
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Ruiz Corbera Marie; Cardona Barber, Antonio , dir. La exclusión del feto de la noción de terceros : un estudio penal comparado entre Francia y España. 2022. 68 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/263184>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma de Barcelona
Facultat de Dret

**LA EXCLUSIÓN DEL FETO DE LA NOCIÓN DE TERCEROS:
UN ESTUDIO PENAL COMPARADO ENTRE FRANCIA Y
ESPAÑA**

Autora: RUIZ CORBERA Marie

Director: CARDONA BARBER Antonio

Trabajo de Fin de Grado

Cuarto curso

Grado en Derecho y Licence en Droit y Master 1 en Droit

Entregado el jueves 16 de junio de 2022 en Barcelona

ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
1. INTRODUCCIÓN	6
2. LAS POSIBLES SUBSUNCIONES TÍPICAS ALTERNATIVAS	7
2.1. LA INCRIMINACIÓN DEL ABORTO IMPRUDENTE	8
2.1.1. <i>En España</i>	8
2.1.2. <i>En Francia</i>	9
2.1.3. <i>La comparativa entre ambas legislaciones</i>	11
2.2. LA INCRIMINACIÓN DEL HOMICIDIO INVOLUNTARIO	13
2.2.1. <i>En España</i>	13
2.2.2. <i>En Francia</i>	16
3. LA RELEVANCIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A LA HORA DE DETERMINAR LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL.....	17
3.1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LOS RETOS DE LA CAUSALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL	17
3.1.1. <i>El nexa causal en la infracción penal</i>	17
3.1.2. <i>La imputación objetiva</i>	19
3.2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LOS RETOS DE LA CAUSALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO FRANCÉS	23
3.2.1. <i>Generalidades</i>	24
3.2.2. <i>La causalidad directa</i>	26
3.2.3. <i>La causalidad indirecta</i>	27
3.3. COMPARACIÓN Y CRÍTICAS	29
4. ESTUDIO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES	30
4.1. ESTUDIO DE LAS RESOLUCIONES PENALES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	30
4.1.1. <i>Sobre el aborto imprudente</i>	31
4.1.2. <i>Sobre aborto u homicidio imprudente</i>	34
4.1.3. <i>Sobre aborto o lesiones imprudentes</i>	36
4.2. ESTUDIO DE LAS RESOLUCIONES PENALES DE LOS TRIBUNALES FRANCESES	37
4.2.1. <i>El principio de la interpretación estricta de la ley penal</i>	37
4.2.2. <i>La existencia de disposiciones especiales sobre el embrión</i>	40
4.2.3. <i>La posible controversia con las disposiciones relativas al aborto</i>	42
4.2.4. <i>La posición del Consejo Constitucional francés</i>	43
4.3. ANÁLISIS COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y FRANCESA.....	44

5.	PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINALES.....	45
5.1.	UNA DOCTRINA CONCORDE CON LA POSICIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	46
5.2.	UNA DOCTRINA MAYORITARIAMENTE EN CONTRA DE LA SOLUCIÓN RETENIDA POR LA ALTA JURISDICCIÓN FRANCESA	52
5.2.1.	<i>Sobre la posición de la Corte de casación francesa</i>	52
5.2.1.1.	Sobre la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa de 1999	52
5.2.1.2.	Sobre la sentencia de Asamblea plenaria de la Corte de casación francesa de 2001	53
5.2.2.	<i>Sobre la posición de la Corte EDH</i>	58
5.2.3.	<i>Sobre la posición del Consejo constitucional francés</i>	60
6.	CONCLUSIONES.....	61
6.1.	IMPLICACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS	61
6.2.	TOMA DE POSICIÓN PERSONAL	62
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	62
8.	ANEXOS.....	65
8.1.	ANEXO 1: LEGISLACIÓN	65
8.2.	ANEXO 2: JURISPRUDENCIA	66

Abreviaturas

- Art[s].: Artículo[s].
- Cit.: Citado en.../Citado por...
- Cf.: En el mismo sentido.
- Ed[s].: Edición/Editorial/Editor.
- N°: Número.
- Págs.: Páginas.
- *Supra*: Arriba (en el texto principal).
- *Infra*: Abajo (en el texto principal).
- TC: Tribunal Constitucional.
- TS: Tribunal Supremo.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- AN: Audiencia Nacional.
- AP: Audiencia Provincial.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- Cons. Const.,: Consejo Constitucional francés.
- Cass. Crim.,: Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa.
- CA: Corte de apelación francesa.
- CPE: Código Penal Español.
- CPF: Código Penal Francés.
- CCE: Código Civil Español.
- CCF: Código Civil Francés.
- CSP: Código de la salud pública francés.
- CE: Constitución Española.
- CF: Constitución Francesa.
- Convenio EDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Corte EDH: Corte Europea de Derechos Humanos.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- RAE: Real Academia Española.

Resumen

La legislación española se distingue de la francesa en un punto de gran importancia: la existencia de una calificación penal del aborto imprudente. En Francia, se ha planteado la problemática de saber si el feto podía ser considerado como un tercero a efectos penales. Dicha pregunta permite determinar el ámbito de aplicación del homicidio imprudente. Desafortunadamente, la respuesta es negativa puesto que la posición jurisprudencial de la Sala de lo Penal y la Asamblea Plenaria de la Corte de casación francesa exige que el infante haya nacido vivo y viable. Frente a una resistencia de los jueces de inferiores instancias, el feto se ve desprotegido a efectos penales en Francia aun cuando en España, los mismos hechos, entran fácilmente en la dimensión penal a través la figura del aborto.

Palabras clave: aborto imprudente – feto – tercero – homicidio imprudente

ABSTRACT

While both being part of the civil law tradition, Spain and France have adopted different approaches to criminal law. For instance, one major difference emerges: whether reckless conduct causing an abortion is incriminated. In France, determining whether a fetus may be considered as a legal person has become a question of increasing relevance. The answer to this question has significant legal consequences. In fact, if the courts were to consider a fetus as a legal person, the defendant whose reckless conduct caused the abortion may be guilty of reckless manslaughter. Unfortunately, France's Highest jurisdiction held, by plenary assembly, that such individual would not be guilty of reckless manslaughter. Only a child that was born alive and that is viable may be considered a legal person. As such, despite the resistance of lower courts judges, who advocated for that recognition of the fetus, fetuses thus remain unprotected by the French criminal law. On the other hand, in Spain, the very same events would fall easily within the category of abortion, and therefore reckless manslaughter.

Key words: criminal law – abortion – fetus – legal person – reckless manslaughter

1. Introducción

“El mortinato es socialmente reconocido como una persona y no como una cosa. ¿Cómo no reconocerlo como tercero según el derecho penal?”, se pregunta Jerry Sainte-Rose¹. En lo relativo a los delitos imprudentes a la vida y a la integridad física, el derecho penal persigue una finalidad punitiva y no reparadora. Sin embargo, con dichas vulneraciones involuntarias, vamos justamente a analizar comportamientos que, bien habiendo causado un resultado, no proceden de un planteamiento intencional.

En derecho francés, el feto no tiene personalidad jurídica. Esto se explica a través del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que posee una mujer. Este derecho es, en Francia, un aborto provocado, decidido por razones no médicas, en el marco legal instaurado por una ley del 17 de enero de 1975². Para adquirir la personalidad jurídica en derecho francés, el infante debe haber nacido vivo y viable. Del mismo modo, en derecho español, se puede abortar legalmente, en los casos limitativamente enumerados por el legislador, desde una ley orgánica del 5 de julio de 1985³. En ambos casos, la expresión latina “*infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur*” según la cual el infante concebido será considerado como nacido cada vez que le sea ventajoso no es aplicable en nuestro tema⁴.

Según la Real Academia Española (en adelante, RAE), el feto, que proviene del latín *fetus*, que significa “cría”, corresponde al “embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto”⁵. En otras palabras, el feto puede definirse como el organismo habiendo pasado el estado de embrión después de 8 semanas de gestación y antes del nacimiento. Por otro lado, la noción de tercero en el derecho penal corresponde a toda persona otra que si misma.

¹ SAINTE-ROSE, Jerry, “Une dépenalisation jurisprudentielle: l’enfant à naître ne peut jamais être victime d’un homicide”, *Embryon: recherches et alternatives*, Génétique, publicado el 25 de mayo 2015, en: <https://www.genethique.org/une-depenalisation-jurisprudentielle-lenfant-a-naître-ne-peut-jamais-etre-victime-dun-homicide/>

² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l’interruption volontaire de la grossesse

³ Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio de 1985

⁴ BRAUDO, Serge, “Dictionnaire de droit privé”, *Définition de Infans conceptus*, en partenariat avec Avocats Droit informatique, en: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/infans-conceptus.php>

⁵ Real Academia Española. (s.f.). Feto. En *Diccionario de la lengua española*. En: <https://dle.rae.es/feto>

Tres retos mayores aparecen como consecuencia de este tema. El primer interés mayor que podemos desgranar es el de saber si podemos incriminar penalmente a través de la calificación de homicidio imprudente los responsables de la muerte de un feto. Consiguientemente, debemos determinar si un mortinato puede ser considerado como un tercero a efectos penales en el sentido otorgado por los artículos reprimiendo el homicidio imprudente tanto en Francia como en España. Finalmente, el tema es de mayor interés también en lo relacionado a la calificación penal aplicable en el supuesto de hecho en donde la muerte del feto puede atribuirse a un comportamiento punible.

Podemos destacar tres grandes distinciones que pueden llegar a entrar en conflicto en lo relacionado con los delitos imprudentes a la vida. En primer lugar, distinción según nos encontramos frente a una persona física o frente a una persona jurídica. En segundo lugar, distinción según si el supuesto de hecho presente se caracteriza por un nexo causal directo o, por el contrario, por uno indirecto. Finalmente, tercera distinción entre una falta leve o simple y una falta calificada o grave.

Así pues, la demostración de los delitos involuntarios a la vida y a la integridad física no es a priori evidente y requiere prestar una particular atención al nexo causal y a la natura de la falta.

Cabe entonces preguntarnos si el feto puede ser considerado como un tercero en una perspectiva penalista tanto en Francia como en España.

Para excluir el feto de la noción de terceros presente en la incriminación del homicidio imprudente, el primer paso es de destacar las posibles subsunciones típicas alternativas. A continuación, según un estudio normativo comparado de los comentarios de las leyes penales españolas a la luz de las leyes penales francesas y la relevancia de la imputación objetiva a la hora de determinar la posible aplicación de la norma penal podemos ver como los principales pronunciamientos jurisprudenciales son criticables en ambos países.

2. Las posibles subsunciones típicas alternativas

En España el supuesto de hecho que es objeto de nuestro estudio cuenta con dos posibles subsunciones penales. Si todavía no se ha confirmado el “nacimiento” y, por tanto, a efectos penales el fallecido sigue teniendo la consideración de “vida huma

dependiente”, la subsunción correcta se encontrará en el delito de aborto imprudente. A su vez, si la muerte culposa acontece después del alumbramiento, el responsable de aquella podrá ser acusado de un homicidio imprudente. En cambio, en el Código penal francés (en adelante, CPF), la muerte culposa de un feto no está tipificada y, por ello, ante unos hechos similares, el delito de homicidio involuntario constituye la única respuesta penal posible.

A continuación, y con el objeto de dar algo de claridad a esta dicotomía, pasaremos a exponer las principales características de estos delitos en cada uno de los ordenamientos jurídicos de referencia.

2.1. La incriminación del aborto imprudente⁶

2.1.1. En España

Antes de adentrarnos en la incriminación del aborto imprudente, cabe hablar un poco más sobre el contexto del aborto doloso. Dos reformas importantes de 2010 y de 2015, especialmente por una Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de la salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁷, han reformado estos delitos contra la vida humana dependiente, reforma que excede el simple ámbito penal⁸.

Los delitos contra la vida humana dependiente se encuentran en los arts. 144 y siguientes del Código Penal Español (en adelante, CPE). El objeto de tutela de estos

⁶ El delito de aborto constituye un delito contra la vida humana dependiente. Como bien sabemos, existen tradicionalmente numerosos conflictos de intereses entre los derechos, derechos que deben ser tutelados y que, en algunas ocasiones, podemos encontrar alguna contradicción que tendremos que resolver jurídicamente. En nuestro caso presente, el conflicto emerge entre el posible derecho a la vida del feto y la libertad sexual y reproductiva de la mujer. Del mismo modo, pocos son los derechos de carácter absoluto por lo que no podemos hacer preponderar un lado de la balanza completamente al encuentro del otro. En consecuencia, a través de un estudio minucioso, tendremos que determinar hacia que lado se decanta.

⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ref. BOE-A-2010-3514

⁸ Hasta el año 2010, el sistema era de indicaciones. Es decir, existía como regla general una prohibición genérica del aborto y solo se podía abortar cuando concurría alguna de las indicaciones que se establecía. Estas últimas eran en caso de que hubiera un peligro, tanto físico como moral, de la salud de la embarazada; o en caso de que el embarazo fuera fruto de un delito contra la libertad sexual (cf. violación); o finalmente cuando se presentara una deficiencia física o psíquica del feto (cf. eugenésica). Actualmente, el sistema ha cambiado radicalmente. Se ha establecido un plazo en el cual la mujer podrá abortar libremente. Hoy en día este plazo es de 14 semanas. Excepcionalmente, se prevén también algunos casos en que pasado dicho plazo la mujer pueda abortar libremente. En otras palabras, después de la ley de reforma de 2010, el sistema ha sido invertido. Ahora, la regla general es la posibilidad de abortar hasta las 14 semanas del embarazo.

delitos, es decir el bien jurídico protegido, es la vida humana en fase de desarrollo. Dicha fase va desde la anidación del óvulo fecundado en el útero hasta el nacimiento.

Concretamente, el art. 146 del CPE incrimina el aborto imprudente. El artículo empieza estableciendo que “el que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”. En su apartado segundo, el legislador nos dice que “cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años”. Finalmente, se menciona que “la embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

Por consiguiente, podemos observar que el elemento típico necesario a la constitución de este delito es el acto de aborto en sí y el elemento moral, al ser un delito involuntario, es la imprudencia grave (ver distinción entre imprudencia grave e imprudencia menos grave *infra*).

En el apartado segundo destacamos una circunstancia agravante relativa a la función profesional del autor del hecho. Dicho de otro modo, cuando el autor del delito es un profesional y la falta ha sido cometida durante el ejercicio de sus funciones, el aborto imprudente será más gravemente reprimido.

Finalmente, en el último apartado de este artículo observamos una mención expresa a la impunidad de la embarazada. Dicha mención se puede explicar por la incongruencia que supondría retener lo contrario y además por el hecho de que el legislador quiere subrayar la diferencia entre este delito de aborto imprudente y el delito de aborto ilegal.

En suma, los elementos más importantes para sostener nuestra tesis que podemos destacar a presente es por un lado el hecho de que simplemente se sanciona la imprudencia grave y no la menos grave y por otro lado que se plantea el supuesto de hecho específico relativo a los riesgos laborales. Por ejemplo, que se obligue a una mujer embarazada a realizar un trabajo incompatible con su estado presente.

2.1.2. En Francia

A continuación, podemos destacar que, no obstante algunas disposiciones relativas al aborto, en Francia el aborto imprudente no se encuentra tipificado en ningún

código jurídico. Sin embargo, podemos centrarnos en este punto sobre dichas disposiciones relativas al aborto que nos permitirán entender de mejor manera el marco jurídico en el que nos inscribimos⁹.

En segundo lugar, para marcar el estado actual del asunto, podemos destacar el hecho que hay ahora mismo una proposición de ley buscando reforzar el derecho al aborto. En esta proposición depositada en el parlamento el 25 de agosto 2020 y adoptada el 23 de febrero 2022, se prevé la extensión del plazo para recurrir a una interrupción voluntaria del embarazo de 12 a 14 semanas. Esta ley¹⁰ es una consecuencia directa de un informe de 2020 realizado en nombre de la “delegación a los derechos de las mujeres de la asamblea nacional” que recomienda tratar el aborto como un “derecho efectivo”¹¹. La ley ha sido finalmente adoptada el día 2 de marzo de 2022.

Más específicamente, si nos posicionamos en el Código de la salud pública (en adelante, CSP), observamos primero el art. L 2211-2 apartado primero que estipula una derogación expresa al artículo anterior – véase pues el art. L 2211-1 CSP en donde se renvía a su vez al art. 16 del Código civil francés (en adelante, CCF) – en los casos previstos por la ley “en caso de necesidad y según las condiciones previstas en el presente título”.

Asimismo, se prevé también en este código la interrupción practicada antes del final de la duodécima semana de embarazo¹². Del mismo modo, encontramos la interrupción del embarazo practicado por un motivo médico en los arts. L 2213-1 à L 2213-5 CSP.

Además, podemos observar un cierto número de disposiciones penales en el CSP. Por una parte, tenemos el marco legal respecto a la interrupción ilegal del embarazo en dónde el art. L 2222-1 CSP renvía al art. 223-10 del CPF. Este último expone que la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la interesada será penado de 5 años

⁹ Desde un punto de vista global, en premier lugar encontramos une ley llamada “ley Veil” del 17 de enero 1975 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo (Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse). Esta ley se caracteriza por encuadrar jurídicamente una despenalización del aborto en Francia.

¹⁰ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement (1)

¹¹ GAILLOT, Albane “Proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement, n° 3292” en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/renforcement_du_droit_a_lavortement?etape=15-AN1

¹² Véase en este sentido los arts. L 2212-1 a L 2212-11 CSP.

de prisión y de 75 000 euros de multa. A continuación, el art. L 2222-2 CSP en su apartado primero nos ilustra el hecho que la interrupción del embarazo de un tercero está sancionado de 2 años de prisión y de 30 000 euros de multa cuando es practicada, en conocimiento de causa, de una de las tres siguientes circunstancias: después de la expiración del plazo legal, salvo si esta es practicada por un motivo médico; por una persona que no tiene la cualidad de médico o de comadrona o; en un lugar otro que un establecimiento hospitalario publico o un establecimiento hospitalario privado satisfaciendo las condiciones previstas por la ley. Por último, el art. L 2222-4 CSP § 1 nos dice que el hecho de proveer a una mujer los medios materiales para realizar una interrupción del embarazo sobre ella misma está sancionado de 3 años de prisión y de 45 000 euros de multa. Este artículo dispone además que en ningún caso la mujer puede ser considerada como cómplice de este acto.

Finalmente, por otra parte, encontramos el delito de traba a la interrupción legal del embarazo en los arts. L 2223-1 y L 2223-2 CSP.

Después de haber visto y explicado las diferentes normas previstas en el CSP, debemos adentrarnos en el texto de más relevancia para nuestro análisis, es decir, el Código penal.

En el Código penal francés, lo más parecido a una incriminación del aborto imprudente sería el art. 223-10 CPF que dispone que la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la interesada está sancionado con 5 años de prisión y 75 000 euros de multa.

2.1.3. La comparativa entre ambas legislaciones

No obstante, si queremos establecer un paralelismo exacto, dicha norma penal se acercaría más al art. 144 CPE y no al art. 146 del mismo que tipifica expresamente el delito de aborto imprudente (véase *supra*)¹³.

¹³ La analogía se entiende a través la letra del art. 144 CPE que dice así: “el que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.”.

Varias sentencias recientes han permitido ilustrar el campo de aplicación de este artículo. Por ejemplo, una sentencia del 21 de febrero de 2017, en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹⁴ (en adelante, TS).

Del mismo modo, en una sentencia del 25 de octubre 2019, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹⁵ juzgó en un caso relacionado con Adolfina, Almudena, Angelina y Beatriz, que habían obligado a abortar a la testigo del presente recurso. Esta última fue obligada a ejercer la prostitución para quien la había traído a España, Adolfina. Las acusadas, que actuaban de conjunto acuerdo y con el mismo propósito, golpearon y pegaron a la testigo en varias ocasiones, manifestando que estaba obligada a abortar. Después de una visita a una primera clínica que se negó a efectuar el aborto puesto que el estado de gestación era de 18 semanas, las acusadas obligaron a firmar un documento a la testigo en una segunda clínica para que se produjera el aborto. Finalmente, el aborto fue realizado. En cuanto al procedimiento, en fecha de 12 de junio de 2017, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas dictó una sentencia condenando a las acusadas por la comisión del delito de aborto previsto en el art. 144 CPE al encuentro de la testigo protegida. En consecuencia, las acusadas interpusieron recurso de casación delante de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Conviene preguntarse a través de esta sentencia si el TS retiene una concepción extensiva de la noción de aborto. El TS responde por la positiva desestimando los recursos en casación y declarando así culpables a las acusadas de aborto, no obstante que fueran las autoras mediatas de dicho delito. Así pues, deducimos que la jurisprudencia del TS retiene una concepción amplia del hecho típico del art. 144 CPE puesto que interpreta que dicho artículo, al no especificar “unas características determinadas en la descripción de la conducta típica” esto le confiere la

¹⁴ STS 687/2017 del 21 de febrero 2017

En este caso se juzgaron los siguientes hechos: el señor Pio, acusado mayor de edad, en fecha del 30 de septiembre de 2013, en el domicilio familiar que compartía con su pareja sentimental Concepción, le proporcionó a la misma varios golpes en la cabeza con la intención de causarle la muerte. Además de que la víctima no se encontraba en una posición para poder defenderse, el acusado se aprovechó tanto de su mayor fuerza física como del avanzado estado de gestación de Concepción. El dicho acusado sabía que causando la muerte de Concepción provocaría con ello la muerte del feto. En cuanto al procedimiento en este caso, podemos destacar que en una primera sentencia de la Audiencia de instancia dictada el 30 octubre 2015, el Jurado condenó al acusado Pio como autor penalmente responsable de un delito de asesinato (art. 139.1 CPE) en concurso ideal con un delito de aborto (art. 144 CPE). En consecuencia, conviene preguntarse a la luz de esta sentencia si el concurso ideal entre el delito de homicidio o asesinato y el delito de aborto puede ser caracterizado en este caso. El TS en esta sentencia del 21 de febrero de 2017 responde por la positiva declarando no haber lugar a casación y reteniendo así el concurso ideal entre el delito de homicidio al encuentro de Concepción y el delito de aborto al encuentro del feto. Finalmente, podemos destacar que el tribunal habla del por nacer como el feto y dicha noción se ve pues asociada a la noción de aborto y no de homicidio.

¹⁵ STS 3391/2019 del 25 de octubre 2019

amplitud necesaria, en este caso concreto, para abarcar dentro del hecho típico la forma de autoría mediata.

Esta sentencia está sujeta a crítica puesto que podemos decir que esta interpretación amplia de la noción de aborto doloso podría compararse a la noción de aborto imprudente. El legislador en este segundo supuesto hubiera podido aferrarse a la concepción amplia del Tribunal Supremo pero dicho caso no ha sucedido puesto que para el aborto imprudente simplemente está tipificado cuando se produce por imprudencia grave, y, en consecuencia, no cuando el hecho constituye una imprudencia menos grave. Esta posición del legislador puede sorprendernos en vista del contexto actual de penalización constante de hechos.

Para terminar con la exposición de las diferentes normas aplicables a la noción de aborto, podemos decantarnos por el art. 16 CCF ya mencionado anteriormente en donde se prevé que la ley asegura la primacía de la persona, prohíbe toda vulneración a la dignidad de esta y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida.

En conclusión, el aborto involuntario o imprudente en Francia no está tipificado ni previsto por ninguna ley. Este vacío legal puede conllevar a consecuencias graves como la exclusión total de incriminación en un supuesto por ejemplo de accidente de tráfico mortal involuntario hacia una mujer embarazada que dará a luz por consiguiente a un mortinato.

2.2. La incriminación del homicidio involuntario

2.2.1. En España

En 2015, a través de una Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo¹⁶, se modificó el art. 13 CPE haciendo desaparecer de denominación de “faltas” para suplantadas por la de “delitos menos graves”.

En España, el homicidio imprudente se encuentra tipificado en los arts. 142 y 142 bis CPE. Estos artículos han sido modificados por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de

¹⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ref. BOE-A-2015-3439

marzo¹⁷, modificando el Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículo a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

En definitiva, el CPE prevé dos cosas: el homicidio por imprudencia grave y el homicidio por imprudencia menos grave. En cuanto al primero, se aplican las normas generales de la imprudencia, es decir, el no haber actuado con la diligencia debida. La imprudencia será caracterizada de más grave si dicha imprudencia ha sido fruto de una omisión de las reglas más esenciales. En cuanto al segundo, el homicidio por imprudencia menos grave, nos encontramos frente a un problema de interpretación. Este término no existía anteriormente, queda pues en suspensión la cuestión de saber ¿qué se considera menos grave? La jurisprudencia ha optado por una interpretación *ex leve* cuando se trata de “menos grave”, una interpretación más autonómica.

El art. 142 CPE prevé en su apartado primero que “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”. Se exponen a continuación las circunstancias agravantes como por ejemplo “si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años”¹⁸.

En su apartado segundo, el art. 142 CPE prosigue exponiendo que: “el que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses”. Del mismo modo que en el apartado anterior, se prevén

¹⁷ Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente. Ref. BOE-A-2019-2973

¹⁸ Las otras circunstancias agravantes del delito siendo las siguientes: “si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años”.

a continuación las diferentes circunstancias agravantes¹⁹. Finalmente, el artículo especifica la forma legal exigida para la represión de este delito²⁰.

En efecto, podemos diseccionar los diferentes hechos constitutivos de la infracción penal prevista en este artículo. Así pues, en el art. 142.1 CPE, el hecho previo necesario vendría a ser la noción de “otro”, es decir, persona física viva y nacida viable otra que el autor del acto puesto que el suicidio no está penalmente reprimido (véase en más detalle *infra*). Asimismo, el hecho material necesario es el resultado de muerte y el nexo causal entre la falta cometida y la muerte. Del mismo modo, como ya se ha podido mencionar anteriormente, el elemento moral es aquí la imprudencia grave. En consecuencia, si todos los elementos constitutivos del delito están reunidos en un supuesto de hecho, el autor del acto incurrirá una pena de prisión de 1 a 4 años si ningún agravante es de aplicación.

De la misma manera, en el art. 142.2 CPE se retoma el mismo hecho previo y el mismo hecho material necesario a la constitución del delito. La única diferencia en este segundo apartado reside en el ámbito de la intención, en dónde exigimos simplemente aquí una imprudencia menos grave. En dicho caso, el autor de los hechos se verá pronunciado una pena de multa de 3 a 18 meses.

Por último, el art. 142 bis CPE, otra novedad de la ley de reforma 2019, prevé que “en los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado”.

¹⁹ “Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses”.

²⁰ “El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

De este precepto nuevamente redactado podemos destacar su rareza puesto que normalmente se calcula la pena superior en grado, pero raras veces es la aplicable en la realidad. No obstante, este artículo es una excepción muy grande visto que aumenta considerablemente la pena y se va acercando cada vez más al homicidio doloso. Deducimos pues la voluntad del legislador de reprimir más severamente los actos habiendo conllevado la muerte de una persona, que sea dolosa o involuntariamente.

2.2.2. En Francia

En Francia, el art. 221-6 CPF incrimina el hecho de causar, en las condiciones y según las distinciones previstas al art. 121-3 del mismo (véase *infra*), por torpeza, imprudencia, inatención, negligencia o incumplimiento a una obligación de prudencia o seguridad impuesta por la ley o el reglamento, la muerte de otro constituye un homicidio involuntario penado de 3 años de prisión y de 45 000 euros de multa.

Además, en caso de presentar una circunstancia agravante, es decir, en caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de prudencia o seguridad impuesta por la ley o el reglamento, las penas son llevadas a 5 años de prisión y a 75 000 euros de multa.

Así pues, para que el delito se vea constituido en todos sus elementos típicos, necesitamos en un primer lugar una condición previa, que la víctima sea “otro”. Esto significa positivamente que la víctima del delito debe ser una persona física, viva y viable. A contrario, negativamente esto significa que la víctima de este delito no puede ser uno mismo, ni una persona jurídica, ni como lo veremos a través de todo nuestro trabajo, un feto.

Una vez la condición previa caracterizada, la condición material exigida para que el delito esté consumido es un resultado, es decir, la muerte de “otro”, de un tercero. Finalmente, en cuanto al elemento moral, el delito de homicidio involuntario no es un delito intencional como bien su nombre indica. En consecuencia, se va a requerir para la constitución del delito una falta, falta que puede ser simple o cualificada (véase desarrollo sobre la gradación de las faltas *infra*).

3. La relevancia de la imputación objetiva a la hora de determinar la posible aplicación de la norma penal

A la luz de las disposiciones jurídicas expuestas en el apartado anterior, podemos proseguir nuestro análisis con un estudio comparado de la imputación objetiva y los retos de la causalidad en el sistema jurídico español para luego continuar con el estudio de estas mismas cuestiones en el sistema jurídico francés. Finalmente, concluiremos dicho análisis comparativo con la exposición de las críticas en la materia.

En los delitos de resultado, la infracción penal se caracteriza por la necesidad de un nexo causal entre el acto cometido y el resultado producido. No obstante, la constatación de esta relación de causalidad no es suficiente para imputar el resultado a una persona. Antes, el nexo causal deberá ser valorado jurídicamente, y, para ello, va a entrar en juego la teoría de la imputación objetiva, teoría que, como veremos, para el caso concreto, no está exenta de críticas y lagunas.

3.1. La imputación objetiva y los retos de la causalidad en el sistema jurídico español

3.1.1. El nexo causal en la infracción penal

La distinción entre acción y resultado en Derecho penal es de gran importancia. En este sentido, a la luz de la dicotomía acción y resultado, la doctrina ha identificado dos tipos de delitos distintos: los delitos de simple actividad, donde la consumación del tipo únicamente requiere la realización de la conducta prohibida, y los delitos de resultado, donde, como su nombre indica, la constatación de un resultado espacio temporalmente separado de la acción constituye un elemento inescindible de la consumación típica del delito en cuestión. Pues bien, en este último caso, dicho resultado tiene que estar ligado a la acción a través de una relación de causalidad.

Asimismo, y, como ya se ha expuesto previamente, en los delitos imprudentes, la acción imprudente de origen sólo será castigada si un resultado es producido. Así pues, para determinar la antijuridicidad del hecho, se distingue entre desvalor de la acción y desvalor de resultado. Además, cabe distinguir también según si el resultado ha sido consecuencia de una o varias acciones, o si, por el contrario, una acción ha producido varios resultados (cf. teoría del concurso).

El homicidio imprudente es un delito de resultado o de consecuencias dañosas. Como consecuencia a esta clasificación del delito, para poder condenar a alguien en virtud de dicha calificación penal, es necesario establecer una relación de causalidad entre la acción y el resultado²¹.

Con el fin de establecer el nexo causal o relación de causalidad, debemos responder a dos cuestiones distintas: en primer lugar, saber cuáles son los criterios que, según el derecho penal, se tienen que emplear para determinar que conducta es la causa del resultado; y, en segundo lugar, fijar los parámetros probatorios de la citada relación de causalidad.

Existen supuestos en donde estas dos cuestiones resultan extremadamente difíciles como por ejemplo los casos en donde hay una condición causal preexistente, en caso de causalidad compleja, en caso de cursos causales irregulares o hasta en casos de ruptura del curso causal.

Como criterios de causalidad para intentar resolver dichos casos se utiliza clásicamente la teoría de la equivalencia de condiciones. Esta teoría expone que todas las condiciones que concurren en el curso causal han de presentar el mismo valor. Toda persona que haya aportado alguna cosa en dicho curso será responsable penalmente. El problema de esta teoría es que puede llegar a crear una situación de injusticia puesto que no permite individualizar. Así pues, una crítica sujeta a esta teoría es el regreso *ad infinitum*.

No obstante, observamos una modulación a través la teoría de la *conditio sine qua non*. Según esta teoría se intenta mejorar la teoría de la equivalencia de condiciones. Esto nos lleva a la siguiente operación intelectual: será culpable aquella persona que aporte la condición causal que sin ella no nos imagináramos el resultado. Podríamos calificar este método de juicio hipotético *ex post*. Sin embargo, esta teoría presenta a su vez un problema: la auto puesta en peligro de la víctima. Además, otro problema que puede suponer esta condición causal *sine qua non* es la determinación cierta de dicha condición.

²¹ Dicho de otro modo, tendremos que probar que, en el ámbito objetivo, la conducta del autor ha objetivamente producido el resultado. Dicha relación de causalidad entre acción y resultado renvía al principio de la causalidad.

Consiguientemente, encontramos la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación que consiste en la introducción de criterios valorativos en la determinación de la causalidad. No obstante, esta teoría tampoco se ve exenta de toda crítica puesto que, con la previsibilidad objetiva i la diligencia debida, esto nos hace entrar más en el tipo subjetivo que no en el objetivo.

Finalmente, encontramos la teoría de la relevancia o de la causa jurídico-penalmente relevante que atiende al sentido mismo del tipo.

Estas teorías de la relación causal han sido completadas a lo largo del tiempo, poniendo en relieve criterios normativos similares a los de la teoría de la imputación objetiva elaborada en Alemania por Claus Roxin²².

3.1.2. La imputación objetiva

La verificación de la relación de causalidad entre la acción y el resultado no es suficiente para imputar dicho resultado al autor, pero es un primer paso. Por norma general, cualquier acción que asuma un riesgo no autorizado o aumente un riesgo existente más allá del rango permitido es suficiente para suponer que se realiza el resultado del riesgo no aprobado.

La noción misma de “imputación objetiva” ha sufrido numerosas evoluciones a lo largo de los siglos. A través de un enfoque más naturalista se hablaba más de “causalidad” pero hacia los años 1927 vuelve a aparecer el concepto de “imputación objetiva”. No obstante, autores como por ejemplo Gimbernart preferían hablar de “reprochabilidad objetiva”. Según Santiago Mir Puig, el autor español Gimbernart, con su denominación, se acercó más a la actual teoría de la imputación objetiva²³. En primer lugar, se excluyen los resultados imprevistos porque no pueden considerarse objetivamente ilegales, ya que la ley no puede razonablemente esperar que incluso una persona prudente evite cosas que no puede esperar. En segundo lugar, no solo producen efectos imprevistos aquellas acciones que no son típicas, sino también aquellas que sean peligrosas, pero dentro del riesgo permisible. Por lo tanto, el incumplimiento de la diligencia debida no es solo un

²² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, páginas 225 a 233

²³ MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19, a: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>

acto ilícito típico del delito temerario, sino también un elemento del delito doloso. Finalmente, además de las violaciones del deber de diligencia y causalidad de los resultados típicos, el tipo requiere que el resultado sea exactamente uno de los resultados que el legislador quiere evitar.

La teoría de la imputación objetiva recoge como punto de partida la previsión de una persona prudente a la hora de adoptar decisiones. No obstante, este baremo normativo reposa sobre una elección de política criminal por lo que dicho criterio no es inamovible. En consecuencia, todo lo que se desprende de la noción de riesgo permitido queda pues excluido de la imputación típica por esta misma razón de política criminal. El legislador tendrá en cuenta la utilidad social del sector de actividad en el que el riesgo puede producirse, además de la permisión de la actividad peligrosa.

En definitiva, el termino de “imputación objetiva” debe apreciarse en un sentido amplio, extensivo, puesto que supone “la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos”²⁴.

A partir de este punto podemos desprender una serie de criterios aplicables a la determinación de la imputación objetiva. En primer lugar, la creación de un riesgo no permitido supone como mínimo una falta de diligencia. En segundo lugar, la realización de ese peligro o riesgo en un resultado y finalmente la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida²⁵.

Los problemas derivados de la teoría de la imputación objetiva se plantean mayoritariamente en los delitos imprudentes. En estos delitos el factor de azar, de la “mala suerte” pueden jugar un papel. Del mismo modo, una serie de circunstancias imprevistas puede determinar el resultado, resultado a veces completamente diferente de la intención del autor.

Como ya hemos dicho, para que entre en juego la imputación objetiva en su sentido penal es necesario que el riesgo efectuado no esté permitido por la ley. En

²⁴ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, cit. p. 05:8. – Retomando nuestra concepción amplia de la imputación objetiva, cabe destacar que dicha imputación, junto con la subjetiva, no han de limitarse al ámbito del tipo, sino que también van a tener un rol en el momento de comprobación de la ausencia de causas de justificación.

²⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit. p. 229

consecuencia, algunos sectores de actividad como los sectores de actividad peligrosa permitida, además del llamado “riesgo general de la vida”, van a implicar que algunos riesgos no puedan estar cubiertos por la imputación objetiva. Así pues, *in concreto* se tendrá que verificar si una conducta podía ser previsible hasta el punto de acabar produciendo una lesión típica.

Podemos diferenciar la noción de “imputación objetiva” de la de “imputación subjetiva”. En este punto podemos citar a Larenz, que ideó el concepto de imputación objetiva para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, como bien expone Mir Puig²⁶.

Además de distinguirse de la “imputación subjetiva”, la “imputación objetiva” se distingue asimismo de la “imputación individual” o “imputación personal”. Esta última hace referencia a la noción de “culpabilidad” sujeta a una persona²⁷.

Tanto la imputación subjetiva como la imputación personal son necesarias para considerar a alguien como autor culpable de un daño o perjuicio típico. La voluntariedad en toda conducta humana es un requisito básico, constituye así el mínimo para la imputación subjetiva de tipo imprudente. No obstante, *ex ante* esto supone la relación entre la lesión o puesta en peligro y la conducta del autor, es decir, *ex ante* esto supone la imputación objetiva²⁸.

²⁶ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, cit. p. 05:9. – Siguiendo este corriente doctrinal, una primera opción sería pues limitar el sentido de la imputación objetiva a la teoría de la equivalencia de las condiciones ya expuesta anteriormente. Según esta opción, la imputación objetiva vendría a remplazar la teoría de la adecuación y se limitaría a substituir la causalidad. Una segunda opción sería por el contrario centrarnos en la exigencia del Derecho penal de caracterizar no solo un determinado grado de riesgo pero a su vez que dicho riesgo no fuera permitido por la ley. Como consecuencia de esta segunda visión de la imputación objetiva, podemos finalmente decir que esta noción se desprende de la sola previsibilidad de un determinado riesgo en una situación concreta. Por consiguiente, la imputación objetiva sirve también como fundamento al conflicto de intereses entre el riesgo presente y la utilidad social de la fuente de dicho riesgo. Así pues, se plantea la cuestión de saber si cualitativamente el resultado puede ser imputado al autor de la conducta.

²⁷ KANT, “La metafísica de las costumbres”, 1979, traducción de Cortina y Conill, 1989, § 227 p. 35. – El vector común de estas distintas denominaciones es que todas ellas expresen una serie de requisitos necesarios para la atribución a una persona un resultado, ya sea una lesión o una mera puesta en peligro de un bien jurídico protegido penalmente. Como bien decía Kant, “la imputatio en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción”.

²⁸ Ambos pasos y niveles de la imputación constituyen requisitos del principio de culpabilidad que toma como fundamento el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho y el principio de dolo o culpa. Sin embargo, con anterioridad al propio principio de culpabilidad, es necesario respetar el principio de lesividad por el cual se afecta la conducta a un bien jurídico. Dicho principio del Derecho constituye una de las primeras razones por las cuales se tipifica un hecho como delictivo.

Volviendo a todo lo dicho anteriormente, la teoría de la imputación objetiva solo entra en juego si se determina que el comportamiento doloso o imprudente ha dado como resultado un resultado típico²⁹.

Así pues, autores como Gimbernart destacan cinco criterios integrantes de la imputación objetiva³⁰. En primer lugar, el fin de protección de la norma, es decir, el resultado previsto por la ley. En este sentido, un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será objetivamente imputable y, por consiguiente, tampoco típico, “si la norma formalmente infringida no se estableció para evitar ese resultado tal como en concreto se produjo”, es decir, “si esa forma de producción del resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma”³¹. En segundo lugar, el autor destaca la exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta. En tercer lugar, podemos subrayar que el consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la imputación objetiva. Finalmente, observamos un caso de ausencia de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero.

Para terminar con nuestro análisis, podemos comparar el llamado comportamiento alternativo conforme a derecho a la teoría del incremento del riesgo. Inicialmente, la doctrina recurrió a una variedad de argumentos para establecer que los autores de delitos imprudentes no eran responsables jurídicamente de los resultados típicos resultantes³².

A modo de conclusión, podemos efectuar esquemáticamente un recapitulativo de todos los criterios mencionados y sus formas de aplicación. De este modo, la imputación objetiva es el principio que consiste en atribuir la responsabilidad de un resultado a una acción solo si esta acción o esta conducta ha creado un riesgo jurídicamente

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Qué es la imputación objetiva?”, 1987, *Estudios de Derecho Penal*, 3.a ed. 1990, pp. 209 ss.

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*, ADPCP, Vol. LXVI, 2013

³¹ STS de 30 de mayo de 1988

³² A partir de la década de los años 1960, la solución a este conjunto de casos de imprudencia pasa por la tipicidad objetiva, que se introduce como un elemento más, incorporando la causalidad. Una estimación objetiva, cuya discrepancia constituiría una explicación de por qué los resultados no pueden atribuirse objetivamente a ese autor imprudente. Frente a esta teoría interpretativa del criterio de imputación objetiva vemos por otro lado a Roxin, que erige la teoría del “incremento del riesgo”. En base a esta teoría, Roxin excluye la imputación objetiva solo si, e independientemente de si el comportamiento correcto podría haber conducido al mismo resultado, la conducta imprudente no aumentó el riesgo de daño de la conducta prudente.

desaprobado³³. Dicho de otro modo, para que la acción esté relacionada directamente con el resultado, es decir presente un nexo causal con el resultado, el sujeto debió realizar una conducta prohibida necesariamente.

Esta teoría presenta cuatro características³⁴. Primeramente, el aumento de riesgo no permitido. Solo se toma en cuenta una conducta que ha sobrepasado el límite de riesgo permitido. Seguidamente, el riesgo tiene que ser jurídicamente relevante. Además, la imputación objetiva se basa sobre el principio de confianza³⁵. Este principio hace referencia al rol social, principio según el cual presuponemos que cada persona hace lo que le corresponde. Finalmente, existe una prohibición de regreso: en un delito solo son responsables los que participaron en él directamente³⁶.

Para terminar, la aplicación de la imputación objetiva presenta tres excepciones. Una primera excepción es la disminución de riesgo. Esto significa que, aun ejerciendo un riesgo no permitido, este último no será imputable si se ha hecho con el fin de disminuir otro riesgo. La segunda excepción a esta teoría es el fin de la protección de la norma, es decir, cuando el nexo causal es interrumpido por un hecho exterior. En este caso, para poder imputar a alguien objetivamente la acción, se tendrá en cuenta el objetivo de la norma. Finalmente, tercera y última excepción, la imputación a la víctima. Esto reenvía al supuesto de hecho de la auto puesta en peligro de la víctima.

3.2. La imputación objetiva y los retos de la causalidad en el sistema jurídico francés

Para poder establecer la imputación objetiva de un acto a su autor correspondiente es necesario interesarnos a los retos de la causalidad en el sistema jurídico francés. Una gran distinción aparece en esta fase: la causalidad directa y la causalidad indirecta.

³³ ROXIN, C, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 1997, España: Civitas.

³⁴ CORCOY, M, *Eficacia de la imputación objetiva*, V Seminario Internacional Profundizado de Derecho Penal (págs. 13-32), 2015, Corrientes : Themis.

³⁵ FEIJOO, B, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Pénal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 93-138, 2000.

³⁶ JAKOBS, G, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, 1998. En G. JAKOBS, C. ROXIN, & W. NAUCKE, *La prohibición de regreso en el Derecho Penal* (págs. 95-148). Bogotá: Cargraphics S. A.

3.2.1. Generalidades

Como ya hemos podido mencionar, para la constitución de una infracción penal, es necesario establecer un nexo causal cierto entre el hecho y el resultado penalmente tipificado. En primer lugar, podemos destacar que existen en Francia dos tipos de causalidad. Por una parte, la causalidad directa y por la otra parte, la causalidad indirecta.

En 2000, a través de una ley llamada “Fauchon” del 10 de julio 2000³⁷, el legislador francés ha querido hacer más difícil la retención de la responsabilidad penal para las personas físicas en caso de vulneraciones involuntarias a la vida y a la integridad física o psíquica de las personas. No obstante, dicha ley no opera una definición clara de lo que es una causalidad directa y una causalidad indirecta. La jurisprudencia tiende a retener una u otra sin tener realmente unos criterios fijos.

Dicha ley establece una gradación de la falta. En primer lugar, una falta simple (art. 121-3 § 3 CPF) constituye una falta de imprudencia, negligencia, inatención, inexperiencia o un incumplimiento a una obligación de prudencia o de seguridad impuesta por la ley o el reglamento³⁸.

En segundo lugar, una falta puede ser cualificada si es una falta deliberada o una falta caracterizada (art. 121-3 § 4 CPF). Por un lado, una falta caracterizada es aquella que ha expuesto a un tercero a un riesgo de una particularidad gravedad que la persona no podía ignorar³⁹. Por otro lado, una falta deliberada constituye una violación de manera manifiestamente deliberada de una obligación particular de prudencia o de seguridad

³⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

³⁸ Concretamente, el término “el reglamento” ha sufrido una evolución en la materia. Hasta la ley del 10 de julio 2000, era cuestión de “los reglamentos” y no de “el reglamento”. La jurisprudencia había interpretado este término al plural como designando el reglamento en el sentido stricto de la palabra, es decir, el texto reglamentario, pero de manera extensiva, había incluido reglas diversas derivadas de diferentes fuentes. Por consiguiente, este punto fue modificado por la ley mencionada y se interpreta como el reglamento la norma jurídica que tiene su fuente en la potestad reglamentaria. Así pues, esta noción excluye de su campo de aplicación los usos y costumbres, pero incluye no obstante los reglamentos de la Unión Europea y los documentos propios a una empresa.

³⁹ Más específicamente, la falta caracterizada puede resultar de la violación a una obligación general de prudencia o de seguridad. Puede igualmente resultar de violaciones o omisiones a principios generales del derecho. Sin embargo, la falta caracterizada se distingue de la falta simple por su gravedad. Es un comportamiento peligroso hasta el punto en que expone a un tercero a un riesgo particularmente grave. Hará falta que los jueces determinen que el autor no podía ignorar este grave riesgo al cual ha expuesto la víctima. Este tipo de falta es más presente que la falta deliberada en la jurisprudencia francesa porque la Corte de casación francesa no es tan rigurosa en el establecimiento de la dicha.

prevista por la ley o el reglamento. Esta última es también llamada falta de puesta en peligro o dolo eventual⁴⁰.

En consecuencia, con anterioridad al año 2000, todo tipo de causalidad, que fuese directa o indirecta, podía exigir penalmente la responsabilidad tanto de una persona física como de una persona jurídica. Dicho caso ya no constituye el derecho positivo francés. Así pues, a través la ley Fauchon, el legislador despenaliza la falta simple en un supuesto de causalidad indirecta para las personas físicas. Sin embargo, una persona jurídica puede verse penalmente responsable independientemente de la falta cometida y del supuesto de causalidad frente al cual nos encontremos⁴¹.

Podemos destacar en este punto una novedad en oposición al corriente legislativo actual. Normalmente podemos observar, y muchos autores critican este hecho, un movimiento de penalización constante del derecho penal⁴². No obstante, en nuestro caso presente observamos lo contrario, es decir, una despenalización de un hecho.

Por consiguiente, en un supuesto de causalidad directa y falta deliberada, el legislador prevé que dicha falta, por definición más grave que la simple falta de imprudencia, se vea agravar la represión⁴³.

Dentro de las vulneraciones involuntarias a la vida y a la integridad física o psíquica de las personas nos vamos a centrar en la represión del homicidio involuntario. Esta incriminación se encuentra, como ya hemos mencionado anteriormente, en el art.

⁴⁰ Es una falta que se encuentra a medio camino entre la falta simple de negligencia y la falta intencional. Este tipo de falta supone que el autor tenga consciencia que toma un riesgo, que dicho riesgo puede conllevar a consecuencias graves, pero no obstante toma el riesgo. Al no querer el resultado, no hay un dolo intencional, pero, sin embargo, cogiendo el riesgo, poco le importa que el resultado surja o no. Para ser constituida, esta falta supone que haya habido previamente una obligación particular de prudencia o de seguridad prevista por la ley o el reglamento. En consecuencia, una falta de puesta en peligro deliberada no puede resultar de una omisión a una obligación general de seguridad. Asimismo, tampoco puede resultar de una obligación que no esté prevista por ley o reglamento. Además, la norma violada tiene que ser una regla particular. Esto significa que es una regla que impone un modelo de conducta determinado, circunscrito. Finalmente, para que haya una falta deliberada, es necesario que la violación de esta norma específica sea manifiestamente deliberada. En conclusión, estamos frente a una imprudencia consciente.

⁴¹ Dicho de otro modo, para que una persona física sea penalmente responsable en caso de causalidad indirecta, tiene que haber cometido una falta cualificada, es decir, una falta deliberada o caracterizada. Sin embargo, en caso de causalidad directa, una falta simple es suficiente para retener su responsabilidad penal.

⁴² DECHENAUD David, “La pénalisation de l’exercice des libertés”, *Le droit des libertés en question(s) – colloque des 5 ans de la RDLF*, RDLF 2018 chron. N°3

⁴³ No obstante, este punto está sujeto a crítica pues normalmente, según el principio de legalidad de la ley penal, es contra legem que un mismo hecho juegue a la vez como un elemento constitutivo de la infracción penal y como una circunstancia agravante de la misma.

221-6 CPF. En su primer párrafo, dicho artículo lo sanciona con 3 años de prisión y 45 000 euros de multa. No obstante, la pena se ve agravada a 5 años de prisión y 75 000 euros de multa en caso de violación de manera manifiestamente deliberada de una obligación particular de prudencia o seguridad prevista por la ley o el reglamento (es decir, en caso de una falta deliberada).

En conclusión, la ley Fauchon de 2000, a través del art. 121-3 CPF nos invita a hacer tres distinciones: distinguir en un primer momento si nos encontramos frente a una persona física o frente a una persona jurídica; siguiendo por el análisis del tipo de causalidad frente al cual nos encontramos; para finalmente finalizar con la caracterización del tipo de falta cometida en nuestro caso concreto.

3.2.2. La causalidad directa

Como ya hemos mencionado, hasta la ley del 10 de julio 2000, toda falta penal, cualquiera fuera su gravedad, podía entablar la responsabilidad penal de su autor tan pronto como la falta haya causado uno de los resultados previsto por la ley, incluido pues el homicidio involuntario. Siguiendo esta lógica, una falta ligera o simple puede conllevar un resultado grave. De ahí se distinguen dos órdenes de gravedad: gravedad del resultado y gravedad de la falta. En relación con la causalidad, hasta el año 2000, la jurisprudencia se limitaba a exigir un nexo causal cierto, determinado, entre la falta y el resultado perjudicial, sin importar que el nexo fuera directo o indirecto⁴⁴.

Hoy en día, en caso de causalidad directa, cualquier falta permite de retener la responsabilidad penal y a *contrariori*, solamente una falta presentando un determinado grado de gravedad especificado por la ley permite de retener dicha responsabilidad en caso de causalidad indirecta.

Simplemente, podemos definir la causalidad directa como el comportamiento habiendo causado directamente el daño. Por ejemplo, en una sentencia del 23 de octubre 2001, la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa condenó a un médico por haber realizado un mal movimiento a la hora de un parto y habiendo fracturado el cráneo del

⁴⁴ Cass. Crim., 5 octubre 2004, n° 03-86.169

bebé al sacarlo del vientre materno. Así pues, una falta directa del médico fue caracterizada y retenida por el tribunal⁴⁵.

Para terminar, otro ejemplo sería la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa del 25 de septiembre de 2001 en donde un automovilista que conducía a una velocidad excesiva a la prevista por la ley y que no controló efectivamente su vehículo, chocó con un jabalí que después provocó el derrape del coche con otro vehículo causando la muerte del conductor de este último. Una vez más, la alta jurisdicción retiene un nexo causal directo considerando que el exceso de velocidad había sido la fuente directa del daño causado puesto que ha sido dicho exceso que ha hecho que el conductor no controlara su vehículo cuando el jabalí se asomó⁴⁶.

Sin embargo, en esta última ilustración, en comparación con las anteriores, la calificación del nexo de directo puede ser más discutible puesto que no sólo un acto ha intervenido a la muerte de la víctima sino una concurrencia de actos. En consecuencia, observamos bien a través de estos ejemplos que la Corte de casación francesa no retiene unos criterios estrictos y sistemáticos para calificar de directo o indirecto el nexo causal.

3.2.3. La causalidad indirecta

La causalidad indirecta puede ser definida por la negativa a la luz del art. 121-3 § 4 CPF. Así pues, dicha causalidad es la que no ha causado directamente el perjuicio pero que ha creado o contribuido a la creación de la situación habiendo permitido la realización del daño o que no han tomado las medidas permitiendo evitarlo⁴⁷.

Algunos ejemplos que podemos retener de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa en la materia son en primer lugar una sentencia del 12 de septiembre de 2006 donde la Corte de casación francesa juzgó un supuesto de causalidad indirecta. En este supuesto de hecho se trataba de una mujer joven que fue a consultar su médico habitual. El médico conocía bien el perfil médico de la paciente. La

⁴⁵ Cass. Crim., 23 octubre 2001, nº 01-81.227 – Otro ejemplo de causalidad directa es la sentencia del 21 de enero 2014 de la misma Sala de lo Penal de la alta jurisdicción francesa en donde se constató una causalidad directa entre el daño subido por una persona mordida por un perro y la falta constitutiva de negligencia del propietario del perro que lo había dejado salir de su casa sin controlarlo ni sujetarlo (Cass. Crim., 21 janvier 2014, nº 13-80.267).

⁴⁶ Cass. Crim., 25 septembre 2001, nº 01-80.100

⁴⁷ Dicho de otro modo, consideramos que la causalidad es indirecta cuando el comportamiento dañino no ha sido la causa exclusiva o inmediata del perjuicio.

mujer fue recibida en urgencias quejándose de una sed intensa. Dicho síntoma tendría que haber sido detectado por su médico, pero no fue el caso lo que conllevó a que unos días después, la paciente murió de una crisis de coma diabético. El médico fue demandado por homicidio involuntario. Los jueces de primera y segunda instancia consideraron que el médico había cometido un fallo. Le habían reprochado de haberse contentado en proveer un examen médico, ni siquiera con carácter urgente, aun sabiendo desde hacía dos años que la paciente sufría de una enfermedad de hiperglicemia. En consecuencia, los jueces de la Audiencia habían considerado al médico culpable de homicidio involuntario habiendo causado un fallo de imprudencia y de negligencia, causando así directamente la muerte de la víctima. No obstante, la Corte de casación francesa dictó una casación parcial considerando que la causalidad era aquí simplemente indirecta del hecho en que la ausencia de un diagnóstico correcto había conllevado al coma, causa directa de la muerte. Sin embargo, el médico pudo ser igualmente condenado por la muerte de su paciente puesto que el Tribunal consideró que la falta cometida era más que una simple falta y que dicha falta correspondía a una falta caracterizada exponiendo a otro a un riesgo de una particular gravedad que no podía ignorar⁴⁸. Asimismo, una sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa del 16 abril 2019⁴⁹.

Finalmente, a través de estas distintas ilustraciones jurisprudenciales, podemos destacar que la Corte de casación en Francia no opera a través de unos criterios

⁴⁸ Cass. Crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700 – Del mismo modo, en una sentencia del 20 de marzo 2001, la Corte constata que un error de construcción en la caja de cambios de un barco corresponde simplemente un nexo indirecto de causalidad al naufragio del barco (Cass. Crim., 20 mars 2001, n° 98-87.544).

⁴⁹ Cass. Crim., 16 avril 2019, n° 18-84566 – En esta sentencia se expone que una persona mayor fue hospitalizada seguido a un accidente cerebrovascular. Un tratamiento le fue administrado y progresivamente otro médico cogió el seguimiento del caso. El estado del paciente se degradó y murió unos días más tarde. Apareció en un examen que hubo una sobredosis en el tratamiento recetado lo que provocó una colisión que llevó a su vez a la muerte. Dos personas están procesadas por homicidio involuntario: el interno, joven médico y el médico jefe de servicio. Al interno le es reprochado no haber recetado la modificación del tratamiento administrado y de no haber previsto los controles necesarios al seguimiento de los exámenes biológicos que mostraban que el paciente no iba bien. En cuanto al jefe de servicio, se le reprocha no haber velado a la buena ejecución y al seguimiento de los tratamientos administrados por el interno. Los dos acusados son considerados culpables de homicidio involuntario por el tribunal de primera instancia. Sin embargo, la Corte de apelación en segunda instancia los relajó de los cargos. No obstante, la alta jurisdicción determinó la casación de la sentencia de la anterior corte considerando que, por una parte, el comportamiento del interno presentada un nexo causal directo con la muerte y, por otra parte, que el comportamiento del jefe de servicio, más precisamente la omisión de vigilancia de este, correspondía a un nexo causal indirecto pero a una falta deliberada lo que permitía igualmente retener su responsabilidad penal.

establecidos en la determinación de la causalidad ni en la determinación de la gravedad del fallo cometido. En consecuencia, tendremos que ver el caso por caso lo que se retiene.

3.3. Comparación y críticas

El problema causal en España se observa tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Por una parte, dicho problema sólo afecta prácticamente los delitos de resultado. Por otra parte, independientemente de la teoría que retengamos, la afirmación de una relación causal entre la acción y el resultado no es suficiente para imputar objetivamente un resultado al autor del hecho⁵⁰.

Del mismo modo, podemos observar en la jurisprudencia del TS que no se aplican unos criterios de forma minuciosa por encima de otros, lo que conlleva a veces a soluciones poco intuitivas. Por ejemplo, en una sentencia del 23 de abril de 1992 relativo a un caso de envenenamiento masivo por ingestión de aceite de colza adulterado, el tribunal aprobó la relación de causalidad entre una acción de manipulación de aceite y el resultado de muerte sobre la base de una causalidad general, sin adentrarse pues a las circunstancias concretas de cada víctima y situación⁵¹. Sin embargo, esto no significa que el juez esté amarrado a una determinación general de la causalidad puesto que, dentro de los límites que le permite el principio de la libre valoración de la prueba, el juez es libre de dar por probada una determinada relación de causalidad. Mismo razonamiento se aplica a la imputación objetiva que exige previamente la determinación de una causalidad.

Si nos regimos simplemente a la teoría de la imputación objetiva, un gran número de supuestos de hecho quedan excluidos de la represión penal. Esto se debe a la ausencia de toma en consideración de la causalidad indirecta según dicha teoría.

Retomando una sentencia ya mencionada del TS del 30 de mayo de 1988⁵², observamos que en este supuesto de hecho la muerte imprudente causada por B a X se encuentra excluido del ámbito de protección de la norma y es, por consiguiente, atípica⁵³.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit. p. 230

⁵¹ STS 3654/1992 de 23 de abril de 1992

⁵² STS de 30 de mayo de 1988

⁵³ En esta sentencia, el tribunal casa la sentencia de instancia y absuelve a B diciendo que: “La finalidad de esta prohibición [la del art. 133.d) del Código de la Circulación] se debe ver en la evitación de resultados que sean producto directo de las dificultades de conducción que el transporte de la persona adicional necesariamente origina. Consecuentemente, la muerte producida a la víctima por el golpe que le dio el camión, en la medida en que no se conecta con las dificultades de conducción que la persona podría

Esta solución es criticable puesto que en Francia lo más probable es que el acusado no hubiera quedado absuelto. Como consecuencia a una causalidad directa en términos jurídicos franceses, independientemente de la falta cometida, el acusado se hubiera visto declarado culpable de homicidio imprudente.

Para finalizar con nuestro razonamiento, podemos efectivamente exponer que el criterio de la imputación objetiva es un criterio criticable en cuanto a la forma en que se ha configurado con relación al juicio de atribución del resultado. Dicho resultado se ve pues determinado exclusiva y estrictamente con un carácter objetivo, delimitando así el ámbito de lo imputable⁵⁴.

4. Estudio de la cuestión a la luz de los principales pronunciamientos jurisprudenciales

El dualismo de subsunciones típicas aplicables a un mismo hecho antijurídico va a verse en contradicción dependiendo de si nos posicionamos en España o en Francia. Así es, donde en España existe la incriminación del aborto imprudente, esta calificación primará y excluirá la de homicidio imprudente en caso de muerte del feto. Por el contrario, en ausencia de este delito específico, en Francia se va a instaurar una jurisprudencia constante queriendo excluir el feto de toda protección penal.

4.1. Estudio de las resoluciones penales de los Tribunales españoles

Antes de adentrarnos específicamente en las principales resoluciones penales de los tribunales españoles, podemos contextualizar el ámbito de aplicación de estas decisiones. Así pues, el tema del aborto ha sido objeto de un análisis tanto doctrinal como jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC). Al origen de este corriente, podemos mencionar una sentencia de 11 de abril de 1985 en donde el TC⁵⁵ se posiciona sobre los derechos fundamentales que están en juego en el aborto. En esta sentencia, el tribunal dispone que el *nasciturus*, es decir el no nacido, no puede ser titular del bien jurídico “vida”. No obstante, se hace precisión de que esto no impide que

haber generado, cae fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado infringida, lo que determina que no sea objetivamente imputable al procesado” (STS de 30 de mayo de 1988).

⁵⁴ GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado”, *Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación*, Universidad de La Laguna, ADPCP, VOL. LVIII, 2005.

⁵⁵ STC 53/1985, 11 de abril de 1985

no necesite protección. La protección de la vida humana en formación deriva del derecho fundamental de la vida, pero no es vida independiente todavía. En consecuencia, no es propiamente un derecho fundamental. La vida humana es un proceso gradual que va desde la concepción hasta la muerte; por lo tanto, la regulación que se debe proporcionar también debe hacerse de forma gradual.

4.1.1. Sobre el aborto imprudente

En primer lugar, sobre el aborto imprudente, en un auto del juzgado de instrucción de Vigo del 1 de octubre de 2019⁵⁶ se expone claramente que la muerte se produce de forma previa a la expulsión de feto. Se expone entonces en consecuencia que, “acreditado que estamos ante un parto natural, a término, los hechos sólo podrían integrar a un delito de aborto imprudente”. Esta resolución nos acredita efectivamente el ámbito de aplicación del delito de aborto imprudente, especificando que se aplica en presencia de un feto, más concretamente cuando este llega a morir, aun estando el embarazo a término.

Asimismo, sobre el aborto imprudente podemos destacar una sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de noviembre 2018⁵⁷ particularmente interesante del punto de vista de la relación de causalidad y la imprudencia grave. En este caso, una mañana, el acusado Felipe se dirigió a una panadería que estaba cerrada, procedió a llamar al timbre y a dar golpes al portal de forma reiterada exigiendo que le hicieran un bocadillo. Del interior de la panadería salió Esmeralda para comunicarle que estaban cerrados y no iban a hacerle un bocadillo. Un rato después salió de la misma panadería Felicidad, trabajadora de la panadería, que se dirigía a la furgoneta con la que iba a repartir el pan. En este momento, el acusado se dirigió hacia ella y le dio un cabezazo y la golpeó con la mano en la oreja derecha, dándole igualmente empujones y zarandeos, pero sin darle ningún golpe en el vientre pues la perjudicada se lo protegía diciendo además al acusado que no la golpeará pues estaba embarazada. El acusado se dirigía a Felicidad con expresiones como “sudaca de mierda”, “te voy a hacer parir”, o “te voy a mandar a tu país en una caja”. No obstante, los jueces no estimaron acreditado que el acusado tuviera la intención de afectar al estado de gestación de la perjudicada ni que asumiera tal posibilidad; dicho punto es discutible.

⁵⁶ AJI 11/2019, 1 de octubre de 2019

⁵⁷ STS 3788/2018, 14 de octubre de 2018

Como consecuencia de la agresión, Felicidad resultó con varias contusiones y un traumatismo cráneo encefálico leve. Acudió dos veces al centro médico en busca de asistencia. La perjudicada se encontraba en un estado de alto riesgo puesto que estaba embarazada a los 45 años y, a consecuencia de su estado y de la agresión sufrida, generó una situación de enorme ansiedad y preocupación. Fue ingresada una primera vez en el hospital por amenaza de aborto e infección urinaria. Fue ingresada una segunda vez y se le apreció la rotura temprana de membranas, produciéndose el parto de un feto muerto. Se declara probado que la causa del aborto ha sido el estrés sufrido por la perjudicada ante la agresión padecida y el temor a perder el feto, encontrándose en la actualidad en tratamiento psicológico y psiquiátrico por estrés post-traumático.

En cuanto al procedimiento de este caso, la Audiencia de instancia condenó a Felipe como autor penalmente responsable de una falta de lesiones en concurso ideal con un delito de aborto por imprudencia grave. La representación de Felipe presentó recurso de casación por aplicación indebida del art. 146 CPE, error en la apreciación de la prueba, vulneración del derecho a la tutela efectiva de los Tribunales de Justicia contemplado en el art. 24.2 CE y de la presunción de inocencia y finalmente por vulneración del principio *in dubio pro reo*. Así pues, cabe preguntarnos en este supuesto de hecho si la relación de causalidad entre los golpes y el traumatismo generado y el aborto sobrevenido está bien caracterizado.

El Tribunal Supremo en esta sentencia de 14 de noviembre de 2018 responde por la positiva afirmando que la causa de este aborto ha sido el estrés sufrido por la perjudicada ante la agresión padecida y el temor a perder el feto. Asimismo, el Tribunal destaca que el médico en el presente caso afirmó que la situación de angustia, por las sustancias que se liberan en el organismo, genera cambios hormonales como respuesta defensiva, que en el caso de una mujer embarazada puede provocar contracciones en el útero y desencadenar un aborto. Además, el feto, que fue examinado después del aborto, no presentaba ninguna malformación ni síntomas de haber sufrido algún tipo de traumatismo por lo que queda claramente establecida la relación causal⁵⁸.

⁵⁸ El alcance de la sentencia es interesante en el sentido que, además de esclarecernos la cuestión de la relación de causalidad en materia de aborto imprudente, el Tribunal Supremo español, en esta sentencia, motiva su decisión apoyándose particularmente sobre su jurisprudencia relativa a la imprudencia grave o temeraria y la relación de este tipo de imprudencia con el deber de cuidado.

Sobre la imprudencia, en un primer momento el Tribunal descarta la existencia de un dolo eventual pues el sujeto no se representó el resultado como posible ni fue consciente de estar sometiendo a la víctima a una situación tan peligrosa como la realmente ocasionada. A continuación, el Tribunal dice que no obstante la ausencia de dolo eventual, el autor, siendo advertido el riesgo, siguió actuando, produciéndose pues el resultado. En consecuencia, el alto tribunal prosigue por recordar su jurisprudencia establecida relativa al delito imprudente. Por ejemplo, en sentencia de 2009 de este tribunal⁵⁹, se estableció que el delito imprudente se compone por una parte por la infracción de un deber de cuidado interno, también llamado subjetivo o de previsión y por otra parte por la vulneración de un deber de cuidado externo, también llamado deber objetivo de cuidado. Finalmente, a estos requisitos hay que sumarle, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de tal forma que el riesgo permitido generado por esta sea el que se materialice en el resultado.

Antes de finalizar su razonamiento, el Tribunal menciona asimismo su jurisprudencia relativa a la imprudencia grave o temeraria. Así pues, en una sentencia de 2002⁶⁰ el TS distingue la imprudencia grave de la simple. Esta primera requiere la vulneración de “las más elementales normas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad”. Esta definición es de manera constante recordada por el tribunal, por ejemplo en una sentencia de 2005⁶¹, o, dicho de otra forma, en una de 2009 ya mencionada⁶² donde expone que “la gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado [...] y desde una perspectiva subjetiva o interna [...] por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo”.

En consecuencia, en nuestro supuesto de hecho, el alto tribunal español deduce de su propia jurisprudencia que el acusado infringió de forma partente las reglas de cuidado con lo que la imprudencia es caracterizada. Además, dicha imprudencia es calificada de grave por el tribunal pues grave es la infracción al deber de cuidado puesto que es incuestionable que el valor del bien jurídico protegido imponía las mayores exigencias

⁵⁹ STS 1089/2009, 27 de octubre de 2009

⁶⁰ STS 1823/2002, 7 de noviembre de 2002

⁶¹ STS 537/2005, 25 de abril de 2005

⁶² STS 1089/2009, 27 de octubre de 2009

del deber de cuidado. En conclusión, por todos los motivos expuestos, el Tribunal Supremo español desestima el recurso de casación interpuesto por Felipe contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de octubre de 2017.

4.1.2. Sobre aborto u homicidio imprudente

En segundo lugar, ahora sobre la oposición entre las subsunciones típicas posibles de aborto u homicidio imprudente, una serie de sentencias van a poder esclarecer el conflicto de calificaciones penales.

En una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 28 de marzo 2011⁶³, Laura, embarazada en los últimos días de gestación, acudió al Servicio de Urgencia del Hospital Santa Cristina de Madrid por presentar contracciones. Fue atendida por la acusada María Purificación que se encontraba de guardia en el departamento de ginecología. Tras la monitorización para apreciar el latido del feto y a pesar de una sospecha de bolsa rota no se ordenaron otras pruebas suplementarias. La acusada fue condenada como autora de falta de imprudencia con resultado de muerte. Es interpuesto recurso de apelación por ambas partes y por el Ministerio Fiscal. En el recurso interpuesto por Laura, esta última alega que en su caso la falta cometida presenta un carácter grave y no se puede calificar de leve. Así pues, con la calificación de una falta de imprudencia grave habiendo causado la muerte, Laura invoca para su tesis la aplicación del art. 142.1 CPE relativo al homicidio imprudente.

A pesar de normalmente no volver a examinar los hechos ya discutidos de forma contradictoria delante del juez de primera instancia, la Audiencia Provincial en este supuesto acepta volver a tratar los hechos por lo que de ello depende, es decir, la aplicación del tipo penal de homicidio involuntario.

Sin embargo, la Audiencia va a proceder aquí a un desglose de la jurisprudencia en materia de calificación de aborto frente a la de homicidio involuntario cuando la muerte concierne un feto y no una persona independiente del seno materno. En primer lugar, se recuerda la acción típica exigida por el delito de homicidio, es decir, la muerte de otra persona. Como consecuencia a dicha acción se desprende la necesidad de caracterizar una relación de causalidad que una la acción con la muerte de la víctima,

⁶³ SAP M 3241/2011, Sección 17ª, 28 de marzo de 2011

relación establecida a través la aplicación de la imputación objetiva⁶⁴. A continuación, conviene matizar que “cuando lo que se produce es la destrucción de la vida que lleva en su interior una mujer embarazada, del producto de la concepción humana antes del alumbramiento, nos encontramos ante un aborto”. Asimismo, el Tribunal Supremo español, de manera constante se ha pronunciado sobre el tema en el sentido de que “el bien jurídico en el delito de aborto es precisamente la vida de *nasciturus*, es decir, uno de los primeros en la jerarquía de valores defendibles jurídica y socialmente, por lo que su esencia está constituida por la muerte del feto 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 desde el momento de la concepción”; concretamente, el alto Tribunal se refiere aquí al art. 29 de dicho código⁶⁵.

Del mismo modo, una sentencia del TS de 25 de mayo 1999⁶⁶. Asimismo, jurisdicciones más bajas se han pronunciado en el mismo sentido, mostrando una coordinación y concordancia entre instancias⁶⁷.

Finalmente, para concluir con la sentencia analizada, la audiencia concluye su razonamiento estimando que si un delito le es imputable a la acusada este será el de aborto y no el de homicidio imprudente como era alegado por la víctima y por los jueces de primera instancia.

A continuación, en otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2013⁶⁸, Caridad, con embarazo a término, es ingresada al hospital. La matrona Socorro y las ginecólogas María Luisa y María Dolores aseguraban su seguimiento. No obstante, estas dos últimas no advirtieron al médico cuando la paciente presentaba 38° C de fiebre. No es hasta que Rosana, viendo los síntomas de fiebre, advierte al jefe de guardia Octavio

⁶⁴ SAP M, Sección 27ª, de 2 de septiembre de 2010

⁶⁵ STS 1613/1992, 27 de junio de 1992

⁶⁶ El TS estimó que constituye un aborto “la interrupción del proceso fisiológico de gestación con finalidad de destrucción del resultado de la concepción, si es doloso y, en caso de aborto culposo, cuando ese resultado de destrucción se produce como consecuencia de una conducta culposa grave”, refiriéndose pues en este último supuesto al caso de imprudencia. – STS 811/99, 25 de mayo de 1999.

⁶⁷ Por ejemplo, en una sentencia de 17 de diciembre 2004 – SAP Burgos 228/2004, Sección 1ª, 17 de diciembre de 2004 –, la Audiencia estimó que “el delito de aborto castiga, tanto la destrucción de la vida humana en el seno materno, como la utilización de sustancias o de instrumentos para provocar su expulsión prematura y determinante de su muerte ante la imposibilidad de subsistencia del “*nasciturus*” fuera del claustro materno”. Dicha jurisprudencia es asentada y reiterada en numerosas ocasiones desde dos sentencias, de 1984 y 1987 – STS 30 de enero de 1984; STS 24 de enero 1987.

⁶⁸ SAP M 6252/2013, Sección 7ª, 1 de abril de 2013

pues tanto la madre como el feto estaban taquicárdicos y que la fiebre había subido a 39° C de temperatura. De esta manera, un parto normal se convirtió en un parto de cirugía compleja al final de la cual el feto nace con muerte cerebral y la madre muere durante el parto a causa de una anomalía desconocida hasta entonces. No obstante, el feto muerto, no se consideró muerto hasta las 14 horas del día siguiente del parto. Es demostrado que el feto muere a causa de la falta de diligencia que tuvieron Socorro y María Dolores en comunicar a los médicos la situación clínica mucho después de haber sido advertida, lo que explica que el feto naciera muerto por falta de oxígeno, llegando a vivir menos de 24 horas fuera del claustro materno. La sentencia de primera instancia condenó a las acusadas como autoras de un delito de homicidio imprudente. Recurso en apelación fue instado. Así pues, se condenó a las presentes como homicidio imprudente hacia la persona del feto, en aplicación del art. 142 CPE. No obstante, en el recurso se contesta dicha aplicación considerando que solo puede ser objeto de una acusación en base al art. 146 CPE sobre el aborto imprudente y como este no fue avanzado en primera instancia, una condena sobre dicho fundamento sería ilegítima. Sobre esta posibilidad de retener una nueva acusación en ausencia de hechos nuevos en la instancia de apelación es expuesta a través una jurisprudencia del TC que llegó a concluir que “sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia cuando el razonamiento probatorio del juzgador *a quo* vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar absurdo, irracional o arbitrario”⁶⁹. En conclusión, la Audiencia Provincial de Madrid, en esta sentencia del 1 de abril de 2013 retiene la calificación de homicidio imprudente al niño nacido con muerte cerebral y cuya muerte se ha declarado oficialmente 24 horas después del parto.

Finalmente, para terminar con el análisis de la oposición entre aborto y homicidio imprudente, una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2018⁷⁰ nos ilustra la importancia de la determinación del criterio de nacimiento en vida pues de ello depende la aplicación de aborto o de homicidio.

4.1.3. Sobre aborto o lesiones imprudentes

En conclusión, para adquirir una visión más abierta del asunto, podemos mencionar que existen igualmente un número de sentencias que esta vez opuso las

⁶⁹ STC 82/2001, 15 de febrero de 2001

⁷⁰ SAP MA 628/2018, Sección 8ª, 16 de abril 2018

calificaciones de aborto y lesiones imprudentes, siendo el mismo razonamiento retenido que para el homicidio imprudente. Por ejemplo, una sentencia de 2012 mostrando el nexo causal entre lesiones y aborto imprudentes⁷¹ o otra de 2010 en el mismo sentido⁷².

4.2. Estudio de las resoluciones penales de los Tribunales franceses

Con el fin de introducir las resoluciones penales de los Tribunales franceses en relación con el mortinato, podemos evocar dos primeras sentencias de la Corte de apelación y de la Corte de casación de 1997 y 1999 respectivamente.

En una sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa del 30 de junio 1999⁷³, la Corte asentó una solución reiterada incesantemente en el asunto. Los hechos mostraron que un médico causó la muerte de un feto en perfecta salud, de edad entre 20 y 24 semanas. Este primero se confundió entre dos pacientes presentando el mismo nombre y, removiendo el dispositivo intrauterino a una mujer embarazada, causó la muerte del bebé.

El médico fue declarado culpable de homicidio involuntario por la Corte de apelación francesa⁷⁴. La sentencia fue casada y en consecuencia anulada por la Corte de casación exponiendo que la ley penal tiene que ser interpretada estrictamente y afirma que los hechos reprochados al acusado no entran en las previsiones del antiguo art. 319 del CPF que incriminaba el homicidio involuntario en el CPF de 1810 y del art. 221-6 CPF en vigor actualmente.

4.2.1. El principio de la interpretación estricta de la ley penal

La Corte de casación francesa se apoya en la interpretación estricta de la ley penal que le conduce finalmente a excluir el feto de la noción de “otro”, es decir, de la noción de terceros. Este principio general del derecho penal se encuentra tipificado en el art. 111-4 CPF⁷⁵. Otro fundamento de derecho en el que se base la Corte es el del principio de la legalidad criminal, principio general del derecho que deriva directamente del anterior.

⁷¹ SAP ML 21/2012, Sección 7ª, 13 de febrero de 2012

⁷² SAP VA 1133/2010, Sección 4ª, 17 de septiembre de 2010

⁷³ Cass. Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351

⁷⁴ CA Lyon, 13 mars 1997

⁷⁵ Artículo 111-4 del Código penal francés en vigor desde el 1 de marzo de 1994: “La ley penal es de interpretación estricta”.

En este punto una crítica puede ser expuesta sobre el hecho que la noción de “otro” no está definida de manera clara y precisa en el CPF. Además, otra crítica en este estado es que en realidad podríamos hablar de una interpretación más bien “restrictiva” que no “estricta” en lo que la Corte crea un nuevo criterio para la aplicación de la calificación jurídica de homicidio involuntario, el nacimiento en vida y viable de la persona.

Así pues, en una sentencia muy importante de la Asamblea Plenaria de la Corte de casación francesa de 29 de junio de 2001⁷⁶, una mujer embarazada fue víctima de un accidente de circulación provocado por un conductor ebrio. El choque con el vehículo provocó la muerte del niño unos días después, niño mortinato. Los jueces de la Corte de apelación francesa, en una sentencia del 3 de septiembre de 1998⁷⁷ consideraron que el mortinato no estaba protegido en el nombre de los delitos contra las personas. La Corte de casación confirma dicho razonamiento fallando que el principio de legalidad de los delitos y de las penas que impone una interpretación estricta de la ley penal se opone a que la incriminación prevista en el art. 221-6 CPF reprimiendo el homicidio involuntario del prójimo sea extendida en el caso del feto puesto que para este último existe un régimen jurídico propio, textos concretos sobre el embrión y el feto. Por consiguiente, la Corte procede por afirmación, reenviando a un régimen jurídico particular a estas normas, pero, no obstante, sin especificar a qué hacen referencia. Dicho razonamiento reenvía a los arts. 511-15 y siguientes del CPF, en su libro V. Son disposiciones en materia de bioética pero que en realidad podemos observar que son ajenas a la cuestión expuesta delante del tribunal puesto que dichos artículos tratan la manipulación y conservación de embriones. Así pues, no hay nexo causal alguno entre estas previsiones legales y las relativas al homicidio involuntario. Además, la cuestión expuesta a la Corte hacía referencia al feto y no a los embriones. En conclusión, la solución consagrada por la Sala de lo Penal en 1999 es recuperada en esta sentencia de Asamblea Plenaria de 2001 a través de una sustitución de motivos.

A continuación, en una sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa del 25 de junio de 2002⁷⁸, la Corte reanuda la misma solución que en 2001. Esta sentencia fue publicada con las observaciones contrarias del abogado general. Concretamente, en este caso, una mujer embarazada habiendo llegado a término desde

⁷⁶ Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973

⁷⁷ CA de Metz, 3 septembre 1998

⁷⁸ Cass. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359

hacía unos cuantos días es ingresada en una clínica en vista para su parto. Fue situada bajo vigilancia la noche de su llegada e inmediatamente señaló a la comadrona una anomalía cardíaca del feto. La especialista rechazó llamar al médico, subestimando la gravedad de la situación. Al día siguiente, hacia las 7h de la mañana, la anomalía persistía, pero fue seguida esta vez de una parada cardíaca. El médico, finalmente advertido de la situación, solamente pudo constatar la muerte del feto y proceder a su extracción por cesárea. Extracción del mortinato. Fue establecido que el niño no murió por una malformación o anomalía sino por una falta de oxígeno. Si la cesárea hubiera transcurrido por la noche, cuando la anomalía fue detectada, el niño seguiría en vida. La Audiencia nacional francesa declaró la comadrona culpable de homicidio involuntario sobre la persona del niño reprochándole la falta de haber subestimado la gravedad de la situación y negando la llamada al médico. Los jueces se basaron en primer lugar en el hecho que el feto no presentaba ninguna malformación, en segundo lugar, que la futura madre ya había llegado a término desde hacía varios días y finalmente, que, si la falta de la comadrona no hubiera sucedido, el niño hubiera nacido vivo y disponiendo de una integridad distinta a la de su madre. No obstante, la sentencia declarando culpable la comadrona de homicidio involuntario fue casada por la Corte de casación francesa en base a que el principio de legalidad de los delitos y las penas que exige una interpretación estricta de la ley penal se opone a que la calificación de homicidio involuntario se aplique al caso del mortinato.

En otra sentencia de la misma Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa de 4 de mayo de 2004 se presentaron unos hechos similares a los de la sentencia de 2002 expuesta previamente⁷⁹.

Finalmente, en esta sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa del 20 de noviembre 2018⁸⁰, se expone el supuesto de hecho siguiente: un accidente médico tuvo lugar a la ocasión de un parto. Cesárea realizada y el niño es

⁷⁹ Cass. Crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175 – En este caso, una mujer embarazada, cuyo embarazo ya había llegado a su fecha de término, es ingresada por la noche en la sala de nacimientos del centro hospitalario. A partir de las 22h30 son constatadas anomalías del ritmo cardíaco que se agravan hacia las 00h. A las 2h de la mañana, el médico procede a una cesárea, el niño ha muerto in útero. La comadrona es demandada por homicidio imprudente a causa de una falta consistente en no haber alertado al médico antes. El tribunal de casación francés considera a su vez que la comadrona ha efectivamente perpetrado una falta. Esta última tendría que haber apreciado de una mejor forma la gravedad del asunto y haber alertado al médico. No obstante, el tribunal no anula la sentencia de la Audiencia dejando en libertad la comadrona puesto que el niño no estando vivo, los hechos no son susceptibles de ninguna calificación penal.

⁸⁰ Cass. Crim., 20 novembre 2018, n° 17-86.661

extraído del vientre cuando ya estaba muerto. La instrucción culminó en una instrucción de “non-lieu” (de “no-lugar”⁸¹) dictada por el motivo que las circunstancias de la muerte del niño en el vientre materno no constituían ni un homicidio involuntario ni ninguna otra calificación penal. Seguidamente, el auto fue confirmado por la Corte de casación francesa que consideró que el juez de instrucción había justificado su decisión.

Además de argumentar sus decisiones en base al principio de la interpretación estricta de la ley penal, la Corte de casación francesa va a basarse también en unas disposiciones especiales, ya mencionadas en algunas ocasiones, las disposiciones especiales sobre el embrión.

4.2.2. La existencia de disposiciones especiales sobre el embrión

Dichas normas jurídicas no tienen nada que ver aquí; hablamos de feto y no de embriones. Son reglas que se refieren más a la clonación genética. Además, aun suponiendo que sí tienen que ver y en consecuencia que son aplicables, por mucho que las reglas especiales priman sobre las generales, no suprimen estas últimas, como parece ser el caso aquí.

Así pues, la Corte de casación francesa ya introdujo este fundamento de derecho en su sentencia de Asamblea plenaria del 29 de junio de 2001⁸² donde menciona textualmente que el “caso del niño por nacer cuyo régimen jurídico cae bajo la jurisdicción de los textos particulares sobre el embrión o el feto”.

En otra sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa en fecha de 27 de junio de 2006⁸³, el tribunal de casación ha continuado con su lanzamiento,

⁸¹ Una decisión de “no-lugar” es una decisión tomada por el juez de instrucción al término de una información o investigación judiciales. Dicha decisión es tomada conforme a las condiciones del art. 177 del Código procesal penal francés. Así pues, según esta disposición, será decidido un “no-lugar” si el autor del delito sigue desconocido, si el juez de instrucción estima que los hechos no constituyen ni una infracción penal, o, finalmente, si el juez de instrucción considera que no hay pruebas suficientes contra la persona detenida. En estos casos, el juez pronunciará una orden de no-lugar, es decir, declara no haber lugar a un proceso penal. Este tipo de decisión produce una serie de consecuencias jurídicamente relevantes. En primer lugar, las personas detenidas no serán reenviadas delante de un tribunal. Del mismo modo, las personas que se encontraban provisionalmente encarceladas serán puestas en libertad. Además, la decisión de no-lugar pone fin al control judicial y debe pronunciarse sobre la restitución de los objetos colocados en manos de la justicia. Finalmente, la víctima constituida parte en el proceso puede verse condenada a su vez por el juez de instrucción a una multa de carácter civil de 15 000 € máximo si el juez considera que dicha constitución de parte era abusiva o dilatoria.

⁸² Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973

⁸³ Cass. Crim., 27 juin 2006, n° 05-83.767

razonamiento que repetirá los años siguientes. Observamos así una permanencia y persistencia de la solución previamente expuesta. De nuevo, en esta sentencia, en relación con un accidente de circulación, los jueces, para descartar la calificación de homicidio involuntario sobre el feto muerto in útero, invocan el principio de la legalidad de los delitos y de las penas que impone una interpretación estricta de la ley penal. Según el tribunal, este principio se opone a la aplicación del art. 221-6 CPF al supuesto de hecho del niño por nacer. De nuevo hace mención a las disposiciones específicas rigiendo el feto y embriones.

A pesar de estos dos fundamentos de derecho criticables, tanto la Corte de casación francesa como la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte EDH”) van a mantener esta reticencia relativa a la admisión del homicidio imprudente en caso de un feto por miedo a una posible controversia con las disposiciones relativas al aborto.

Finalmente, podemos mencionar en este sub-apartado una decisión del Corte de apelación de Pau del 5 de febrero de 2015⁸⁴. En este supuesto de hecho, Christian L, el 20 de enero 2012, después de haber trabajado una gran parte de la jornada en su ordenador, se fue a dar una visita a uno de sus amigos, Rémy D. Hacia las 18:30, después de haber bebido dos vasos de rosado, Christian salió del domicilio de su amigo, cogió la carretera para ir al supermercado y se encontraba en una avenida para volver a su casa. En dicha avenida, se decidió a adelantar dos vehículos que se encontraban delante suyo. En esta ocasión, el acusado perdió el control del vehículo y subió a la acera donde colisionó con Silvia R, embarazada de seis meses que se encontraba paseando por dicha acera. El choque violento con el vehículo le provocó a Silvia numerosas heridas y sobretodo le provocó además la muerte, in útero, del niño por nacer, cuyo nombre iba a ser Yannis. El juez de instrucción determinó el nexos causal entre el choque y la muerte del niño por nacer. Recurso es formado y el supuesto llega a manos de la Corte de apelación francesa. En lo relacionado con la culpabilidad, dicha Corte, retomando la jurisprudencia establecida relativa a la ausencia de homicidio involuntario cuando se trata de la muerte de un feto, estima el recurso absolviendo pues de estos hechos al acusado. Como lo hace de manera constante la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa, la Corte de apelación fundamenta su decisión en base al principio de legalidad de los

⁸⁴ CA Pau, 5 février 2015

delitos y de las penas que impone una interpretación estricta de la ley penal y sobre la existencia de un régimen jurídico propio relativo al embrión.

Esta solución es comentable en el sentido que, después de haber observado en numerosas sentencias de los jueces de primera y segunda instancia una enorme reticencia al encuentro de la solución elegida por la alta jurisdicción francesa, la Corte de apelación se une a esta última en su razonamiento y excluye a su vez la calificación de homicidio involuntario al por nacer.

4.2.3. La posible controversia con las disposiciones relativas al aborto

La Corte EDH ha tenido ocasión de pronunciarse en una sentencia del 8 de julio 2004, *Vo contra Francia*⁸⁵ y en otra *Evans contra Reino-Unido* del 10 de abril 2007⁸⁶. La Corte EDH ha dicho que es difícil cualificar lo que es una persona, lo que es un tercero, es decir “otro”, en términos jurídicos y ha reenviado la cuestión a la apreciación soberana de los estados. Esta solución es desafortunada porque podría haber esclarecido un poco la cuestión, pero la Corte ha preferido limitarse a reenviar el asunto a la apreciación de cada estado.

Por el contrario, si hubiéramos retenido la solución inversa, es decir, retener la cualificación de homicidio del feto, podríamos haber ido en contra de las reglas sobre la interrupción voluntaria del embarazo, es decir en contra del aborto. Sin embargo, ya existe un delito de interrupción ilegal del embarazo, pero dicha interrupción no es una protección del feto sino una protección de la madre.

Para entender mejor la posición europea sobre el tema podemos remontarnos a una sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación del 12 de junio 2018⁸⁷. Se trataba de un rechazo de transmisión de una cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión contestaba la ausencia de represión a título de homicidio involuntario de la vulneración llevada al feto y contestaba en consecuencia la jurisprudencia establecida por el tribunal en base al preámbulo de la constitución francesa de 1946 que garantiza el respeto de la vida del ser humano desde el comienzo de su vida. El rechazo de transmisión de dicha cuestión fue argumentado por no presentar un carácter serio y acentúa nuevamente el

⁸⁵ CEDH, *Vo. c/ France*, 8 juillet 2004, n° 53924/00

⁸⁶ CEDH *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/50

⁸⁷ Cass. Crim., 12 juin 2018, n° 17-86.661

hecho de que el feto está protegido por las disposiciones específicas que todavía nos cuesta identificar.

En consecuencia, la cuestión fue dirigida a la Corte EDH en una sentencia Corte EDH 8 de julio 2004, *Vo contra Francia*⁸⁸ para saber si había vulneración del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Convenio EDH”) que expone que el derecho de toda persona a la vida está protegido por ley. La cuestión hacía pues referencia a si había una violación de dicho artículo por la posición adquirida por la Corte de casación francesa de no aplicar la incriminación de homicidio involuntario a la muerte del feto causado por la falta de un tercero. Como ya hemos podido introducir anteriormente, la Corte EDH ha reenviado la cuestión al margen de apreciación de los estados. Es una situación bastante desafortunada puesto que sería interesante que los estados se pusieran de acuerdo sobre esta cuestión. No obstante, como consecuencia de esta solución, la jurisprudencia de la Corte de casación francesa ha seguido su curso y ha continuado a desarrollarse hasta anclarse en el derecho positivo. Sin embargo, es una solución que, como veremos más adelante, no ha sido acogida favorablemente por la doctrina francesa.

4.2.4. La posición del Consejo Constitucional francés

El 15 de enero de 1975 fue sometida al Consejo Constitucional francés la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo para verificar la conformidad de la última a la Constitución francesa de 1958⁸⁹. El Consejo Constitucional francés consideró que dicha ley respeta la libertad de las personas llamadas a recurrir o a participar a una interrupción del embarazo, independientemente de que se trate de una situación de emergencia o de un motivo terapéutico. El tribunal deduce de dicha afirmación que la ley mencionada no viola el principio de libertad establecido en el art. 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁹⁰.

La ley diferida al Consejo admite que pueda ser vulnerado el principio del respeto de todo ser humano desde el comienzo de la vida, solamente en caso de necesidad y según las condiciones y limitaciones definidas por ley. En consecuencia, considerando que

⁸⁸ CEDH *Vo c/ France*, cit.

⁸⁹ Cons. Const. 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC

⁹⁰ Art. 2 Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression”.

ninguna de las excepciones prevista por la ley es contraria de manera general a los principios generales de derecho francés ni contrario al preámbulo de la Constitución de 1946 según el cual la nación garantiza al niño la protección de la salud⁹¹.

En definitiva, el Consejo Constitucional francés considera pues que la ley que le es sometida no contradice a ningún artículo de la Constitución de 1958 y por lo tanto declara dichas disposiciones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo como conformes a la constitución.

Por consiguiente, podemos deducir que dicho órgano judicial se adhiere a la posición adoptada por la Corte EDH en la materia y deja libre curso al estado para dictaminar las leyes y previsiones que considera adecuadas.

De la misma manera, en una decisión del 27 de junio de 2001⁹², le es sometido a control la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo et la contracepción, definitivamente adoptada el 30 de mayo de 2001 por la cual se extiende de diez a doce el periodo durante el cual se puede practicar el aborto⁹³. Del mismo modo que en la solución anterior, el Consejo Constitucional francés considera que dicha modificación es conforme a la constitución.

4.3. Análisis comparado de la jurisprudencia española y francesa

Podemos desengranar tres ejes comparativos de todas las decisiones jurisprudenciales expuestas anteriormente.

En primer lugar, observamos que existe la misma solución en Francia y en España cuando el feto llega a nacer en vida, aunque sea por menos de 24 horas antes de morir. En este sentido, ambos países retienen como calificación penal el homicidio imprudente. Sin embargo, cabe matizar que, a diferencia de España, si el niño no llega a vivir ni tan solo unas horas después de haber sido separado del claustro materno, en Francia ninguna calificación penal puede ser retenida a falta de previsión legal del delito de aborto

⁹¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946: “11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.”

⁹² Cons. Const., 27 juin 2001, décision n° 2001-446 DC

⁹³ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

imprudente. Otro matiz puede efectuarse en este primer punto de comparación y es que a pesar de que el niño en ambas soluciones vive menos de 24 horas, España va más allá y considera al feto nacido con muerte cerebral una persona en el sentido del art. 142 CPE.

En segundo lugar, otro eje de comparación reside en que, en Francia, la jurisprudencia de la alta jurisdicción reitera una decisión *contra legem* puesto que añade un criterio a la constitución del delito de homicidio involuntario del art. 221-6 CPF, condición que el texto legislativo no prevé. A la inversa, en España la ley es aplicaba en estos supuestos de forma literal por lo que ninguna condición suplementaria para la constitución del delito es exigida.

En tercer y último lugar, podemos observar que en España existen al igual que en Francia delitos de modificación genética pero que no tiene tanto que ver en el aborto. Esto puede ser comparado en uno de los fundamentos de derecho que utiliza la Corte de casación francesa en sus decisiones, es decir, la existencia de disposiciones especiales sobre los embriones y el feto; disposiciones que aun hoy en día nos cuesta ver a que se refiere dicha jurisdicción. Así pues, una vez más, el tribunal francés aplica su solución con un fundamento erróneo, contrariamente al Tribunal Supremo español que en ningún momento ha mencionado en sus sentencias la existencia de dichos artículos.

5. Principales pronunciamientos doctrinales

Después de haber plasmado la evolución jurisprudencial tanto española como francesa sobre la cuestión de considerar la aplicación o no del homicidio involuntario o imprudente al feto, podemos seguir nuestro análisis con la explicación de los principales pronunciamientos doctrinales, es decir, como la doctrina abraza la posición adoptada por los tribunales. La doctrina mayoritaria es muy reveladora de las opiniones respecto al tema que nos interesa. Por una parte, nos encontramos con una doctrina mayoritariamente acorde con la posición adoptada por el Tribunal Supremo, es el caso de España; mientras que por otra parte nos encontramos con una doctrina mayoritariamente en contra de la solución retenida por la Corte de casación, es el caso pues de Francia.

5.1. Una doctrina concorde con la posición adoptada por el Tribunal Supremo español

Desde las primeras sentencias dictadas por el TS sobre el tema del feto no pudiéndose considerar como persona en el sentido del art. 142 CPE relativo al homicidio imprudente, la doctrina ya se posicionó y empezó a redactar artículos comentando esas soluciones judiciales.

Por ejemplo, encontramos un comentario de Eduardo Ramón Ribas sobre la sentencia del TS de 13 de octubre 1993⁹⁴. En el supuesto de hecho analizado, la acusada invoca que el hecho cometido es característico de un delito imprudente y no de uno doloso. Más concretamente, en este caso, la procesada, al sentir fuertes dolores y contracciones de parto, se levanta de la cama y se pone en pie. Acto consiguiente, el feto sale naturalmente dirección al suelo. En consecuencia, el feto impacta contra el suelo y sufre entonces un fuerte golpe, causante de la muerte de la niña.

Por una parte, los jueces de primera instancia estiman que la procesada es culpable de un delito doloso puesto que además del golpe contra el suelo, el tribunal estimó que concurrían otras causas que participaron en el resultado, en específico, “la inasistencia al feto tras el impacto contra el suelo y el corto del cordón umbilical que la ligaba al recién nacido sin posterior anudación del mismo”.

Por otra parte, la Audiencia deduce del informe pericial sobre la autopsia que la única causa del fallecimiento fue la caída del feto en el momento de la expulsión. Así pues, y cómo lo destaca el autor de este comentario, “la omisión de los deberes elementales de asistencia derivados de la posición de garante que ocupaba la madre son, por tener lugar después de la muerte de la niña, penalmente irrelevantes”. Por esta razón, la Audiencia considera que los hechos llevados a su conocimiento constituyen un delito imprudente.

Finalmente, el Tribunal Supremo condenó a la procesada como autora de un delito de parricidio imprudente puesto que los hechos del supuesto encajaban a la perfección en

⁹⁴ RAMÓN RIBAS Eduardo, “Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado”. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1993 (RJ 7380), págs. 969-980

lo tipificado en los arts. 405 y 565.1º del CPE sobre el parricidio y la imprudencia temeraria consecutivamente.

La posición retenida por el TS puede ser discutida en este caso puesto que normalmente, y así es admitido por la doctrina, la calificación de parricidio es incompatible con la de imprudencia puesto que esta primera noción, al designar una víctima concreta, implica un mínimo de dolo. No obstante, la jurisprudencia del TS ha admitido este cúmulo en casos excepcionales como el presente analizado o en otros como por ejemplo una sentencia del TS del 3 de octubre 1987⁹⁵.

El TS, a pesar de casar y anular la sentencia de instancia, mantiene la calificación de parricidio. Actuando de dicho modo, el TS admite la posibilidad de aplicar los delitos contra la vida de las personas “a pesar del carácter prenatal de la acción”. En consecuencia, podemos interpretar que el TS ha optado por una interpretación amplia del delito de “homicidio”.

El alcance de esta afirmación conlleva consecuencias de proporciones mayores. El TS, al optar por un concepto amplio de homicidio, admite que toda acción, efectuada de la forma que sea, que hubiera causado la muerte de otro, con independencia de que se hubiera realizado antes o después del nacimiento, constituye un homicidio⁹⁶.

Como interpreta de manera correcta Eduardo Ramón Ribas en su comentario de la sentencia en cuestión, “el TS considera que la apreciación de dichos delitos [delitos contra la vida de las personas] tan solo requiere la producción del resultado prohibido por ellos, siendo irrelevante el momento de ejecución de la acción”⁹⁷.

A continuación, después de haber expuesto un concepto amplio de homicidio, podemos observar como se va a apreciar una acepción amplia del concepto de aborto. El aborto se puede definir simple y jurídicamente como la destrucción de la vida del

⁹⁵ STS de 3 de octubre 1987 (RJ 1987, 6951)

⁹⁶ En otras palabras, el tribunal de primera instancia había retenido el delito porque la concurrencia de los hechos del supuesto según él había hecho que, una vez la niña nacida, muriera. Por el contrario, el TS postula que, independientemente de las acciones o omisiones cometidas, puede ser caracterizado el delito de homicidio imprudente antes de la expulsión, es decir, antes del nacimiento.

⁹⁷ RAMÓN RIBAS, “Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado”, cit. p. 971

nasciturus. Tanto el art. 144 CPE⁹⁸ como el art. 145 CPE⁹⁹ que tipifican el aborto no aportan una definición de lo que es realmente esta noción. Asimismo, el art. 146 CPE¹⁰⁰ incriminando el aborto imprudente, no prevé tampoco el supuesto abarcando las muertes postnatales.

No obstante, podemos ver en una sentencia del TS de 1985¹⁰¹ que el alto tribunal caracterizó la constitución del delito de aborto aun cuando la muerte del niño sucedió cuatro días después de su nacimiento. Aunque dicho posicionamiento no permite interpretar una línea directora de pensamiento por parte del TS, si que podemos despejar de ello una interpretación amplia de “aborto”.

Sin embargo, podemos destacar la existencia de ciertos límites propios de las nociones mismas, interpretadas de manera extensiva, de aborto y homicidio. El criterio según el Dr. Eduardo Ramón Ribas es la “dirección objetiva *ex ante* de la conducta”¹⁰². Dicho criterio permitirá de diferenciar entre el aborto y el homicidio.

En aplicación a nuestro supuesto de hecho concreto, con palabras de Eduardo Ramón Ribas y en mi opinión, si el riesgo constitutivo de un delito involuntario corresponde a un riesgo de muerte de la persona, aunque la situación presente un carácter prenatal, deberá aplicarse un delito contra la vida humana independiente¹⁰³.

Concretamente, conforme a la calificación como aborto o homicidio del supuesto analizado, observamos de nuevo la cuestión de la imputación objetiva del resultado¹⁰⁴.

⁹⁸ Art. 144 Código penal: “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años [...]”.

⁹⁹ Art. 145 Código penal: “El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años [...]”.

¹⁰⁰ Art. 146 Código penal: “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

¹⁰¹ STS de 6 de diciembre de 1985

¹⁰² RAMÓN RIBAS, “Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado”, cit. p. 973

¹⁰³ Como ya lo hemos mencionado anteriormente, los artículos del CPE relativos al aborto no comprenden una definición de este y por lo tanto los hace revestir un carácter de generalidad. Del mismo modo, el art. 138 CPE tipificando el homicidio doloso, simplemente hace referencia, de manera abstracta, a quien “matarse a otro” – art. 138.1 Código penal: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

¹⁰⁴ El elemento del tipo objetivo de los delitos de resultado corresponde a la relación de imputación objetiva entre la acción y el resultado. El homicidio siendo pues un delito de resultado y el delito que nos entretiene en el presente análisis, necesitamos establecer dicha relación.

Esta última requiere afirmar que la acción efectuada presentaba, *ex ante* a la comisión de esta, un peligro real para el bien jurídico lesionado, en este caso el feto.

En relación con el vínculo imputación objetiva e imprudencia, observamos la existencia de un debate entre los conocimientos propios del hombre medio por una parte y la imprudencia y por consiguiente el deber objetivo de cuidado por otro lado.

El Dr. Ramón Ribas no se va a guardar para sí sus críticas hacia la sentencia. Según el autor de este comentario, la ausencia de consulta a profesionales del sector médico fue una decisión deplorable puesto que el TS parte de la idea en este caso que la expulsión constituye un riesgo *ex ante*, calificando pues de imprudencia grave, aun sin haber oído los profesionales del sector. Finalmente, una segunda crítica puede ser destacada en este comentario. El autor deduce una contradicción del propio TS puesto que este estima la acusada culpable aun admitiendo que “hay que aceptar que el dolor que sufre la mujer en el instante de la expulsión, la inhabilita, por regla general, para todo tipo de acción consciente y voluntaria”¹⁰⁵.

A continuación, podemos destacar que la muerte de un infante ya nacido pero como consecuencia directa de una acción anterior a dicho nacimiento presenta ciertas dificultades que si no son bien tratadas por las jurisdicciones penales conduciría a una impunidad del autor del delito; como observamos que sucede en Francia. Así pues, legislaciones de países como Francia obligan a considerar que la muerte de un feto mediante una acción prenatal debe permanecer impune a menos que se consiga calificar el supuesto de tentativa de aborto o de lesiones al feto¹⁰⁶.

Después de habernos centrado en la opinión de la doctrina sobre los conceptos de aborto y homicidio, cabe interesarnos ahora al concepto propio de feto. En particular, varias normas, nacionales e internacionales, regulan el estatuto jurídico de la vida humana antenatal¹⁰⁷. Más específicamente, a nivel internacional primeramente, encontramos el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que consagra la

¹⁰⁵ RAMÓN RIBAS, “Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado”, cit. p. 980

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2000, pág. 32.

¹⁰⁷ TOMÀS SALÀS DARROCHOA, Josep, “El concepto de feto en el código penal español”, DS Vol. 13, Núm. 1, Enero – Junio 2005, págs. 109-130

protección de la vida¹⁰⁸. Asimismo, el art. 2 del Convenio EDH¹⁰⁹ y el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹¹⁰. No obstante, la aplicación de todas estas disposiciones al feto puede discutirse, y así se discute en doctrina puesto que no hacen mención expresa al por nacer.

Última norma internacional que España ha ratificado y que parecer ser de aplicación más directa en nuestro caso es el Acta Final de Helsinki de 1975 y la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 1989. Dentro de esta última se encuentra una protección jurídica expresa al niño, también antes del nacimiento de este. Dicha protección la podemos encontrar en el preámbulo mismo, lo que nos permite deducir la preocupación real de los redactores, al posicionar dicho tema en lo que podría definir como lo más importante de la norma.

Actualmente, a nivel nacional, encontramos en lo alto de la pirámide normativa el art. 15 de la Constitución española que consagra el derecho a la vida de todos¹¹¹. Pero “todos”, que podría entenderse como englobando el feto, no se refiere en realidad a este, como ya hemos podido observar a través de la jurisprudencia del TS.

Análogamente, los arts. 29, 30, 627 y 959 del Código Civil español (en adelante, CCE) determinan la personalidad a partir del criterio del nacimiento y otras condiciones; protegiendo del mismo modo al *nasciturus* en algunos supuestos de hecho determinados pero sin reconocerle la personalidad jurídica. Del mismo modo, el Código Penal español entrará en juego a proteger la vida prenatal cuando el elemento típico “feto” entre en juego.

¹⁰⁸ Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

¹⁰⁹ Art. 2, Derecho a la vida: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

¹¹⁰ Art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

¹¹¹ Art. 15 Constitución Española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Acto seguido, podemos esbozar el límite inferior de la protección penal de la vida prenatal. Como bien muestra Josep Tomás Salàs Darrochoa, “el proceso biológico de la vida humana se inicia en el momento de la fecundación [...] son muchas las posturas [...] que difieren el reconocimiento de la nueva vida humana, y de ahí su protección, a momentos posteriores, de entre las que por tanto deberá hacerse una elección”¹¹². Según el autor, el elemento típico feto debe otorgarse protección penal en tanto que vida humana. Por regla general, se distinguen tres fases: la fecundación, la anidación y la organogénesis.

Por consiguiente, si se entiende el elemento típico feto como englobando las tres fases, se tiene pues que afirmar que es necesario proteger la vida humana antenatal. Por ejemplo, el autor Gracia Martín estima empezada la vida humana en el momento de la fecundación. Este último argumenta su tesis interpretando el dispositivo legal a través una interpretación normativo-teleológico-axiológica según la cual, el feto equivaliendo al *nasciturus*, la protección a la vida debe ser íntegra¹¹³. Cogemos en este punto como fundamento el art. 157 CPE¹¹⁴.

Sin embargo, estas opiniones encuentran un límite: los arts. 2.1 e) y 6 de la Ley 42/88 en cuanto a que cualquier actividad sobre el embrión transcurridos catorce días de vida queda limitada a los muertos o clínicamente no viables. Misma acepción que encontramos en el art. 29 CCE en donde se deja entender que se exige el nacimiento del feto y el otorgamiento de la condición de persona para prevenir problemas de derecho sucesorio.

Después de haber expuesto detenidamente la doctrina mayoritaria en España sobre los principales pronunciamientos jurisprudenciales del TS, cabe a continuación analizar la opinión mayoritaria francesa frente a la misma problemática.

¹¹² TOMÀS SALÀS DARROCHOA, “El concepto de feto en el código penal español”. Cit. pág. 115

¹¹³ GRACIA MARTÍN, L., “Comentarios al Código Penal” (Coord. J.L. Diez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 619

¹¹⁴ Art. 157 Código Penal: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

5.2. Una doctrina mayoritariamente en contra de la solución retenida por la alta jurisdicción francesa

El reconocimiento del aborto en Francia es perfectamente compatible con la afirmación en el seno del sistema jurídico de un derecho a la vida derivado de convenios internacionales tan pronto como la interrupción del embarazo es presentado como una excepción al principio, solamente admisible en caso de necesidad y respetando las condiciones legales estrictamente definidas. Según esta interpretación, el embrión sería un ser humano que beneficia como tal, de la protección debida a todo ser humano. Así pues, cuesta entender el por qué tanto la Corte EDH como la Corte de casación francesa y el Consejo constitucional francés no quiso admitir la calificación de homicidio imprudente por miedo a venir al encuentro de las disposiciones sobre el aborto¹¹⁵.

El art. 221-6 CPF reprime el hecho de causar de manera involuntaria la muerte de “otro”. Este último término corresponde al concepto de ser humano y no se limita a una protección de la persona¹¹⁶. El criterio de viabilidad utilizado por la jurisprudencia penal francesa debe entonces ser abandonado puesto que solamente concierne la personalidad jurídica, aun cuando el derecho penal se interesa a la vida.

5.2.1. Sobre la posición de la Corte de casación francesa

5.2.1.1. *Sobre la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa de 1999*

En la sentencia ya comentada de la Corte de apelación francesa de Lyon del 13 de marzo 1997, los jueces condenaron al acusado por homicidio involuntario del feto. Esta sentencia había suscitado muchos comentarios¹¹⁷. ¿Tendríamos que ver en esta solución el reconocimiento de la existencia de una persona protegida antes del nacimiento al mismo título que toda persona humana? La sentencia subsecuente de la Corte de casación francesa del 30 de junio 1999 estima la casación de la sentencia de apelación. La casación procede sin cambiar la motivación. Esto se explica con la voluntad de la Corte suprema

¹¹⁵ MURAT, P., “Réflexions sur la distinction être humain: personne juridique”, Dr. fam. 1997, chron. 9.

¹¹⁶ ROUJOU DE BOUBÉE, G. et DE LAMY, B., “Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus”, D. 2000, chron. p. 181.

¹¹⁷ VÉRON, Michel, “Du constat de la vie et du constat de la mort” Dr. pén. 1997, chron. n° 7. - Dr. pén. mai 1997, repères. - PUIGELIER, C., “L'homicide involontaire d'un fœtus” Dr. pén. 1997, chron. n° 22. - D. 1997, jurispr. p. 557, note E. SERVENIN. - JCP G 1997, II, 22955, note G. FAURE.

francesa de no entrar en el debate de qué se considera jurídicamente una persona. La casación es pronunciada sin renvío y lo hace fundamentándose en el art. 111-4 CPF ya mencionado sobre la interpretación estricta de la ley penal. En consecuencia, la Corte nos muestra que el embrión o el feto no es reconocido como una persona a cuya integridad física no se podría atacar.

Por consiguiente, esta sentencia se niega explícitamente a toda interpretación extensiva de la ley penal; interpretación que hubiera podido llegar a re-cuestionar todo el sistema de infracciones tocando a la persona humana y a establecer penas específicas para las vulneraciones involuntarias a la vida del feto¹¹⁸.

La doctrina no está convencida por la visión estrecha adoptada por la alta jurisdicción francesa. En esta sentencia se trataba de una falta de organización de los servicios administrativos et paramédicos que habían conllevado a la confusión de dos pacientes y finalmente a la muerte del feto. La jurisprudencia ya había podido condenar el mal funcionamiento de los servicios internos de clínicas médicas¹¹⁹. En consecuencia, es deplorable que la Corte de casación francesa no haya considerado el feto como “otro” en términos del art. 221-6 CPF sobre el homicidio imprudente, aun cuando el feto era un ser vivo de unas 20 semanas, periodo que el art. L 162-1 del Código de la salud publica él mismo no ha querido atacar¹²⁰.

5.2.1.2. Sobre la sentencia de Asamblea plenaria de la Corte de casación francesa de 2001

La decisión de la Asamblea plenaria de la Corte de casación francesa de 29 junio 2001 procede a continuación de una sentencia llamada “*Golfier*” del 30 de junio 1999. Ambas decisiones niegan la calificación de homicidio involuntario cuando la víctima pretendida de los hechos es un feto.

¹¹⁸ VÉRON, Michel, “Homicide involontaire”, *L’atteinte à la vie d’un enfant à naître*, Droit pénal n° 1, Janvier 2000, comm. 3 – Sobre la misma sentencia, el autor evoca la idea de la creación de un “aborto imprudente” que, como ya sabemos, no está tipificado hoy en día en Francia.

¹¹⁹ Versailles, 8 juillet 1993; Cass. Crim., 24 juin 1992

¹²⁰ MÉMETEAU, Gérard; HARICHAUX, Michèle, “Enfant conçu. Homicide par imprudence. Confusion entre deux patients. Négligence?”, (Crim. 30 juin 1999, Juris-Data n° 002903; D. 1999.710, note D. Vigneau; D. 2000.Somm.27, obs. Mayaud; JCP 2000.II.10231, note G. Favré; Rev. Gén. Dr. Méd. 2/1999.5, obs. C. Daver), RDSS 2000, p. 88

Yves Mayaud critica dichas decisiones considerando que el supuesto de hecho permitía perfectamente el amparo de la calificación penal de homicidio imprudente, tanto del punto de vista de la víctima como del autor¹²¹. Además, justifica el autor su posición explicando la motivación “fluctuante” de la alta jurisdicción, en tanto que se basa sobre un principio de apariencia y una razón transparente, es decir, explica el autor, que la motivación de la Corte francesa se esconde detrás de un tema político ligado al debate del aborto.

Según el autor S. Joly¹²², la lectura de las normas relativas a la definición de la persona puede dividirse en dos categorías: el sujeto de derecho y el ser humano¹²³. La viabilidad, concepto que debe dissociarse del de vida, aparece como la condición esencial de la adquisición de personalidad jurídica, especialmente en lo que concierne la determinación de la aptitud a suceder al difunto. La protección de la vida humana desde su inicio caracteriza la categoría de “ser humano”. La protección jurídica de la vida humana empieza pues, según el autor, *in utero*, desde la fecundación. En el mismo sentido encontramos a Jean Pradel¹²⁴.

La sentencia dictada en 2001 es importante a la vista de tres factores. En primer lugar, por su breve motivación¹²⁵. Esto es un signo de lo que puede ser una molestia para los jueces, sino de una falta de unanimidad en la solución. En segundo lugar, la sentencia es importante además por la formación de la cual emana, es decir, la Asamblea Plenaria. Finalmente, podemos decir que la sentencia es aun más importante por todos los

¹²¹ MAYAUD, Yves, “Ultime plainte après l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001”, Recueil Dalloz, 2001, p. 2917

¹²² JOLY, S., “Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain”, Dr. famille 2001, chron. 22. – En términos de S. Joly, la “brecha ha sido abierta” y que la Asamblea Plenaria de la Corte de casación francesa abre de manera amplia la vía a la ausencia de reconocimiento penal del “ser humano” tanto al embrión como al feto. Lo que espera no obstante el autor es que esta decisión de 2001 constituya una llamada a legislar sobre el estatus del embrión, aunque actualmente, en 2022, no parece haber cambiado demasiado.

¹²³ La categoría de “sujeto de derecho” nos renvía a la distinción clásica en derecho, es decir la distinción entre persona física y persona jurídica (en Francia llamada “persona moral”).

¹²⁴ PRADEL, Jean, “La seconde mort de l’enfant conçu”, A propos de l’arrêt Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, Recueil Dalloz, 2001, p. 2907 – Según Jean Pradel, el por nacer se ve privado de toda protección penal a los ojos de la alta jurisdicción francesa. El autor califica la posición de dicho tribunal hacia el feto de “polvo” visto la ausencia de reconocimiento del concebido que se puede atribuir a una “segunda muerte”.

¹²⁵ La Corte se basa simplemente en el principio de legalidad de los delitos y de las penas que impone una interpretación estricta de la ley penal y la mención a los textos especiales rigiendo el régimen jurídico de los embriones.

problemas extra-jurídicos que emanan detrás los supuestos de accidente de circulación o falta médica; aspectos médicos, biológicos, pero también morales y religiosos.

Podemos aquí hacer un estudio comparativo, más allá de Francia y España. El estatus penal del niño por nacer, del punto de vista del delito de homicidio imprudente, difiere según las legislaciones, aun cuando estas legislaciones pertenecen a países de nivel cultural y económico cercanos¹²⁶. En algunos países, como en Alemania, el feto no es objeto de ninguna protección penal¹²⁷. Asimismo, en el Reino Unido, el hecho de procurar la muerte a un feto no es constitutivo de homicidio involuntario (“*involuntary manslaughter*”)¹²⁸. Esta interpretación del *common law* se desprende del principio de “*born alive rule*”. Dicha regla se aplica del mismo modo en algunos estados de Estados Unidos. Sin embargo, como en España, en Italia se prevé un delito específico para el aborto imprudente¹²⁹. Además, podemos decir que raros son los estados que sancionan las vulneraciones al feto considerado como tal. No obstante, es el caso en algunos estados de Estados Unidos. Sin embargo, este niño no es siempre definido de manera uniforme. En algunos estados se aplica una protección penal desde la concepción hasta el nacimiento; en otros se aplica la famosa jurisprudencia *Roe v. Wade*¹³⁰. Finalmente, en otros estados de Estados Unidos, el feto se encuentra penalmente protegido desde el período de “*quickening*”, periodo en el que aparecen los primeros movimientos del niño, fijado entre la 16ª y la 18ª semana de embarazo. En conclusión, la exclusión de la

¹²⁶ MATHIEU, B., “La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels, D. 1999, Chron. p. 451. – No obstante, en derecho constitucional, la situación es más uniforme puesto que casi todas las jurisdicciones constitucionales europeas admiten que la vida del feto sea constitucionalmente protegida.

¹²⁷ En estos países parece ser que solo el niño en proceso de nacimiento o ya nacido puede ser víctima de un homicidio imprudente. Por ejemplo, en una sentencia de la Corte constitucional federal alemana del 29 de julio de 1988 se nos muestra que antes del nacimiento, únicamente la incriminación del aborto protege al feto y esta última no se aplica en Alemania en caso de imprudencia o negligencia por falta de previsión legal. En consecuencia, observamos en el caso de Alemania lo mismo que sucede en Francia, es decir, la ausencia de un delito de aborto imprudente.

¹²⁸ Sin embargo, si el acto es voluntario, no hay homicidio (“*murder*”) pero si un crimen especial, sancionado a una pena de prisión permanente, a condición no obstante que el niño haya nacido viable, lo que la ley presume a la 28ª semana, como bien nos lo muestra la *Infant Life Preservation Act* de 1929.

¹²⁹ Dicho delito se encuentra en el art. 17 de una ley italiana del 22 de mayo 1978 relativa al aborto y es sancionado con una pena de tres meses a dos años de prisión.

¹³⁰ Según esta jurisprudencia, los jueces de la Corte suprema norteamericana afirmaron que la legislación de un estado no puede denegar el aborto bajo pena de vulneración del derecho de la madre a la vida privada. No obstante, se añadió que este derecho al aborto no es absoluto, como la mayoría de los derechos, puesto que, a partir del estado de viabilidad, es decir, 6 meses, el aborto queda excluido a causa de “el interés legítimo e importante que hay en salvaguardar la potencialidad de una vida humana” (“*important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life*”). En consecuencia, deducimos que, a partir del momento de viabilidad, el feto se encuentra penalmente protegido.

calificación de homicidio imprudente es admitida sistemáticamente en Europa, salvo en España y en Italia.

Por otra parte, ningún convenio internacional obliga a los estados de prever una infracción de aborto imprudente. Sin embargo, tampoco es del todo inútil mencionar dichos convenios, ya introducidos previamente, puesto que confieren un cierto “clima” a nuestro debate.

Cabe interrogarnos además sobre la cuestión de saber si el niño por nacer es una persona o aún no, es decir sobre la personalidad del feto y si dicha personalidad encuentra cabida en las acciones legales interpuestas. Observamos en Francia que la personalidad jurídica del ser humano no es definida por la ley. Ningún texto, ni civil ni penal ni de ninguna otra disciplina jurídica viene decirnos lo que es la persona y notamente si dicho concepto incluye al concebido.

Sobre este punto la doctrina es bastante unánime. Los autores concuerdan en efecto para decir que la personalidad jurídica es la aptitud de ser titular, activo o pasivo, de derechos subjetivos, que el derecho reconoce a todos. En suma, la personalidad es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Sin embargo, esta definición reviste un carácter general y no permite dar una respuesta directa al problema que nos ocupa del feto. Para intentar responder a dicho problema, cabe interesarnos tanto al derecho civil como al derecho penal francés.

En primer lugar, en derecho civil, algunos autores afirman que el feto no es una persona¹³¹. A la inversa, otros se basan sobre los progresos de la biología para sostener la tesis que el feto ya es una persona¹³². Cabe destacar que el derecho civil francés conserva aún el principio general de derecho romano “*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*” según el cual, el niño concebido es considerado como nacido cada vez que esté en juego su interés. Finalmente, otros autores toman una posición más neutra considerando que el feto, sin ser estrictamente una persona, es al menos sujeto de

¹³¹ Cours de droit civil, 1936, I, p. 305.

¹³² MÉMETEAU, G., “Vie biologique et personnalité juridique, qui se souvient des hommes ?”, p. 34.

derecho, procediendo potencialmente una personalidad¹³³; personalidad que podría ser gradual, a partir del final del período legal del aborto¹³⁴.

En segundo lugar, las concepciones civilistas pueden *mutatis mutandis* ser traspuestas en derecho penal. La ley penal es ante todo el Código penal. En el art. 221-6 CPF que prevé el homicidio imprudente, se habla de “la muerte de otro”. Dicha norma no habla ni de persona, ni de feto, ni de embrión. Sin embargo, dicha disposición se encuentra en el libro II del CPF intitulado “de los crímenes y delitos contra las personas”. De ahí algunos autores deducen pues que “otro” corresponde a “persona”, lo que excluye de facto el feto¹³⁵. No obstante, dicha interpretación no persuade a todo el mundo puesto que la palabra “persona” no se encuentra definida en ningún sitio, del mismo modo que la noción de “otro”.

Por otro lado, la ley penal es también la ley del 17 de enero de 1975 relativa al aborto. En su artículo 1º, se dispone que la ley garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida. Dicha norma utiliza explícitamente la noción de “ser humano” y no la de “persona”, lo que parece dejar intuir que, si la vida empieza desde la concepción, la personalidad no aparecería hasta el nacimiento¹³⁶.

En relación con el argumento de la Corte de casación francesa sobre la interferencia en la materia del aborto, podemos remarcar el hecho que no tiene nada que ver dicha materia puesto que reteniendo lo contrario, esto vendría a suponer poner en el mismo plano la posibilidad de la madre, bajo ciertas condiciones, de abortar y la acción lícita de un tercero de matar al feto consecuencia de su propia imprudencia. No podemos asimilar la voluntad de la madre y la imprudencia de un tercero¹³⁷.

Finalmente, en relación con el argumento de la condición de viabilidad del feto, observamos que no hay ningún interés en el art. 221-6 CPF. La vida se manifiesta en

¹³³ MALAURIE, P., “Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités”, 3e éd., 1994, Cujas, n° 25.

¹³⁴ TERRÉ, F.; FENOUILLET, D., “Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités”, 6e éd., 1999, Dalloz, n° 25.

¹³⁵ COLLET-ASKRI, L., note sous CA Reims, 3 févr. 2000, Petites affiches, 5 oct. 2000, p. 20.

¹³⁶ TERRÉ, F., “Introduction générale au droit”, 4e éd., 1998, n° 324, Dalloz.

¹³⁷ Además, observamos que tanto frente la Corte EDH como enfrente del parlamento francés, el debate ha sido falseado con un acercamiento abusivo con la materia del aborto. Reconocer el homicidio imprudente del feto no implica en ningún caso el abandono de las leyes de 1975 y de 2001 relativas al aborto en Francia. Por extensión, el acercamiento es inconveniente entre la situación de la mujer que desea poner fin a su embarazo y la situación de aquella que se siente madre y cuyas esperanzas se ven arruinadas por la falta de un tercero.

realidad desde la concepción, independientemente que un futuro sea prometido o no. La condición de viabilidad se ve pues neutralizada por la de vida, único concepto que se tendría que retener en el campo de aplicación del delito de homicidio imprudente. “Todo ser humano tendría que estar cubierto por el escudo de la ley”¹³⁸. Conviene desprendernos de los conceptos de personalidad jurídica y viabilidad biológica. Es la idea de vida *ab initio* que se tiene que afirmar alto y claro, y una vez hecho, los jueces podrán sancionar al tercero que injustamente ha conllevado a la muerte de un feto.

5.2.2. Sobre la posición de la Corte EDH

En la sentencia *Vo contra Francia* de 2004¹³⁹, la Corte EDH juzgó que Francia no había violado el art. 2 del Convenio EDH, es decir, el derecho de toda persona a la vida está protegida por ley.

Negándose a responder en abstracto a la cuestión del estatus jurídico del feto, la Corte ha considerado que el art. 2 era inaplicable a este último, pero sí lo era a la madre, a título de perjuicios vividos derivados del hecho vivido, es decir, la pérdida de su hijo¹⁴⁰.

El examen de la Corte EDH en esta sentencia se focalizó en el carácter adecuado de las vías de recurso abiertas a la solicitante para hacer valer la responsabilidad del médico en la pérdida de su hijo “*in utero*”. La Corte estimó en primer lugar, fundándose en su jurisprudencia anterior, que la obligación para los estados de instaurar un sistema jurídico eficaz e independiente no implica necesariamente la previsión de una sanción penal cuando se trata de hechos imprudentes. En segundo lugar, examinando el derecho interno francés, la Corte EDH consideró que la demandante había beneficiado de un procedimiento eficaz para establecer la responsabilidad del médico, y que la ausencia de indemnización encontraba su causa en su decisión de llevar su caso frente a una jurisdicción penal dejando así pasar el período de prescripción delante de la jurisdicción administrativa.

Como ya hemos mencionado, la Corte EDH, en su decisión *Vo contra Francia* establece que “el punto de partida del derecho a la vida contenido en el art. 2 Convenio

¹³⁸VIGNEAU, D., “Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme?” D. 1999, Jur. p. 712, 1re col. *Adde*

¹³⁹ CEDH, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo. c/ Francia*

¹⁴⁰ SERVERIN, E., “Homicide. Réparer ou punir? L’interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l’homme”, D. 2004, p. 2801.

EDH releva de la apreciación de los Estados”. Suponiendo que dicho artículo encuentra aplicación en un supuesto de hecho dado, la Corte EDH nos dice que “no vulnera esta disposición el sistema jurídico que, en presencia de otras garantías permitiendo la reparación del perjuicio, no contiene un recurso de naturaleza penal para sancionar el daño involuntario llevado a la vida del feto”¹⁴¹.

Autores consagran la particularidad de dicho caso al hecho de que mueve el debate sobre otro plano¹⁴². La cuestión es pues saber si, más allá de la voluntad de la madre actuando en el caso de una interrupción voluntaria del embarazo, la vulneración al feto debe ser penalmente sancionada a la luz de el art. 2 del Convenio, a la vista de proteger el feto a título de este artículo.

La respuesta a dicha problemática supone que nos interese sobre la oportunidad de la Corte de inmiscuirse en el debate ligado a la determinación de lo que es una persona y cuando empieza la vida, en la medida donde este artículo dispone que la ley protege “el derecho de toda persona a la vida”.

Desafortunadamente, la Corte ha dejado pasar esta oportunidad de oro por miedo a implicarse demasiado en la legislación interna de cada estado sobre el aborto, tema penal ya muy controvertido en nuestra sociedad. Sin embargo, podemos aún esperar que vuelva atrás en su razonamiento, rectificando este último pues en ningún momento en la sentencia es clara e intangible en sus propósitos; al contrario, deducimos que la Corte EDH se ha reservado la posibilidad de volver a tratar el tema¹⁴³.

Podríamos pensar que con las sentencias de la Corte EDH el debate entorno a la aplicación del art. 221-6 CPF al feto se terminaría, pero así no fue el caso¹⁴⁴. La Corte se pronunció seguido de una primera sentencia de la Corte de casación francesa en donde evidentemente la aplicación de la calificación penal de homicidio imprudente fue descartada en el supuesto de hecho y la parte fundamentó su recurso delante de la Corte

¹⁴¹ CEDH, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo. c/ Francia*

¹⁴² MURAT, P., “Les frontières du droit à la vie - l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Dr. famille* 2004, comm. 194.

¹⁴³ Lo que está claro es que la Corte de casación francesa concluye siempre a la misma solución, es decir, aquella donde la muerte del feto, provocada por la imprudencia de un tercero, no sabría constituir un homicidio imprudente.

¹⁴⁴ ROUJOU DE BOUBÉE, Gabriel, “La mort du foetus provoquée par l'imprudence d'autrui”, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2754

EDH basándose en el art. 2 del Convenio EDH, es decir, fundando su recurso en el derecho de toda persona a que su vida esté protegida por la ley¹⁴⁵.

En otra ocasión, la Corte EDH constata que la naturaleza y el estatus jurídico del embrión y/o del feto no están actualmente definidos en Francia. Igualmente, la Corte observa que esta cuestión no ha sido objeto de un consenso europeo¹⁴⁶.

Como ya hemos podido mencionar, la Corte EDH no ha traspasado la frontera de considerar el feto titular del derecho a la vida del art. 2 del Convenio. En consecuencia, aplicando su jurisprudencia *Calvelli y Ciglio contra Italia*¹⁴⁷, la Corte establece que la obligación positiva de los estados¹⁴⁸ en la hipótesis de vulneraciones involuntarias al derecho a la vida, no exige necesariamente un recurso de naturaleza penal¹⁴⁹.

Sin embargo, a la vista de los avances en la investigación médica, parece ser que sea favorable otorgar al embrión un estatus jurídico permitiendo protegerle eficazmente. La interpretación del art. 2 debe necesariamente evolucionar según sus desarrollos y permitir dar una respuesta a los verdaderos peligros actuales para la vida humana.

5.2.3. Sobre la posición del Consejo constitucional francés

La decisión del Consejo Constitucional francés ya mencionada sobre las leyes de 29 de julio 1994 relativas a la bioética era muy esperada. En efecto, los proyectos de ley se encontraban en examen ante el Parlamento desde hacía dos años.

Como consecuencia a esta decisión, “nuevos” principios se ven aplicables en materia de bioética. En uno de sus considerados, preámbulo de su decisión, el Consejo constitucional francés fija las normas de constitucionalidad aplicables en la materia. Por una parte, el consejo constitucional utiliza la base del preámbulo de la constitución de

¹⁴⁵ La Corte EDH procede a un examen minucioso del derecho positivo francés, recordando asimismo las normas internacionales de aplicación en este caso. Sin embargo, como ya hemos introducido, el debate está lejos de ser clausurado pues la misma Corte evita una respuesta de principio et se reserva en numerosas ocasiones la posibilidad de una evolución de la interpretación del art. 2.

¹⁴⁶ Cabe recordar en este punto que la Corte EDH interpreta las normas del Convenio EDH a la luz de diferentes tipos de interpretación. Dentro de estos tipos se encuentra la interpretación contextual o evolutiva que se basa sobre el posible consenso entre los estados miembros al Convenio.

¹⁴⁷ CEDH *Calvelli y Ciglio c/ Italia*, 17 enero 2002, nº 32967/96

¹⁴⁸ Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos garantizados por el Convenio EDH, los Estados miembros pueden tener la obligación de tomar medidas positivas al beneficio de los justiciables. En nombre de dichas obligaciones positivas, un Estado puede verse condenado por la Corte EDH con motivo, no de su injerencia positiva en un derecho, pero de su pasividad.

¹⁴⁹ BERRO-LEFÈVRE, Isabelle, “Statut juridique du foetus”, Recueil Dalloz, 2004, p. 2535

1946 para establecer un nuevo principio constitucional: la salvaguarda de la dignidad humana contra toda forma de esclavitud y degradación. Por otra parte, el consejo utiliza un principio frecuentemente utilizado, la libertad individual, vinculándolo a otro fundamento, la declaración de 1789¹⁵⁰.

Finalmente, podríamos resumir la posición del Consejo constitucional en su fórmula donde indica que considera que no le pertenece un poder de apreciación y de decisión idéntico al que sí dispone el Parlamento. Por consiguiente, no puede volver a poner en duda, en el estado actual de conocimientos y de técnicas, las disposiciones retenidas por el legislador.

De este modo, el Consejo constitucional francés procede de la misma manera que lo hizo la Corte EDH, es decir, absteniéndose y dejando plena libertad al gobierno para gestionar el tema. Una vez más, observamos como este tema esconde cada vez un más grande número de consideraciones políticas que van haciendo que el aborto y la posibilidad de un aborto imprudente en Francia se vaya alejando de lo jurídico para entrar en lo político.

6. Conclusiones

6.1. Implicaciones teóricas y prácticas

La protección jurídica del feto es un tema que sobrepasa el ámbito penal, aunque este último trate la cuestión de su existencia con más precisión puesto que el Derecho penal tiene por objeto principal garantizar aquellos bienes jurídicos considerados como indispensables y sagrados por una sociedad concreta en un momento preciso.

A través del estudio de la normativa rigiendo la vida prenatal, aparece la imperiosa necesidad de seguir avanzando, hacer evolucionar el derecho junto a la evolución social. Aunque hayamos podido observar que el feto se ve aún más desprotegido en Francia que

¹⁵⁰ MATHIEU, Bertrand, “Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prenatal”, Recueil Dalloz, 1995, p. 237 – Bertrand Mathieu destaca como estos principios y su conciliación con nuestro tema queda bastante sumario y como otros principios constitucionales podrían haber sido evocados, como por ejemplo el derecho de la familia y del individuo a su desarrollo, o todavía el derecho a la salud.

en España, esto no significa que esté completamente a resguardo. Así pues, una propuesta de ley sería bienvenida en la materia en ambos países.

6.2. Toma de posición personal

Podemos afirmar que la incriminación del aborto imprudente en España ha sido un avance majestuoso en comparación a una Sala de lo Penal de la Corte de casación francesa reticente a las proposiciones un tanto revolucionarias de los jueces de instancias inferiores en cuanto a considerar el feto como una vida humana independiente.

Frente a una doctrina rotundamente en contra en Francia, hemos podido observar una doctrina más neutral en España pero tajante en cuanto a la severidad de la determinación del nexo causal.

Queda un largo camino por recorrer en cuanto a la determinación del límite entre el nacimiento y la situación previa a este. Puede que con el esclarecimiento de este punto se pueda proteger al feto de manera más efectiva. Sin embargo, los cambios podrían empezar en un nivel de protección inferior al penal, como lo sería por ejemplo el ámbito civil.

7. Bibliografía

- AMADEO GADEA, Sergio, “Código Penal. Doctrina Jurisprudencial 1ª Edición”, Libro II, Título XIII, Capítulo IX, Artículo 267, págs. 448-449.
- BERRO-LEFÈVRE, Isabelle, “Statut juridique du foetus”, Recueil Dalloz, 2004, p. 2535
- BRAUDO, Serge, “Dictionnaire de droit privé”, *Définition de Infans conceptus*, en partenariat avec Avocats Droit informatique, en: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/infans-conceptus.php>
- COLLET-ASKRI, L., note sous CA Reims, 3 févr. 2000, Petites affiches, 5 oct. 2000, p. 20.
- CORCOY, M, Eficacia de la imputación objetiva, V Seminario Internacional Profundizado de Derecho Penal (págs. 13-32), 2015, Corrientes: Themis.
- Cours de droit civil, 1936, I, p. 305.
- DECHENAUD David, “La pénalisation de l’exercice des libertés”, *Le droit des libertés en question(s) – colloque des 5 ans de la RDLF*, RDLF 2018 chron. N°3

- FEIJOO, B, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 93-138, 2000.
- GAILLOT, Albane “Proposition de loi visant à renforcer le droit à l’avortement, n°3292”, en: https://www.assembleenationale.fr/dyn/15/dossiers/renforcement_du_droit_a_lavortement?etape=15-AN1
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Qué es la imputación objetiva?”, 1987, *Estudios de Derecho Penal*, 3.a ed. 1990, pp. 209 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*, ADPCP, Vol. LXVI, 2013
- GRACIA MARTIN, L., “Comentarios al Código Penal” (Coord. J.L. Diez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 619
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado”, *Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación*, Universidad de La Laguna, ADPCP, VOL. LVIII, 2005.
- JAKOBS, G, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, 1998. En G. JAKOBS, C. ROXIN, & W. NAUCKE, *La prohibición de regreso en el Derecho Penal* (págs. 95-148). Bogotá: Cargraphics S. A.
- JIMENEZ, Sergio, “Derecho por la vida”, *El delito imprudente. El deber objetivo de cuidado debido*, en: <https://derechoporlavid.com/2015/11/17/el-delito-imprudente-el-deber-objetivo-de-cuidado-debido/>, consultado el 6/05/2022.
- JOLY, S., “Le passage de la personne, sujet de droit, à la personne, être humain”, *Dr. famille* 2001, chron. 22.
- KANT, “La metafísica de las costumbres”, 1797, traducción de Cortina y Conill, 1989, § 227 p. 35.
- MALAURIE, P., “Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités”, 3e éd., 1994, Cujas, n° 25.
- MATHIEU, Bertrand, “Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal”, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 237
- MATHIEU, B., “La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels”, *D. 1999, Chron.* p. 451.

- MAYAUD, Yves, “Ultime plainte après l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001”, Recueil Dalloz, 2001, p. 2917
- MÉMETEAU, Gérard; HARICHAUX, Michèle, “Enfant conçu. Homicide par imprudence. Confusion entre deux patientes. Négligence?”, (Crim. 30 juin 1999, Juris-Data n° 002903; D. 1999.710, note D. Vigneau; D. 2000.Somm.27, obs. Mayaud; JCP 2000.II.10231, note G. Favré; Rev. Gén. Dr. Méd. 2/1999.5, obs. C. Daver), RDSS 2000, p. 88
- MÉMETEAU, Gérard, “Vie biologique et personnalité juridique, qui se souvient des hommes ?”, p. 34.
- MILLIEZ, Jacques, “L’euthanasie du fœtus”, ed. O. Jacod, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19, a: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2010, páginas 225 a 233
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 2000, pág. 32.
- MURAT, P., “Réflexions sur la distinction être humain: personne juridique”, Dr. fam. 1997, chron. 9.
- MURAT, P., “Les frontières du droit à la vie - l’indécision de la Cour européenne des droits de l’homme”, Dr. famille 2004, comm. 194.
- PRADEL, Jean, “La seconde mort de l’enfant conçu”, A propos de l’arrêt Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, Recueil Dalloz, 2001, p. 2907
- RAMÓN RIBAS Eduardo, “Entre el aborto y el homicidio. Imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado”. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1993 (RJ 7380), págs. 969-980
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f.). Amenorrea. *Diccionario de la lengua española*. En: <https://dle.rae.es/amenorrea>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f.). Culpa. *Diccionario de la lengua española*. En: <https://dle.rae.es>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f.). Feto. *Diccionario de la lengua española*. En: <https://dle.rae.es/feto>
- ROUJOU DE BOUBÉE, Gabriel, “La mort du fœtus provoquée par l’imprudence d’autrui”, Recueil Dalloz, 2004, p. 2754

- ROUJOU DE BOUBÉE, G. et DE LAMY, B., “Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus”, D. 2000, chron. p. 181.
- ROXIN, C, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 1997, España: Civitas.
- SAINTE-ROSE, Jerry, “Une dépenalisation jurisprudentielle: l'enfant à naître ne peut jamais être victime d'un homicide”, *Embryon: recherches et alternatives, Génétique*, publicado el 25 de mayo 2015, en: <https://www.genethique.org/une-depenalisation-jurisprudentielle-lenfant-a-naître-ne-peut-jamais-etre-victime-dun-homicide/>
- SERVERIN, E., “Homicide. Réparer ou punir? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme”, D. 2004, p. 2801.
- TOMÀS SALÀS DARROCHOA, Josep, “El concepto de feto en el código penal español”, DS Vol. 13, Núm. 1, Enero – Junio 2005, págs. 109-130
- TERRÉ, F.; FENOUILLET, D., “Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités”, 6e éd., 1999, Dalloz, n° 25.
- TERRÉ, F., “Introduction générale au droit”, 4e éd., 1998, n° 324, Dalloz.
- VÉRON, Michel, “Du constat de la vie et du constat de la mort” Dr. pén. 1997, chron. n° 7. -Dr. pén. mai 1997, repères. – PUIGELIER, C., “L'homicide involontaire d'un fœtus” Dr. pén. 1997, chron. n° 22. - D. 1997, jurispr. p. 557, note E. SERVENIN. - JCP G 1997, II, 22955, note G. FAURE.
- VÉRON, Michel, “Homicide involontaire”, *L'atteinte à la vie d'un enfant à naître*, Droit pénal n° 1, Janvier 2000, comm. 3
- VIGNEAU, D., “Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme?” D. 1999, Jur. p. 712, 1re col. Adde

8. Anexos

8.1. Anexo 1: Legislación

- Constitución Española. Ref: BOE-A-1978-31229
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su (Resolución 217 A (III))
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
- Declaración Internacional de Derechos del Niño de 1989

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ref: BOE-A-1995-25444.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ref. BOE-A-2015-3439
- Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente. Ref. BOE-A-2019-2973
- Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio de 1985
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ref. BOE-A-2010-3514
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763.
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946
- Code pénal. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse
- Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement (1)
- Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception
- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales
- Circulaire n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveaux-nés décédés à l'état civil
- *Infant Life Preservation Act* de 1929.

8.2.Anexo 2: Jurisprudencia

- STC 82/2001, 15 de febrero de 2001
- STC 53/1985, 11 de abril de 1985
- STS 687/2017 del 21 de febrero 2017
- STS 3391/2019 del 25 de octubre 2019
- STS de 30 de mayo de 1988

- STS 3654/1992 de 23 de abril de 1992
- STS 3788/2018, 14 de octubre de 2018
- STS 1089/2009, 27 de octubre de 2009
- STS 1823/2002, 7 de noviembre de 2002
- STS 537/2005, 25 de abril de 2005
- STS 1613/1992, 27 de junio de 1992
- STS 811/99, 25 de mayo de 1999
- STS 30 de enero de 1984
- STS 24 de enero 1987
- STS de 3 de octubre 1987 (RJ 1987, 6951)
- STS de 6 de diciembre de 1985
- STS del 3 de junio de 1969 (A. 3160)
- STS del 20 de mayo de 1975
- STS de la sección 2ª del 13 de octubre 1993
- STS del 23 de octubre 1996, núm. rec. 2491/1995
- STS 2047/2000, de 28 de diciembre 2000, núm. rec. 157/2000
- STS 726/1998, de 22 de enero 1999, núm. rec. 3823/1997
- STS 2252/2001, de 29 de noviembre 2001
- STS 5 de abril 1995, núm. rec. 2/1994
- STS 18 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 9448], ES:TS:1991:17239
- STS 692/1981, 20 de mayo de 1981 [RJ 1981, 2247], ES:TS:1981:4507
- STS 4518/1985, 5 de mayo de 1989 [RJ 1989, 4126], ES:TS:1989:2826
- STS 1990/8253, 4 de septiembre de 1990
- STSJ M 5430/2010, de 31 de marzo 2010
- SAP A 973/2014, de 24 de febrero 2014
- SAP T, Sección 2ª, nº 27/2004, de 26 de abril. F.J. segundo (ARP 2004/408)
- SAP MA 628/2018, Sección 8ª, 16 de abril 2018
- SAP ML 21/2012, Sección 7ª, 13 de febrero de 2012
- SAP VA 1133/2010, Sección 4ª, 17 de septiembre de 2010
- SAP M 6252/2013, Sección 7ª, 1 de abril de 2013
- SAP Burgos 228/2004, Sección 1ª, 17 de diciembre de 2004
- SAP M 3241/2011, Sección 17ª, 28 de marzo de 2011
- SAP M, Sección 27ª, de 2 de septiembre de 2010
- APP LO 194/2019, de 26 de abril 2019

- AJI 11/2019, 1 de octubre de 2019
- Cons. Const. 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC
- Cons. Const., 27 juin 2001, décision n° 2001-446 DC
- Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973
- Cass. Crim., 5 octobre 2004, n° 03-86.169
- Cass. Crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.227
- Cass. Crim., 21 janvier 2014, n° 13-80.267
- Cass. Crim., 25 septembre 2001, n° 01-80.100
- Cass. Crim., 20 mars 2001, n° 98-87.544
- Cass. Crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700
- Cass. Crim., 16 avril 2019, n° 18-84566
- Cass. Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351
- Cass. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359
- Cass. Crim., 4 mai 2004, n° 03-86.175
- Cass. Crim., 20 novembre 2018, n° 17-86.661
- Cass. Crim., 12 juin 2018, n° 17-86.661
- Cass. Crim., 2 décembre 2003, n° 03-82.344
- Cass. Crim., 24 juin 2014, n° 13-84.542
- Cass. Crim., 24 juin 1992
- Cass. Crim., 27 juin 2006, n° 05-83.767
- Cass. Civ, 1ère, 6 février 2008, n° 06-16.498
- CA Lyon, 13 mars 1997
- CA de Metz, 3 septembre 1998
- CA Pau, 5 février 2015
- Versailles, 8 juillet 1993
- CEDH 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, série A, n° 246-A ; RFD const. 1993, p. 216, note F. Sudre
- CEDH, 8 juillet 2004, n° 53924/00, *Vo. c/ France*
- CEDH *Calvelli y Ciglio c/ Italia*, 17 enero 2002, n° 32967/96
- CEDH *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/50