de la convivencia social, y la específica que reglamenta ciertas y concretas actividades.

Así pues, la gravedad de la imprudencia, está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del

**resultado lesivo. En otros términos:** *cuando la acción del autor genera un peligro, conocido por el sujeto, como lo era en el caso presente, para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, como asimismo ocurre en el caso presente, la imprudencia debe ser calificada de grave.* **Nuevamente nos remitimos a los hechos probados, y a las conclusiones antecitadas, señalando una vez más, que en la valoración de la conducta de Juan Luis, se han tomado en consideración, tanto el parámetro normativo al que el acusado estaba sujeto, como la totalidad de los elementos de juicio relevantes para considerar su conducta, como gravemente imprudente; y eso, con independencia de la importancia del resultado acaecido (la esterilidad de la víctima) por no ser éste, sin más, criterio determinante para evaluar la gravedad de su imprudencia, sino porque éste guarda plena relación de coherencia con la mala calidad de la actuación realizada, por quien, a mayor abundamiento, era un profesional médico que produjo las citadas lesiones en el marco de su intervención profesional.**

En definitiva, y por lo expuesto, hay que concluir que los hechos descritos en la Sentencia, y realizados por su autor, constituyen un delito de lesiones causadas por imprudencia grave, y además por una persona en quien concurría la cualidad de médico especialista, y realizó tales comportamientos con dejación grave de su deber personal subjetivo de cuidado, en el ejercicio de su actividad profesional, por lo que las lesiones descritas en el artículo 152.1.2º y 3 CP, son imputables, subjetivamente, a su autor.

## **2. Antijuridicidad**

La conducta típica de Juan Luis es antijurídica ya que no concurre en la misma ninguna causa de justificación.

## **3. Culpabilidad**

El imputado Juan Luis es culpable de su acción ilícita (típica y antijurídica) ya que no concurre en él ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

**Conclusión:** El acusado Juan Luis ha cometido un delito de lesiones (esterilidad) gravemente imprudentes, realizadas asimismo con imprudencia profesional, del artículo, 152.1. 2º y 3 Código penal.

## **II.¿Es punible el delito?**

El delito cometido por Juan Luis es punible, ya que la persecución de las lesiones ocasionadas, no está condicionada a requisito alguno de procedibilidad (exigencia de denuncia o querrela); además, este delito tampoco está sujeto a condiciones objetivas de punibilidad, ni se prevén en él excusas absolutorias.

## **III. ¿En qué forma aparece el delito?**

- 1. Al tratarse de un delito imprudente, solamente puede sancionarse cuando, como es el caso, aparece consumado (resultado como condición objetiva de punibilidad), recayendo la punición también solamente sobre quien, como el acusado, ostente la condición de autor (por haber realizado la conducta peligrosa que se ha concretado en el resultado).**
- 2. El delito no concurre en concurso con ningún otro.**

#### IV. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

a) Pena *abstracta* del tipo penal: prisión de uno a tres años (art. 152.1. 2º) e inhabilitación especial inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, de uno a cuatro años (artículo 152.3 CP).

b) Al tratarse de un delito imprudente, la pena debe determinarse según el prudente arbitrio del juzgador (art. 66, 2 CP) y sin sujetarse a las reglas del art. 66, 1. El desconocimiento en el presente caso de circunstancias personales del autor que incidan de manera significativa sobre su culpabilidad y/o peligrosidad, así como de factores que hagan mas o menos grave el hecho, debe llevar a la imposición de la pena en su mitad inferior (pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica durante el tiempo de la condena (artículos. 152.1 2º y 56. 1. 3º); así como, en relación con el artículo 152.3, la pena inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica, por un año). En cuanto a otras penas que se pueden o se deben imponer al acusado, hay que tener en cuenta que de conformidad con el art. 57 CP, los Jueces o Tribunales, en los delitos de aborto, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48.

#### ANÁLISIS DE LOS HECHOS REFERENTES A FRANCISCO G.

Primera conducta: el aborto practicado con el consentimiento de Margarita.

##### I. ¿Son los hechos constitutivos de delito?

###### 1. Tipicidad

###### A. Vertiente objetiva

Desde luego, Francisco G. no ha realizado actos ejecutivos respecto al aborto de Margarita. La realización de la vertiente objetiva del tipo penal del art. 145 1, CP solo podría venir dada por la consideración de que Francisco es co-autor, junto con Juan Luis R. del delito de aborto de Margarita.

Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, la coautoría implica la *ejecución conjunta del hecho, regida por la división del trabajo, y en base a lo cual, cada interviniente, sobre la base de un acuerdo previo, realiza una aportación imprescindible para la realización del tipo penal* (vid. también en este sentido, por todas STS 9 de octubre de 1990 (Tol 457743). Y es lo cierto que en el presente caso el acusado, con su dictamen, propició, en cierto modo, el hecho abortivo; pero en ningún momento puede considerársele coautor, en cuanto que no puede decirse que compartió materialmente su dominio con el otro procesado, pues de los hechos probados se sigue, que la actuación de Francisco, consistió solamente en dictaminar en la materia que se ha dicho, a partir del resultado de un test, realizado por otra persona, que le fue entregado en su lugar de trabajo; y como afirma incluso de la misma Sentencia 13 de noviembre de 2003 (Tol 327733), no puede atribuirse a un dictamen como el emitido, la calidad de acto ejecutivo de la interrupción de la gestación, que fue llevada a cabo, por otra persona, posteriormente, mediante la extracción del feto. Lo que asimismo se corrobora en otras Sentencia de esta Sala [26 de octubre de 2000 (Tol 117571) y 19 de septiembre de 2001 (Tol 66917)], al precisar que *no puede decirse que practica un aborto, ni participa de la conducta típica, quien se limita a emitir un dictamen, y careció de cualquier implicación en la concreta práctica de la interrupción del embarazo. La conducta del imputado sería, por consiguiente atípica.*

La solución jurisprudencial resulta de todos modos criticable por no haber tomado en

consideración la posibilidad de que Francisco pudiera ser considerado, no autor (co-autor), pero sí partícipe (cómplice o cooperador necesario) del aborto realizado por Juan Luis sobre la base de lo establecido en el art. 28, 2 b) CP. En efecto, la figura del cooperador necesario comprende a los que cooperan de forma necesaria durante la fase ejecutiva del hecho sin poder ser considerados autores por carecer de las características personales que se exige para ello (delitos especiales). Pero la figura del cooperador necesario comprende también (Pérez Alonso) a quienes en la fase preparatoria del hecho, con o sin acuerdo con el otro u otros intervinientes, realiza una *aportación esencial al hecho con dolo de participar* (A se entra de que B va a cometer un robo y, sin decirle nada ni acodar nada con él, para hacérselo posible, deja abierta la puerta del lugar). Aplicando este cuerpo doctrinal al caso que nos ocupa, Francisco G. debió ser considerado cooperador necesario de un delito de aborto del art. 145, 1 CP.

Segunda conducta: realización de actos propios de una profesión para la que carece de título.

## 1. Tipicidad

### A. Vertiente objetiva

Como veremos al examinarla, realiza los elementos objetivos de esta tipicidad, que analizaremos, por su interés, ya que no es infrecuente su comisión por alguna de las personas implicadas en prácticas abortivas, lo cual sucede precisamente en el caso que nos ocupa. Para ello, nos basaremos, si bien con modificaciones relevantes, en el estudio que hace la STS de 23 de marzo de 2005 (Tol 633171) de esta infracción, incluida entre las que podríamos denominar “falsedades personales”.

A su respecto, el *bien jurídico protegido*, concreta en la conducta a examen, su protección en orden al interés del público en general, a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante; lo que equivale a conceptualizar este delito como de peligro, ante los peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes, cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita.

Con referencia a sus *modalidades delictivas*, la que se hace presente en este supuesto a examen, consiste en *el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito (403.1.1)*.

La *conducta nuclear* se vertebra, consecuentemente, por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, y de riesgo, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto. “Título oficial”, es el expedido por el Estado, en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el art. 96 de la Constitución, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

Tras el examen de los rasgos característicos del delito de intrusismo, y *centrándonos nuevamente en el caso que examinamos*, se observa que el acusado, Francisco G, realizó **actos propios de la profesión de médico psiquiatra**, es decir, *no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí, efectuó un diagnóstico que tuvo sus posteriores repercusiones, todo lo cual constituye “actos propios” de la condición de médico psiquiatra. Consecuentemente, y en la medida en que el acusado efectuó tales actos médicos, sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico del art. 403.1.1º, del Código Penal.*

De otra parte, en la conducta de Francisco, de emitir un dictamen para el cual no estaba

capacitado legalmente, a) no existen causas excluyentes de ella: fuerza irresistible, actos reflejos o situaciones de plena inconsciencia; b) se trata de un delito de simple actividad, produciéndose la infracción lesiva de bienes jurídicos protegidos por las normas destinadas a evitar tales comportamientos, con la mera intromisión ilegal del acusado en prácticas profesionales que no le competían.

Por consiguiente, puede afirmarse que la conducta de Francisco, cumple la vertiente objetiva del tipo penal del art. 403.1.1º. Código penal.

#### **B. Vertiente subjetiva**

En primer lugar, cabe preguntarse si es posible imputar subjetivamente al acusado, la comisión del delito de intrusismo.

Para ello nos remitimos nuevamente a los hechos probados, donde se advierte que el acusado ha realizado el tipo doloso de intrusismo profesional del art. 403.1.1º Código penal.

### **2. Antijuridicidad**

La conducta típica de Francisco G. es antijurídica ya que no concurre en la misma ninguna causa de justificación.

### **3. Culpabilidad**

El imputado Francisco G. es culpable de su acción ilícita (típica y antijurídica) ya que no concurre en él ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

**Conclusión:** el acusado Francisco G, ha cometido un delito de intrusismo profesional del artículo 403.1.1º

## **II. ¿Es punible el delito?**

Al no existir problemas especiales en estos apartados, por economía de espacio, nos remitimos a lo ya expuesto en otras conductas.

## **III. ¿En qué forma aparece el delito?**

a) El delito de intrusismo aparece consumado (ya que el acusado ha realizado la totalidad de los elementos del tipo objetivo del 403.1.1) (art. 15, 1 CP).

b) El acusado responde del delito de intrusismo (art.1.1)en concepto de autor, ya que realiza el hecho dolosamente por sí solo (arts. 27 y 28 CP).

c) En el delito de intrusismo, único que puede imputársele, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: ni atenuantes (del art. 21 CP) ni agravantes (del art. 22 CP).

d) Este delito no concurre en concurso con ningún otro, al haber sido absuelto del delito del artículo 145 Código penal.

## **IV. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?**

Al no contar con suficientes elementos para realizar un pronóstico de futuro que permitan la posibilidad de aplicar en el presente caso una medida de seguridad (arts. 95 y ss. CP), la única reacción jurídico-penal que comporta la comisión del delito en este caso es la pena. La pena se determina a través de un procedimiento que comporta tres fases:

a) Pena *abstracta* del tipo penal: multa de seis a doce meses (art. 403.1. 1, en relación con el art. 33 CP).

b) Pena según la *forma* de aparición del delito: en el presente caso, la pena típica no debe alterarse, ya que el delito está consumado, el imputado es autor (art. 61 CP) y el delito no concurre en concurso con ningún otro. El hecho de que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal determina (art. 66, 6ª CP), que se puede recorrer la pena de multa (arts. 50 y 52) en toda su extensión, pudiendo imponerse en su mitad superior o en su mitad inferior atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Teniendo en cuenta, en el presente caso, el desconocimiento de circunstancias personales del autor que incidan de manera significativa sobre su culpabilidad y/o peligrosidad, pero sí de factores que hacen escasamente grave el hecho, en su caso concreto, parece adecuada la imposición de la pena en su mitad inferior (pena de multa de seis meses) (art. 70.2).

c) Individualización judicial de la pena: por las razones apuntadas en el apartado anterior, se impone a Francisco, la pena antecitada.

#### ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DE MARGARITA A. Y AURELIO V.

1) Según lo establecido en el núm. 2 del art. 417 bis CP-73, “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”.

2) La conducta de Aurelio V. (manifestar el acuerdo para la realización de un hecho, en principio, no castigado por la ley) es impune por atípica.

**Bibliografía.** BACIGALUPO, Silvina/GROPENGIEBER, Helmut.-“La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española”. Cuadernos de Política Criminal. Nº 59. 1996; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.-“Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas”. Ceura. 1986; BUSTOS RAMIREZ, Juan.- “Manual de derecho penal. Parte especial”. Ariel. 1991; CARBONELL MATEU, JC/GONZALEZ CUSSAC, JL., en la obra colectiva “Derecho Penal. Parte Especial”.- Tirant lo Blanch. 2004; DIEZ RIPOLES, JL.- en la obra colectiva “La reforma del delito de aborto”, en Comentarios a la legislación penal.-Edersa.-Tomo IX.-1989; FARRE TREPAT, Elena.-“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985”, en la obra colectiva “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. J.M.Bosch. 1992; GARCIA VITORIA, Aurora “El tipo básico de aborto”. Aranzadi.1981.; GARCIA VITORIA, Aurora “El delito de aborto cometido en el extranjero (Consideraciones en torno a Beccaría y a una reciente y conflictiva línea jurisprudencial). Boletín Informativo del ilustre Colegio de Abogados de Granada. Nº 14.-1981; GONZALEZ RUS, JJ, en la obra colectiva “Derecho Penal español. Parte Especial” (Coordinador: Cobo del Rosal). Dykinson. 2005; HUERTA TOCILDO, Susana.-“Aborto con resultado de muerte o lesiones graves”. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1977; LAURENZO, Patricia.- “El aborto no punible”. Bosch. Spicum; MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal.- Parte Especial.” Tirant lo Blanch. 2004; RODRÍGUEZ DEVESA, JM “Derecho Penal español.- Parte Especial”. 11ª Edic. revisada y puesta al día por Alfonso serrano Gómez.. Dykinson. 1988; RODRIGUEZ RAMOS, Luis.- “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”.-Trivium. 1985. SÁNCHEZ-JUNCO MAS, Javier, en la obra colectiva Código Penal de 1995.- Comares. 1999, PP solo para indicaciones; SERRANO GOMEZ, Alfonso.-“Derecho Penal. Parte especial”.-Dykinson. 2004; VALLE MUÑIZ, JM, en la obra colectiva “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”. (Director: Gonzalo Quintero Olivares. Coordinador: Fermín Morales Prats). Aranzadi. 1999; MORENO-TORRES HERRERA/RAMOS TAPIA/PÉREZ ALONSO, en la obra colectiva “Derecho Penal.- Parte general” (Director: J. M. Zugaldía Espinar. Coordinador: Esteban Pérez Alonso). Tirant lo Blanch. 2004.

## ***Tema 4.-Lesiones al feto***

---

### I. INTRODUCCIÓN

El Título IV del Libro II del Código penal sanciona la causación de lesiones al producto de la concepción, mediante dos modalidades delictivas, la *primera* de ellas referente a su producción *intencionada* (artículo. 157); y la *segunda*, referente a su producción *gravemente imprudente* (artículo. 158). Asimismo se contempla una *causa personal de exclusión de la pena para la embarazada* que imprudentemente produjera lesiones al feto (artículo 158, in fine).

### II. ELEMENTOS COMUNES A LAS TIPICIDADES CITADAS

**1) Bien jurídico.** El **bien jurídico** protegido será la *salud y la integridad física y psíquica* del concebido, en cualquiera de las fases de su desarrollo en el claustro materno, a partir de su anidación, hasta el momento mismo de su expulsión o del comienzo de ésta, y antes del nacimiento (por todos GARCIA VITORIA, 70) (Vid. como relativas a las cuestiones más importantes planteadas en estos delitos, las SSTS 22 de enero de 1999 (Tol 272625); 29 de noviembre de 2001 (Tol 129097), y 13 de noviembre de 2003 (Tol 327733)).

**2) Objeto material.** La discusión en torno a este problema, presenta grandes concomitancias con el aborto, advirtiéndose que la doctrina no es pacífica. Así, para algunos autores, la protección (a mi juicio excesiva por tan amplia) hay que llevarla incluso a las fases anteriores de lo que se considera como «feto», que son el «embrión» y «preembrión», y por tanto incluso cuando el producto de la concepción aun no se ha anidado en el útero materno (Vid. sobre la cuestión, por todos MUÑOZ CONDE, 142).

Para otros, (opinión que encuentro excesiva por restringida), **sujeto pasivo es solamente el feto**, debiendo entenderse por tal, el producto de la concepción desde los **tres meses de embarazo** al nacimiento, en los términos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana (Tol 6174) (así GONZALEZ RUS, 137. Vid. comentarios y desarrollo de la citada Ley, en LLEDO YAGÜE. Resulta también de gran interés sobre estas materias, la bibliografía de ROMEO CASABONA). Para la generalidad de la doctrina, sin embargo, la protección, en este delito, como en los de aborto, debe partir del momento en que se pueden causar lesiones al concebido, y ya anidado, pero todavía no nacido (por todos. GARCIA VITORIA, 70 y ss; MUÑOZ CONDE, 141); por lo que cabe considerar como **sujeto pasivo al feto y al embrión**.

**3) Diferencias con otras conductas afines.** Con referencia al **límite mínimo y máximo del delito**, vid. lo expuesto al tratar el tema 2, relativo a los delitos de aborto (por todos. GARCIA VITORIA, 79 y ss). Debe tomarse en cuenta que se podrá hablar de lesiones al feto (arts 157 y 158) o de lesiones a un nacido (arts. 147 y ss) dependiendo de si la conducta puede realizarse directa e inmediatamente sobre el nacido, porque la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible lesionar directamente al producto de la concepción, sin utilización ni incidencia alguna en el cuerpo de la madre (por ejemplo: lesiones con los fórceps durante el parto), en cuyo caso hablamos de lesiones sobre un nacido (arts. 147 y ss), o bien no es posible realizar esta conducta sin incidir en el cuerpo materno, en cuyo caso habrá lesiones al feto, relativas a los arts 157 y 158. Cualquier tipo de intervención de carácter delictivo que se realice *después del nacimiento* debe ser incluida en el Título I como *homicidio*, o en el Título III como *lesiones de la persona ya nacida*. Cualquier tipo de maniobra que se realice antes de la anidación deberá reconducirse, en su caso, al Título V, como

delito de manipulación genética(art. 161,1) (por todos GARCIA VITORIA, 108 y ss).

**4) Conducta típica.** Consiste en producir uno de estos dos resultados, siempre que se pruebe el necesario nexo causal:

*a) causar al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo; b) o bien provocarle graves taras físicas o psíquicas.*

Si el feto, una vez nacido, muriera a consecuencia de esas lesiones o enfermedades, el tipo aplicable sólo puede serlo el delito de lesiones al feto, quedando la muerte sin valorar, ya que no puede castigarse por aborto, pues la muerte se produce cuando el ser ha nacido ya, en condiciones de viabilidad, pero tampoco por homicidio, al haberse producido las lesiones cuando la vida aún no se había independizado; ello sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole (principalmente civil) en que se haya podido incurrir (MUÑOZ CONDE, 140-141).

La necesidad de que la lesión o enfermedad «perjudique gravemente su normal desarrollo», supone, simplemente, una acotación típica basada en el principio de ofensividad, descartando, de esta forma, ataques a la salud o integridad del embrión o feto con una carga lesiva insignificante; pero en ningún momento exige el tipo que la lesión o enfermedad permanezca o sea idónea para permanecer en el nacido vivo. Por lo demás, en este supuesto, el tipo aplicable será el contenido en el artículo 157 CP (VALLE MUÑIZ, 120).

En todo caso, no puede desconocerse que la introducción en la descripción típica, de un elemento valorativo, tan ambiguo, como es la “gravedad” en el perjuicio al normal desarrollo, o de la tara causada al feto, con las lesiones, planteará importantes problemas en la interpretación y aplicación de esta tipicidad.

**5) Problemas de tipicidad/antijuridicidad.** Especial importancia tienen en esta materia las **causas de justificación (en mi opinión, sin embargo, consideradas, en su mayor parte, como causas excluyentes de la tipicidad.** Vid. GARCIA VITORIA, “Consideraciones acerca de la incidencia...), sobre todo aquéllas que se derivan de la utilización de técnicas de terapia fetal o de diagnóstico prenatal (por ej: amniocentesis para detectar enfermedades congénitas), que, en principio, en la medida en que *se realicen con fines terapéuticos y tras comprobar cuidadosamente los presupuestos que aconsejan la intervención*, están admitidas, siempre que, como advierte el art. 12, párrafo 2 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (*Tol 6174*), modificada por Ley 45/2003, de 21 de noviembre (*Tol 319218*), se lleven a cabo para favorecer el desarrollo y el bienestar del nasciturus. Esta última norma ha sido derogada, a su vez, por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (*Tol 893267*). Además, dichas técnicas deben realizarse *con consentimiento de la embarazada*, cuyos derechos, igual que en los casos en los que se permite el aborto, son prioritarios a los del feto (vid. por todos GARCIA VITORIA, 116 y ss).

Aparte de estos supuestos antecitados, el consentimiento de la gestante es irrelevante, puesto que no es la titular del bien jurídico afectado; aun cuando lógicamente, si éste concurre, la pena debe ser disminuida, y si por el contrario, se prescinde de él, o se actúa en contra de su voluntad, deberá agravarse ésta, lo que no obsta a que pueda apreciarse un concurso, ideal o real, según el supuesto a examen, con el delito de coacciones. Igualmente, si la salud física y /o psíquica de la madre se resintiera a causa de estas prácticas, cabría un concurso real con el delito de lesiones ocasionado.

**6) Concursos.** En este apartado se plantean una serie de cuestiones merecedoras de atención (vid. GARCIA VITORIA, 89-94):

a) Si las lesiones se producen para provocar el aborto, nos encontraremos ante este delito de aborto y no ante el de lesiones al feto, pudiendo quedar consumado o en grado de tentativa, si el embarazo continúa. Pero si a consecuencia de la tentativa de aborto se causan lesiones al feto, el concurso aparente de normas que se produce, se resolverá en función del principio de *alternatividad*

(art. 8, regla 4ª CP) y habrá en cada caso que decidir, si la pena aplicable resulta mayor en la tentativa de aborto o en las lesiones consumadas al feto.

b) Por el contrario, si se persigue *sólo lesionar* al feto, y, como consecuencia de la causación de las lesiones, se produce también el aborto, estaremos ante un *concurso ideal de delitos* de lesiones dolosas al feto y aborto imprudente, como una solución; y como otra, imputar solamente el aborto imprudente, si se entiende que estamos ante un *concurso aparente de normas*, a resolver por el criterio *de consunción* (artículo 8, regla 3ª).

c) Si el autor de las lesiones al feto *persigue que después de nacer siga padeciendo las lesiones*, le será de aplicación el tipo penal relativo a la *lesión ocasionada*.

d) En el supuesto de *causar graves lesiones al feto, si a consecuencia muere la madre, o resulta lesionada*, se producirá un concurso ideal entre los delitos de lesiones al feto y lesiones u homicidio imprudentes, siempre que se den los requisitos para imputar, a título de imprudencia, el resultado de muerte o de lesiones.

e) *En el caso de embarazo múltiple*, si con las mismas maniobras se lesiona a más de un producto de la concepción, cuya existencia conocía el autor, existirá un concurso ideal de tantos delitos como fetos se hayan afectado, que también podrá ser real, si se lesionara a los fetos, en tramos temporales diferentes, con la finalidad de causarles lesiones varias.

f) Si las *lesiones al feto* son producidas *por imprudencia*, pero *provocan la muerte* del feto, será aplicable la modalidad de *aborto imprudente* prevista en el art. 146. Igualmente, cuando la intención del sujeto es sólo la de causar *lesiones o enfermedad al feto* que perjudique gravemente su normal desarrollo, pero se produce el aborto, estaremos ante un concurso ideal de lesiones dolosas al feto y aborto imprudente (Así, SERRANO GOMEZ, 136).

g) Si *las manipulaciones ilícitas sobre el genotipo* infligen, además, unas lesiones al feto, nos encontraremos ante una hipótesis de concurso —normalmente ideal— de delitos, pues resultarían afectados dos bienes jurídicos diferentes: el derecho a la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético y el derecho a la salud e integridad del embrión o feto (VALLE MUÑIZ, 120).

**7) Penalidad.** Las penas señaladas al aborto y a las lesiones al feto, presentan extrañas paradojas en su punición, ya que, a modo de ejemplo, y entre otras incongruencias, el autoaborto producido dolosamente por la gestante (artículo. 145) tiene una pena menor que si la gestante produce dolosamente lesiones al feto (artículo. 157) (GONZALEZ RUS, 138).

#### ESQUEMA DE LOS DELITOS:

ART. 157 CP LESIONES AL FETO

ART. 158 CP LESIONES AL FETO POR IMPRUDENCIA GRAVE

## II. CASO PRACTICO RESUELTO

### Caso núm. 11 Lesiones al feto

**PROBADO Y ASI SE DECLARA:** El día 22 del mes de agosto, en la Clínica VV, y asistida por don.O., médico-ginecólogo, Dª M.N. dio a luz a un niño, que precisó de inmediata asistencia, para su reanimación, con intubación del médico anestesista, Dr. B. —que se la prestó— y de la urgente y posterior atención que recibió —previo el correspondiente traslado en ambulancia— en la Sección de Neonatología de Hospital General de Al. Pese a todos estos cuidados, dicho niño, desde su nacimiento, viene padeciendo, una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz. El motivo fue, que la señora M.N., había ingresado, en la tarde del día anterior a la intervención descrita, es decir, en la tarde del día 21,

en la referida clínica, por indicación del Dr. O. —quien venía asistiéndola en su embarazo— por quejarse aquella de fuertes dolores lumbares que, en principio, dicho doctor diagnosticó como propios de un cólico nefrítico, por lo que fue atendida y tratada en la citada clínica, donde quedó internada, en la tarde de aquel mismo día 21, como una enferma más, pese a que su embarazo alcanzaba ya las 38 semanas de gestación, aproximadamente. Aunque, además de análisis de orina y de sangre, se la practicó una ecografía obstétrica (indicativa de una marcada disminución de líquido amniótico) y obra abdominal y de gestación (indicativa de “trabajo de parto”), el Dr. O. —que la visitó varias veces, la última, sobre las 3 de la tarde del siguiente día 22— insistió en su inicial diagnóstico, y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno, el que sí le realizó, a instancias de la Sra. M.N, una matrona de la clínica, sobre una hora después, comprobando que aquella se hallaba ya en con una avanzada dilatación, por lo que la envió enseguida, al paritorio de la clínica, donde se produjo —y ya con asistencia del Dr. O.— el expresado parto, en apenas media hora, aunque con ayuda de ventosa, sin ninguna complicación en el trance de expulsión, si bien el niño no presentaba claros signos vitales al nacer, por lo que se le intentó reanimar, también por el Doctor O. No obstante, ha quedado acreditado que las secuelas que sufre el niño, se debieron a la conducta omisiva del Dr.O.

El caso debe analizarse conforme al esquema de resolución de casos que, coincide con el esquema general de la teoría jurídica del delito.

#### I. ¿Son los hechos constitutivos de delito?

En este apartado debe analizarse si estamos ante un hecho ilícito (conducta típica y antijurídica), realizada por un autor culpable.

#### 1. Tipicidad

##### A. Vertiente objetiva

Se presenta en este caso la cuestión de determinar si la conducta realizada por el Dr. O., es constitutiva de un delito del artículo 158.1º y 2º., en relación con el artículo 157 del Código Penal, relativo a lesiones graves causadas por un profesional, con imprudencia grave, y ocasionadas al feto, antes de nacer, a causa de su diagnóstico erróneo y consiguiente retraso en atender a la gestante, en la situación de parto en que se encontraba, provocando un padecimiento fetal que originó los resultados antedichos.

Con relación al supuesto a examen, pueden aducirse, los siguientes argumentos aportados por la STS 22 de enero de 1999 (*Tol 272625*), de la que hemos tomado, —solo en parte, y con modificaciones importantes— los criterios de los que partiremos como premisa jurídica relevante, para demostrar la concurrencia de la tipicidad señalada:

A) en estas situaciones de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación, tienen relevancia penal porque la acción —en sentido lato— se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado —demostrada la relación causal—, trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no suelen adquirir notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento.

B) en armonía con los avances científicos, se sabe que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado, y sistema inmunológico propio, por lo cual puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas; y que la dependencia de la madre —

abstracción del tiempo biológico de la gestación— no es un término absoluto, por cuanto se prolonga después del nacimiento. Ante ello, negar al embrión o al feto, condición humana independiente y alteridad, manteniendo la idea preterida de la “mulieris portio”, es desconocer las realidades indicadas.

C) afirmada pues, la posibilidad y conveniencia como realidad penal, del delito de causación de lesiones o taras al feto, por cualquier medio apropiado para ello —como puede ser través de la violencia ejercida, o de tratamientos inadecuados médicamente, sobre la madre embarazada—, atribuyendo al feto, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la tipificación del delito doloso y del delito imprudente de lesiones al feto, y excepto que se cuestione la necesidad de su tipificación expresa, no resulta desacertada. Tras lo mencionado, y en un segundo momento, cabe hacer también las siguientes observaciones:

a) la actuación del médico inculpado ha de calificarse de temeraria o gravemente imprudente, pues se comprueba la existencia de graves omisiones en la asistencia a la embarazada, con incumplimiento de deberes objetivos de cuidado, estando presente el nexo causal entre su conducta y el resultado de lesiones producido, consistente en que el niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral.

b) A ello es posible añadir, que el Tribunal Constitucional, en su importantísima Sentencia 53/1985, de 11 de abril (*Tol 79468*), ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo, y que la gestación ha generado un “tertium” existencialmente distinto de la madre, si bien alojado en el seno de ésta (Vid. también al respecto la interesante STS 29 de noviembre de 2001(*Tol 129097*)).

c) Y el caso examinado en el presente supuesto, no se refiere solamente a una vida humana en formación, sino que, a mayor abundamiento, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto, se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno.

Por tanto, es la salud, integridad o vida del feto, el bien jurídico infringido en el caso analizado.

d) Debe, igualmente, tenerse en cuenta, que la agresión propia de estos delitos, no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, pues es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido, se produzca a través de otra persona u objeto, como es la madre. Otra cosa no puede entenderse cuando el artículo 157, con notoria amplitud, se refiere a causar lesión en un feto, “por cualquier medio o procedimiento”. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental del feto.

e) Afirmada la calificación como delito de lesiones sobre el feto, un repaso a los momentos más importantes del suceso permiten fundamentar, además, una imprudencia grave en su producción.

f) Como es sabido, el comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción”, que también podemos llamar “comisión”, y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada “omisión”.

A su vez, los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión, y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. Interesa aquí, la estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión, (vid. al respecto, por todos,

MAQUEDA ABREU, 802 y ss), integrado por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación generadora del deber de actuar; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida, a causa de su no realización; y c) capacidad fáctica del sujeto para poder realizar la conducta mandada; así como otros tres que le son propios y específicos: a') la producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos, a causa de la omisión de la acción mandada, por quien tenía, sin embargo, poder fáctico para realizarla; b') posibilidad de imputar objetivamente ese resultado al autor omitente, en base a la comprobación de que si dicho sujeto hubiera realizado la conducta mandada, no se hubiera producido el resultado, con una probabilidad rayana en la certeza; c') que esta omisión determinante de la causación del resultado prohibido, pueda equipararse a la conducta activa exigida al autor para la evitación de ese resultado (Art. 11 CP), lo que se produce: cuando el autor se halla en posición de garante, es decir, sujeto a un especial deber jurídico, de evitar su producción, y cuando, además, según el sentido del texto de la ley, es la propia omisión lo que crea o incrementa el riesgo para el bien jurídico, concretado después en el resultado producido prohibido, y por lo cual, es el propio sujeto omitente quien domina dicho proceso de causación del resultado prohibido.

La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable, en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de D<sup>a</sup> M.N. tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer una diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de “trabajo de parto”; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. Por tanto, no había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible.

El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomatriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían, respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada.

g) *Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inexcusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno.*

## B. Vertiente subjetiva

Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado, si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión, cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo eso se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia no se asienta en el error de diagnóstico, aunque en este caso sea bien patente, sino en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron, y determinaron la desatención del parto cuando era exigida.

Consecuentemente, *el carácter grave o temerario de la imprudencia es evidente, pues las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de*

previsión y cuidado.

En base a los razonamientos expuestos, la ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso de lesiones por imprudencia grave del profesional, previsto en el artículo 158, en relación con el artículo 157, del mismo texto legal, ya que las secuelas producidas se subsumen en una grave enfermedad somática, contemplada en estos preceptos.

Asimismo, reiterada jurisprudencia y doctrina, distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el apartado 2º del artículo 158, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en donde el agente activo, pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por un dejación inexcusable de los presupuestos de la “lex artis” de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta “imprudencia profesional”, caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente ineptitud, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto.

Y en el supuesto examinado, es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial expresada, para apreciar la *conurrencia de la imprudencia profesional*. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad, al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos —lex artis— que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incorre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.

Conforme se deduce de los fundamentos aportados, puede afirmarse que *el acusado produjo al feto, en definitiva, lesiones gravemente imprudentes, cometidas por imprudencia profesional (era médico ginecólogo), tipo de lesiones previsto y penado en el artículo 158 Cp, apartados primero y segundo, en relación con el artículo 157 del mismo texto legal (Vid. al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 13 de mayo de 2002 (Tol 225262)*

## 2. Antijuridicidad

Su conducta típica, es también antijurídica, ya que no concurre en la misma ninguna causa de justificación (legítima defensa del art. 20,4º; estado de necesidad justificante del art. 20, 5º; ó cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo del art. 20,7º CP).

## 3. Culpabilidad

El hecho ilícito (típico y antijurídico) al que se ha hecho referencia, ha sido realizado por un autor culpable ya que: a) Ha tenido la posibilidad de saber la ilicitud de su acción (no ha actuado con error de prohibición invencible del art. 14, 3 CP); b) Es imputable, y por ello capaz de conocer la ilicitud de su hecho y de actuar conforme a esa comprensión (ya que no concurren las circunstancias previstas en el art. 20, 1º, 2º y 3º CP); c) Le es exigible un comportamiento distinto y respetuoso con el Derecho (no concurre ni el estado de necesidad disculpante del art. 20, 5º, ni el miedo insuperable del art. 20, 6º CP).

## II. ¿Es punible el delito?

El delito cometido es punible, ya que la persecución de este tipo penal no está condicionada a requisito alguno de procedibilidad (exigencia de denuncia o querrela); además, no está sujeto a condiciones objetivas de punibilidad ni se prevén en él excusas absolutorias, excepto para la embarazada, que no es el caso.

## III. ¿En qué forma aparece el delito?

1. Al tratarse de un delito imprudente, solamente puede sancionarse cuando, como es el caso, aparece consumado, recayendo la punición también solamente sobre quienes ostenten la condición de autores.
2. El delito no concurre en concurso con ningún otro.

## IV. ¿Qué consecuencias jurídico-penales conlleva el delito?

La pena se determina a través de un procedimiento que comporta tres fases:

a) *Pena abstracta del tipo penal*: prisión de tres a cinco meses, o multa de seis a diez meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, de seis meses a dos años (artículo 158, párrafos primero y segundo).

b) *Pena según la forma de aparición del delito*: en el presente caso, la pena típica no debe alterarse ya que el delito está consumado, el imputado es autor (art. 61 CP) y el delito no concurre en concurso con ningún otro.

También debe considerarse que, en base a lo prescrito en el artículo 66.2, según el cual, en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las prescripciones para los delitos dolosos, contenidas en el párrafo 1 de dicho artículo; y a nuestro entender, las circunstancias personales del autor y su relación con la madre perjudicada, inciden de manera significativa sobre su culpabilidad, así como los factores relatados acerca de su descuidado comportamiento profesional hacen más grave el hecho, determinando el que proceda señalar como ponderada, una pena de prisión de cuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica, en la especialidad de ginecología y obstetricia, por un año.

A ello debe añadirse, que en base al artículo 56 Código penal, como pena accesoria a la pena de prisión inferior a diez años, se le impone la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica, en la especialidad de ginecología y obstetricia, por el tiempo que dure la condena (apartado 3º del artículo. 56 Código penal).

c) *Individualización judicial de la pena*: por las razones señaladas en el apartado anterior, procede imponer a O. la pena descrita.

En cuanto a otras penas que se puedan o se deban imponer a O. hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo. 57 Cp, advirtiendo a su respecto, que el delito de lesiones al feto no se menciona explícitamente, en dicho artículo, pero de las reglas de la lógica jurídica, y sistemáticas de razones político-criminales puede inferirse, que si se encuentran en el catálogo de delitos a los que cabe aplicar esta pena, el aborto y las lesiones, con los cuales presenta tantas concomitancias, siendo una más de ellas, que el artículo 57 cita a las lesiones, y este es un delito de lesiones también —concretadas en el producto de la concepción— es posible entender que el sentido de la norma acoge su implícita inclusión. Tanto más que la redacción de ambos delitos, presenta una gran exactitud en la literalidad de sus términos. Por lo expuesto, estimo que el artículo 57 es aplicable al delito analizado.

**Bibliografía:** Carbonell Mateu, Jc/Gonzalez Cussac, JL., en la obra colectiva “Derecho Penal. Parte Especial”.- Tirant lo Blanch. 2004; Garcia Vitoria, Aurora “El tipo básico de aborto”. Aranzadi..1981; Garcia Vitoria, Aurora “Consideraciones acerca de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”, en la obra colectiva Homenaje al Prof. JA Sáinz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de Granada. Nº 12. 1987, pp 81 y ss.; Gonzalez Rus, en la obra colectiva “Derecho Penal Español.- Parte Especial” (Coordinador: Cobo del Rosal). Dykinson. Madrid.2005, 136y ss.; Lledo Yagüe, Francisco.- “Fecundación artificial y derecho”.- Tecnos. 1988; Romeo Casabona, Carlos.- “Los trasplantes de órganos”. Bosch.-1978; “El médico ante el Derecho”. Ministerio De Sanidad y Consumo. 1988; Sánchez-Junco Mas, Javier , en la obra colectiva Código Penal de 1995.- Comares. Granada 1999, PP 996-999; Suárez González, Carlos, en la obra colectiva “Comentarios al Código Penal” Civitas, 1997 (Director: Gonzalo Rodríguez Mourullo. Coordinador: A Jorge Barreiro (pp 447-450); Valle Muñoz, JM, en la obra colectiva “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”. (Director: Gonzalo Quintero Olivares. Coordinador: Fermín Morales Prats). Aranzadi. 1999; Maqueda Abreu,L, en la obra colectiva “Derecho Penal.Parte general”. (Director: José Miguel Zugaldía Espinar. Coordinador: Esteban J. Pérez Alonso). Tirant lo Blanch. 2004.