

CONSULTA NUM. 5/1978

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL ESPA-
ÑOLA EN RELACION CON UN DELITO DE ABORTO
COMETIDO EN FRANCIA

EXCMOS. E ILMOS. SRES.:

Con fecha 5 de los corrientes ha tenido entrada en esta Fiscalía su escrito de 26 de mayo, al que acompaña consulta formulada por el Ilmo. Señor Fiscal de la Audiencia de Tarragona sobre extraterritorialidad de la Ley Penal española y competencia de nuestros Tribunales para el enjuiciamiento de un presunto delito de aborto cometido en Francia al que se refieren las diligencias previas 144/1978 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa.

Conforme al relato de hechos, antecedente de la consulta, una mujer, embarazada de su novio y de acuerdo con éste, se trasladó a Francia con el propósito de que le provocaran el aborto, lo que se llevó a cabo en una clínica francesa y por facultativos de aquella nacionalidad.

El presunto delito aparece, pues, cometido en el extranjero y siendo extranjero el autor principal, es decir, el médico o sanitario que provocó el aborto, aunque el consentimiento prestado por la mujer española determine también su responsabilidad como coautora, y asimismo el varón español que la acompañó, que participó en la gestión y en atender los gastos, sea responsable en el grado de participación que le corresponda.

Como bien razona la consulta, tales hechos pudieran estar comprendidos en la excepción a la territorialidad de la Ley Penal que establece el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto autoriza la persecución en España de los delitos cometidos por españoles contra españoles siempre que concurren las demás circunstancias que dicho artículo contiene.

El citado artículo 339 dispone:

“El español que cometiere un delito en país extranjero contra otro español será juzgado en España si concurrieren las circunstancias siguientes: 1.^a Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las Leyes. 2.^a Que el delincuente se halle en territorio español. 3.^a Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.”

Desde luego, el presunto delito aparece perpetrado por españoles y, es más, por españoles que se han trasladado a un país extranjero a fin de realizar un acto punible conforme a la legislación nacional y tolerado en el país donde se proponen realizarlo, cometiendo de esta manera un fraude de ley que, con arreglo al artículo 6.4 del Código Civil, no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, principio asimismo aplicable a los conflictos de leyes en el ámbito internacional cuando la invocación de una norma de conflicto tenga como fin eludir una ley imperativa española, según dispone el artículo 12.4 del mismo texto legal. Aunque estos preceptos pertenecen al Ordenamiento Civil, tienen sentido general en cuanto condenan y declaran ineficaces los propósitos pretendidos mediante el fraude de ley.

Conforme a la hipótesis del artículo 339, antes transcrito, no basta que se trate de un delito cometido por un español, sino que ha de ser contra otro español, y en relación con la nacionalidad del sujeto pasivo, el delito de aborto consentido por la madre plantea sus dudas la

consulta porque considera que en este caso la víctima es el feto, que “no es aún persona física, a quien, entre otras cosas, pueda atribuirse una nacionalidad”.

Para examinar este punto se ha de partir de que el delito de aborto es indudablemente un delito contra la vida no sólo porque en la sistemática del Código aparezca junto a los demás atentados contra la vida (homicidio, parricidio, asesinato e infanticidio), sino porque fundamentalmente, y sin ningún género de duda, el feto es un ser vivo. La vida existe en el meramente concebido aunque todavía no sea persona, sino sólo esperanza de persona, que adquirirá tal condición por el nacimiento, y legalmente cuando cumpla las exigencias de viabilidad y supervivencia exigidas por la Ley Civil.

Con arreglo a esa misma Ley Civil —artículo 29 del Código— al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables y, evidentemente, nada es más favorable para el “nasciturus” que la conservación de su propia vida intrauterina.

También es de señalar que para la aplicación de la Ley Penal no es de rigor la exigencia del artículo 30 del mismo Código Civil, en cuanto requiere que “sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. El mismo artículo determina que esas exigencias son solamente “a efectos civiles”. Por esto la jurisprudencia penal considera persona a las víctimas de infanticidio, parricidio o asesinato aunque el sujeto pasivo sea un recién nacido y no se hayan cumplido en él los requisitos necesarios para adquirir la personalidad conforme al citado artículo 30 del Código Civil. Así, pues, el concepto penal de persona y personalidad es mucho más amplio que el de la Ley Civil.

A los efectos penales basta la personalidad potencial y para determinar el supuesto de competencia debe bastar la nacionalidad potencial del feto, que en el conce-

bido por padres españoles será la española, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17. 1 y 2 del Código Civil.

Por otra parte, razones de todo orden aconsejan que esta delicada cuestión sea sometida a la decisión de los Tribunales para dar ocasión a que la jurisprudencia se pronuncie, por lo que conviene plantearla en forma y no sustraer al conocimiento judicial un caso de tanta trascendencia jurídica y sociológica.

Se hade observar, por último, que el enjuiciamiento de este asunto no corresponde a la Audiencia de Tarragona, pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 e) del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, está atribuido a la Audiencia Nacional el conocimiento de todas las causas por delitos cometidos fuera del territorio nacional.

Por consiguiente, esa Fiscalía habrá de limitarse a pedir del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa que, en cumplimiento de lo establecido en la regla primera del artículo 5.ª del citado Real Decreto-Ley de creación de la Audiencia Nacional, eleve a dicha Audiencia y en relación con las diligencias previas 144/1978 la exposición a que dicho precepto se refiere.

Dios guarde a V. E. y a V. I. muchos años.

Madrid, 30 de junio de 1978.

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.