

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

ALGUNAS CUESTIONES PENALES Y PROCESALES SOBRE LOS REQUISITOS EXCLUYENTES DE LA PUNIBILIDAD EN EL ABORTO POR INDICACION ETICA

Consulta núm. 4/87, de 14 de noviembre

I

Del escrito objeto de la Consulta y de la documentación acompañada al mismo se extraen los siguientes antecedentes de hecho.

1. El 23 de octubre de 1986 compareció ante el Juzgado de Instrucción de guardia de Valladolid una mujer mayor de edad, vecina del próximo pueblo de Laguna de Duero, exponiendo que se halla separada legalmente de su esposo desde hace dos años, pero que, por el bien de sus hijos menores, habían decidido seguir viviendo en el mismo domicilio; que la comparecencia tiene por objeto denunciarle por delito de violación del que ha sido víctima el pasado 16 de agosto de 1986, fecha en la que, encontrándose ambos en el salón de la casa, su ex esposo la instó a tener relaciones sexuales, a lo que la denunciante se negó en principio, pero accediendo a ello después porque le tiene pánico y para que no se enfureciera más y no la pegara. Como consecuencia de esta relación sexual no querida quedó embarazada. Y la denuncia se produce ahora porque hace unos días en Planificación Familiar de Valladolid, tras ratificarle su embarazo, la indicaron que para practicarle el aborto, que ella deseaba, debería formular denuncia. Insistió ante el Juzgado en que no quería que se castigara a su ex marido, pero sí que se realicen los trámites oportunos para poder interrumpir legalmente el embarazo.

2. Unos días después, concretamente el 27 de octubre de 1986, solicitó del Juzgado certificación de haber presentado denuncia por violación para que los organismos competentes del INSALUD pudieran autorizar el aborto. La interrupción voluntaria del embarazo se llevó a cabo el 5 de noviembre de 1986 en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social de Soria, una vez presentada fotocopia de la denuncia por violación y justificado por ecografía que no se habían cumplido las doce semanas de embarazo y tras el informe preceptivo de la Comisión de evaluación del Centro sanitario reunida el 2 de noviembre de 1986. Intervinieron en la práctica del aborto dos médicos ginecólogos y otro anestésista.

3. El 24 de octubre de 1986 el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid inicia las diligencias previas número 2.966/1986 por delito de violación en las que, una vez que se practican las oportunas diligencias de prueba, se dicta auto el 21 de noviembre de 1986 sobreseyéndolas provisionalmente conforme al

artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque la investigación realizada no ha permitido conocer la identidad de las personas que intervinieron en los hechos constitutivos de delito, y acordando, por tanto, el archivo. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación el 27 de noviembre de 1986 a fin de que tuviera lugar una diligencias de careo, y una vez practicada ésta se dicta auto el 10 de diciembre de 1986 transformándose las previas en el sumario ordinario número 97/1986 por si los hechos integraban delito de violación; con la misma fecha se dictó auto de conclusión del sumario.

En este sumario 97/1986 instruido por violación recayó auto de la Audiencia Provincial de Valladolid en el que se acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En el mismo auto de 10 de diciembre de 1986, en que el Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid resolvió transformar las diligencias previas en sumario por violación, se ordenó deducir testimonio de particulares y remitirlos al Juzgado de Instrucción de Soria, al poder ser constitutivos los hechos de un delito de aborto. El Juzgado de Instrucción de Soria inició con aquel testimonio de particulares diligencias previas 1.124/1986, el 16 de diciembre de 1986, por presunto delito de aborto, concluyéndolas por auto de 7 de julio de 1987, a tenor de lo dispuesto en el artículo 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando el archivo de las actuaciones, dado que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción penal. Este auto ha sido recurrido por el Ministerio Fiscal el 25 de julio de 1987 para que se practiquen determinadas diligencias.

5. Reunidos en Junta, los Fiscales de Soria, por acuerdo unánime opinaron que la violación denunciada y que dio lugar al sumario 97/1986 del Juzgado de Instrucción número 1 de Valladolid, es un hecho simulado, por lo que debe perseguirse el aborto practicado en Soria a la denunciante de la violación. Pero como la causa por violación se sobreseyó provisionalmente por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se plantea el tema de si para proceder por el delito de aborto se requiere que el sumario por violación esté sobreseído libremente —que es la opinión mantenida en la Consulta— en evitación de posibles resoluciones contradictorias, ya que la existencia o no de la violación es condición básica del posible delito de aborto. Para ello entiende que se debe reabrir el sumario sobreseído por violación y una vez abierto solicitar el sobreseimiento libre, en razón a que la denunciante no fue reconocida por el Médico forense y no se comprobó su embarazo ni el desenlace de éste.

II

Los requisitos comunes al aborto no punible están expresados en el artículo 417 bis del Código penal, y son los siguientes: que sea practicado por un médico o bajo su dirección; que tenga lugar en Centro o Establecimiento publico o privado acreditado, en los términos prevenidos en los artículos 1 y 3 de la Orden de 31 de julio de 1985 (vigente en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto de 21 de noviembre de 1986 destinado a derogarla), y que medie consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Los presupuestos específicos que condicionan la no punibilidad del aborto por indicación ética se recogen en el artículo 417 bis 2, y son éstos: que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429; que el

aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación, y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

De los datos de hecho acompañados a la Consulta resultan directamente acreditados los dos primeros requisitos comunes. No el relativo al «consentimiento expreso de la mujer embarazada», previo a la práctica del aborto. Sin embargo, sí parece justificado, aunque no documentalente en los procedimientos penales, un *consentimiento personal de la interesada*, pues ésta exteriorizó su voluntad de que la interrumpieran el embarazo. Y así se expresó ante el Juzgado al formular la denuncia el 23 de octubre de 1986 y al recoger certificación de la denuncia el 27 de octubre de 1986 como trámite formal previo para la práctica del aborto. No hay un documento redactado con este fin, pero sí aparece en los hechos analizados un consentimiento verbal expreso emitido con el fin de que le fuera interrumpido el embarazo.

También está justificado, cualesquiera sea el *dies a quo* a tener en cuenta (el de la fecundación o seis días después, con la anidación) que el aborto tuvo lugar dentro de las doce primeras semanas de gestación, pues la duodécima semana a partir del 16 de agosto de 1986 no termina hasta el 8 de noviembre de 1986 y el aborto se produjo tres días antes. Y como la violación entre ex cónyuges no ofrece particularidad alguna al haber desaparecido con la separación legal el *ius in corpus* y el débito conyugal, sólo procede aquí el análisis de los otros dos requisitos privativos del aborto por indicación ética, esto es, que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación y que este hecho haya sido denunciado:

1. *Que el hecho haya sido denunciado.* La denuncia indudablemente ha existido. Se realizó el 23 de octubre de 1986 por la agraviada ante la autoridad judicial competente por el presunto delito de violación. Así, la denuncia fue hecha por persona legitimada para ello conforme al artículo 443, párrafo primero, del Código penal, con lo que se cumple el requisito de procedibilidad requerido. El hecho de manifestar seguidamente su deseo de no sancionar por el hecho a su ex esposo es irrelevante, pues aunque pueda representar un perdón implícito, en el delito de violación el perdón del ofendido mayor de edad no extingue la acción penal (art. 443, párrafo último del Código penal).

Mas el requisito de la denuncia ofrece algunas cuestiones no resueltas de modo explícito en la norma. Por lo menos, éstas:

a) ¿Basta el hecho de formalizar la denuncia en cualesquiera de las formas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal? ¿O es indispensable una denuncia que haya determinado la apertura de un procedimiento penal típico? Desde luego, la denuncia cuyo resultado sea el previsto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es suficiente por cuanto no da lugar a procedimiento alguno. Por supuesto, y aunque el artículo 417 bis, 2, mencione sólo la denuncia, no está excluido el otro modo de iniciarse los procesos por delitos semipúblicos (la querrela), pero, como para la denuncia expresa el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si a la presentación de la querrela ha seguido auto de inadmisión por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tampoco será ésta suficiente a los fines de poder construir un aborto no punible. Es indispensable que se trate de denuncias o querrelas admitidas y tramitadas. Este carácter revisten los hechos objeto de la Consulta, porque la denuncia dio lugar a diligencias previas y después a la incoación de un sumario ordinario. La sentencia del Tribunal Constitucional

53/1985, de 11 de abril, no aclara el punto aquí cuestionado, pues sólo dice que «entiende este Tribunal que la denuncia previa es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho» (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

b) El momento o tiempo en que ha de formalizarse la denuncia. ¿Inmediatamente después de acaecer el hecho delictivo denunciado? ¿Sólo será válida la realizada antes de conocerse el embarazo y *ad cautelam* de éste? ¿Es bastante con que sea anterior a las doce semanas? Como el artículo 417 bis dice tan sólo que el hecho haya sido denunciado, reputamos válida toda denuncia anterior al aborto si éste tiene lugar en el improrrogable plazo previsto, y es, por supuesto, eficaz aquella denuncia que se formula a partir del conocimiento del embarazo.

Hasta aquí la solución de la Consulta no ofrece especiales dificultades, lo que conduce a la no punibilidad del aborto practicado, ya se valore la conducta de quienes lo realizaron o la de la mujer a quien le interesaba. Si las presenta la interposición del otro requisito que analizamos por separado.

2. *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación del artículo 429.* Juzgamos ineliminable, en primer lugar, que medie congruencia entre la fecha en que tuvo lugar el hecho denunciado y la de la iniciación de la gestión, para así poder excluir las posibles violaciones de mujeres ya embarazadas, pues, evidentemente, este estado no sería consecuencia de la violación denunciada. Pues bien, partiendo de esta relación temporal directa entre hecho denunciado y embarazo ¿qué significado debe darse al giro de que éste sea consecuencia de «un hecho constitutivo de violación»? Realmente sólo puede decirse que el hecho es constitutivo de violación en un momento muy posterior a la denuncia y sólo en estos tres casos: cuando haya recaído sentencia firme en que así lo declare, que se haya dictado auto de sobreseimiento libre del artículo 637.3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando la causa fuere sobreseída provisionalmente conforme al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado, en este último supuesto, que la indeterminación del autor, constando la evidencia del delito, no debe impedir los efectos despenalizadores del aborto. Al menos dos de estos resultados procesales es muy difícil que se produzcan antes de que el aborto se practique, si tenemos en cuenta, de un lado, que una denuncia capaz de legitimar el aborto puede presentarse muy poco tiempo antes de la interrupción del embarazo, y de otro, la duración de los procedimientos penales ordinarios. Precisamente a esta idea se acude en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril para estimar suficiente la denuncia, afirmando que la comprobación judicial del delito de violación antes de la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entrarían en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla (Fundamento jurídico 12, párrafo penúltimo).

Según los hechos que nos suministra la Consulta, el aborto tuvo lugar el 5 de noviembre de 1986, momento en que los hechos denunciados se investigaban en procedimiento de diligencias previas, que tiene como exclusiva finalidad determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él han participado (art. 789, párrafo inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Así la denuncia originó un procedimiento penal, en tramitación al tiempo del aborto. Esto, unido a la prestación del consentimiento por la interesada, es bastante para entender que no existe responsabilidad alguna para las personas que intervinieron el aborto.

Pero ¿y si después de las doce semanas, o de practicarse el aborto, no sólo no se confirma la existencia del delito, sino que se declara bien la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es cuando el proceso se integren claramente en aquella estructura delictiva? En estos casos ¿podrá procederse por aborto punible contra la mujer denunciante de la violación, que es precisamente, lo que se sostiene en la Consulta? Si partimos de la inexistencia de los hechos o de que éstos no constituyen delito, esto es, cuando el proceso a que dio lugar la denuncia termine por auto de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por sentencia absolutoria declarativa de que no tuvo lugar la violación, ciertamente el comportamiento de la mujer denunciante sería punible como aborto ilegal en concurso con el tipo del artículo 338; en concurrencia con la simulación de delito y no con la denuncia falsa del artículo 325, pues aunque se haya suprimido la eficacia extintiva del perdón en el delito de violación, sigue siendo delito semipúblico (art. 443) y, por tanto, no perseguible de oficio como exige, sin embargo, el artículo 325 para la denuncia falsa. Esta sería la abstracta tipicidad. Pero en el caso concreto de la Consulta ¿se ha confirmado después de practicado el aborto la inexistencia de los hechos o que éstos no constituyan delito de violación? Anotemos que se ha producido una situación procesal verdaderamente contradictoria durante la tramitación del procedimiento iniciado tras la denuncia. En efecto, las diligencias previas se concluyeron por auto de 21 de noviembre de 1986 en base al artículo 789.1, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al estimarse por el Juez que el hecho denunciado era constitutivo de delito, pero no constaba autor conocido; luego de practicarse una diligencia de careo interesada por el Ministerio Fiscal en su recurso de reforma, las previas se transforman en sumario ordinario y concluido éste el 10 de diciembre de 1986 se eleva a la Audiencia, quien dicta auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no estar suficientemente justificada la perpetración del delito. Resulta, pues, que el Juzgado al sobreseer provisionalmente por el artículo 789.1, párrafo segundo —que es precepto paralelo al del artículo 641.2— entendió que existía delito, pero no autor, y la Audiencia, por su parte, estimó no hallarse acreditado del todo el delito de violación. Sin embargo, esa contradicción se salvó porque el auto de archivo dictado en diligencias previas no fue consentido por el Ministerio Fiscal, e iniciado después sumario ordinario, tras concluirse, se sobreseyó por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A esta última decisión hay que estar, y preguntarse si tal modalidad de sobreseimiento excluye para la denunciante la punibilidad del aborto por motivación ética, al cumplirse con él el requisito de que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación.

Como ya con anterioridad se ha dicho, entendemos que los supuestos que no cumplen esta condición son los procedimientos penales que terminan por sentencia en la que se declare la inexistencia del delito o por autos de sobreseimiento libre de los números 1 y 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicas resoluciones tras las que puede afirmarse con seguridad que el hecho denunciado no se perpetró o que existiendo no constituye delito. En el caso del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se trata de la inexistencia del hecho —como ocurre en el artículo 637.1—, sino de la falta de indicios bastantes capaces de conformar todos los elementos del tipo de que se trate. Aunque

se desconocen los antecedentes del auto de sobreseimiento de la Audiencia de Valladolid, quizás en el hecho que motiva la Consulta no pudo justificarse suficientemente el requisito de la fuerza o intimidación del artículo 429.1 del Código penal.

Cuestión relacionada con la anterior es la de si los autos de archivo que, eventualmente, puedan recaer en diligencias previas tal como prevé el artículo 789.1, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revisten la misma naturaleza que el auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.1, que concluye los sumarios, o si, por el contrario, dada la similitud de los términos empleados en los artículos 789.1 y 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ambos casos se trata de autos definitivos, con lo que si una denuncia por violación concluyera archivada en previas por el artículo 789.1 sería acto procesal hábil para perseguir a la denunciante por delito de aborto.

El artículo 789.1 dice en su párrafo inicial que si el Juez «estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones»; y el artículo 637.2 dispone que procede el sobreseimiento libre «cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Mas a pesar de la semejanza de las expresiones hay que concluir afirmando la provisionalidad del auto de archivo del artículo 789.1. La letra de este precepto nada aclara en cuanto ordena que el Juez «mandará archivar las actuaciones», mas sin especificar la naturaleza provisoria o definitiva del archivo. La interpretación lógica y sistemática nos lleva a la conclusión de la no definitividad del auto de archivo dictado conforme al artículo 789.1, primer inciso. He aquí las razones: En primer lugar, porque tratándose de una decisión adoptada en diligencias previas, no parece viable un archivo definitivo cuando aquéllas suponen un procedimiento preliminar de otros procedimientos. En segundo término, porque el artículo 789.1, inciso segundo, declara que cuando «no hubiere autor conocido acordará el sobreseimiento provisional, *ordenando igualmente el archivo*»; luego si a este tipo de sobreseimiento provisional sigue el archivo éste será provisional, y con la palabra *igualmente* se está remitiendo al párrafo anterior (art. 789.1, párrafo primero); en tercer lugar, porque en el artículo 789.1, inciso inicial, se trata de una apreciación o estimativa subjetiva del Juez que archiva («... si estimare que el hecho...») tras el examen de un material instructorio elemental, en tanto que el artículo 637.2 contempla una declaración del Tribunal a la que ha precedido una investigación total marcada sobre los hechos objeto de las actuaciones. Y, por último, porque contra el auto de archivo del artículo 789.1 caben los recursos de reforma y apelación (artículo 789, último párrafo) y contra el auto de sobreseimiento libre, en cuanto definitivo, sólo procede interponer el recurso de casación (art. 636) con los límites del artículo 848.

III

El sobreseimiento provisional del artículo 641.1 se acuerda cuando concluida la investigación no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación del sumario; y como supone sólo una paralización o suspensión del procedimiento, es posible instar la reapertura sumarial —siempre que no hayan transcurrido los plazos de prescripción— si aparecen nuevos elementos probatorios de entidad suficiente para acreditar, bien el dato positivo de

la existencia del delito que determinó la apertura o el negativo capaz de constar con claridad que el hecho denunciado no tuvo lugar, supuesto éste que podría conducir a dictar auto de sobreseimiento libre (art. 637.1,2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso de la Consulta si el Tribunal acordó el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 fue porque el Ministerio Fiscal, analizando las diligencias de prueba de variada naturaleza contenidas en el sumario, así lo interesó (art. 627, párrafo último), con lo que estuvo conforme el Tribunal, pues en otro caso podría haber optado por la renovación (art. 630). Para la reapertura de un sumario en el que hubo conformidad entre el Ministerio Fiscal y el Tribunal en orden a su archivo, y cuya finalidad sea obtener un auto definitivo de sobreseimiento libre, parece indispensable una prueba sólida de que no existió el delito de violación, y en la Consulta, a pesar de afirmarse que la violación fue un hecho simulado, las diligencias que se proponen para instar la reapertura afectarían más que a la existencia o a los elementos del acto delictivo denunciado —como podrían ser la falta de actos de compulsión actuantes sobre la voluntad de la mujer— a las consecuencias del mismo —no comprobación del embarazo y desenlace de éste—. Sin embargo, en el sumario seguido por aborto consta la existencia del embarazo y la interrupción voluntaria de éste con observancia de los trámites prevenidos en el artículo 417 bis y la Orden de 31 de julio de 1985.

En conclusión, en el caso objeto de la consulta, concurren los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto practicado por indicación ética y, en particular, los específicamente cuestionados:

— En primer lugar, porque están cumplidos los requisitos de la condición de procedibilidad en que consiste la denuncia, pues se formalizó como tal acto de iniciación ante órgano competente, a instancias de persona legitimada y poniéndose en conocimiento de aquél el hecho de haber sido víctima de un delito de violación.

— En segundo término, porque, tras la denuncia, la autoridad judicial ha procedido a la apertura de un procedimiento penal ante la posibilidad de que existiera el hecho delictivo denunciado, en lugar de no admitirla a trámite, como ordena el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el caso de que el hecho en que se funde no constituya delito *denegatio actionis*.

— El hecho de que después del auto de conclusión del sumario iniciado se acordara el sobreseimiento del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal, no es obstáculo que impida la legitimidad de la interrupción del embarazo, pues tal acto procesal —lo mismo que el derivado del artículo 789.1 de la Juzgado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— significa no la inexistencia del hecho denunciado, ni que éste se constituya delito, sino sólo que no están claramente delimitados la totalidad de los elementos constitutivos del delito de violación.

— El sobreseimiento libre del artículo 637.1 y 2 que pueda acordarse en el sumario por delito de violación negando definitivamente la prosecución de la acción penal por ausencia del hecho imputado en la denuncia o porque éste no presente siquiera indicios de delito, debe reputarse acto procesal válido para la apertura y prosecución de un procedimiento tendente a justificar la ilegalidad del aborto practicado y a depurar las responsabilidades.

— Toda decisión que pretenda la reapertura de un sumario archivado provisionalmente autorizado por el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de transformarle en auto de sobreseimiento libre (art. 637.1

y 2), en cuanto supone la conversión de un hecho con apariencia de delito en otro inexistente o que no constituye delito, precisa de elementos de pruebas capaces de destruir totalmente los hechos anteriormente investigados, no siendo bastantes los que simplemente traten de modificarlos en extremos no esenciales.