

PATRICIA LAURENZO COPELLO

Profesora titular interina
de Derecho Penal
de la Universidad de Málaga

EL ABORTO NO PUNIBLE

(El art. 417 bis del Código Penal)

BOSCH, Casa Editorial, S. A.
S.P.I.C.U.M.

ÍNDICE

CAPÍTULO I LAS INDICACIONES COMO SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERESES DE RANGO CONSTITUCIONAL

| | | |
|------|---|-----|
| I. | El problema | 3 |
| II. | Cuestión previa: problemas de hermenéutica constitucional | 8 |
| | 1. La hermenéutica constitucional y las reglas «tradicionales» de interpretación | 8 |
| | 2. Las soluciones modernas | 19 |
| | 2.1. Hermenéutica constitucional y teoría de las normas | 21 |
| | 2.2. Hermenéutica constitucional y teorías del Estado | 30 |
| | 3. Conclusiones | 40 |
| III. | El valor relativo de los intereses implicados en las indicaciones a la luz de las normas constitucionales | 53 |
| | 1. Introducción | 53 |
| | 2. Los intereses que apuntan a la prohibición penal del aborto | 60 |
| | 2.1. El bien jurídico protegido por el delito del aborto | 60 |
| | 2.1.1. El interés demográfico del Estado | 61 |
| | 2.1.2. La vida e integridad física de la mujer | 65 |
| | 2.1.3. Derecho de autodeterminación de la mujer | 67 |
| | 2.1.4. Esperanza de vida | 67 |
| | 2.1.5. La vida en germen | 74 |
| | 2.1.6. Conclusiones | 75 |
| | A) El comienzo de la vida humana: criterios para su determinación | 77 |
| | B) La relativización de la vida humana anterior al nacimiento | 85 |
| | C) El problema del sujeto pasivo | 93 |
| | D) La vida humana como bien jurídico protegido por el delito de aborto | 103 |
| | 2.2. La protección constitucional de la vida humana | 104 |
| | 2.2.1. Sobre el contenido de los derechos fundamentales | 105 |
| | 2.2.2. La vida humana como bien jurídico constitucional | 115 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 3. | Los intereses que apuntan a la ejecución del aborto | 121 |
| 3.1. | Intereses comunes a todas las indicaciones que apuntan a la interrupción del embarazo | 121 |
| 3.1.1. | El requisito del consentimiento y la libertad de determinación de la mujer | 122 |
| 3.1.2. | Los intereses sociales | 123 |
| 3.2. | Los bienes jurídicos comprometidos en la indicación terapéutica | 127 |
| 3.3. | Los bienes afectados en la indicación criminológica | 128 |
| 3.4. | Los bienes contemplados en la indicación eugénica | 130 |
| IV. | Repercusiones del análisis constitucional para la determinación de la naturaleza jurídica de las indicaciones | 138 |

CAPÍTULO II LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INDICACIONES PRINCIPALES CORRIENTES

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 143 |
| II. | Teorías que no modifican las categorías dogmáticas tradicionales | 145 |
| 1. | Causas de justificación | 145 |
| 1.1. | Estado de necesidad justificante | 145 |
| 1.2. | Ejercicio legítimo de un derecho | 150 |
| 2. | Posiciones que rechazan la justificación | 154 |
| 2.1. | Causas de exculpación | 156 |
| 2.2. | Excusas absolutorias | 167 |
| III. | Teorías que alteran el contenido de las categorías dogmáticas tradicionales | 170 |
| 1. | Aspectos comunes | 170 |
| 2. | Tres modelos de exclusión de lo ilícito penal en los supuestos de aborto indicado | 172 |
| 2.1. | Ámbito libre de Derecho | 172 |
| 2.2. | Presupuestos negativos de merecimiento de pena | 176 |
| 2.3. | Causas propias de exclusión de lo ilícito penal | 181 |
| IV. | Evaluación general del estado de la discusión | 184 |

CAPÍTULO III LAS INDICACIONES COMO SUPUESTOS ESPECIALMENTE REGULADOS DE ESTADO DE NECESIDAD

| | | |
|----|---|-----|
| I. | Las indicaciones y los requisitos del estado de necesidad | 189 |
|----|---|-----|

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | Los elementos del estado de necesidad | 189 |
| 1.1. | La situación de necesidad | 189 |
| 1.2. | La relación entre los «males» | 196 |
| 1.3. | Falta de provocación intencionada | 197 |
| 1.4. | Ausencia de un deber jurídico de sacrificarse | 198 |
| 1.5. | El elemento subjetivo | 199 |
| 2. | Los requisitos del estado de necesidad y las indicaciones | 199 |
| 2.1. | Objeto de la investigación | 199 |
| 2.2. | La situación de necesidad en las indicaciones | 199 |
| 2.3. | La relación valorativa de los intereses implicados. Remisión | 207 |
| 2.4. | Falta de provocación intencionada de las situaciones indicadas | 208 |
| 2.5. | Ausencia de un deber de sacrificarse en la embrazada | 210 |
| 2.6. | Elemento subjetivo | 210 |
| 3. | Otros presupuestos de las indicaciones | 211 |
| 3.1. | El problema | 211 |
| 3.1.1. | El médico y los plazos | 212 |
| 3.1.2. | El centro acreditado, los dictámenes y la denuncia | 217 |
| II. | El problema de la ponderación de intereses | 222 |
| 1. | Aspectos generales de la ponderación en el estado de necesidad | 222 |
| 1.1. | Función y objeto | 222 |
| 1.2. | Los elementos a ponderar | 224 |
| 1.3. | Criterios de valoración | 230 |
| 1.4. | El resultado de la ponderación | 233 |
| 2. | La ponderación de intereses en las indicaciones | 235 |
| III. | El aborto terapéutico por riesgo vital como supuesto específico de estado de necesidad justificante. El consentimiento presunto como elemento de la justificación | 242 |
| IV. | Las demás indicaciones como supuestos de estado de necesidad por colisión de bienes de valor equivalente | 248 |

CAPÍTULO IV

LA SIGNIFICACION DOGMÁTICA DEL ESTADO DE NECESIDAD POR CONFLICTO DE BIENES EQUIVALENTES

| | | |
|-----|---------------------------------------|-----|
| I. | Introducción | 251 |
| II. | La teoría de la unidad | 252 |
| 1. | Sus fundamentos | 252 |
| 2. | Las consecuencias jurídicas | 255 |
| 3. | Evaluación crítica | 258 |

| | | |
|------|--|-----|
| III. | El ámbito libre de derecho | 268 |
| 1. | Sus fundamentos | 268 |
| 2. | El ámbito libre de Derecho en la teoría del delito | 271 |
| 2.1. | Su posible ubicación sistemática | 271 |
| 2.2. | Efectos jurídico-penales de las simples causas de exclusión de lo ilícito penal | 276 |
| 3. | Evaluación crítica | 285 |
| IV. | La antijuridicidad «penal» y las causas propias de exclusión de lo ilícito penal | 289 |
| 1. | Introducción | 289 |
| 2. | El Derecho penal dentro del Ordenamiento Jurídico: su relación sistemática y su función específica | 291 |
| 3. | Antijuridicidad general y antijuridicidad penal | 295 |
| 4. | La exclusión de lo ilícito penal | 299 |
| 5. | Las causas de exclusión de lo ilícito penal: su clasificación | 301 |
| 5.1. | Conductas autorizadas por el Derecho privado o por el Derecho público | 301 |
| 5.2. | Causas impropias de exclusión de lo ilícito penal | 302 |
| 5.3. | Causas propias de exclusión de lo ilícito penal | 303 |
| 6. | Efectos de las causas propias de exclusión de lo ilícito penal | 305 |
| 6.1. | El error sobre sus presupuestos | 305 |
| 6.2. | Participación | 306 |
| 6.3. | Legítima defensa | 307 |
| 7. | Evaluación crítica | 311 |
| V. | Propuesta de solución | 316 |
| 1. | El estado de necesidad por colisión de bienes equivalentes y lo ilícito penal | 316 |
| 2. | La posibilidad de una categoría intermedia: la responsabilidad por el hecho | 319 |

CAPÍTULO V

LAS INDICACIONES TERAPÉUTICA POR RIESGO PARA LA SALUD, CRIMINOLÓGICA Y EUGENÉSICA COMO SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Resultados de la investigación | 327 |
| II. | Las consecuencias jurídicas | 328 |
| 1. | La intervención de terceros en el aborto indicado: el médico y los partícipes | 328 |
| 2. | Error sobre los presupuestos de una indicación | 329 |
| 3. | La posible intervención de terceros en defensa del <i>nasciturus</i> | 331 |
| | Bibliografía | 337 |