

Roj: **STS 9102/1990 - ECLI:ES:TS:1990:9102**Id Cendoj: **28079120011990107953**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/12/1990**Nº de Recurso: **4221/1987**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ENRIQUE RUIZ VADILLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de mil novecientos noventa.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el procesado Baltasar y por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real que condenó al procesado por delito de aborto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, estando el procesado recurrente representado por la Procuradora D^a. Teresa Bustos Pardo.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción de Puertollano instruyó sumario con el número 31 de 1986 contra Baltasar y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real que, con fecha 15 de julio de 1987, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Declaramos por unanimidad expresamente probado que: PRIMERO. El matrimonio formado por María del Pilar , nacida el 20 de abril de 1961 y Andrés , nacido el 8 de agosto de 1961, procesados en esta causa, tenían en el año 1985, a los cuatro años de casarse, tres hijos de tres, dos y un año respectivamente, y pasaban por una situación económica precaria, siendo ayudados en alimentos y vivienda por los padres de ella, en cuya casa residían, mientras el marido, que se encontraba en paro sin cobertura, acababa de alquilar, pagando de renta 15.000 pesetas una estación de lavado y engrase de coches que atendía personalmente con grandes dificultades para hacer frente a los gastos así como al cobro de facturas. En esta tesitura matrimonial, hacia mediados de mayo de 1985, la esposa, que con anterioridad había tomado píldoras anticonceptivas y hubo de dejarlas por problemas de salud, y utilizaba a la sazón el preservativo como medio para evitar una preñez no deseada, averiguó su embarazo por cuarta vez, lo que produjo una situación de angustia en el matrimonio, tanto por su precaria economía como por la ya numerosa e infantil prole que juntaban y habían de atender, por lo que decidieron, conjunta y medítadamente, la interrupción del proceso biológico en la mujer. Para ello, fueron a ver, en primer término, al médico de cabecera de Almagro, a quien veladamente explicaron su deseo, que fue de inmediato rechazado por el facultativo.

Persistentes en su propósito, siguió el marido haciendo averiguaciones para llevarlo a término, comentando la situación a su amigo íntimo Aurelio , también procesado, quien de manera desinteresada y conocedor de los adversos avatares del matrimonio, se aprestó a ayudarles a consumir el plan, por lo que le propuso adquirir una inyección supuestamente abortiva, que poseía una ramera de su conocimiento, yendo a adquirirla al club donde ésta trabajaba, y tras pagar 15.000 pesetas por ella le fue inyectada a la esposa, que no le hizo en absoluto efecto, ya que habían sido defraudados por tratarse de un fármaco preventivo del embarazo.

Continuaron las pesquisas hasta averiguar que un médico residente en Puertollano practicaba abortos en su clínica sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 , y después de una cita telefónica, se personaron en ella los dos amigos Andrés y Aurelio , trasladándose en el coche de éste para entrevistarse con el facultativo que resultó ser el también procesado Baltasar , nacido el 28 de octubre de 1938, en Lima -Perú- nacionalizado español y especialista en urología. El médico fue informado por Aurelio ante la parquedad de espíritu del marido de los deseos de Andrés y su esposa, manifestando aquél que no había problema en provocar el aborto, debiendo



volver al día siguiente con María del Pilar , y les cobraría 60.000 pesetas por la operación. Aurelio pidió prestadas las 60.000 pesetas a distintos amigos y las entregó a Andrés y juntos con María del Pilar partieron los tres, en el coche de aquél nuevamente a Puertollano, yendo a la clínica donde les esperaba el médico; una vez allí mientras Aurelio esperaba en la antesala, pasaron el facultativo y el matrimonio a una habitación donde había además de instrumental médico una mesa de exploración obstétrica; situada en ella la mujer, fue reconocida por el médico, que confirmó estaba embarazada de un mes y medio, a continuación le introdujo por la vagina una goma sujetándola al muslo con un esparadrapo, y les dijo que a los dos días o tres comenzaría a sangrar, debiendo entonces retirar la goma pues inmediatamente se produciría la expulsión del feto; Andrés le entregó las 60.000 pesetas, en billetes de mil y cinco mil que Baltasar recibió y guardó, y se marcharon a Almagro. A los dos o tres días María del Pilar observó que manchaba ligeramente pero no se producía el aborto, por lo que el esposo llamó al médico concertando nueva cita. Volvieron a la clínica de Puertollano, esta vez el matrimonio solo, y el médico retiró a María del Pilar la goma de la vagina colocando en su lugar otra más gruesa, y les aseguró su eficaz resultado, no cobrándoles nada por esta segunda intervención. En efecto, esa noche María del Pilar se sintió indispuesta, comenzó a sangrar y expulsó el feto que fue enterrado por su esposo en un campo de los alrededores de Almagro".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Por unanimidad que debemos absolver y absolvemos a María del Pilar , Andrés y Aurelio del delito de aborto del que eran acusados por el Ministerio Fiscal por aplicación de la eximente de estado de necesidad. Debemos condenar y condenamos a Baltasar como autor de un delito de aborto realizado por facultativo con abuso de su arte a la pena de CINCO AÑOS DE PRISION MENOR, accesorias, MULTA DE UN MILLON DE PESETAS, o seis meses de arresto sustitutorio caso de impago, diez años de inhabilitación especial para la profesión de médico y para ejercer cualquier género de servicios en clínicas o establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos y privados. Abonará la cuarta parte de las costas, siendo de oficio las tres cuartas restantes. Adóptense las medidas pertinentes para el aseguramiento del cumplimiento de la pena privativa de libertad formando pieza separada. Adóptense las medidas preventivas pertinentes para el aseguramiento de la pena de multa impuesta, para lo que se formará la correspondiente pieza separada.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado Baltasar y por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basa en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Unico.- Por infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la circunstancia eximente 7ª del artículo 8º del Código Penal.

El recurso interpuesto por la representación del procesado se basa en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la sentencia recurrida ha infringido, al no haberlo aplicado en el caso de autos, el artículo 24 del Código Penal. Segundo.- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la sentencia recurrida ha infringido, al no haberlo aplicado al caso de autos, lo dispuesto en el artículo 417 bis, 1, 1º el Código Penal, reformado por Ley Orgánica 9/85 de 5 de julio.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista se celebró la misma el día 7 de diciembre de 1990. Mantuvo el recurso el Excmo. Sr. Fiscal D. Antonio Barranco Cerezo. Seguidamente se mantuvo el recurso por el Letrado D. José Ignacio Montejo Uriol en nombre de Baltasar , que fue impugnado por el Ministerio Fiscal. Con la asistencia de los Letrados recurridos D. Luis Manuel Cañizares Muñoz y Dª Paloma Ruiz Crespo que impugnaron el recurso del Ministerio Fiscal. Se hace constar que por necesidades del servicio formó Sala el Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL PRIMERO.- El motivo único del Ministerio Fiscal se formula, por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal número 7 del artículo 8 del Código Penal de estado de necesidad.

El hecho probado sobre el que la sentencia de instancia aplicó la eximente acabada de citar, describe, en resumen, que se trata de un matrimonio, con una edad de 24 años los dos cónyuges y que tenían a los cuatro



años de casarse tres hijos de tres, dos y un año respectivamente, que pasaban por una situación económica precaria, que eran ayudados por los padres de ella en cuya casa residían, con el marido en paro, sin cobertura y que acababa de alquilar, pagando una renta de 15.000 pesetas mensuales, una estación de lavado y engrase de coches que atendía personalmente con grandes dificultades para hacer frente a los gastos así como al cobro de facturas.

Averiguada la preñez de la mujer por cuarta vez, en este caso no deseada, se produjo una situación de angustia en el citado matrimonio, tanto por su ya señalada precaria economía, como por la ya numerosa e infantil prole que juntaban y habían de atender, lo que les determinó a decidir conjunta e inmediatamente la interrupción del proceso biológico de gestación de la mujer, lo que se llevó a cabo en los términos que la resolución impugnada describe y que a los efectos de este concreto recurso no interesa reproducir.

SEGUNDO.- El estado de necesidad es, en definitiva, una situación de conflicto entre bienes dignos de protección, en la cual el Ordenamiento jurídico estima, conforme a Derecho, o por lo menos tolera, según la naturaleza de la colisión, la lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de ellos.

El tema del aborto, como es bien sabido, está lleno de polémicas y en él inciden problemas de muy diversa naturaleza y consideración.

Por encima de todos hay que señalar que su no punición, en los supuestos generales que la Ley contempla o que pueda contemplar en el futuro o en los casos especiales que derivan de hacer uso de determinadas instituciones penales configuradas en las leyes, por los Tribunales de Justicia no supone otra cosa que decidir por razones de política criminal en el primer caso y de aplicación del sistema penal vigente en el segundo, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que se contemplan por las razones que en cada caso sirven de presupuesto a la exclusión no deben asociarse consecuencias penales.

El conflicto de intereses al que antes se hacía referencia es claro: por una parte la protección del "nasciturus", sin duda de ningún género, digno y merecedor de la mayor atención desde el punto de vista jurídico por serlo socialmente (Cfr. artículos 29 y concordantes del Código Civil), mientras que por otra parte existe también un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana de la madre que es merecedora, igualmente, de protección en los términos que la Ley establezca como consecuencia de las exigencias sociales de cada momento histórico. De ahí que las distintas legislaciones ofrezcan aquellas soluciones que en cada situación se consideran más conformes a los principios generales por los que se rigen y a las propias realidades sociales sobre las que se asienta la colectividad.

Ese ha sido el sentir, sin duda, cualquiera que sea el juicio que a cada persona pueda merecer, del nuevo artículo 417 bis del Código Penal de descriminalización o despenalización parcial de aborto, de acuerdo con el sistema de indicaciones al que mas adelante, en el siguiente recurso, se hará referencia. La realidad social a la que el Código Civil, con vocación generalizadora y **cuasiconstitucional**, llama para dar contenido a la operación de búsqueda del sentido y alcance de las normas, puede y debe servir para orientar al legislador y también al juzgador, con sometimiento incondicionado siempre al principio de legalidad.

Como es frecuente en el campo del derecho, y acaso más en el penal, las instituciones por las que se rige ofrecen aspectos objetivos y subjetivos de la más variada índole que, de alguna manera, son inseparables y cuya apreciación conjunta resulta indispensable para la mejor comprensión de la conducta que se enjuicia. Ello sucede, sin duda, en el caso que estamos estudiando para decidir conforme a Derecho.

Está claro (Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril) que las causa de exención de la responsabilidad criminal establecidas en el artículo 8 del Código Penal también pueden actuar, en principio y con los límites que le son inherentes, respecto del delito de aborto.

La Sala sentenciadora destaca que no hubo un embarazo intencionado y que no había obligación de sacrificarse porque la procreación no puede entenderse comprendida en el tercer requisito fijado por el legislador español en el artículo 8 apartado 7 del Código Penal.

Como antes se anticipaba se trata de una familia casi recién establecida: cuatro años, con tres hijos muy pequeños, en una situación de paro sin cobertura, con la obligación de atender a los niños que ya constituían ese hogar, en tal estado que un nuevo nacimiento podría provocar la imposibilidad de atenderlo en términos de dignidad humana, que sin duda era el deseo de los padres: sacar adelante a los tres hijos pequeños que acaso ya no podría realizarse con el nuevo nacimiento en el sentir de los progenitores, no solo desde el punto de vista económico, decisivamente importante, sino también de la atención, básica también, de la madre que vería perturbada incluso su salud física y psíquica aunque no fuera de manera importante y grave por los sucesivos embarazos y crianzas (así lo dice expresamente el juzgador de instancia en el 4º Fundamento de Derecho como inferencia lógica, que por serlo, de ella ha de partirse) datos que, en definitiva, se corresponden a valores



de intimidad y dignidad. De la fragilidad de la salud psíquica de la madre hubo pruebas, dice la sentencia de instancia, en el juicio oral.

Así las cosas y con explícito reconocimiento, cualquiera que sea la interpretación más correcta del artículo 15 de nuestra Constitución, del valor inmenso de la vida que anuda en el "nasciturus", hay que entender que la citada sentencia, que reflexiona con autenticidad en cuanto a las bases sobre las que se asienta y con dudas respecto a las correspondientes consecuencias, propios del discurso y del intelecto sobre la naturaleza de la eximente y sobre su aplicación como tal o como atenuante, en este caso es acertada.

En cualquier supuesto, si el conflicto antes descrito no era real, por vía de hipótesis, lo sería en el fuero interno para los procesados absueltos desplegando con igual intensidad los efectos eximentes de la circunstancia por razones del elemento culpabilístico. Todos los factores concurrentes descritos conducen, en una tarea individualizadora, a entender que se daban, en efecto, todos los requisitos de la eximente aplicada respecto a los tres absueltos.

Procede, por consiguiente, la desestimación del recurso.

RECURSO DEL PROCESADO Baltasar PRIMERO.- Se formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la sentencia recurrida ha infringido, al no haber tenido en cuenta el artículo 24 del Código Penal, al no haber aplicado la Sala de instancia con carácter retroactivo unas leyes posteriores a los hechos cometidos, como es la Ley Orgánica 9/85 de 5 de julio que despenalizó, mediante inclusión del artículo 417 bis del Código Penal, determinados supuestos de aborto y que por ser una Ley en todo caso más favorable al recurrente era de obligada aplicación.

En el desarrollo del motivo, y fuera del contexto en el que se mueve formalmente pero con evidente interés jurídico penal, se hace referencia por el recurrente a que en el sumario no hay acreditación real y cierta del estado de embarazo ni la consiguiente constatación efectiva de que se hubiera practicado una maniobra fuera de las declaraciones de los procesados. Pero como la propia parte reconoce, tales datos positivos aparecen entre los hechos probados y a salvo el derecho a invocar la presunción de inocencia, lo que no hace, ello determina que en principio, y por consiguiente, esta Sala no pueda entrar en el examen de la prueba y, por otra parte, es indispensable de que existe -y ello se dice complementariamente- actividad probatoria de cargo indiscutible y aun indiscutida en las actuaciones.

El tema queda así residenciado en el problema de la retroactividad que se regula en el artículo 24 del Código Penal. Desde este punto de vista hay que poner de relieve que falta, sin duda, el presupuesto esencial para que el instituto de la retroactividad pueda ser aplicado porque la sentencia de instancia no se refiere a ninguno de los supuestos despenalizados en el artículo 417 bis del Código Penal, sino a una situación de angustia ya examinada en el anterior recurso, así como a unas circunstancias económicas ya descritas, pero, repetimos, no incluidos en ninguno de los apartados del nuevo artículo 417 bis citado, es decir, refiriéndolo más en concreto al número 1, no existía grave peligro ni para la vida o salud física o psíquica de la embarazada.

La actual regulación del aborto puede considerarse, y así lo dice gran parte de la DOctrina científica, como un sistema de regla-excepción donde el supuesto general sigue siendo la punibilidad de la interrupción del embarazo y cuyas excepciones, en principio, representan causas de justificación específicas en función de la situación conflictual de intereses entre la vida del "nasciturus" y la vida, salud, libertad o dignidad de la persona, de acuerdo con los principios generales en que se inspira la reforma.

Por consiguiente, no siendo incluíble el supuesto en el artículo 417 bis, mal puede hablarse de retroactividad favorable al reo porque si el caso se produjera hoy, a salvo problemas específicos como los que se estudiaron y se resolvieron en el anterior recurso y que ahora están fuera de lugar, la conducta sería subsumible en el Código Penal: no era necesario el aborto para evitar un grave peligro -que aquí falta- para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. No es que falte su acreditación a través de informes facultativos, sino que consta que existía una situación de angustia en los dos conyuges ante las dificultades que el nuevo embarazo podría plantear, pero nada más y esta situación no coincide en absoluto con el "grave peligro" al que se refiere la Ley penal.

El caso debatido no contempla, por consiguiente, una indicación terapéutica caracterizada por la existencia de un peligro grave para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. No había, desde esta perspectiva, necesidad de abortar porque el conflicto no estaba planteado en función de la vida o salud de la madre, seriamente comprometidas, y la vida del "nasciturus", sino que se estaba en presencia de un complejo de circunstancias económicas fundamentalmente, aunque las mismas incidieran de manera muy especial, no trasladables al facultativo como enseguida se verá, en el estado de ánimo de los padres, creándose así una angustia en cuanto estado afectivo de temor ante el peligro más o menos real que algunos autores llaman discrepancia intrapsíquica.



Es por ello por lo que procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega infracción por no aplicación del artículo 417 bis, planteamiento que, como se ve, resulta complementario del anterior por lo que desestimado aquél igual decisión ha de tomarse con éste.

Como ya quedó dicho no es que se prescindiera de los correspondientes dictámenes médicos preceptivos, conforme al citado precepto sustantivo, por la razón inequívoca de que mal podrán realizarse cuando la norma despenalizadora no había entrado en vigor, sino que el hecho mismo objeto de sanción penal no era inscribible en ninguno de los supuestos del citado artículo 417 bis, como también se vió, todo ello sin perjuicio de poner de relieve que dado el desconocimiento, al menos ello no está incluido en el relato histórico, que de la realidad subyacente tenía el médico que asistió a María del Pilar, fue su actuación la de un normal acto médico retribuido, contrario a derecho y desde otra perspectiva absolutamente normal, y referimos la normalidad a la independencia de la situación por la que atravesaban los padres. Por consiguiente, no era comunicable la circunstancia del estado de necesidad que sí fue aplicada al amigo que facilitó los contactos con el facultativo por las razones que la sentencia señala y en cuyo tema no es posible entrar porque el problema no ha sido planteado en esta vía casacional.

Como es bien conocido las circunstancias que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar, o en su caso para agravar, la responsabilidad solo de aquellos culpables en quienes concurren. Es evidente que en el médico recurrente tal circunstancia no le era de aplicación. Ahora bien, el entorno en el que se desarrolló el actuar del procesado, dentro de una realidad social incontestable y de unas circunstancias específicas conforme a la sentencia de instancia, pudiera hacer procedente la aplicación de un indulto parcial en los términos que se exponen en el escrito que en esta misma fecha se eleva al Gobierno de la nación.

Procede, por consiguiente, la desestimación del motivo y del recurso.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de Ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y el procesado Baltasar contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 15 de julio de 1987, en causa seguida a dicho procesado por delito de aborto. Condenamos a dicho procesado recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso y la cantidad de setecientas cincuenta pesetas por razón de depósito no constituido.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Ruíz Vadillo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.