

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sentencia de 16 de junio de 2016

Sección 6.ª

Rec. n.º 103/2011

SUMARIO:

Aborto ilegal. Delito de falsedad. Delito de asociación ilícita. Práctica de intervenciones médicas de interrupción del embarazo sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley penal, concretamente sin la confección del dictamen psiquiátrico o con la redacción de informes médico-psiquiátricos falsos. En el supuesto del aborto terapéutico (grave riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada) es el médico psiquiatra acusado el que debe probar que existía un riesgo y una necesidad del aborto) y lo hace mediante la prueba, pericial o documental, de su propio dictamen. La acción del tipo del artículo 145. 1 CP se integra necesaria y exclusivamente con la prestación del consentimiento de la mujer gestante y con el acto quirúrgico necesario para interrumpir el embarazo, con lo que debemos partir de un supuesto de coautoría en todos los casos, de la mujer embarazada y del médico que practica efectivamente el aborto, ahora bien, dichas mujeres no han sido acusadas en el proceso, como consecuencia de la decisión de sobreseimiento parcial que adoptó la Juez de Instrucción, con fundamento en considerar que todas ellas actuaron bajo un error de prohibición invencible. Y respecto a los médicos, no es competencia del médico ginecológico o del anestesista proceder a una ponderación de los concretos intereses en juego, sino tan solo comprobar la existencia de los presupuestos objetivos del aborto: la presencia del dictamen que afirme el grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada, o del dictamen que diagnostica la grave deformación en el feto, junto a la edad de gestación, y la emisión de los dictámenes por un médico especialista, con apariencia de corrección. Al existir dichos dictámenes y sin saber que son falsos, se trataría de un error invencible de todos los médicos ginecológicos y anestesistas. Por tanto solo son responsables el propietario y titular de las sociedades clínicas como cooperador necesario de los delitos cometidos por cuanto sabía que con la actividad diseñada y organizada por él (exclusivamente) en las clínicas se van a cometer abortos sin cumplir con los requisitos, y como cooperador necesario con dolo sería el médico psiquiatra que firma el dictamen simulado que pretende justificar el aborto y que hace incurrir en los médicos y anestesistas en error invencible. Los documentos integrados en las Historias Clínicas referidos no ser calificados de documentos públicos u oficial se trata, de un documento que cumple, exclusivamente, funciones informativas y estadísticas para que la Administración Pública pueda fijar sus políticas de salud, en general, y optimizar sus recursos, de manera que no puede calificarse de documento oficial, quedando vedada la aplicación del delito de falsedad en documento oficial. Tampoco será por falsedad en documento privado ya que de dicho delito no fueron acusados.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 14, 21.6, 28, 66.2, 76.1, 123, 145, 145 bis, 390, 392, 395, 515.1 y 517.

Código Civil, art. 1.216.

Constitución Española, arts. 18 y 24.



www.civil-mercantil.com

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 118, 269, 714, 730, 779.1, 786 y 789.5.

Código Penal de 1973, art. 417 bis.

PONENTE:

Don José Antonio Rodríguez Sáez.

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SEXTA

Procedimiento Abreviado nº 103/2011

Diligencias Previas 3353/2006

del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona

SENTENCIA

TRIBUNAL

D. JOSE ANTONIO RODRIGUEZ SAEZ

D. JOSE LUIS RAMIREZ ORTIZ

D. IGNACIO DE RAMON FORS

En Barcelona, a 16 de junio de 2016.

Vistos ante esta Sección, en juicio oral y público, los autos seguidos por el Procedimiento Abreviado al nº 103/2011, dimanante de las Diligencias Previas nº 3353/06 del Juzgado de Instrucción nº 33 de los de Barcelona, por los presuntos delitos de aborto, asociación ilícita, intrusismo y falsedad documental, atribuidos a los siguientes acusados:

1- Abel Pablo , nacido en Lima (Perú) el día NUM000 de 1944, hijo de Sabino Avelino y de Loreto Zulima , con DNI Nº NUM001 , quien estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 24 de enero de 2008, representado por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Ros Fernández y defendido por el Letrado D. Miguel Capuz Soler.

2- Melisa Lorenza , nacida en Barcelona el día NUM002 de 1943, hija de Nicanor Oscar y de Felicidad Teresa , con DNI NUM003 , quien estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 24 de enero de 2008, representada por el Procurador D. Rafael Ros Fernández y defendida por el Letrado D. Fernando Martínez Iglesias.



www.civil-mercantil.com

3- Milagrosa Hortensia , nacida en La Coruña el día NUM004 de 1945, hija de Jacinto Vicente y de Julia Barbara , con DNI NUM005 , quien estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 24 de enero de 2008, representada por la Procuradora D^a. Lorena Moreno Rueda y defendida por la Letrada D^a. Ana Isabel Montiel Casas.

4- Alberto Rodrigo , nacido en Cuba el día NUM006 de 1962, hijo de Nicanor Oscar y de Filomena Martina, con pasaporte cubano NUM007 , representado por la Procuradora D^a. Roser Castelló Lasauca y defendido por el Letrado D. Jordi Benavent Blasco.

5- Leandro Bienvenido , nacido en Cuba el día NUM008 de 1966, hijo de Francisco Ezequias y de Maria Yolanda , con DNI NUM009 , representado por el Procurador D. Francesc Fernández Anguera y defendido por el Letrado Santiago Parra Parra.

6- Hector Urbano , nacido en Barcelona el día NUM004 de 1953, hijo de Jacinto Vicente y de Julia Barbara, con DNI NUM010 , representado por el Procurador D. Francisco Pascual Pascual y defendido por el Letrado Josep Fajula Codina.

7- Joaquin Obdulio , nacido en Cuba el día NUM011 de 1953, hijo de Obdulio Ivan y de Candida Florencia, con DNI NUM012 , representado por el Procurador Rafael Ros Fernández y defendido por el Letrado D. Juan Carlos Revilla Rodríguez.

8- Pablo Urbano , nacido en Barcelona el día NUM013 de 1952, hijo de Oscar Agapito y de Flor Benita , con DNI NUM014 , representado por la Procuradora D^a. Roser Castelló Lasauca y defendido por la Letrada D^a. Cristina Ruiz Barrau.

9- Petra Cristina , nacida en Barcelona el día NUM015 de 1961, hija de Francisco Urbano y de Elisa Petra, con DNI NUM016 , representada por el Procurador D. Daniel Font Berkhemer y defendida por la Letrada D^a. María Isabel Lanza Rabadán.,

10- Amador Urbano , nacido en Pamplona el día NUM017 de 1964, hijo de Amadeo Amador y de Federico Blas , con DNI NUM018 , quien estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 20 de diciembre de 2007 hasta el 30 de enero de 2008, representado por el Procurador D. Jaime LLuch Roca y defendido por la Letrada D^a. Olga Tubau Martínez.

11- Lazaro Saturnino , nacido en Alcuabierre (Huesca) el día NUM019 de 1959, con DNI NUM020 , quien estuvo en prisión provisional por esta causa desde el 20 de diciembre de 2007 hasta el 1 de febrero de 2008, representado por el Procurador D. Jordi Ribo Cladellas y defendido por el Letrado D. Juan Javier Antequera Moriz.

Ejercen la acusación el Ministerio Fiscal y, como acusación popular, las siguientes entidades:

La Asociación E-CRISTIANS , representada por la Procuradora D^a. Elisa Rodés Casas y defendida en juicio por la Letrada D^a. Laura Force Castells.

La Asociación ALTERNATIVA ESPAÑOLA , representada por el Procurador D. Jorge Belsa Colina y defendida por el Letrado D. Fernando Oriente Coromina.

La Asociación CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS TOMÁS MORO , representada por el Procurador D. Andreu Oliva Basté y defendida por el Letrado D. Javier Pérez Roldán.

La Corporación COL.LEGI DE METGES DE BARCELONA, representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y defendida por la Letrada D^a. Mercedes Martínez.

Actua como Magistrado Ponente D. JOSE ANTONIO RODRIGUEZ SAEZ, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.



www.civil-mercantil.com

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La presente causa se inició por la remisión a esta Sección Sexta de las Diligencias Previas indicadas por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona; y efectuado el reparto correspondiente, se formó el oportuno Rollo, señalándose para la celebración del juicio el día 29 de enero de 2016 y los siguientes hasta su finalización, que se llevó a cabo con asistencia de todas las partes, quedando visto para sentencia.

Segundo.

Abierto el turno de cuestiones previas se plantearon las siguientes:

Por parte del Ministerio Fiscal :

1.1 Reiterar la proposición de la prueba testifical de Nazario Teodulfo , quien realizó un reportaje periodístico en las clínicas donde sucedieron los hechos objeto de acusación, entrevistándose con el personal que trabajaba en ellas.

1.2 La proposición, como prueba documental, de los documentos obrantes en las 35 cajas intervenidas en las clínicas.

1.3 Respecto a los testigos de las que se haya intentado su citación en dos ocasiones y no comparezcan, se irá renunciando conforme se produzca dicho presupuesto

1.4 La renuncia a la testifical del agente de la Guardia Civil con TIP nº NUM021 y la conformidad con que la prueba pericial biológica se practique en el plenario con la asistencia de uno sólo de los agentes de la Guardia Civil que realizaron el informe pericial.

Por parte de E-Cristians , se adhirió a las cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal.

3) Por parte de Alternativa Española , se adhirió a la proposición del Ministerio Fiscal de la testifical de Nazario Teodulfo .

4) Por parte de C.E.J. Tomás Moro , se propuso la declaración testifical de Nazario Teodulfo y, respecto de los testigos que no puedan ser citados y no comparezcan se irá manifestando sobre su renuncia o si se solicitará la lectura de su declaración en la fase de instrucción.

5) Por parte del Col.legi de Metges de Barcelona , no se plantea ninguna cuestión previa.

6) Por parte de la Defensa de Abel Pablo :

6.1 Se opone a la admisión de la prueba testifical de Nazario Teodulfo .

6.2 Sobre los testigos que no puedan ser citados y no comparezcan si irá pronunciando en el momento de la práctica de la prueba.

6.3 Se renuncia a la declaración testifical de Carla Frida , Sixto Alonso y Carmen Brigida

6.4 Solicita que el acusado sea excusado de la asistencia a todas las sesiones del Juicio Oral, de manera que comparecería el día en que le corresponda declarar y aquél en el que pueda ejercer el derecho a la última palabra. Lo fundamenta en el delicado estado de salud que sufre, aportando informe médico para acreditarlo.



www.civil-mercantil.com

6.5 Se solicita la nulidad del acto de reapertura del procedimiento, mediante el Auto de admisión de la querrela interpuesta por E-Cristians, por ser contrario al previo acuerdo de sobreseimiento de las actuaciones, que había adquirido firmeza y tenía efectos de cosa juzgada formal.

6.6 Denuncia vulneración del derecho al Juez imparcial, basándose en el análisis de varias decisiones tomadas por la Juez de Instrucción que, se dice, buscaban la no vigencia del principio de igualdad de armas y la generación en el entonces imputado de indefensión material.

6.7 Denuncia vulneración del derecho a ser informado de la acusación, en base a que en la fase de instrucción no se ha informado de los hechos concretos objeto de imputación y en que no aparece un relato de hechos punibles hasta que se presenta por el Ministerio Fiscal su escrito de acusación.

6.8 Denuncia del derecho al proceso debido ("juicio justo"), en base a que volver a celebrar el Juicio Oral comporta que las acusaciones conocerán los argumentos y las razones de las Defensas.

6.9 Reitera la pretensión, formulada por escrito anteriormente, de que las declaraciones como testigos de las mujeres que acudieron a la clínicas para realizarse una interrupción voluntaria del embarazo, en el acto del Juicio Oral, se practiquen mediante la reproducción videográfica de las que prestaron en el Juicio Oral celebrado en 2012, como se fuera una prueba preconstituída.

7) Por parte de la Defensa de Melisa Lorenza :

7.1 Solicita que la acusada sea excusada de la asistencia a todas las sesiones del Juicio Oral, compareciendo el día de su declaración y el día en que pueda ejercer el derecho a la última palabra. Se fundamenta en la necesidad de asistir a su esposo, el acusado Abel Pablo .

7.2 Denuncia vulneración del principio non bis in idem , por la existencia de un procedimiento administrativo, incoado previamente al presente procedimiento penal por los mismos hechos que constituyeron su notitia criminis , que concluyó con la imposición de una sanción administrativa.

7.3 Solicita que se expulse del proceso la transcripción de una conversación telefónica mantenida entre uno de los acusados y su Letrado Defensor, por vulneración del derecho a la asistencia letrada en su dimensión del derecho a la confidencialidad de las relaciones entre Abogado y su defendido.

8) Por parte de la Defensa de Angela Esther :

8.1 Se renuncia a las declaraciones testimoniales de Carla Frida , Sixto Alonso y Carmen Brigida .

8.2 Se impugna la prueba documental consistente en el vídeo del reportaje periodístico realizado por periodistas daneses con el método de cámara oculta, con expulsión de la causa o con su no valoración como prueba de cargo. Se fundamenta en la forma de su aportación al proceso, que impide otorgarle credibilidad.

8.3 Denuncia vulneración del derecho a la intimidad y al honor en la obtención de la prueba documental consistente en el vídeo del reportaje periodístico realizado con el método de cámara oculta. Se alega falta de proporcionalidad respecto al derecho a la información y se solicita su nulidad, así como la de todas las actuaciones posteriores a su aportación a la causa.



www.civil-mercantil.com

8.4 Solicita la declaración de nulidad del Auto del Juzgado de Instrucción 33 de Barcelona que autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas, de 11 de octubre de 2007 , en lo que se refiere a su defendida, por falta de proporcionalidad en relación a los hechos a ella imputados.

8.5 Solicita la nulidad del Auto del Juzgado de Instrucción 33 de Barcelona, de 26 de noviembre de 2007 , que autoriza la entrada y registro en las clínicas donde trabajaban los acusados, por falta de indicios suficientes de comisión de delito en su motivación.

8.6 Denuncia vulneración del derecho de su defendida a conocer la acusación, ante la falta de concreción de los hechos por los que se basó la imputación y, después, la acusación.

9) Por parte del acusado Alberto Rodrigo no se planteó ninguna cuestión previa.

10) Por parte del acusado Leandro Bienvenido :

10.1 Respecto a las declaraciones de las testigos que acudieron a las clínicas para practicarse una interrupción voluntaria del embarazo, propone que la práctica mediante el visionado del vídeo de la declaración en el anterior Juicio Oral, de cada una de ellas, con su comparecencia y sin prestar declaración.

10.2 Se solicita el levantamiento del régimen de testigo protegido respecto de la testigo identificada como AAA.

11) Por parte del acusado Hector Urbano :

11.1 Se renuncia a las testigos que no hayan podido ser citadas y también a los testigos Carla Frida , Sixto Alonso y Carmen Brigida .

11.2 Se adhiere a las cuestiones planteadas por las defensas de Abel Pablo y de Melisa Lorenza .

11.3 Impugna la prueba documental del vídeo del reportaje periodístico realizado con cámara oculta por ser parcial y sesgado.

12) Por parte del acusado Joaquin Obdulio , se adhiere a las cuestiones planteadas por las otras Defensas.

13) Por parte del acusado Pablo Urbano :

13.1 Solicita la declaración de nulidad del Auto de Apertura del Juicio por vulnerar del derecho a conocer la acusación, al contener una consideración genérica de los hechos, sin concreción de la participación del acusado.

13.2 Solicita la declaración de nulidad de la prueba documental consistente en el vídeo del reportaje periodístico realizado con el método de cámara oculta, por vulnerar en su obtención los derechos a la intimidad y al honor.

13.3 Solicita la declaración de nulidad de las resoluciones del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona acordando la prórroga de la intervención de comunicaciones telefónicas, por carecer de control judicial, al acordarse sin disponer del contenido de las conversaciones intervenidas.

14) Por parte de la acusada Petra Cristina : Se adhiere a las solicitudes de nulidad formuladas por el resto de las Defensas e invoca vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

15) Por parte del acusado Amador Urbano :

15.1 Solicita la declaración de nulidad del Auto del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, de admisión de querrela y que comportaba la reapertura del procedimiento después



www.civil-mercantil.com

de que se acordara su sobreseimiento provisional. Se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y vulneración de normas esenciales del procedimiento.

15.2 Solicita la nulidad del Auto del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, por el cual se autoriza la intervención de comunicaciones telefónicas de algunos de los imputados. Se alegan que la resolución se fundamenta en la declaración de un testigo, en la cual se aportan determinados documentos que constituyen un delito de revelación de secretos y una vulneración de derecho a la intimidad de las personas cuyos datos aparecen en tales documentos.

16) Por parte del acusado Lazaro Saturnino :

16.1 Se propone prueba documental, consistente en diversos documentos, entre los cuales se incluyen apuntes del acusado relativos a los dictámenes que realizó en las clínicas y que se encontraban en su consulta particular (aporta fotocopias aduciendo que los había incorporado anteriormente a la causa como originales).

16.2 Se invoca vulneración del derecho a la intimidad en la diligencia de entrada y registro en las clínicas, por falta de proporcionalidad, tanto en relación al número de clínicas afectadas como al número de historiales clínicos intervenidos. La misma vulneración se causaría por vulneración de la legislación sobre protección de datos, en relación al tratamiento que se dio a los historiales clínicos durante la instrucción.

16.3 Se solicita nulidad de las resoluciones del Juzgado de Instrucción nº 33 que acordaron mantener el secreto de las actuaciones, por vulneración del derecho de defensa.

16.4 Se solicita la nulidad del Auto del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona que autoriza la entrada y registro en las clínicas, por vulnerar el principio de proporcionalidad, en concreto por falta de necesidad e idoneidad (posibilidad de satisfacer la misma finalidad con medios menos injerentes).

El Tribunal resolvió en el acto las siguientes cuestiones:

No admitir como medio de prueba la declaración testifical de Nazario Teodulfo , por falta de relevancia y necesidad, al referirse a un reportaje periodístico realizado en 2002, situado demasiado lejos de los hechos enjuiciados.

Levantar el sistema de protección respecto de los testigos " Inmaculada Paloma " y " NUM022 ", por considerar que el tiempo transcurrido y las circunstancias del desarrollo del proceso (todas las partes tienen conocimiento de la identidad de los testigos), han hecho evidente que no concurren los presupuestos del art. 1 de la Ley 19/1994 .

Admitir la prueba documental propuesta por la defensa de Lazaro Saturnino , sin perjuicio de su posterior valoración.

Inadmitir la prueba documental propuesta por el Ministerio Fiscal, referida a las "35 cajas" de documentos intervenidos en la diligencia de Entrada y Registro en las clínicas. Se trata, en su mayor parte, de historias clínicas de casos y personas que, finalmente, no han sido objeto de acusación. Ello, junto a la falta de concreción de sus contenidos hacen que sea imposible hacer un juicio de pertinencia.

Se estimó la pretensión formulada por las defensas de los acusados Abel Pablo y Melisa Lorenza , de que se le eximiera de su obligación de estar presentes en todas las sesiones del juicio oral, atendiendo al estado de salud del primero de ellos. Se ha atendido a la doctrina de resoluciones como la STS 843/2001 (expulsión disciplinaria del acusado de la sala, que no provoca nulidad del juicio si se da oportunidad de ejercitar derecho a la última palabra) o la STC 258/2007 (derecho a última palabra e imposibilidad de que pueda haber indefensión



www.civil-mercantil.com

material si es el propio acusado el que solicita no estar presente en la práctica de la prueba. La estimación se declaró con la condición de que acudieran los días señalados para su declaración y para el ejercicio del derecho a la última palabra en el juicio oral.

Se desestimó la cuestión planteada por el acusado Abel Pablo , reiterándola, de que "la práctica de las declaraciones testimoniales de las personas que acudieron a los centros de interrupción voluntaria del embarazo se lleven a cabo mediante la reproducción del soporte audiovisual que ya consta en la causa". Al respecto, la Sala se remitió a las razones expuestas en su Auto de 25 de enero de 2016, relativas a las exigencias del principio de inmediación en la práctica de las pruebas, así como a las consecuencias de la declaración de nulidad del acto del Juicio Oral celebrado con anterioridad. Cabe destacar aquí que se dio traslado a todas las partes para que formularan alegaciones y se reprodujo la situación de falta de unanimidad entre todas ellas, que se planteaba a priori como conditio sine qua non para poder plantearse la viabilidad jurídico-procesal de la propuesta.

Respecto del resto de cuestiones previas planteadas, por depender su resolución del resultado de la práctica de la prueba admitida, se acordó que se resolverían en Sentencia.

Tercero.

Tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas que no fueron renunciadas, en trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal modificó parcialmente las provisionales y calificó los hechos como constitutivos de las siguientes infracciones:

Dos delitos de asociación ilícita, uno de los artículos 515. 1º y 517. 1º y el otro de los arts. 515. 1º y 517.2º, del Código Penal

38 delitos de aborto del artículo 145. 1 del C.P .

Un delito continuado de falsedad documental de los artículos 392 , 390. 1. 1º , 2º y 3º y 74 del C.P .

21 delitos de aborto del artículo 145. 1 del C.P .

Un delito continuado de falsedad documental de los artículos 392 , 390. 1. 1º , 2º y 3º y 74 del C.P .

Un delito continuado de falsedad documental de los artículos 392 , 390. 1. 1º y 3º y 74 del C.P .

Respecto de cada uno de los acusados formuló las siguientes calificaciones y peticiones penológicas, considerando que es de aplicación a todos ellos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, del artículo 21. 6º del Código Penal :

A Abel Pablo , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515, 1º y 517. 1º CP , las penas de 2 años de prisión, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 años; como autor de 59 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el artículo 76 del CP , y la inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; y como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, las penas de 21 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros; con imposición de costas.

A Melisa Lorenza , como autora de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1º y 517. 1º CP , las penas de 2 años de prisión, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 6 años; como autora de 39 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del CP ., y la inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas,



establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; y por el delito continuado de falsedad, las penas de 21 meses de prisión e inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros; con imposición de costas.

A Milagrosa Hortensia , como autora de un delito de asociación ilícita, arts. 515.1 ° y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo, y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autora de 7 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el artículo 76 del CP ., e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Alberto Rodrigo , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515.1 ° y 517.2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; y como autor de 7 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del CP ., y de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Leandro Bienvenido , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1 ° y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autor de 13 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el artículo 76 del CP ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Hector Urbano , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515.1 ° y 517.2º CP las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autor de 6 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista ene l art. 76 del C.P ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Joaquin Obdulio , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1 ° y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autor de 12 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 años de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del C.P ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Pablo Urbano , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1 ° y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autor de 22 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del C.P . y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; con imposición de costas.

A Petra Cristina , como autora de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1 ° y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autora de 10 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del C.P ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; y por el delito continuado de falsedad documental, arts. 392 y 390. 1, 1 ° y 3º CP , las penas de 21



meses de prisión. Inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros; con imposición de costas.

A Amador Urbano , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1º y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros; como autor de 11 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación prevista en el art. 76 del C.P ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; y, por el delito continuado de falsedad documental de los arts. 392 y 390. 1º y 3º del C.P ., las penas de 21 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros; con imposición de costas.

A Lazaro Saturnino , como autor de un delito de asociación ilícita, arts. 515. 1º y 517. 2º CP , las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo y 12 meses de multa con cuota diaria de 10 euros; como autor de 43 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión, con la limitación del art. 76 del C.P ., y la de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, durante 1 año; y como autor de un delito continuado de falsedad documental, de los arts. 392 y 390. 1º y 3º del C.P ., las penas de 1 año de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros; con imposición de costas.

Cuarto.

Las acusaciones populares también modificaron parcialmente sus conclusiones provisionales, y solicitaron la siguiente calificación jurídica y la imposición de las siguientes penas:

Asociación E-Cristians:

A Abel Pablo , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión, inhabilitación para empleo o cargo público durante 12 años y multa de 24 meses con cuota diaria de 30 euros; como autor de 34 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 3 años de prisión y la inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar cualesquiera servicios o establecimientos ginecológicos, durante 6 años; y como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, las penas de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

A Melisa Lorenza , como autora de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión y multa de 24 meses con cuota diaria de 30 euros; como autora de 34 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 3 años de prisión y la inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar cualesquiera servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; por el delito continuado de falsedad, las penas de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

A Amador Urbano , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión y multa de 24 meses, con cuota diaria de 30 euros; como autor de 7 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 3 años de prisión y la de inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.



www.civil-mercantil.com

A Lazaro Saturnino , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión y 24 meses de multa con cuota diaria de 30 euros; como autor de 25 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 3 años de prisión y la de inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

Asociación Alternativa Española y Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro, conjuntamente:

A Abel Pablo , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión, inhabilitación para empleo o cargo público durante 12 años y multa de 24 meses con cuota diaria de 60 euros; como autor de 34 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 3 años de prisión y la inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar cualesquiera servicios o establecimientos ginecológicos, durante 6 años; como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, las penas de 3 años y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

A Melisa Lorenza , como autora de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 12 años y multa de 24 meses con cuota diaria de 60 euros; como autora de 34 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 3 años de prisión y la inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar cualesquiera servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; por el delito continuado de falsedad, las penas de 3 años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

A Amador Urbano , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 12 años y multa de 24 meses con cuota diaria de 60 euros; como autor de 7 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 3 años de prisión y la de inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

A Lazaro Saturnino , como autor de un delito de asociación ilícita, las penas de 4 años de prisión inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 12 años y 24 meses de multa con cuota diaria de 60 euros; como autor de 25 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 3 años de prisión y la de inhabilitación especial para la profesión sanitaria o prestar servicios en establecimientos ginecológicos, durante 6 años; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros; con imposición de costas.

El Col.legi Oficial de Meges de Barcelona:

A Abel Pablo , como autor de 34 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 1 año de prisión y la inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria por tiempo de un año por cada uno de los delitos; y como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, las penas de 18 meses y multa de 6 meses; con imposición de costas.

A Melisa Lorenza , como autora de 20 delitos de aborto y por cada uno de ellos, la pena de 1 año de prisión y la inhabilitación especial para cualquier profesión sanitaria por un



www.civil-mercantil.com

año por cada delito; por el delito continuado de falsedad, las penas de 18 meses de prisión y multa de 6 meses euros; con imposición de costas.

A Amador Urbano , como autor de 9 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión y la de inhabilitación especial para cualquier profesión sanitaria durante 1 año por cada delito; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 18 meses de prisión y multa de 6 meses; con las accesorias de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y la de ejercicio de la profesión de médico; con imposición de costas.

A Lazaro Saturnino , como autor de 25 delitos de aborto y por cada uno de ellos, las penas de 1 año de prisión y la de inhabilitación especial para cualquier profesión sanitaria; y, como autor de un delito continuado de falsedad documental, las penas de 18 meses de prisión y multa de 6 meses; todas ellas con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para la de ejercicio de la profesión de médico; con imposición de costas.

Quinto.

Por parte de las Defensas de los acusados se elevaron las provisionales a definitivas y se calificaron los hechos como no constitutivos de delito, solicitando su libre absolución. Todas ellas reprodujeron, directamente o por adhesión, las cuestiones previas planteadas respecto a la vulneración de derechos fundamentales. La Defensa de Melisa Lorenza se añadió como calificación alternativa la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Sexto.

En este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales exigidas al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Debe atenderse en primer lugar a la exposición de las razones tenidas en cuenta para resolver las cuestiones previas planteadas por las partes.

A) Las Defensas de los acusados Abel Pablo y Amador Urbano (con la adhesión del resto) han invocado la vulneración del artículo 24. 1 y 2 (inciso a un proceso con todas las garantías) de la CE , y del artículo 11. 1 de la LOPJ al haberse acordado la reapertura del procedimiento sin Auto en dicho sentido . En síntesis, consideran que la decisión de admitir la querrela formulada por la Asociación E-Cristians (Auto de 16 de mayo de 2007), ni podía tomarse ni estaba suficientemente justificada, atendiendo a los efectos que debía producir la anterior resolución de sobreseimiento provisional de las actuaciones (Auto de 2 de febrero de 2007).

El planteamiento no puede ser aceptado. En primer lugar porque exacerba los efectos que puede tener el Auto de 2 de febrero de 2007, una resolución que, conforme a la STS 1226/1998 y por mucho que se enfatice su motivación, se corresponde con el sobreseimiento que prevé el artículo 779. 1. 1ª de la LECriminal (más claramente en la redacción anterior del art. 789. 5. 1ª) y es "absolutamente equiparable" (cuando se dicta sin práctica de diligencia



www.civil-mercantil.com

alguna) al supuesto contemplado en el artículo 269 de la misma ley procesal . Se debe tratar, por tanto, como una decisión tan provisoria que no pueden ser exigibles grandes dosis de generosidad a la hora de otorgarle poderes para restringir las actuaciones posteriores ("eficacia preclusiva" en palabras del TS o cosa juzgada, ya sea formal o material).

En segundo lugar, más en contacto con el derecho al proceso debido y en relación a la exigencia de que una persona no pueda estar sometida a dos procesos penales por los mismos hechos, podemos apoyarnos en la Sentencia del Tribunal Supremo 1612/2002 , que cita el párrafo segundo del art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos : "nada obsta a la reapertura de un proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada". Y añade: "Con mayor razón esta reapertura puede producirse cuando no ha llegado a existir enjuiciamiento ni sentencia absolutoria o resolución equivalente, conforme a nuestra legislación procesal interpretada jurisprudencialmente, sino una mera resolución inicial o provisoria de archivo".

El supuesto que dió lugar a la STS 349/2015 es, en su base, muy similar al planteado en este caso: una admisión de una querrela que comporta la reapertura de un procedimiento previamente "archivado" en el Auto de inocación ("de previas") tras la presentación de una denuncia. El TS subsana la insuficiencia de motivación que, al respecto, presenta el Auto de admisión de la querrela y para ello concluye con la frase "los hechos narrados en la querrela, abarcan un mayor aporte de circunstancias fácticas y elementos de prueba" que en la denuncia que dio lugar a la decisión de sobreseimiento (provisional).

Justamente eso es lo que puede afirmarse en este caso. Es evidente que hay una coincidencia nuclear en cuanto al objeto de la denuncia y el de la querrela: la realización de abortos ilegales en las clínicas del Dr. Abel Pablo . Pero también lo es que el contenido de la querrela va mucho más allá de lo que podía ir el carácter artesanal y voluntarioso de la denuncia, apoyado exclusivamente en noticias y comentarios aparecidos en internet y en un reportaje periodístico de una televisión danesa. La querrela concreta los hechos, los amplía y los relaciona con más personas, y permite al Juzgado de Instrucción otorgar más seriedad y rigor a la imputación, porque le permite contemplar hechos que pueden ser constitutivos de infracciones como la falsedad documental o el blanqueo de dinero. La ampliación de las circunstancias que permite la querrela justifica ampliamente que los hechos antes archivados, sean objeto después de efectiva investigación. Y no puede hablarse de causa general porque el ámbito fáctico de la investigación está suficientemente delimitado en la actuación médico-profesional, por un lado, y empresarial, por otro, que se desarrollaba en las clínicas

B) La defensa del acusado Abel Pablo ha planteado la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, en base a que la Juez Instructora de la causa, titular del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona vulneró el derecho al Juez imparcial.

El planteamiento, ciertamente audaz, de la cuestión se fundamenta en el análisis y descripción de varias de las decisiones tomadas por la Juez de Instrucción, con deducción de que la misma se comportó como parte en el procedimiento.

El acercamiento a la cuestión, es decir, al concepto jurídico de Juez imparcial , agradecerá que se haga desde una resolución como la STC 133/2014 (Pleno), por su carácter exhaustivo y de voluntad de establecer doctrina. Merecen destacarse de dicha resolución algunos pasajes:

"...en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que

esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta



www.civil-mercantil.com

exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra".

"Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (...), incidiendo en que la determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo".

Como se ve, la pretensión de la Defensa se incardina en la vertiente subjetiva de la imparcialidad (se reprocha el haberse comportado como parte), lo cual significa que debe comprobarse, en relación a la Juez de Instrucción, si pudo actuar movida "por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho". El reproche no puede ser acogido, por dos tipos de argumento. En primer lugar porque no se aporta ningún dato o información que corrobore que existe alguna de las causas de predisposición anímica, o incluso intelectual, referidas. No se hace referencia a ninguna actuación de la Juez, dentro o fuera del proceso, que exteriorice alguno de los elementos reseñados doctrinalmente como fuente de imparcialidad, ni de relación personal con alguna de las partes, ni tampoco con el objeto del proceso (por ejemplo, podía haber sido miembro de una asociación de activismo antiabortista).

En segundo lugar, porque la base argumental de la pretensión es el análisis de un listado de decisiones de la Juez de Instrucción, que no puede ser suficiente por ser clara y sumamente parcial. Podrían citarse otros muchos acuerdos que denotan razonabilidad y neutralidad (en el sentido de no responder a la predisposición anímica que constituye el núcleo de la ausencia de imparcialidad). La primera decisión de sobreseimiento, o las actuaciones de los dos primeros tomos de las diligencias previas, marcadas por la convicción de incompetencia objetiva para asumir el asunto, no son compatibles con aquella predisposición. Podrían citarse unas cuantas más.

Ciertamente, las decisiones a que alude la pretensión de nulidad son discutibles. Algunas son sin duda criticables. Sin embargo, ni puede hablarse de una conexión entre ellas orientada a aquella predisposición o prejuicio, más allá de la mera conjetura; ni debe verse en ello más que un reflejo de la polémica configuración de la fase de Instrucción del proceso en España, con el consiguiente diseño de la función del Juez de Instrucción. Es una configuración que permite lecturas de tinte inquisitorial, que fácilmente arrastra al Juez a asumir las tesis incriminatorias y actuar en consecuencia (para confirmarlas). Por eso se han empleado ríos de tinta académica en la cuestión, y por eso está por decidir si en una futura Ley de Procedimiento



www.civil-mercantil.com

se encomendará la instrucción al Ministerio Fiscal. La decisión de no formular la imputación al querellado de forma inmediata, para esperar al resultado de determinadas diligencias, no es extraña en la práctica forense. El uso de un instrumento como la declaración del secreto en la instrucción es siempre cuestionable. En definitiva, no es posible inferir en este caso la existencia de una predisposición o de un prejuicio, en la Juez de Instrucción de esta causa, respecto a alguna o algunas de las partes.

C) Las Defensas del acusado Abel Pablo y de la acusada Angela Esther han defendido la vulneración del derecho a ser informado de la acusación, en cuanto a sus defendidos, en la fase de instrucción. Se reprocha que en dicha fase del proceso no se ofreció a los imputados un relato suficientemente concreto de hechos punibles.

El derecho a ser informado de la acusación, más allá de materializarse en los contenidos del principio acusatorio, puede constituirse en un instrumento eficaz del deber genérico de proscripción de la indefensión. La mítica STC 186/1990 confirmó que tal deber ha de tener vigencia, también, en la fase de instrucción, lo cual exige que las actuaciones judiciales de aplicación de normas como el artículo 118 de la LECriminal han de ser examinadas desde la perspectiva de si permiten o no defenderse de la imputación que, previamente, ha sustentado la incoación del procedimiento. Se dice en el planteamiento de la cuestión que "el primer relato de hechos que aparece en la causa es el del escrito de acusación". Esta aseveración no puede compartirse por el Tribunal. Pese a los efectos que tuvo el excesivo tiempo por el que se extendió la declaración del secreto de las actuaciones, debe afirmarse que, desde el momento de toma de declaración de los imputados, cuando fueron detenidos, fueron suficientemente informados de los hechos que, en aquel momento, constituían el objeto del proceso: la práctica de intervenciones médicas de interrupción del embarazo sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley penal, concretamente sin la confección del dictamen psiquiátrico referido en el primer supuesto del artículo 417 bis del Código Penal, durante el año 2007 y tras ponerse de acuerdo para ello los diferentes profesionales que trabajaban en dichas clínicas, acuerdo que contenía la redacción de informes médico-psiquiátricos falsos.

Ese perímetro fáctico fue expuesto, de forma clara y diáfana, a los imputados en el transcurso de sus declaraciones ante la Juez de Instrucción, y fue conocido directamente por sus Abogados a partir del 7 de marzo de 2008, cuando fue levantado el secreto y tuvieron acceso a resoluciones como las que autorizan la intervención de comunicaciones telefónicas o la entrada y registro en las clínicas. La tesis de imputación, que es la descrita, es sin duda suficiente desde su conocimiento, para garantizar la posibilidad de defenderse. Otra cosa, totalmente diferente desde la perspectiva de este planteamiento de la proscripción de la indefensión, es la exigencia de un relato "pormenorizado" o "exhaustivo" de hechos, que no puede ser situado como imprescindible para posibilitar la defensa, atendidas las circunstancias particulares de la instrucción. Corolario del razonamiento es el hecho de que el Auto de acomodación de procedimiento del Juzgado de Instrucción, de 18 de febrero de 2011, fue impugnado en cuanto a su función legal de determinación de los hechos punibles, y fue confirmado por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 13 de septiembre de 2012, tras referirse al referido extremo en su Razonamiento Jurídico Tercero ("No es el objeto del control atribuido al auto de transformación el impedir que el enjuiciamiento de hechos delimitados hasta los más mínimos detalles, ni puede conceptuarse la instrucción judicial como una inquisición exhaustiva..."). En cualquier caso, el Auto de acomodación ofrece en su Razonamiento Jurídico Cuarto un listado de los 115 casos, identificados con la numeración creada para proteger la identidad de las mujeres que solicitaron el aborto, en los que se valora la presencia de indicios racionales comisión de delitos, un listado que permitía conocer los pormenores de cada caso con la consulta de las piezas separadas que se habían



www.civil-mercantil.com

articulado de cada supuesto y que ya estaban confeccionadas, incluyendo, como mínimo, la Historia Clínica de cada IVE. No es, pues, atendible la queja de indefensión por el no conocimiento de los hechos objeto de imputación.

El argumento ha de servir igualmente respecto de la acusada Angela Esther , puesto que conoció ya en su declaración que el objeto de imputación era, esencialmente, una labor o función de captación de mujeres, en la clínica EMECE, con edad gestacional superior a 12 semanas, para que fueran atendidas y en su caso intervenidas, en las clínicas TBC o Ginemedex, a cambio de una remuneración por parte del acusado Abel Pablo . Para defenderse de esta imputación, en la fase de instrucción, no era necesario, en el primer momento, conocer los detalles de los casos concretos en que se pudo materializar su actividad, detalles de los que pudo tener conocimiento después, tras levantarse el secreto de las actuaciones y teniendo acceso a los informes que iba presentado la Guardia Civil.

De otra parte, las mismas razones ahora vertidas han de servir para desestimar la impugnación y petición de nulidad, que, con la misma causa, se hace del Auto de Apertura de Juicio Oral, formulada expresamente por la Defensa del acusado Pablo Urbano .

D) La Defensa del acusado Abel Pablo consideró que, con el nuevo enjuiciamiento (consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013), se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio de igualdad de armas. El argumento, que parte de la máxima de prohibición de doble enjuiciamiento por el mismo hecho, no puede atenderse por no tratarse de un supuesto incardinable en tal premisa. El nuevo enjuiciamiento es consecuencia necesaria, una exigencia, respecto del derecho a un proceso con todas las garantías que tienen todas las partes personadas en el proceso, también las acusaciones, que vieron vulnerado, según el Tribunal Supremo, su derecho a usar de todos los medios de prueba pertinentes. No hay, pues, doble enjuiciamiento porque la nulidad de la Sentencia dictada anteriormente significa que la que se dicta en este momento será el único enjuiciamiento existente.

De otra parte, si las acusaciones han podido partir en este nuevo juicio del conocimiento de los "argumentos de las defensas", ello no significa necesariamente una afectación del principio de igualdad de armas, puesto que las defensas también han podido actuar sobre un previo conocimiento de los argumentos de las acusaciones. La situación, a priori, es equitativa para ambas posiciones.

E) La Defensa de la acusada Melisa Lorenza plantea la vulneración del principio non bis in idem , en base a la resolución administrativa de la Direcció General de Recursos Sanitaris del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, dictada en procedimiento administrativo incoado tras la inspección realizada respecto de la actuación de las clínicas TBC y Ginemedex. Se considera que la noticia criminis que dio lugar a dicho procedimiento administrativo es similar a la que dio lugar a este procedimiento penal (el reportaje periodístico de la televisión pública danesa) y, además, el contenido de los informes del Servicio de Inspección de aquella Direcció General se emplearon como base indiciaria para motivar las resoluciones del Juzgado de Instrucción que autorizaban relevantes diligencias de investigación (autorización de intervención telefónica).

La pretensión ha de ser desestimada ante la evidencia de la falta de identidad entre el objeto de cada de los referidos procedimientos. El objeto del procedimiento administrativo estaba restringido, esencialmente, a la regularidad administrativa en la confección de las historias clínicas que se formaban y utilizaban en las clínicas referidas, sin que en ningún momento atendiera a la actividad médica cumplía con los presupuestos que la legislación penal establecía para las interrupciones voluntarias de embarazos. Esta clara divergencia en el objeto hace que se imposibilite la aplicación en este caso del principio non bis in idem.



www.civil-mercantil.com

F) Las Defensas de la acusada Angela Esther y del acusado Pablo Urbano han solicitado la declaración de nulidad, por obtención ilícita, de la prueba documental consistente en la reproducción videográfica del reportaje periodístico elaborado por una televisión danesa, nulidad que afectaría a las diligencias practicadas como consecuencia de su contenido, incluyendo la misma reapertura del procedimiento.

La causa principal de la nulidad se sitúa en la vulneración del derecho a la intimidad y del derecho al honor de las personas que aparecen en el referido reportaje, en relación a que el mismo se confeccionó con método conocido como de "cámara oculta". El Auto de esta Sala de 9 de julio de 2015 ya resolvió, tal y como requería la Sentencia dictada previamente por el Tribunal Supremo, sobre la admisión o no del referido medio probatorio, decisión que pasaba necesariamente por valorar si se había obtenido de forma ilícita. Y esa resolución, fundamentada esencialmente en un análisis en el caso concreto de proporcionalidad (ponderación entre la escasa afectación del derecho a la intimidad y propia imagen y las necesidades de la investigación penal legítima), ha de mantenerse y reproducirse en este momento, de forma íntegra.

En cuanto a la "impugnación" de la prueba documental videográfica, basada en la falta de originalidad (posibilidad de manipulación) y en que no contiene íntegramente todo el material grabado en la clínica (es el reportaje editado, con selección del contenido), se trata de razones que pueden tenerse en cuenta para valorar la credibilidad o fiabilidad de su contenido, es decir, su carácter de prueba de cargo, pero en ningún caso a su validez probatoria. No es, por tanto, una cuestión susceptible de tratarse conforme al art. 786 de la LECriminal .

G) Se ha planteado por todas las Defensas, aún por adhesión, la nulidad de la resolución del Juzgado de Instrucción nº 33 de 11 de octubre de 2007 (folios 506 y ss. de la causa), que autoriza la intervención de las conversaciones que pudieran darse en los teléfonos móviles de cinco personas, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la CE ..

En una Sentencia tan reciente como la 141/2016, el Tribunal Supremo describe la consolidada doctrina que ya todos conocemos sobre los presupuestos de este tipo de resolución: "cuando se trata de intervenciones telefónicas, la resolución judicial debe contener la expresión de las razones fácticas y jurídicas que apoyan la adopción de la medida, es decir, básica y principalmente, los indicios que existan acerca de la comisión de un delito grave y los que vinculen con dicho delito a la persona que se pretende investigar, así como los razonamientos en orden a la gravedad del delito investigado y a la necesidad de la intervención. Debe contener la decisión judicial el juicio de ponderación que exprese el razonamiento del juez acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida en función del fin que se pretende obtener con ella. Pues como se afirma en STC 14/2001, de 29 de enero "también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención - datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -- razones y finalidad perseguida --". Pues es de esta forma como se hace posible la comprobación posterior acerca de si la decisión judicial ponderó razonadamente tales indicios, comprobación que tiene relevancia no solamente desde la perspectiva del Tribunal que conozca del asunto en primera instancia o en vía de recurso, sino también desde la del titular del derecho afectado, de forma que pueda conocer en su momento las razones que justificaron la restricción de uno de sus derechos más importantes".

El análisis del contenido del Auto de 11 de octubre de 2007 no admite ningún reproche, al menos de entidad suficiente para declarar su nulidad. Se especifican las diligencias practicadas hasta ese momento y ello permite la descripción clara de los indicios disponibles de



la comisión de un delito grave, así como de sus fuentes. La Juez de Instrucción tenía ante sí, en aquel momento (la valoración de su actuación ha de ser ex ante), una grabación en la que aparece Abel Pablo, perfectamente identificado, vertiendo expresiones que minimizan la trascendencia y la función del dictamen psiquiátrico en un aborto por causa de grave peligro para la vida psíquica de la embarazada, otorgándole una mera función burocrática. La cuestión sobre si podía dar efectos a dicha grabación, a causa del empleo de cámara oculta, no tenía por qué plantearse en aquel momento o, en todo caso, no concurría una causa de obtención ilícita flagrante o indudable (de hecho se ha acabado declarando en este caso su plena validez probatoria).

Al mismo tiempo, disponía de la declaración de una persona, a la que se otorga el carácter de testigo protegida a partir de entonces, que aparece como quien ha actuado o trabajado en las clínicas del Dr. Abel Pablo durante un período de tiempo muy importante, que conoce con detalle la forma de funcionamiento de dichos establecimientos, que conoce a la mayoría de los profesionales que prestan allí sus servicios, y que describe con suficiente detalle el mecanismo por el cual se practican interrupciones voluntarias del embarazo sin comprobación de estado psíquico de la embarazada (uso de informes impresos previamente firmados por un psiquiatra, falta de visita del psiquiatra con la embarazada previa a la intervención, etc.). A todo ello ha de añadirse que la testigo acompaña una documentación consistente en un listado de casos de IVE practicadas en dichas clínicas, con información de cada uno de ellos que podría permitir una investigación individualizada o pormenorizada.

Ante tal perspectiva, la afirmación de la concurrencia de indicios suficientes (datos y hechos objetivos y objetivables) de la comisión de delitos de suficiente gravedad, está plenamente justificada. Como lo está (Razonamiento Jurídico Segundo del Auto) la necesidad e idoneidad de la medida de intervenir determinados teléfonos. Se trata de los teléfonos móviles de personas que trabajan en las clínicas, y por tanto es indudable que las conversaciones entre ellos podía permitir, con mucha probabilidad, conocer el funcionamiento de las clínicas y en su caso comprobar lo declarado por la testigo. En el Auto, por cierto, se llega a especificar, dentro de la descripción del modo de actuar en las clínicas, la actividad de cada una de las personas afectadas por la intervención, como ocurre con Angela Esther, cuando se resalta que puede estar encargada de la captación de mujeres y su derivación a Ginemedex o a TBC para la práctica de IVEs. De otra parte, en aquel momento no es planteable ninguna otra medida de investigación menos gravosa que pudiera ofrecer aquellas comprobaciones o confirmaciones (acudir al Departament de Salut de la Generalitat o requerir al Dr. Abel Pablo para que entregara las historias clínicas no eran diligencias que, razonablemente, pudieran llevar a la finalidad perseguida, que no era otra que la comprobación de veracidad de lo declarado por la testigo).

Respecto a la testigo protegida, las Defensas han mantenido que, por sus circunstancias, su declaración no era suficiente para justificar una medida tan grave como la intervención telefónica, pero su planteamiento es erróneo, porque parten de un análisis de credibilidad ex post. Es cierto que la declaración requería decisiones posteriores de comprobación de credibilidad, sobre todo de carácter subjetivo, ante la evidencia de que incidían relaciones personales muy estrechas entre la testigo y el Sr. Abel Pablo, pero se podían practicar después, en aquel momento no aparecía ningún dato que objetivamente restara fiabilidad a la declaración, dado su carácter privilegiado respecto a lo que era el objeto del procedimiento. Como tampoco aparecía ningún dato del que deducir que la testigo fuera administradora de una de las sociedades a las que pertenecían las clínicas. Las Defensas han hecho un planteamiento que tiene sentido desde la valoración de la testigo como medio probatorio, pero que no es suficiente para objetar la decisión de intervenir las comunicaciones telefónicas, plenamente justificada ante el acervo indiciario de que se disponía.



www.civil-mercantil.com

Igualmente, es de destacar una de las decisiones que se toman en la resolución, descartando la inclusión en la intervención del teléfono particular del Sr. Abel Pablo, como muestra de su corrección desde las exigencias de la proporcionalidad. En sentido más general, la gravedad de las diferentes infracciones que aparecían en aquel momento como indiciariamente cometidas es indudable. El delito de aborto, que es un delito incardinado en el Título I del Libro II del Código Penal, cuyos bienes jurídicos protegidos son la vida y la integridad física de las personas, o el delito de falsedad documental, en relación a la pluralidad de infracciones que se presentaba, superaba sin problemas el test de la proporcionalidad de la medida.

La Defensa del acusado Amador Urbano ha basado su pretensión de nulidad en que la declaración de la testigo protegida, con cuyo contenido se motiva la resolución, se integra con los documentos aportados personalmente por la referida testigo (folios 407 y ss.), de manera que, afectando la referencia de los documentos al derecho a la intimidad de las personas identificadas en ellos, su obtención será ilícita y, al mismo tiempo, provendría de la comisión de un delito de revelación de secretos. La documentación a que se refiere la impugnación consiste en un listado de personas que se han sometido a una IVE, en el que constan los datos más importantes de la misma (edad de la mujer, edad gestacional, profesionales que han intervenido, etc.), por lo que, ciertamente, en abstracto, se daría la afectación de la intimidad de las mujeres identificadas en la lista. Sin embargo, no puede hacerse de ello una derivación absoluta. En primer lugar porque la afectación es mínima, puede decirse que la información que ofrece el documento es el suceso mismo de la IVE, el hecho de haberse sometido a ella, una información tan básica que de ella dispone el Departament de Salut de la Generalitat como consecuencia de la obligación legal que tenía cada clínica de aportar documentalmente la noticia de cada intervención, con sus datos más importantes (el Juzgado podía haber obtenido esa información, por tanto, sin acudir a los documentos aportados por la testigo). Por ello, valora la Sala que la ponderación entre la mínima afectación del derecho a la intimidad que se produce y la necesidad de actuar en la investigación de un delito grave, por medio de una medida intervención telefónica, requiere decantarse por el segundo de tales valores confrontados.

Insistiendo en la cuestión, ante la invocación del delito de revelación de secretos, presuntamente cometido por la testigo protegido y cuya comisión contaminaría todo lo practicado con uso de la documentación contenedora del secreto, no podemos dejar de referirnos a la especial configuración de dicha infracción, que es susceptible de integrar la causa de justificación de cumplimiento de un deber, el deber de denunciar que establece el art. 259 de la LECriminal. Así lo afirma, aplicando la exención de responsabilidad, la STS 778/2013 en un supuesto de apoderamiento de historias clínicas como instrumento para denunciar la comisión de un delito. La premisa empleada en la cuestión previa, por lo tanto, no concurre, o al menos no sin discusión.

Dentro de esta misma cuestión, la Sala valora que, en relación a la fundamentación de la decisión de intervenir las comunicaciones telefónicas, pesa mucho más la declaración de la testigo que los documentos aportados, y la causa de nulidad que se presenta no afectaría a dicha declaración al no verse contaminada, en su contenido íntegro, por el defecto o la vulneración en que pudiera incurrirse con el uso de los documentos. La resolución puede estar debidamente justificada o motivada, y no contaminada, sin contar con la información de dichos documentos.

La Defensa del acusado Pablo Urbano ha fundamentado la pretensión de nulidad de la intervención telefónica en la falta de control judicial suficiente, lo cual afectaría también a los Autos de prórroga de la intervención. La pretensión, ciertamente, carece de consistencia. A la vista de las diligencias previas, es fácilmente comprobable la existencia del control judicial que



www.civil-mercantil.com

se niega. Los dos Autos de prórroga de la intervención son de 9 y de 16 de noviembre de 2007, se dictan transcurrido un mes desde que se autoriza la medida y después de recibir dos oficios de la Guardia Civil, el 25 de octubre y el 7 de noviembre de 2007, en los cuales se ofrece una amplia información del contenido de las conversaciones intervenidas, con resúmenes y transcripciones. En el segundo de aquellos Autos de prórroga se incluye la referencia al contenido concreto de una conversación entre el acusado Abel Pablo y la testigo Marcelina Loreto , prueba evidente de que el Juzgado se ha procurado el conocimiento de las conversaciones, controlando la corrección de la intervención y a efectos de justificar las prórrogas acordadas.

H) También han solicitado las Defensas la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, de 23 de noviembre de 2007, por los que se autoriza la Entrada y Registro en diversos establecimientos sanitarios (folios 506 y siguientes). Se fundamenta la pretensión en falta de motivación y en falta de proporcionalidad.

Respecto a la motivación o justificación de la medida , y dando por reproducido el planteamiento que se ha hecho, desde una perspectiva constitucional, en el anterior apartado, por ser idéntico al que es exigible desde el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la CE), no puede más que afirmarse el cumplimiento en los referidos Autos de las exigencias constitucionales. A los indicios que se reflejan en el Auto de autorización de la intervención telefónica, dichas resoluciones añaden los hechos y datos objetivos que se obtienen de las conversaciones telefónicas analizadas y, además, los ofrecidos como consecuencia de las diligencias de vigilancia y seguimiento que, sobre los movimientos de los acusados Amador Urbano y Lazaro Saturnino , realiza la Guardia Civil, tal y como se acordó en la Providencia del Juzgado de Instrucción de fecha 11 de octubre de 2007 (folio 504).

El Razonamiento Jurídico Segundo de los Autos explicita claramente los aspectos concretos de diversas conversaciones telefónicas intervenidas, que confirman la tesis incriminatoria que justificaba la instrucción del procedimiento. Se destacan varias de ellas en las que se refleja que a las mujeres que contactan con el interés de someterse a una IVE, se les ofrece la posibilidad de acudir directamente a una de las clínicas sin ningún tipo de comprobación de su estado físico o psíquico, o del estado del feto, o de si el embarazo es consecuencia de una violación, aspectos estos que, a pesar de ser esenciales en la regulación jurídico-penal del aborto, no es que se minimicen, es que se soslayan y se ignoran. La descripción de algunas de las conversaciones que se ofrece en los Antecedentes de Hecho de las resoluciones es, de forma evidente, suficiente como acopio de indicios que habilitan la medida de injerencia en un derecho fundamental.

Respecto a la necesidad e idoneidad de la medida , debe afirmarse también la corrección de las resoluciones. El estado de la instrucción estaba suficientemente avanzado para entender que, a efectos de confirmar (o no) la tesis de imputación era imprescindible el examen y análisis de las historias clínicas de las personas que habían acudido a las clínicas y se habían sometido a una IVE. No había otra forma: la opción de requerir al Sr. Abel Pablo para que las aportara tenía un claro riesgo de manipulación u ocultación, y la de acceder a los datos de que disponía el Departament de Salut se mostraba claramente insuficiente, sobre todo respecto a la finalidad esencial de saber si constaba un informe, estudio o dictamen psiquiátrico en cada caso, así como las circunstancias de su confección. La entrada y registro de las clínicas, como única forma de acceder al contenido de las historias clínicas, era imprescindible. Debe reseñarse que ya en la querrela que dio lugar a la reapertura del procedimiento se solicitaba, como diligencia de instrucción a practicar, la entrada y registro en las clínicas, pretensión que fue desestimada por la Juez de Instrucción hasta que, como se ha dicho, contaba con el material indiciario suficiente para superar las exigencias de la excepcionalidad y de la proporcionalidad, dando muestra de la prudencia que se necesita para acordar una

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

medida de injerencia de tanta intensidad como que la que se trata (intervenir historias clínicas de pacientes en un establecimiento sanitario supone un nivel de afectación máximo en derechos fundamentales).

Se invoca por la Defensa del acusado Lazaro Saturnino falta de proporcionalidad, pero no en cuanto al acuerdo de la medida, sino en el posterior desarrollo de su ejecución. Se concreta la impugnación en el número de clínicas afectadas y en el número de historias clínicas finalmente intervenidas (2870), que considera excesivos e injustificados. Ciertamente, la Juez de Instrucción decidió posteriormente limitar el objeto de la investigación, extrayendo la actividad de la clínica EMECE, restringiéndola a las IVEs practicadas durante 2007 y, finalmente, dentro de estas últimas, seleccionando los que presentaban determinados datos en cada historia clínica. La primera decisión fue motivada por falta de confirmación indiciaria respecto a dicha clínica y no parece que sea cuestionable (sin que ello afecte a la corrección de la decisión de la entrada y registro en la misma, tomada con una información más reducida y con una justificación propia como era determinar la actividad de la acusada Angela Esther, que trabajaba allí). La segunda decisión, aunque discutible, solamente pretende la viabilidad del proceso y no parece que pudiera afectar a la posición de las partes en el proceso, siendo claro que en el momento de acordar la medida era muy difícil prever la dimensión que podía adquirir su resultado, a efectos de delimitarla. La tercera decisión fue claramente valorativa y se hizo sobre unos parámetros que, aunque hubieron podido ser otros, aparecían entonces como del todo razonables. En cualquier caso, supusieron factores de corrección plausibles y que denotaban una clara intención de buscar la proporcionalidad en la actuación judicial.

Respecto a la argumentación relativa a la afectación de la intimidad de pacientes y profesionales de las clínicas y la cadena de custodia de la documentación, el Auto que autoriza la entrada y registro contiene, en su Razonamiento Jurídico Cuarto, una alusión expresa a la normativa relativa a la protección de la privacidad en el ámbito sanitario (Ley 15/1999, de protección de datos de carácter personal y Ley 41/2002, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y, sobre todo, un razonamiento impecable dirigido a hacer compatible la protección de la privacidad y la necesidad de la actuación penal, resuelto con la adopción de medidas para evitar la identificación de las pacientes, esencialmente la designa de cada una de ellas, y de su historia clínica, con una clave numérica. Nada puede reprocharse a la actuación judicial cuando ofrece dicha previsión. La custodia de la documentación por parte de la Policía Judicial, con la vigencia de tales medidas, era una opción que, a priori, podía asegurar la finalidad de protección referida, aunque efectivamente existía alguna otra opción como encomendar el análisis al Instituto de Medicina Legal. El hecho de que, en el desarrollo del proceso, no haya habido constancia de ningún caso concreto en que se rompiera la privacidad confirma la corrección y la suficiencia de la decisión. No podemos olvidar que la paciente es la titular última de los derechos derivados de su Historia Clínica, incluido el derecho a la intimidad, y ninguna de las mujeres que declararon ante la Guardia Civil ha manifestado la menor queja por el hecho de que sus agentes la tuvieran a su disposición.

La Defensa del acusado Lazaro Saturnino ha planteado también, sobre la misma causa argumentada en la forma de custodia de las Historias Clínicas por parte de la Guardia Civil, la nulidad de las declaraciones de los testigos practicadas en sus dependencias. La cuestión no tiene contenido, sin necesidad de entrar en la afectación que pueda provocar la gestión de aquella documentación. Las declaraciones de los testigos ante la Guardia Civil no van a ser valoradas, no se les va a otorgar valor probatorio. Se valorará la declaración en el acto del Juicio Oral de los testigos que en dicho acto han comparecido, y se valorará, en su caso, la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción, en los casos de los testigos que no han comparecido en el Plenario, pero en ningún caso se tendrá en cuenta el contenido de las



www.civil-mercantil.com

declaraciones en dependencias policiales por no disponer de las garantías procesales exigibles conforme al artículo 714 de la LECriminal (incluyendo las declaraciones vertidas por testigos menores de edad).

Finalmente, en cuanto a los Autos de autorización de Entrada y Registro, la desestimación de las cuestiones planteadas sobre la nulidad de las resoluciones que autorizan las intervenciones telefónicas deja sin contenido la impugnación de la Defensa de la acusada Angela Esther respecto a que la motivación de aquellos Autos se obtenía de diligencias nulas, no existiendo pues ninguna contaminación que afecte a su validez.

l) La Defensa del acusado Abel Pablo ha planteado, en trámite de Informe en el Plenario, que las partes acusadoras tienen limitada su legitimidad para acusar en función de la posición que cada una de ellas adoptó en el periodo de impugnación (Recurso de Casación) de la Sentencia dictada en esta causa en fecha 30 de enero de 2013, de tal manera que si alguna parte acusadora no interpuso recurso de casación, no debería serle admitida capacidad para acusar.

El creativo planteamiento no puede admitirse, y ello sin necesidad de entrar en la grave afectación que supondría para el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de las partes personadas en la causa. La Sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2013 fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013, con retroacción de las actuaciones al momento de dictarse el Auto de admisión de pruebas, en este caso el Auto de 9 de febrero de 2012. Como efecto propio de la retroacción, se deben volver a practicar todas las actuaciones procesales posteriores. En este caso, en ese momento las acusaciones habían formulado su acusación y, por lo tanto, en nada le puede afectar su posición respecto a la impugnación de la Sentencia, puesto que serían actos afectados por la nulidad (realizados en una fase del proceso anulada), actos que jurídicamente son inexistentes y ningún efecto pueden causar.

La desestimación de todas y cada una de las cuestiones previas planteadas por las defensas y el rechazo de las nulidades invocadas no significa que la instrucción resultara "ejemplar", tal como ha sido calificada por algunas acusaciones. Antes al contrario, presenta claroscuros y una serie de decisiones y actuaciones difícilmente comprensibles, y que en todo caso han venido a perjudicar el resultado de la misma, sin que ello suponga que pueda calificarse como tendenciosa, pues tales perjuicios afectan, según los casos, tanto a la acusación como a la defensa. Nadie puede poner en duda el ingente esfuerzo llevado a cabo por cuantos han intervenido en la misma, de forma especial por parte del Ministerio Fiscal, de los agentes de la Guardia Civil a quienes se encomendó la investigación policial y del propio Juzgado de Instrucción, pero, como ya se ha dicho, la justificación de alguna de las decisiones resulta difícil.

Hemos de poner énfasis en dos aspectos concretos. El primero en cuanto al uso que se hace en la instrucción del instituto procesal del secreto de las actuaciones, tanto en su exceso temporal (casi seis meses) como en cuanto al momento en que se acuerda, el mismo día en que se practica la esencial declaración judicial de la testigo protegido Inmaculada Paloma, que da como resultado que las acusaciones pueden intervenir en la diligencia pero no así las defensas, pese a que como querellados eran ya parte en el proceso. El segundo se refiere a la "gestión" de la declaración de la referida testigo protegida Inmaculada Paloma, ya que, por un lado se omite cualquier actuación dirigida a concretar la posición o relación de la misma con el objeto del proceso (relaciones personales que pudieran ser causa de falta de credibilidad subjetiva; responsabilidades en la dirección de las empresas a las que pertenecían las clínicas, que hubieran podido llevar a su imputación); y, por otro lado, se desestima la



www.civil-mercantil.com

solicitud, formulada por varias defensas antes de que finalizara la instrucción, de que la testigo volviera a prestar declaración, ya con la intervención de las defensas, lo cual hubiera contribuido, sin duda, a la eficacia de la instrucción.

Segundo. *El material probatorio.*

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en esta causa, que casó la dictada el 30 de enero de 2013 sin entrar en el fondo de la pretensión acusatoria y acordó su nulidad con causa en la no admisión de un medio probatorio, ha llevado a la Sala a tener una actitud favorable a la admisión y práctica de las pruebas propuestas por las partes. Por ello, en el acto del Juicio Oral se han practicado pruebas con profusión y abundancia, aunque gran parte de ellas se han mostrado inútiles o innecesarias, ya fuere por la escasa relación de su contenido con el objeto del proceso, ya fuere por el prolongado periodo de tiempo transcurrido desde el 2007 en que ocurrieron los hechos enjuiciados.

Del primer grupo deben destacarse los medios testificales de casi una veintena de empleados de las clínicas donde se desarrollaron los hechos, ya que la práctica totalidad de ellos ha aportado una información del todo irrelevante para el conocimiento de los hechos y para la labor de enjuiciamiento. Es significativo del erróneo planteamiento permisivo que se comenta, el número de testigos que ha depuesto tras ser preguntados por una máquina trituradora, finalmente inexistente pero que aún existiendo no hubiera podido incidir en el enjuiciamiento de los hechos.

Del segundo grupo cabe destacar la parte de la prueba testifical que a priori tenía capacidad para dar luz sobre lo sucedido, como son, claro está, las declaraciones de las mujeres que acudieron a las clínicas solicitando la interrupción de su embarazo, y también las de los agentes de la Guardia Civil que participaron en la instrucción del procedimiento. En ambos casos, la calidad del testimonio se ha visto sensiblemente afectada por el transcurso de nueve años, que son sin duda demasiados, y que tienen un efecto aún mayor si el dato se relaciona con la connotación de sufrimiento humano que existe siempre en un aborto, realidad ésta que provoca en el testigo una necesidad y también una clara voluntad de olvidar y ahogar los recuerdos (un número importante de las mujeres que han declarado lo han manifestado clara y expresamente).

A) Debe, en cualquier caso, avanzarse el rechazo al argumento desarrollado con insistencia por las Defensas, dirigido a negar o, al menos, minimizar el valor probatorio (la credibilidad en el sentido de fiabilidad) de las declaraciones de aquellas mujeres testigos, con carácter general y apriorístico (ontológico). Se ha integrado el argumento con ideas preconcebidas sobre los efectos del impacto traumático del aborto en la mujer embarazada y, también, sobre las consecuencias amnésicas que producen la anestesia y la sedación (una de las peculiaridades concurrentes en esta causa ha sido, en el ámbito probatorio, la de asistir a declaraciones de acusados con contenidos y pretensiones de prueba pericial). La Sala no puede admitir el carácter generalizador de dicho argumento. La declaración de cada una de las testigos solamente puede ser valorada desde su particularidad y desde sus circunstancias. Justamente desde esa perspectiva es evidente la capacidad de esta declaración testifical como elemento probatorio de cargo y con fuerza incriminadora .

De esa forma, se declaran probados hechos que han sido afirmados por las testigos con suficiente rotundidad y firmeza, negándose fuerza probatoria en los relatos en los que se ha percibido un mínimo de duda, ya sea por la defectuosa formación de la memoria, ya sea por la exteriorización de alguna contradicción relevante. La tesis de la acusación, aposentada en afirmar la no concurrencia del requisito legal de la emisión de un dictamen médico en el primer



www.civil-mercantil.com

supuesto del artículo 417 bis del C.P., se ha configurado dando un protagonismo prioritario al procedimiento de elaboración del dictamen psiquiátrico. La tesis pasa por afirmar la inexistencia de dictamen por ser falso o simulado el documento obrante en la Historia Clínica con ese título, lo cual otorga una relevancia total al procedimiento o método de formación del documento y, por tanto, a datos objetivos como el de si cada una de las mujeres embarazadas que abortaron conforme a dicho primer supuesto fueron visitadas o entrevistadas con anterioridad a la intervención quirúrgica. Para considerar probado o no ese hecho, en cada caso, la declaración en el plenario de la mujer testigo ha sido esencial (y no podía ser de otro modo). Por eso, no se ha considerado acreditado el hecho de la ausencia de visita o entrevista previa cuando la testigo ha mostrado dudas, cuando el testimonio no ha sido absolutamente firme ("no lo recuerdo", "puede que fuera una mujer", "no sé si era psicólogo o psiquiatra",...).

Igualmente, a estos efectos, se ha valorado exclusivamente la declaración de cada testigo en el plenario, sin tener en cuenta la declaración prestada en fase de instrucción. Como ya se ha dicho en el apartado de Cuestiones Previas, se ha valorado que, a efectos de aplicación del artículo 714 de la LECriminal, las declaraciones prestadas en dependencias de la Guardia Civil, sin presencia judicial ni por tanto de ninguna representación de los acusados, no ofrecen las garantías suficientes para permitir su inclusión en el material probatorio, ni siquiera por la vía de la contradicción (STC 68/2010 o 165/2014).

Lo ahora dicho tiene dos excepciones, en los casos de ordinales 30 y 47 de los Hechos Probados. Son dos supuestos en los que las testigos no declararon en el plenario, la primera de ellas por haber fallecido antes y la segunda por no haber podido ser debidamente citada. Se han valorado, en ambos casos, las declaraciones que las testigos prestaron en el Juzgado de Instrucción y conforme a lo previsto en el artículo 730 de la LECriminal. La presencia judicial en las declaraciones y la evidente imposibilidad material de que se produjera la reproducción de las mismas en el plenario ha de colmar las exigencias formales de la aplicación de dicho precepto. La de fondo, relativa a garantizar la contradicción, debe ser analizada desde la justificación de la no presencia de las Defensas: la declaración del secreto de las actuaciones, en ese primer momento de la fase de instrucción. La posibilidad de contradicción, en estos supuestos excepcionales, con la lectura de la declaración sumarial en el plenario, ha de ser suficiente para permitir su introducción en el acervo probatorio (STC 134/2010 ; STS 270/2016 ; esta última sentencia describe un largo listado de supuestos en los que las circunstancias concurrentes justifican la aplicación de la norma del artículo 730 en casos sin participación de los letrados de la defensa en la declaración sumarial, a la cual puede asimilarse la de la declaración de secreto de actuaciones). Todo ello, evidentemente, con independencia de la valoración que se haga respecto de su valor probatorio de cargo.

B) La mayor parte de los elementos fácticos incluidos en los Hechos Probados han tenido como fuente la prueba documental consistente en las Historias Clínicas de cada una de las pacientes que acudieron a las clínicas en solicitud de una interrupción de su embarazo. Su obtención, mediante su intervención en las diligencias de entrada y registro en las referidas clínicas, es irreprochablemente lícita, tal como resulta de la desestimación de las cuestiones previas dirigidas contra la validez de las resoluciones judiciales que autorizaron dicha diligencia. Respecto a su contenido, se ha valorado el carácter objetivo y no controvertido de lo que reflejan los documentos que las integran, en cuanto no han aparecido otros elementos probatorios que lo hayan contradicho.

C) En cuanto a las declaraciones testificales de los agentes de la Guardia Civil, se han valorado salvando los déficits irremediadamente causados por el paso de tantos años desde su intervención (de 2007-2008). Se le ha otorgado valor de prueba de cargo en relación al contenido de la prueba documental en la que se describen los resultados de la diligencia de vigilancia y seguimiento, acordada por el Juzgado de Instrucción, y realizada por los agentes



www.civil-mercantil.com

NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 y NUM027 en las personas de los acusados Amador Urbano y Lazaro Saturnino . La prueba documental fue propuesta por las acusaciones, debidamente admitida y se encuentra en los folios 686 y 875 de la causa. Se ha valorado en relación a cinco supuestos, correspondientes a los ordinales 41, 42, 65, 70 y 71 de los Hechos Probados, y se refieren a la hora en que el acusado Lazaro Saturnino llegó a las clínicas los días 25 de octubre, 29 de octubre y 15 de noviembre de 2007.

Desde las Defensas, especialmente la del acusado Lazaro Saturnino , se ha defendido la procedencia de no valorar la diligencia. Se aduce en primer lugar que los seguimientos y vigilancias no están reflejados en un acta y que ello ha impedido la posibilidad de contradecirlos, pero, francamente, no se acaba de comprender el razonamiento. No se conoce ninguna norma procedimental que regule la forma correcta de documentar una diligencia de esta naturaleza (ciertamente, sería difícil justificar la imposición de una cierta forma de hacerlo). Lo importante es que está documentada y de una forma clara y concreta, es decir, especificando los días y las horas en las que los agentes policiales ven salir a unas personas de un lugar y luego las ven entrar en otro. No es necesario que ello se refleje en un acta o en cualquier otro medio para que sea comprensible y, al mismo tiempo, susceptible de contradicción.

De otra parte, se dice que las diligencias no son fiables porque los seguimientos no son ni sistemáticos ni permanentes. Ello, en cualquier caso, es un argumento relativo a la forma de valorar la prueba, no a su capacidad de acreditar un hecho. Como se ha dicho, se han valorado, tanto las declaraciones testimoniales de los agentes en el plenario como los documentos de las diligencias previas que reflejan los resultados de las diligencias, exclusivamente en las referencias a días concretos y a horas determinadas y, sobre todo, en el hecho que ha sido directamente objeto de información, no en la conjetura. Por ello, se ha considerado acreditado que el acusado Lazaro Saturnino , en esos días, no llegó a las clínicas antes de una hora determinada, porque ello es consecuencia de que los agentes le vieron salir de otro lugar en un momento anterior a aquél. El escrúpulo en la valoración impide considerar acreditado el dato de la hora en que llegó a las clínicas, o a qué clínica llegó, o por cuál de las entradas de una determinada clínica entró. Eso serían conjeturas, a la vista del contenido de las pruebas. No lo es afirmar que no llegó antes de una determinada hora porque a esa hora estaba saliendo de otro lugar.

D) Se ha valorado como prueba documental el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas en la fase de instrucción, cuya práctica en el plenario se llevó a cabo mediante la audición directa de una parte de las conversaciones previamente seleccionadas por las acusaciones, con remisión del resto a las transcripciones documentadas y que obran en la causa. Su contenido tiene valor probatorio en relación a fijar y describir los métodos y procedimientos de intervención de los acusados en las clínicas propiedad del acusado Abel Pablo , las relaciones entre ellos, la forma de organizarse, e incluso la actitud imperante en los profesionales que trabajaban en dichas clínicas, no solamente respecto a las pacientes, sino también hacia el hecho mismo de la interrupción voluntaria del embarazo y hacia la regulación legal de los supuestos en que dicha interrupción es lícita (una actitud de minimización, casi de desprecio, de la trascendencia de dicha regulación: es patente en muchas conversaciones, sobre todo aquéllas en las que interviene una mujer solicitando visita, que no se recaba información sobre su estado, físico o psíquico, o que se soslaya cualquier trámite de información a la paciente o, finalmente, se cita a las mujeres en un día y una hora sin tener en cuenta si será posible en esas circunstancias garantizar la visita o entrevista con un psiquiatra).

No se ha valorado el contenido de las conversaciones, sin embargo, en cuanto a la descripción de los casos relativos a la intervención de cada una de las mujeres que acudieron a las clínicas, es decir, a la segunda parte de los Hechos Probados de la Sentencia. No se ha



www.civil-mercantil.com

localizado ninguna conversación en la que las manifestaciones de los interlocutores se pudieran relacionar directamente con uno de dichos casos (los que finalmente han sido objeto de acusación) y, además, lo fuera con contenido incriminatorio.

E) No ha sido valorada, por falta absoluta de credibilidad, la declaración testifical de Berta Leonor , quien fue testigo protegida Inmaculada Paloma y cuya declaración en instrucción tuvo tanta trascendencia, al constituir el objeto de motivación más importante en los Autos de autorización de intervención telefónica y en los Autos de autorización de entrada y registro en las clínicas. La testigo ha vertido en el plenario una declaración con un contenido absolutamente contradictorio e incompatible con aquella declaración ante la Juez de Instrucción. Además, ha ofrecido una explicación del todo insuficiente e ineficaz para explicar tamaña diferencia sobre lo por ella percibió en la clínica Ginemedex.

Si a ello añadimos las referencias de distintos testigos (empleados de la clínica) a la existencia de un conflicto precedente entre la testigo y su Jefe el acusado Abel Pablo , un conflicto que enturbiaba sin duda las motivaciones de la declaración sumarial; así como el reconocimiento de que había actuado como administradora de Ginemedex, un dato que por lógica debía de haber llevado a su imputación en la fase de instrucción y, por tanto, a su declaración como imputada y no como testigo, el planteamiento de valoración del contenido de cualquiera de sus declaraciones es del todo inviable. Finalmente, hemos de referirnos, aunque no se haya planteado expresamente, la imposibilidad de introducir la declaración sumarial por la vía del artículo 714 de la Ley de enjuiciamiento criminal , porque en ella no estuvieron presentes los Letrados de las Defensas y, aunque tras el levantamiento de la declaración de secreto de las actuaciones, algunas de ellas solicitaron que la testigo volviera a declarar y así poder garantizar la contradicción en la fuente de prueba, el Juzgado de Instrucción desestimó la petición sin motivarlo suficientemente. Tales circunstancias obligan a negar la presencia de las garantías exigibles para la incorporación de dicha declaración por esa vía.

F) No se ha valorado tampoco, como prueba de cargo, por falta de fiabilidad, la prueba documental consistente en la reproducción videográfica del reportaje periodístico realizado por una televisión danesa en el año 2004, ni la declaración de los periodistas que elaboraron el reportaje, Justiniano Leonardo , Monica Carmen y Enrique Leonardo . Esencialmente, la Sala ha fundamentado la conclusión sobre dicha falta de fiabilidad en el carácter incompleto y parcial de la parte de lo grabado (con cámara oculta dentro de la clínica Ginemedex), que después fue editada por este último testigo. Lo reproducido no incluye pasajes que fueron sin duda grabados (así lo reconocen los testigos) y que tenían una indudable trascendencia si lo que se pretendía era describir la actividad de la clínica. Así, los testigos afirmaron la existencia de la entrevista de Monica Carmen con un psiquiatra, el acusado Amador Urbano , así como la grabación de dicha entrevista con la cámara oculta, y sin embargo esa parte de la grabación no se incluyó en el reportaje editado. Ello ya es suficiente, por sí mismo, para provocar una duda sobre la capacidad del reportaje para ofrecer una descripción objetiva al tribunal.

Además de lo dicho, no puede soslayarse que su contenido no hace referencia a ninguna intervención voluntaria de embarazo concreta. La de la testigo Maria Constanza no se llevó a cabo y no aparece en el reportaje información sobre ningún otro caso concreto de aborto, con lo que es evidente su imposibilidad para constituir prueba de cargo con fuerza incriminatoria, más allá de que pueda ser útil para definir la actitud del acusado Abel Pablo respecto a la trascendencia de la intervención de un psiquiatra para decidir si se practica un aborto, dato éste que solo de una forma muy indirecta, lejana y referencial puede utilizarse para construir un pronunciamiento condenatorio.

G) Se ha valorado la prueba pericial caligráfica, practicada por peritos de la Guardia Civil y con su comparecencia personal en el plenario. Los resultados de dicha prueba no han sido cuestionados por las partes, en relación a la falsedad de las firmas plasmadas en diversos



www.civil-mercantil.com

documentos de las historias clínicas por diversas personas: el testigo Don. Cornelio Belarmino y los acusados Joaquin Obdulio , Hector Urbano y Pablo Urbano .

H) Finalmente, se ha practicado un "conjunto" de prueba, de naturaleza testifical y documental pero con contenido técnico que, sin embargo, no ha generado en la Sala certezas relevantes desde la perspectiva de la tesis acusatoria.

Se trata de las declaraciones como testigos de los Sres. Gines Hermenegildo i Armando Arsenio , Decanos del Col.legi de Metges de Barcelona en la actualidad y en el momento de los hechos, respectivamente, que han confirmado la inexistencia de una referencia concreta y documentada para fijar la *lex artis* en el acto médico del diagnóstico psiquiátrico, y menos aún en relación a la actividad de la interrupción voluntaria del embarazo, más allá de lo "conveniente" (por sentido común y respeto básico a la deontología médica) de que se base en una entrevista personal previa. Más trascendencia tenían sus declaraciones respecto a la acusación que se venía ejerciendo por el delito de intrusismo, pero la retirada de dicha acusación exime al tribunal de valorar estas declaraciones.

También se trata en este apartado de las declaraciones testificales de los Inspectores del Departament de Salut y de la prueba documental consistente en los Informes elaborados por dichos Inspectores y en las resoluciones adoptadas por la Administración Sanitaria sobre la base de aquellos Informes. El objeto de las inspecciones y del mismo sistema disciplinario administrativo tiene una muy escasa relación con el objeto de este proceso, con lo que la incidencia potencial de tales pruebas en la acreditación de hechos es intrascendente. Dicho objeto es, entre otros factores aún más prosaicos, la regularidad de las historias clínicas en el aspecto de que contengan los documentos necesarios y normativamente exigidos, pero sin entrar a valorar cómo se elaboran los documentos, si los firman los autores del acto médico de referencia u otros extremos que son lo que configuran el objeto de este proceso penal.

Tercero. *Casos de aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*

A) La Ley Orgánica 2/2010 modificó la regulación jurídico-penal del delito de aborto, dando una nueva redacción al artículo 145 del Código Penal , creando un nuevo artículo 145 bis y derogando definitivamente el antiguo artículo 417 bis del Código Penal de 1973 , mantenido en la disposición Derogatoria de la Ley 10/1995 del nuevo Código Penal. Esta reforma significa el abandono del sistema de indicaciones para justificar la IVE y el acogimiento del sistema de plazos, consensuado en el ámbito de la Unión Europea. Así, en su artículo 14 se dispone la posibilidad de interrumpirse el embarazo a petición de la embarazada, dentro de las primeras catorce semanas de gestación, sin más exigencia de la de asegurar una debida información a la embarazada (en los términos que la misma Ley fija).

Eso significa que podrá aplicarse retroactivamente esta nueva regulación si es más favorable a la persona encausada o acusada, como ocurre en este caso, pendiente de enjuiciamiento, y siendo indudable la condición de más favorable en todos los casos en los que conste acreditada una edad gestacional no superior a 14 semanas.

B) La determinación de la edad de gestación en un embarazo, desde un punto de vista médico y técnico, no es una cuestión de conclusiones fáciles, por la misma dificultad técnica para conocer las características físicas del feto y por emplearse varios métodos de conocimiento (la amenorrea, que toma la fecha de la última menstruación, y la ecografía). Por ello, la Sala puede partir, como premisa aceptada por consenso entre la clase médica, que puede tomarse como referencia la edad de gestación ecográfica si se otorga un margen de error de dos semanas.



www.civil-mercantil.com

La declaración del testigo-perito Saturnino Fulgencio ha sido, sin duda, de gran utilidad para ilustrar al tribunal, al explicar que el resultado de la ecografía se obtiene sobre parámetros biométricos relativos a medidas o dimensiones del feto, y sobre unas valoraciones estadísticas previamente determinadas, lo cual justifica por definición que se descarte la exactitud de dicho resultado y se acepte el margen de error referido (salvo que técnicamente se presenten otros datos). Aceptándose tal presupuesto técnico, deberán concretarse los supuestos en los que conste acreditada una edad de gestación ecográfica no superior a dieciséis semanas, y considerarse que en abstracto serían susceptibles de ser aplicada la nueva regulación de la LO 2/2010 y, imponiéndose, por ende, en dichos casos una decisión absolutoria por falta de tipicidad.

Tales supuestos son los correspondientes a los ordinales 4, 10, 16, 26, 27, 28, 30, 31 y 35 de la segunda parte de los Hechos Probados de la Sentencia.

Cuarto. Acusación por el delito de aborto ilegal

La pretensión acusatoria, defendida por el Ministerio Fiscal y por las cuatro acusaciones populares, tiene un núcleo básico y común: la práctica de abortos consentidos ilegales, es decir, con consentimiento de la mujer embarazada y sin respetar los requisitos exigidos legalmente, en las clínicas que regentaba el acusado Abel Pablo, de forma sistemática y organizada. Se pretende, pues, que los hechos son subsumibles en el tipo penal descrito en el apartado primero del artículo 145 del Código Penal, el cual debe ser integrado con la regulación de los tres supuestos ofrecidos en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973, aplicable por previsión expresa de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 10/1995 y vigente en el momento de los hechos objeto de acusación (año 2007).

A) La previsión normativa, concretada en la expresión "fuera de los casos permitidos por la ley", permite, por su literalidad y por ubicación en la estructura de la norma, fundamentar que su concurrencia forma parte de la tipicidad. De otra parte, si nos atenemos a las razones "profundas" de la norma, aquellas relacionadas con la Política Criminal, es también defendible su consideración como causa de justificación, en este caso específica. La relación de dicha previsión con el artículo 417 bis del Código Penal de 1973, como también la misma introducción en su día de este artículo en el Código (Ley Orgánica 9/1985), solamente puede explicarse y entenderse desde la doctrina ofrecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, una resolución que tiene como premisa básica la consideración de la vida humana en formación como bien jurídico constitucional y penalmente protegido. La necesidad de la regulación "propuesta" en la Sentencia, luego plasmada en el art. 417 bis, lo es también de la ponderación de dicho bien jurídico con los derechos a la dignidad y a la libertad de la mujer embarazada, de claro carácter fundamental.

Partiendo de este planteamiento, el cual no ha sido abandonado en la Ley Orgánica 2/2010, tiene fundamento intelectual defender que penalmente se aplica el sistema de regla/excepción, en el que la regla sería la desvaloración del aborto consentido y la excepción el carácter justificado de algunas modalidades (así es expresado en la STS 1497/2003), asumiendo el esquema propio de las causas de justificación. Esta conclusión es, en sí misma, muy discutible. Es perfectamente plausible invertir sus términos, si atendemos al contenido de derechos fundamentales de los que es titular la mujer embarazada, un contenido que, aun aceptando que no justifica su valoración como derechos absolutos, sí que permite considerar que la regla es el aborto consentido y la excepción su desvaloración penal cuando no



concurran los supuestos establecidos legalmente, un esquema más acorde con la propuesta de que no dejamos nunca los márgenes de la tipicidad.

Todo ello, y sin vocación de pretender dar solución a tan trascendente cuestión dogmática, sin embargo, no permite a la Sala prescindir de la regla de enjuiciamiento que la Jurisprudencia ha centrado en las consecuencias asignadas a la consideración de que las indicaciones para el aborto legal son causas de justificación. Concretamente, y en relación a la carga de la prueba, la regla de que la parte que invoca un "hecho impeditivo" (una causa de justificación, sea o no genérica) ha de asumir la prueba o acreditación de su existencia. Ha de ser el acusado el que acredite, en el supuesto primero del referido artículo 417, la existencia de un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada, o la falta de necesidad de la IVE a efectos de evitar dicho peligro, así como la presencia de un "dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél o quién o bajo cuya dirección se practique el aborto". La Defensa, de esa forma, ha de probar que el aborto consentido se ha producido dentro de los casos permitidos por la ley.

Efectivamente, las Sentencias del Tribunal Supremo que han tratado la cuestión, coinciden en que los supuestos que integran el sistema de indicaciones del aborto legal son, a efectos de la estructura del tipo penal, causas de justificación específicas. La STS 470/1998 lo afirma con rotundidad, como también lo hace en relación con la cuestión de la carga de la prueba: " porque a la parte recurrente, impugnante en suma, es a quien incumbe la carga de la prueba u onus probandi, de acreditar y demostrar que el aborto haya evitado un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la gestante, pues sólo en tal supuesto aparecería justificada su conducta". La STS 1639/2000 se refiere a los " presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto, a modo de justificación específica", para después afirmar que la " posición mayoritaria de la Doctrina atribuye a las indicaciones recogidas en el art. 417 bis la naturaleza de causas de justificación" (en esta sentencia se confirma la condena al médico ginecólogo que practicó el aborto, con aplicación de la exención incompleta del error de prohibición vencible del art. 14. 3 CP , y no del error de tipo). Por su parte, la STS 1497/2003 se refiere así al problema: " hay buenas razones, entre ellas la de la expresión literal y la propia estructura del precepto de referencia, para mantener la tesis del recurrente y tomar aquella previsión como un elemento negativo del tipo. Pero, en una consideración más material, es asimismo defendible la posición de quienes entienden que la despenalización de los casos permitidos, a través del sistema de indicaciones, es una técnica legislativa que responde al juego de la regla/excepción, en el que la regla sería la desvaloración jurídico-penal del aborto consentido y la excepción el carácter justificado de algunas modalidades del mismo legalmente previstas". En el párrafo siguiente acepta que esta última es la opción dominante en la doctrina del TS, al tiempo que aclara que la opción por una u otra solución no es necesaria para resolver el caso concreto sobre el que resuelve.

B) De otra parte, en un plano más material, el esquema de la carga de la prueba nos lleva al mismo lugar que en la otra opción. Si en el supuesto del aborto terapéutico (grave riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada) es el médico psiquiatra acusado el que debe probar que existía un riesgo y una necesidad del aborto, lo puede hacer (como ocurre en la totalidad de los hechos objeto de acusación relativos a este supuesto) y lo hace mediante la prueba, pericial o documental, de su propio dictamen. Si la acusación se fundamenta en la ausencia de dictamen, por no ser realizado por un médico especialista (supuesto de las STS 1639/2000 y 1497/2003) o por ser falso o simulado, deberá asumir la carga de la prueba de tales hechos.

C) La tesis acusatoria se basa, en la mayoría de los casos analizados, en afirmar que los abortos se practicaron sin cumplir todos los requisitos del supuesto descrito en el art. 417 bis, apartado primero , esto es, la necesidad del aborto para evitar un grave riesgo para la

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

salud psíquica de la mujer embarazada, por un lado, y la presencia de un dictamen emitido por un psiquiatra (médico especialista) con anterioridad a la intervención, por otro. Para ello, dirige su atención probatoria al segundo de tales elementos, es decir, a considerar ausencia de dictamen el hecho de que el dictamen psiquiátrico obrante en las Historias Clínicas es falso o simulado, por no reflejar la realidad del estado psíquico de la mujer a la que se refiere. La acusación pretende la acreditación de que en todos esos casos el psiquiatra emitió y firmó el dictamen con posterioridad a la intervención quirúrgica de la IVE y/o sin haber mantenido una visita o entrevista con la mujer, siendo por tanto un documento genérico, conteniendo un diagnóstico genérico ("reacción a stress grave mixto de ansiedad y depresión") confeccionado con la única intención de justificar formalmente las exigencias normativas para el aborto legal. El supuesto, ciertamente, es típico por faltar uno de los requisitos del supuesto que despenaliza el aborto (de hecho es el supuesto que dio lugar a las condenas objeto de recurso de casación en las STS 470/1998 y 1639/2000).

Los medios probatorios que presentan con tal fin las acusaciones son las declaraciones testificales de las mujeres, en cuanto permiten interpretar su afirmación de que ni vieron ni hablaron con un psiquiatra antes de la intervención (en todas sus variantes) y, en relación a esta "prueba matriz", las referencias de otros medios probatorios (documental de las historias clínicas, declaraciones de los acusados, documental de los seguimientos efectuados a dos de los acusados por agentes de la Guardia Civil,...) que pretenden constituir datos indiciarios de que en el momento (día y franja horaria) en que se practicó la IVE, no estaba presente en la clínica el psiquiatra que aparece como autor del dictamen que obra en la historia clínica. Igualmente, se ha otorgado un alto grado de relevancia al documento obrante en las historias clínicas, denominado "test de Goldberg", descrito más arriba, ya que se presenta como fuente de información del estado psíquico de la mujer embarazada y, por tanto, de las conclusiones del dictamen psiquiátrico.

El análisis sobre la suficiencia de los medios probatorios con contenido incriminatorio, y la aplicación al caso de los estándares fijados por el principio de presunción de inocencia respecto a la adquisición de un mínimo de certeza objetiva sobre los hechos, no puede incluir, sin embargo, el de otros medios probatorios a los que las acusaciones han querido dar relevancia. Nos referimos a aquellos que, ya sea por no ofrecer un mínimo de credibilidad o fiabilidad (declaración de la testigo Berta Leonor), ya sea por carecer de intensidad o de relación directa con los hechos (reportaje televisivo, conversaciones telefónicas intervenidas, etc.), no son susceptibles de ofrecer la prueba de hechos indiciarios. En efecto, se ha destinado un gran esfuerzo probatorio que ha servido para probar que el ambiente que se respiraba en las clínicas, o la actitud de las personas que allí trabajaban, que las irregularidades que se producían en la confección de las historias clínicas, o la forma de dirigir la actividad por el acusado Abel Pablo, todo respondía a lo que muy acertadamente designó el Ministerio Fiscal como "banalización de los requisitos legales" del aborto. El ejemplo más claro o contundente de ello es la prueba de que en multitud de documentos de la historia clínica de las pacientes se atribuía la autoría del acto que reflejaban a un médico que no había intervenido en el mismo, poniendo su sello personal o simulando su firma (especialmente significativo es el caso del uso del nombre del testigo Dr. Cornelio Belarmino, por la relevancia de uno de los documentos en los se producía, el "Dictamen para el tercer supuesto"). Ello, ciertamente, es inadmisibles e impropio de un establecimiento sanitario serio, como lo es que no pueda saberse, después de una investigación penal, qué médico actuó en el quirófano en una IVE, como lo es que actúe un anestesista ocultando su intervención y simulándose la de otro, como lo es que se dé cita a una paciente, por teléfono, sin mostrar ningún interés, ni en informarla sobre los que es una IVE y sus requisitos, ni por cuál es su estado psíquico, ni por asegurar que en el momento que acudirá se podrá garantizar la intervención de un psiquiatra.



www.civil-mercantil.com

Sin embargo, que todo ello sea censurable no implica que adquiera capacidad para ser prueba de cargo en una acusación por un aborto ilegal del primer supuesto del art. 417 bis , porque las actitudes de los acusados y los métodos de actuación en las clínicas son perfectamente compatibles con la hipótesis de la práctica de abortos legales. Dicho de otra forma, las irregularidades detectadas pueden responder a motivaciones diferentes a la presentada por las acusaciones, consistente en ser parte de un plan preconcebido y destinado, con acuerdo de todos los acusados, a cometer delitos de aborto ilegal. Motivaciones diferentes tan plausibles como la falta de posesión de título de especialista en un médico o, sobre todo, las retribuciones económicas que había de percibir cada uno de los profesionales.

D) Sentadas estas premisas sobre el objeto de la tesis acusatoria y sobre los medios de prueba valorables, hemos de recordar que, en síntesis, el principio constitucional de presunción inocencia, una vez comprobado que no concurre un "vacío probatorio", exige comprobar si concurre una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación, la cual no puede referirse, ni al establecimiento de una verdad indiscutible sobre dicha hipótesis, ni tampoco a la insuficiente convicción subjetiva del juez (en el otro extremo). Tal certeza objetiva se obtiene a partir del análisis sobre la existencia o no de hipótesis alternativas de defensa, susceptibles de ser calificadas como razonables (duda razonable, entendiendo como tal la que se suscitara en una generalidad), y partiendo de la base de que la mera constancia de la posibilidad de la hipótesis defensiva no es suficiente para neutralizar la virtualidad de la hipótesis acusatoria (lo meramente posible no puede excluir la fijación de hechos probados alternativos cuando el cuadro probatorio lo permite). En resumen, la concurrencia o no de la certeza objetiva en la hipótesis de la acusación requerirá un análisis del caso concreto y la ponderación y confrontación del nivel de razonabilidad de las dos hipótesis existentes.

Trasladada aquella construcción al ámbito de la prueba indiciaria, y siguiendo la doctrina de STS como la 60/2013 o la 268/2014 , el análisis, o el control, se ha de centrar en la racionalidad y solidez de la inferencia . Será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él (canon de coherencia) y también lo será si tiene un carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado (canon de suficiencia).

E) En relación a los casos en que se acusa por la no concurrencia de los requisitos en el primer supuesto del artículo 417 bis , hemos de determinar los hechos indiciarios referidos individualmente a cada caso concreto y en base, como se ha dicho, a 1) la declaración de cada una de las mujeres que acudieron a las clínicas interesando una IVE, en los extremos indicados - si fue visitada o entrevistada por un psiquiatra y si cumplimento y/o firmó el test Goldberg --, 2) la documental de la Historia clínica de cada paciente - obteniendo la franja horaria en que se practicó la intervención de la Hoja de control postoperatorio -, 3) la declaración de los acusados Amador Urbano y Lazaro Saturnino - en cuanto a cuáles eran sus horarios en las clínicas - y 4) la documental de los informes sobre los seguimientos y vigilancia policiales efectuados a dichos acusados - referida exclusivamente a los días 25 y 29 de octubre y 15 de noviembre de 2007. La conclusión tras analizar el contenido de cada una de tales pruebas se corresponde con la valoración del nivel de razonabilidad (de plausibilidad) de la hipótesis de que, atendiendo a las circunstancias, el psiquiatra podía haber contado con información suficiente sobre el estado psíquico de la mujer embarazada, antes de la intervención, y de que, por tanto, el contenido del dictamen incorporado a la historia clínica no es simulado o inventado.

a.-- Casos en los que intervino el acusado Lazaro Saturnino y no se ha adquirido certeza suficiente de la hipótesis acusatoria, por haberse acreditado que el procedimiento seguido para la elaboración del dictamen psiquiátrico es correcto o suficiente, por constar que



www.civil-mercantil.com

la paciente se entrevistó previamente a la intervención con un psiquiatra (ordinales 2, 7, 17, 20, 52, 66) o con quien se presentó como psicóloga (ordinales 21 y 71) y, además, cumplimentó el test Goldberg.

b.-- Casos en los que intervino el acusado Lazaro Saturnino con la misma conclusión, por ignorarse si la paciente se entrevistó o no con un psiquiatra, ya sea con la confección del test Goldberg (ordinales 23, 41, 42, 48, 49, 53, 56, 59, 64, 65, 67, 68 y 70) o sin ella (ordinales 8, 9 y 24). Hemos de referirnos, en relación a estos supuestos, que se ha considerado a efectos valorativos que el Estado no ha asumido ninguna responsabilidad, en cuanto al desarrollo reglamentario del sistema legal de indicaciones, de manera que no ha regulado con un mínimo de profundidad ni la forma ni los contenidos exigibles al dictamen del primer supuesto del art. 417 bis. El RD 2049/1986 no satisface las exigencias de seguridad porque alude al contenido del dictamen como un mero juicio de pronóstico: "presunción de riesgo y estimado en criterios de probabilidad". Esta omisión descarga la responsabilidad en los médicos que han de emitir el dictamen y, por tanto, provoca una inseguridad, más acusada todavía si se trata del ámbito psiquiátrico, que no debe dar lugar a consecuencias negativas en caso de duda. No podemos obviar al respecto que tampoco el Legislador puede prescindir del error en el diagnóstico que puede sufrir el médico especialista, en el dictamen: en la descripción del tercer supuesto de despenalización se emplea la expresión "que se presuma...".

c.-- Casos en los que intervino el acusado Lazaro Saturnino con la misma conclusión por constar que la paciente cumplimentó el test de Goldberg, aunque se ha acreditado que la misma no se entrevistó con un psiquiatra antes de la IVE (ordinales 1, 6, 22, 38, 55, 57, 58 y 60). Ha de servir aquí el argumento del párrafo anterior.

d.-- Casos en los que intervino el acusado Lazaro Saturnino y se ha adquirido certeza objetiva suficiente de la hipótesis acusatoria, por haberse acreditado que el procedimiento seguido para la elaboración del dictamen psiquiátrico no es correcto ni suficiente, por constar que la paciente no se entrevistó con un psiquiatra (ni con alguien que se presentó como psicólogo/a), anteriormente a entrar en quirófano, ni cumplimentó el test de Goldberg. Se han valorado, como datos periféricos de corroboración de la conclusión, que en todos estos casos la intervención se practicó antes de las 15 horas, es decir, en el horario de mañana en el que, normalmente, el acusado Lazaro Saturnino no acudía a las clínicas (trabajaba en esa franja horaria en un centro penitenciario), por un lado, y también que en la historia clínica no aparece ningún documento del que pueda recabarse alguna información relevante que justifique las conclusiones del dictamen: ordinales 12, 13, 15, 18, 25, 45 - en este caso consta información psiquiátrica muy relevante a la que no se hace mención en el informe elaborado por el acusado --, 46, 50, 51 54 y 61 - en los casos 51 y 61 no se hace mención en el dictamen que se trata de supuestos de malformación, es decir, de embarazos deseados, lo cual es claramente relevante desde una perspectiva psiquiátrica.

Hay dos supuestos de este apartado en los que la falta de dictamen psiquiátrico no daría lugar a la existencia de un aborto ilegal. El caso con ordinal 32 , por ser subsumible en el tercer supuesto del art. 417 bis y constar en la causa el dictamen sobre la malformación de feto emitido por dos especialistas; y el caso con ordinal 47 , por ser subsumible en el primer supuesto del art. 417 bis pero referido a grave peligro para la salud física de la mujer embarazada y darse una situación de urgencia (art. 417 bis. 1º. 2 CP).

A modo de inciso, ha de aclararse que no ha podido valorarse el conjunto de documentos aportados por la defensa del acusado Lazaro Saturnino , como propuesta de prueba documental, en el trámite de cuestiones previas del acto del Juicio Oral. No solamente porque podía haberse propuesto mucho antes en el proceso (el momento más adecuado era el de presentación del escrito de defensa), sino sobre todo porque la presencia masiva de documentos con anotaciones de datos que solamente pudieron obtenerse de la práctica de la



www.civil-mercantil.com

prueba en el primer juicio oral que se celebró (declarado nulo), lleva a concluir que el conjunto se ha redactado (o ha podido redactarse con mucha probabilidad) con posterioridad a la incoación de proceso, perdiendo con ello la mínima fiabilidad y capacidad para acreditar algún hecho sucedido en la secuencia temporal que es objeto de acusación.

e.-- Casos en los que intervino el acusado Amador Urbano y no se ha adquirido certeza suficiente de la hipótesis acusatoria, por haberse acreditado que el procedimiento seguido para la elaboración del dictamen psiquiátrico es correcto o suficiente, por constar que la paciente se entrevistó previamente a la intervención con un psiquiatra y, además, cumplimentó el test de Goldberg (ordinales 3, 19, 39 y 40) o no consta que cumplimentara dicho test (ordinal 63).

f.-- Casos en los que intervino el acusado Amador Urbano con la misma conclusión, por ignorarse si la paciente se entrevistó o no con un psiquiatra, y constar que la misma cumplimentó el test de Goldberg (ordinales 43, 62 y 72 - este último, además, es subsumible en el tercer supuesto del art. 417 bis).

g.-- Casos en los que intervino el acusado Amador Urbano con la misma conclusión por constar que la paciente cumplimentó el test de Goldberg, aunque se ha acreditado que la misma no se entrevistó con un psiquiatra antes de la IVE (ordinales 14, 33 y 36).

F) En los casos en que se formula acusación por la no concurrencia de todos los requisitos del tercer supuesto del artículo 417 bis del CP, los hechos se han determinado esencialmente sobre la base del contenido de la documentación obrante en la historia clínica de cada paciente. De forma sintética, puede decirse que las acusaciones se han fundamentado en la presencia en estos casos en las historias clínicas de un Informe denominado "Dictamen para el tercer supuesto" que se ha demostrado falso en su autoría, ya que aparece firmado por Don. Cornelio Belarmino y se ha evidenciado que dicha firma no la plasmó él. Las acusaciones han entendido que tal dato objetivo y acreditado es suficiente, como hecho indiciario, para afirmar que se estaba "cubriendo" la falta de requisitos del tercer supuesto del art. 417 bis CP (feto con graves taras físicas o psíquicas, edad gestacional no superior a 22 semanas y dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas, diferentes del médico que practica el aborto).

El planteamiento de las acusaciones no puede acogerse, tras el análisis de las circunstancias particulares de cada uno de los casos en que se acusa por este supuesto legal. Así:

En el caso del ordinal 5 se ha acreditado que el feto sufría "anhidramnios-riñones no funcionantes", que se trata de una grave deformación que puede hacer inviable la vida futura, que obran dos informes con dicho diagnóstico de dos hospitales importantes de Barcelona. De otra parte, dichos informes parten de una edad de gestación de 24 semanas, que teniendo en cuenta la valoración que se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado B) de la Sentencia sobre el margen de error de la edad gestacional ecográfica, permite concluir que concurren todos los presupuestos del referido tercer supuesto.

En el ordinal 11, se ha probado documentalmente que el feto sufría una "agenesia del cuerpo caloso", que se trata de una grave deformación del feto a nivel cerebral, que la edad de gestación era de entre 22 y 23 semanas, y que se emitieron dos informes médicos, de dos facultativos distintos, que confirmaban el diagnóstico y la valoración.

En el ordinal 29, se ha acreditado que el feto tenía síndrome de down (trisomía 21), que se trata de una grave afectación psíquica, que la edad de gestación era de 18 semanas y que el diagnóstico está incluido en el informe de valoración del resultado de la prueba analítica denominada "amiocentesis". La Sala considera que, en estos casos, atendiendo al riesgo que



www.civil-mercantil.com

supone la práctica de la prueba, tanto para la mujer embarazada como para el propio feto, al elevadísimo margen de acierto que ofrece y, también, al ínfimo margen de valoración médica que tiene su constatación, no puede ser exigible la presencia de dictamen emitido por dos especialistas, siendo suficiente la intervención de un solo facultativo diferente al que practica la IVE.

En el ordinal 34 , se ha declarado probado que el feto sufría un "oligoamnios severo" (falta de líquido amniótico), que se trata de una situación de grave riesgo para su viabilidad, que la edad de gestación es de 22 semanas y aparecen dos informes médicos anteriores a la intervención confirmando dicho diagnóstico.

Por último, en el ordinal 37 , se ha acreditado que el feto sufría una malformación congénita facial, que se trata de una malformación física grave, que obran dos informes de dos hospitales confirmando el diagnóstico y que tales informes parten de una edad gestacional de 21 semanas.

Debe concluirse, pues, que en todos los casos expuestos concurren los presupuestos de despenalización descritos en el tercer supuesto del art. 417 bis del CP .

Quinto.

Los hechos son, pues, constitutivos de once delitos de aborto ilegal, según la previsión del artículo 145. 1 del Código Penal , en su configuración y redacción vigentes en el año 2007, correspondientes a los supuestos de los ordinales 12, 13, 15, 18, 25, 45, 46, 50, 51, 54 y 61 de los Hechos Probados de la Sentencia. Es preciso, por tanto, determinar las personas responsables penalmente de tales infracciones.

A) La cuestión pasa por especificar cuáles son los actos ejecutivos del tipo, porque la respuesta nos llevará a determinar qué tipo de participación en o respecto de ellos comportará responsabilidad penal. La acción del tipo del artículo 145. 1 CP se integra necesaria y exclusivamente con la prestación del consentimiento de la mujer gestante y con el acto quirúrgico necesario para interrumpir el embarazo, con lo que debemos partir de un supuesto de coautoría en todos los casos, de la mujer embarazada y del médico que practica efectivamente el aborto . Ya que las dichas mujeres no han sido acusadas en el proceso, como consecuencia de la decisión de sobreseimiento parcial que adoptó la Juez de Instrucción, con fundamento en considerar que todas ellas actuaron bajo un error de prohibición invencible, debemos centrarnos en primer lugar en la posible responsabilidad de los médicos ginecólogos y de los médicos anestesiólogos que actuaron en quirófano para practicar las IVEs.

Debe partirse de la idea de que, en el momento de la intervención, al médico le corresponde la comprobación de la existencia de la indicación a la que pretenda acogerse la mujer que solicita el aborto y él mismo. Sin embargo, no es competencia del médico proceder a una ponderación de los concretos intereses en juego, sino tan solo comprobar la existencia de los presupuestos objetivos de la respectiva indicación: la presencia del dictamen que afirme el grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada, en el primer supuesto, o del dictamen que diagnostica la grave deformación en el feto, junto a la edad de gestación, en el tercer supuesto; y la emisión de los dictámenes por un médico especialista, con apariencia de corrección, en ambos supuestos.

En todos los casos analizados ha de considerarse acreditado que, en el momento de comienzo de la intervención quirúrgica para practicar la IVE, el médico ginecólogo recibía la historia clínica, en la cual obraba un dictamen psiquiátrico, acompañado de un informe con diagnóstico del estado psíquico de la paciente, firmados por un Médico psiquiatra (especialista), y siendo el diagnóstico objetivamente susceptible de significar un grave riesgo



www.civil-mercantil.com

para la salud psíquica de la mujer la continuación del embarazo. A partir de tal premisa, debe acogerse la doctrina que el Tribunal Supremo desarrolla en su STC 1497/2003 , basada en la aplicación en un supuesto como el descrito del "principio de confianza que suele imperar entre profesionales" sanitarios , o desde una perspectiva negativa, en la inexistencia de ningún dato objeto "en virtud del cual cupiera reprochar al médico no tener una actitud de desconfianza frente a la calidad del acto médico del que le llegó constancia documentalmente".

En los diez casos que se han subsumido en la tipicidad del art. 145. 1 CP , no estamos ante un supuesto de falta de un presupuesto de despenalización por ausencia física del documento que contiene el dictamen, ni tampoco por emisión del dictamen por quien no es médico o no es médico especialista (el dictamen de un psicólogo es el supuesto que aparece en varias de las Sentencias del Tribunal Supremo que han desarrollado doctrinalmente la estructura del tipo), sino de las deficiencias en el procedimiento de elaboración del dictamen psiquiátrico, que le hacen incapaz de reflejar el verdadero estado psíquico de la paciente. Al médico ginecólogo no se le puede exigir que verifique en cada caso la forma o el procedimiento en que se ha confeccionado el dictamen, sino que es mucho más razonable que su conducta sea analizada desde el referido principio de confianza entre profesionales de la salud.

En relación al médico anestesista que asiste al médico ginecólogo en la intervención quirúrgica, ha de servir el mismo razonamiento, y aún con más fuerza argumentativa, porque su ámbito de competencia (y de decisión) objetivo en la intervención es más estrecho que el del médico ginecólogo.

Consecuencia de todo ello es que concurren los presupuestos que establece el artículo 14 del Código Penal , para la aplicación de la figura del error en los médicos ginecólogos (acusados Hector Urbano - ordinales 13, 18 y 45 --, Joaquin Obdulio - ordinal 25 -- y Leandro Bienvenido - ordinales 12 y 15) y en los médicos anestesistas (acusados Pablo Urbano - ordinales 12, 13 y 46 -- , Petra Cristina - 15, 18, 25 y 45 - y Alberto Rodrigo - ordinal 54 --) que intervinieron en quirófano en los casos que se han declarado constitutivos del delito de aborto ilegal. Si los "casos permitidos por la ley" del art. 145. 1 se consideran elementos (negativos) del tipo, se trataría de un error de tipo ("sobre un hecho constitutivo de la infracción penal") del art. 14. 1 CP . Si se asume que se trata de causas de justificación específicas, se debe aplicar el error de prohibición ("sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal") del art. 14. 3 CP . En cualquier caso, la Sala parte, atendiendo a las circunstancias del caso ya descritas, que se trataría de un error invencible, siguiendo el razonamiento de la ya citada varias veces STC 1497/2003 : los médicos actuaron en la creencia total de que su actuación partía del presupuesto legal y estaba justificada y, además, no concurre ningún dato objetivo del que pudiera surgir en ellos la desconfianza de que así fuera (la STS 1639/2000 considera la aplicación a un médico ginecólogo de un error de prohibición vencible pero en un supuesto en el que el dictamen no lo había realizado un médico psiquiatra sino un psicólogo y se valora que, ante ello, el médico debía haberse preguntado si era suficiente).

B) Siguiendo con la decisión sobre la individualización de la responsabilidad penal en los delitos de aborto legal cometidos, la Sala considera acreditado que el acusado Abel Pablo , en el momento de los hechos, no solamente era el propietario y titular de las sociedades propietarias de las clínicas TCB y Ginemedex, sino que es el único y verdadero Director, artífice y responsable intelectual de toda la actividad que se desarrolla en dichas clínicas. El acusado Abel Pablo controlaba toda esa actividad hasta en lo que han de considerarse pequeños detalles, de tal manera que ninguna de las personas que trabajaba en alguna de las clínicas tomaba ninguna decisión sin su asentimiento o conformidad, si debía salir de alguna forma de las consignas, órdenes o protocolos que el mismo había establecido previamente. El acusado Abel Pablo diseñó la organización interna de las clínicas y tenía pleno dominio de lo que se hacía y de lo que se podía hacer en ellas; contrataba a los médicos ginecólogos y a los

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

anestesiastas, decidía en qué clínica trabajaba cada uno de ellos y en qué días y franjas horarias, decidía, directa o indirectamente, la remuneración que debía recibir cada uno; decidía a qué clínica debía derivarse cada visita, incluyendo las que venían derivadas de la clínica EMECÉ, consiguiendo así decidir el volumen de trabajo que podía tener cada clínica y cada profesional, etc.. El acusado Abel Pablo decidió, y así lo transmitió a los empleados y profesionales de las clínicas, la forma en que se debía citar a las pacientes (lugar, hora, etc), lo que se les debía preguntar, las indicaciones que se les debía hacer, el precio de la intervención (según las semanas de gestación y el tipo de intervención que se requería) y la forma de pago. El acusado Abel Pablo sabía perfectamente en qué días y en qué horas estaba asegurada la presencia de un psiquiatra en cada una de las dos clínicas, y, por tanto, también sabía con certeza que existían determinados espacios temporales en que no era posible, de ninguna manera, que un psiquiatra pudiera confeccionar el dictamen exigido por el primer supuesto del art. 417 bis, mediante un procedimiento mínimamente correcto o suficiente para reflejar el estado psíquico de la paciente y, así, la presencia de un grave peligro para su salud psíquica. Así se afirma en los Hechos Probados de la Sentencia y la argumentación sobre la valoración probatoria que así lo justifica se desarrolla en el apartado dedicado a la acusación por el delito de asociación ilícita.

Todo ello lleva a concluir que el acusado Abel Pablo es autor de los once delitos de aborto ilegal cometidos. El art. 28 CP, al definir la autoría entiende por autores "quienes realizan un hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento". La teoría del dominio del hecho, todavía dominante en la configuración doctrinal del concepto de autoría, informa la jurisprudencia tradicional sobre la autoría mediata, de la que citamos, por reciente, la STS 553/2015. En ella, el autor mediato no realiza actos ejecutivos directos de la acción penal pero es que idea y diseña el conjunto de esos actos ejecutivos que son necesarios para la comisión del ilícito, que acaba realizando otra persona que le sirve de "instrumento". El control de la acción, denominada en la doctrina dominio funcional del hecho implica, cuanto menos, que el autor mediato tiene capacidad para que cese la acción y, así, para que no se llegue a cometer el delito.

Esta doctrina tradicional, en la necesidad de trazar una línea de diferenciación con la autoría por inducción, ha delimitado el ámbito de la autoría mediata en los supuestos en que el sujeto que realiza los actos ejecutivos como instrumento actúa sin dolo, o coaccionado, o bajo un error de tipo o de prohibición. En cuanto a los hechos objeto de este proceso, como se ha dicho, el acusado Abel Pablo es autor mediato de los delitos cometidos por cuanto sabía que con la actividad diseñada y organizada por él (exclusivamente) en las clínicas se van a cometer abortos sin cumplir con los requisitos del primer supuesto del art. 417 bis, sabía que los actos ejecutivos de la acción penal iban a ser realizados por quienes actuarían bajo error de prohibición (los médicos ginecólogos y los médicos anestesiastas) y, finalmente y sobre todo, tenía plena capacidad para decidir y ejecutar, en cualquier momento, el cese de la actividad que daba lugar a la comisión de los ilícitos penales (dominio funcional del hecho).

Podría argumentarse contra esta construcción que, aun admitiendo que los médicos son "instrumentos" en el sentido del art. 28. 1 del C.P., existiría un autor directo con dolo como sería el psiquiatra que firma el dictamen simulado que pretende justificar el aborto. Al respecto, no sería necesario acudir a la corriente jurisprudencial que ha teorizado sobre la extensión de la autoría mediata en determinados supuestos de actuación de quien realiza actos ejecutivos con dolo (STS 707/2010 y 1022/2012 : caso del "hombre de atrás", aparatos organizados de poder,...). No lo sería porque el análisis de la responsabilidad del psiquiatra no pasa necesariamente por la de considerarlo un autor directo o de un acto ejecutivo de la acción típica, sino por la calificación como cooperador necesario.



www.civil-mercantil.com

Aunque esto signifique adelantarnos en el orden de valoración individualizada de la responsabilidad penal, es obligado referirse a este extremo en este momento. Efectivamente, aunque las STS 89/1996 y 470/1998 acuden al constructo de considerar la interrupción del embarazo como "acto médico complejo" con participación de médico y psiquiatra, de manera que ambos realizarían el tipo, es lo cierto que en la tan citada STS 1497/2003, dicho planteamiento se pone cuanto menos en cuestión (de hecho, en ella se reprocha que en la Sentencia recurrida falta motivación "sobre la razón de atribuir a un dictamen la calidad de acto ejecutivo de la interrupción de la gestación"). Al respecto, la Sala considera que resulta contradictorio considerar que el primer supuesto del art. 417 bis es una causa de justificación y, al mismo tiempo, calificar la emisión del dictamen psiquiátrico (justificador) como un acto ejecutivo del delito de aborto. Y por ello, no pudiendo ser el psiquiatra autor directo del delito, por coherencia su responsabilidad penal ha de trasladarse a la cooperación necesaria, por cuanto la emisión del dictamen, simulado o falso, es un hecho "sin el cual no se habría efectuado".

Finalmente, ya que en la tesis de las acusaciones no se incluye la imputación del acusado Abel Pablo por autoría mediata (parten de la coautoría de todos los acusados por la presencia de un acuerdo previo de voluntades entre todos ellos), conviene recordar que la modificación del título no supone infracción del principio acusatorio si se mantienen sustancialmente los mismos hechos en la acusación y en la sentencia, pues tal como se decía en la STS 1260/2001, "... ni el comportamiento declarado probado es distinto del imputado por la acusación, ni la diferencia en la calificación jurídica de ese comportamiento supone una mayor gravedad en la autoría o la participación criminal " (STS 1022/2012).

C) En todos los casos en que se ha afirmado la comisión de un delito de aborto, por inexistencia del dictamen psiquiátrico imprescindible en el primer supuesto de despenalización del art. 417 bis, es el acusado Lazaro Saturnino quien aparece como psiquiatra firmante en los impresos que pretenden tener los efectos de un dictamen y que se ha considerado acreditado son falsos o simulados.

En la modalidad del delito de aborto que contemplamos, el desvalor de la acción del médico (especialista) psiquiatra no se encuentra solamente en la acción de elaborar y firmar el dictamen sabiendo que no existe un grave riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada. También aparece en la acción de firmar un dictamen impreso, con un texto inmodificable que afirma la existencia de aquel grave riesgo pero sin (poder) saber si ello es así (sin entrevista previa con la paciente y sin información sobre las circunstancias específicas de su estado psíquico que pueda ser accesible sin dicha entrevista). El psiquiatra firmante sabe que la firma del dictamen y su posterior inclusión en la historia clínica llevarán a la práctica de una interrupción de embarazo fuera de los casos permitidos por la ley (no es un informe en abstracto sobre el estado psíquico de la mujer, sino que el contenido del impreso hace mención expresa a la normativa penal del aborto y afirma que se está en uno de los supuestos de despenalización del aborto).

Esta especificación del desvalor de la acción del psiquiatra no es solo una forma de integrar la motivación del pronunciamiento condenatorio. Es también una forma de describir la hipótesis que explica que el dictamen psiquiátrico aparezca en la historia clínica, en el momento que cada mujer embarazada entra en quirófano, permitiendo la valoración de que los médicos ginecólogos y anestelistas actúan con error de prohibición. Esa hipótesis, que ya fue incluido como hecho indiciario en la fase de instrucción, pasa por que en cada una de las clínicas se disponía de impresos del dictamen con la firma y el sello del acusado Lazaro Saturnino, de manera que si las circunstancias de una paciente llevaban, por la no presencia de ningún psiquiatra en aquel momento, a la imposibilidad de elaboración de un dictamen real (conforme a un procedimiento regular y correcto), se utilizaba uno de aquellos impresos



www.civil-mercantil.com

previamente firmados, que se introducía en la historia clínica para que pudiera ser visto por los médicos ginecólogos y anestesiastas, dando apariencia de corrección legal. La hipótesis es completa, en tales supuestos, con la redacción posterior a la intervención, por parte del acusado, de un informe escrito a mano, que a veces contiene referencias específicas del caso y otras solamente afirmaciones genéricas, pero que, en todo caso, no podía llevar a un convencimiento técnico de la concurrencia de un grave riesgo para la salud psíquica de la paciente. Esta hipótesis, que también ha de incluir la plena conformidad del psiquiatra con la maniobra descrita, es perfectamente plausible y del todo coherente con los hechos que se han declarado probados, además de ser racional y estar conforme con las reglas básicas de la experiencia.

Con la confirmación de esta hipótesis deja de ser imprescindible la valoración sobre si el acusado elaboraba dictámenes o informes con posterioridad a la intervención (cuando llegaba a la clínica por la tarde) o la motivación que le llevaba a permitir que el acusado Abel Pablo hiciera disponer de los impresos (si era solamente económica o era también ideológica: su confusa declaración en el plenario parecía llevar a la generalización de que todo embarazo no deseado supone un grave peligro para la mujer embarazada).

De otra parte, ha de reiterarse aquí, sin necesidad de desarrollo complementario, la valoración que se hizo más arriba sobre la calificación de la responsabilidad del médico psiquiatra, en el primer supuesto del art. 417 bis, como de autoría por cooperación necesaria, en coherencia con la consideración jurídico-penal de dicho supuesto como una causa de justificación (objeto de la cuestión que se ha tratado en primer lugar en los Fundamentos de Derecho). Se parte del hecho "naturalístico" o pre-jurídico de que la intervención para practicar la interrupción de un embarazo no requiere la actuación de un psiquiatra ni la presencia de un dictamen psiquiátrico, por un lado, y de no poder aceptar la teoría del "acto médico complejo" para poder describir los actos ejecutivos de la acción típica, que solo pueden ser los de los médicos que actúan en el quirófano.

D) En relación con las acusadas Melisa Lorenza y Angela Esther, la relación entre los hechos declarados probados (sobre su actuación y sus funciones concretas en las clínicas) y la valoración jurídica de la Sala desestimando la tesis acusatoria del acuerdo previo de voluntades entre todos acusados con la finalidad común de cometer delitos de aborto ilegal (coautoría), nos lleva de forma indefectible a un pronunciamiento absolutorio respecto de las mismas.

La acusada Melisa Lorenza es esposa del acusado Abel Pablo ("la mujer del Jefe", en expresión de su propia Defensa) y actúa como directora de la clínica TCB. Eso significa que tiene capacidad de mando, porque su posición asegura que los empleados siempre actuaban conforme a sus indicaciones y los profesionales casi siempre. Sin embargo, tal y como se desarrolla en el apartado dedicado a la acusación por asociación ilícita, su actuación era supervisada y controlada por el acusado Abel Pablo, como la de los demás intervinientes en las clínicas. No tenía capacidad de organización ni de decisión suficientes como para poder afirmar que tuviera dominio funcional del hecho (de la comisión de abortos ilegales). De otra parte, sus acciones concretas, de información y acompañamiento de las pacientes, no pueden integrar actos ejecutivos de la acción típica. Finalmente, las acusaciones no han incluido en el título de imputación la responsabilidad por complicidad, ni tampoco han concretado suficientemente, en relación a cada mujer embarazada, la acción que podría valorarse con entidad suficiente para calificarse de complicidad.

Más evidente se muestra la conclusión respecto de la acusada Angela Esther. Más allá de la valoración moral que merezca su intervención (concretada sobre todo mediante las conversaciones telefónicas intervenidas, en las que es protagonista debido a su posición en la



estructura de las clínicas), lo cierto es que se trata, en esencia, de una labor de intermediación para derivar casos de la clínica donde trabajaba hasta una de las dirigidas por el acusado Abel Pablo . Que lo hiciera con una finalidad crematística o por amistad con el mismo es del todo irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal, como lo es que la propietaria de la clínica donde trabajaba le permitiera o no hacer las derivaciones. Una vez se ha afirmado que no se ha acreditado ningún acuerdo previo de voluntades entre los acusados, en el cual pudiera integrarse esta acusada, ni podía realizar actos ejecutivos del delito, ni ningún motivo racional se mantiene para afirmar que participara o tuviera conocimiento en la comisión de algún aborto ilegal. Que tuviera conocimiento de que algunas pacientes estaban en un muy avanzado estado de gestación o que le negara a una paciente la entrega de una copia de las ecografías, no puede ser suficiente para motivar o justificar la realidad de aquel conocimiento.

Sexto. Acusación por delito de asociación ilícita

A) Todas las acusaciones, salvo la del Col.legi de Metges de Barcelona, han calificado los hechos como constitutivos de un delito de asociación ilícita, tal y como se describe en el artículo 515. 1º del Código Penal . La tesis acusatoria, tomando como referencia las conclusiones del Ministerio Fiscal (las otras dos acusaciones no se dirigen por esta infracción a todos los acusados sino solo a cuatro de ellos), se describe sobre una base fáctica muy explícita: la existencia de una estructura legal o lícita, construida por el acusado Abel Pablo mediante la creación de diversas sociedades o entidades y de varios centros sanitarios, dentro de la cual el mismo acusado, con la estrecha colaboración de su esposa, la también acusada Melisa Lorenza , pone de acuerdo y coordina a una pluralidad de personas, todas ellas empleadas o con una relación laboral de dependencia con las sociedades propiedad de Abel Pablo , con la finalidad directa de practicar abortos ilegales y, también, de obtener importantes beneficios económicos.

B) Son, pues, varios elementos - que se corresponden aproximadamente con los fijados doctrinalmente para la estructura típica de la infracción - que requieren un tratamiento diferenciado desde la perspectiva probatoria. Tales elementos vienen descritos, de forma consensuada, en varias resoluciones como las STS 740/2010 , que cita la 415/2005 y la 234/2001 , y la 965/2016 , como muy reciente:

Una pluralidad de personas

Una organización más o menos compleja, en función del tipo de actividad que se desarrolla (grupo internamente coordinado), incluyendo un sistema jerárquico y la presencia de un líder.

Una situación de estabilidad , consistencia o permanencia

Un fin común que ha de ser la comisión de delitos , que supone una cierta determinación de la ilícita actividad y también un concierto de voluntades para ese fin común ilícito.

C) La creación de una estructura legal o lícita por parte del acusado Abel Pablo , mediante la puesta en marcha de un entramado de sociedades y entidades, así como de una actividad médico-sanitaria en diversos centros sanitarios (esencialmente dos, TCB y Ginemedex), es un hecho objetivo y no controvertido.

También lo es, para la Sala, que el acusado Abel Pablo , no solamente es el propietario y titular de las sociedades, sino que es el verdadero Director, artífice y cerebro de toda la actividad que se desarrolla en las clínicas. El acusado Abel Pablo controlaba toda esa actividad hasta en lo que se consideran pequeños detalles, de tal manera que ninguna de las personas



que trabajaba en alguna de las clínicas tomaba ninguna decisión sin su asentimiento o conformidad, si debía salir de alguna forma de las consignas, órdenes o protocolos que el mismo había establecido previamente. El acusado Abel Pablo tenía pleno dominio de lo que se hacía y de lo que se podía hacer en sus clínicas; contrataba a los médicos ginecólogos y a los anestesiólogos, decidía en qué clínica trabajaba cada uno de ellos y en qué días y franjas horarias, decidía, directa o indirectamente, la remuneración que debía recibir cada uno; decidía a qué clínica debía derivarse cada visita, incluyendo las que venían derivadas de la clínica EMECÉ, consiguiendo así decidir el volumen de trabajo que podía tener cada clínica y cada profesional, etc.

Así se deriva fácilmente de las declaraciones de los acusados, de las declaraciones de los testigos empleados de las clínicas y, sobre todo, del contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas, una parte de las cuales fue reproducida en el Plenario como prueba documental.

La conversación mantenida por el acusado Abel Pablo con la empleada Marcelina Loreto el 8 de noviembre de 2007 (transcripción obrante en los folios 818 y ss. de la causa) es paradigmática, lo cual explica que haya aparecido en diversas ocasiones a lo largo del acto del Juicio Oral en la práctica de la prueba. El tema de la conversación es un conflicto que trae causa de la actuación de los tres anestesiólogos que trabajan en las clínicas, de la relación entre ellos y, sobre todo, de la remuneración económica de cada uno de ellos. En la conversación, Abel Pablo describe varias alternativas de actuación, pasando por solución tan extrema como la de prescindir de alguno de ellos, y queda meridianamente claro que la decisión la tomará finalmente él y solamente él (en un momento determinado se refiere al acusado Alberto Rodrigo como "nuestra baza"). Hay otras muchas conversaciones que también reflejan la misma idea. Como ejemplos: la desarrollada entre Abel Pablo y su esposa, la acusada Melisa Lorenza, el 13 de noviembre de 2007 (transcripción en los folios 828 y ss.), en la que llama el primero de ellos con motivo de saber cuántos casos ha habido ese día y cuántos quedan pendientes, en un claro acto de control y de exigencia de información; o la mantenida el 30 de octubre de 2007 entre el acusado Alberto Rodrigo y una empleada de Ginemedex (transcripción en los folios 767 y ss.), en la que, refiriéndose a las deficiencias de otra empleada de la clínica en la forma de trabajar, el primero de ellos afirma "bueno, es un problema de Abel Pablo", es decir, del Jefe.

Existe una estructura, pues, y también un sistema jerárquico en el que manda el acusado Abel Pablo y todos los demás actúan según sus indicaciones. No puede partirse como base fáctica de la pertenencia de la acusada Melisa Lorenza al escalafón de mando en ese sistema jerárquico. Actúa, ciertamente, como Directora de la clínica TCB, pero del resultado de las pruebas referidas se colige con claridad que tiene el cargo por decisión de Abel Pablo, que da cuenta de su actividad a Abel Pablo y que actúa conforme a las indicaciones y órdenes de Abel Pablo (por ejemplo, como se ha dicho más arriba, él decide el volumen de casos que llegarán a TCB).

D) A partir de estas premisas, debe analizarse si, en cuanto al resto de las personas relacionadas, puede afirmarse la existencia entre ellos de una coordinación (lo que jurisprudencialmente se refiere como "grupo internamente coordinado", respecto del cual se exige la existencia de un "concierto de voluntades"). El análisis del material probatorio reseñado no permite establecer, con la suficiente certeza, la presencia de tal coordinación respecto a una finalidad común de cometer delitos. El resto de acusados asume la dirección y el mando del acusado Abel Pablo, sin duda, pero no aparece, ni siquiera a nivel indiciario, que entre ellos haya existido ningún tipo de acuerdo, ni para coordinar actividades ni para llegar a ningún objetivo concreto. Cada uno lleva a cabo la función asignada por Abel Pablo y da por hecho que los demás harán lo mismo. Como ya se ha comentado más arriba, cuando un



www.civil-mercantil.com

anestesiólogo tiene un problema, por ejemplo de tipo económico, no interviene dentro de un acuerdo previo con los otros anestesiólogos para plantearlo, sino que, al contrario, no les dice nada y acude directamente a Abel Pablo para quejarse, porque es el Jefe, la única persona que puede solucionar ese problema. Otro ejemplo significativo es la situación del acusado Leandro Bienvenido, descrito en su declaración en el Juicio Oral y claramente reflejado en varias de las conversaciones telefónicas intervenidas: tiene una relación con Abel Pablo de doble naturaleza, de manera que puede intervenir en las clínicas respecto de una paciente suya, alquilando el quirófano y pagando un tanto alzado por intervención, o puede hacerlo a petición de Abel Pablo, con una paciente de Abel Pablo, cobrando un tanto alzado por cada intervención. Esa relación se establece, exclusivamente, entre Abel Pablo y Leandro Bienvenido, sin presencia de ningún acuerdo con nadie más.

No se percibe del análisis del material probatorio ningún hecho objetivo que sirva de indicio suficiente de que, entre el resto de acusados, se mantenga un fin común de actuación, más allá de cumplir con las funciones encomendadas por Abel Pablo - es éste el único que sabe con exactitud la actividad que desarrolla cada uno de los otros -- y, en general, de realizar una actividad sanitaria relacionada con la ginecología y la obstetricia; en ningún caso de que exista un fin común, expresamente pactado entre ellos, de cometer delitos de aborto ilegal.

E) Todo lo anterior debe relacionarse, también, para resolver sobre la concurrencia del último de los elementos del tipo enumerados. El fundamento de la individualidad de la infracción - respecto del o los delitos cometidos por medio de la "asociación" --, en gran parte, se encuentra en que la finalidad del grupo de personas que la integran, su razón de ser, está en la comisión de un determinado delito. La idea que inspira la existencia de una infracción como la de asociación ilícita, así como la literalidad con la que es descrita, es que esa finalidad ilícita o fin común ilícito de los "asociados" sea exclusiva, no compartida con ninguna otra, o cuanto menos deje el carácter de residual a cualquier otra concurrente.

En este caso, de la prueba practicada puede concluirse que, aún en la hipótesis acusatoria (que en las clínicas del acusado Abel Pablo se cometían delitos de aborto ilegal), la finalidad esencial de la actividad desarrollada en las clínicas era la de prestar servicios sanitarios relacionados con la ginecología y la obstetricia, entre los cuales se incluye la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo.

Ha quedado patente que en las referidas clínicas se prestaban otros servicios diferentes de la práctica de IVEs. La declaración del testigo Cornelio Belarmino es suficientemente elocuente al respecto, en cuanto afirma que trabajaba en una de las clínicas, en horario fijo, con funciones de consulta externa de ginecología y no intervenía en ninguna IVE. Tales funciones de consulta externa también las llevaban a cabo los acusados Hector Urbano y Joaquin Obdulio, de manera simultánea con la práctica de ese tipo de intervención. Igualmente, no puede ignorarse el dato objetivo de que, aún poniéndonos en la hipótesis de que se hubieran cometido los delitos de aborto ilegal que son objeto de acusación, su relación de proporción con el total de las intervenciones que se realizaron durante el año 2007 puede calificarse de reducida (en las diligencias de entrada y registro en las clínicas se intervinieron más 2.000 historias clínicas en las que constaba la práctica de una IVE).

Todo ello significa, como conclusión, la falta de concurrencia dos de los elementos objetivos del tipo de asociación ilícita, que impiden la aplicación de los artículos 515. 1º y 517 del Código Penal.



www.civil-mercantil.com

Séptimo. Acusación por el delito de falsedad.

A) Todas las acusaciones han incluido en sus conclusiones definitivas la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento oficial, del artículo 392 del Código Penal, en concurrencia con los tres supuestos de falsedad del artículo 390 del mismo Código . Tal calificación tiene como referencia fáctica, siempre, el conjunto de documentos que integraban las historias clínicas de las pacientes asistidas en las Clínicas propiedad del acusado Abel Pablo .

Partiendo de tales documentos, pueden sistematizarse los supuestos en los que las acusaciones valoran la existencia de falsedad, de la siguiente clasificación:

1º.- Los casos en que el documento denominado "Dictamen en el tercer supuesto" aparece firmado por Don. Cornelio Belarmino , sin que la firma fuera plasmada por el mismo sino por una tercera persona (correspondientes con los supuestos descritos en los apartados 5, 11, 27, 29, 34, 35 y 37 de los Hechos Probados).

2º.- Los supuestos en los que el documento denominado "Informe clínico/quirúrgico" o el de "hoja de control postoperatorio", junto a otros de forma eventual, aparece firmado por el acusado Joaquin Obdulio , sin que las referidas firmas hubieran sido plasmadas por el mismo, dando como resultado el desconocimiento de qué médico ginecólogo actuó en quirófano en cada una de las intervenciones voluntarias del embarazo que era referencia de cada una de tales historias clínicas (supuestos descritos en los apartados 21, 23, 31, 39, 43, 46, 49, 50, 52, 53, 60 y 61 de los Hechos Probados).

También se centra la acusación, en algunos casos, en que la firma del acusado Hector Urbano en el documento relativo a los "Datos del Paciente", o la del acusado Joaquin Obdulio en el impreso sobre el "Consentimiento Informado" de la paciente, no fueron plasmadas por ellos.

3º.- Los casos en que actuó en quirófano como anestesista el acusado Alberto Rodrigo y, sin embargo, la "hoja de anestesia" aparece con el nombre y la firma de otra persona: el acusado Pablo Urbano o la acusada Petra Cristina (supuestos descritos en los apartados 19, 54 y 58 de los Hechos Probados, aunque hay otros, no incluidos en los Hechos Probados porque en ellos no se formuló acusación por el delito de aborto). También hay casos en los que se ignora quién intervino en quirófano como anestesista, pese a que aparece en la "hoja de anestesia" la firma del acusado Pablo Urbano , porque no fue él quien la plasmó (supuestos 1, 6, 49, 50, 51, 52 y 56), o aparece la firma de la acusada Petra Cristina y no fue ella quien la plasmó (apartados 2, 21, 36 y 39).

4º.- Finalmente, las acusaciones consideran, en la mayoría de los casos analizados, que los dictámenes psiquiátricos que aparecen en las Historias Clínicas, firmados por los acusados Amador Urbano y Lazaro Saturnino , son falsos por no responder a la realidad del estado psíquico de las personas a las cuales se refieren.

B) Más allá de las cuestiones relativas al contenido de las acciones pretendidamente falsarias (modalidades del artículo 390 del CP) en cada grupo, o a la autoría o responsabilidad personal, es inevitable plantearse el análisis de la acusación desde la perspectiva de la naturaleza de los documentos que son su objeto. La acusación se ejerce desde la definición típica del artículo 392 del Código, en la cual la acción ha de recaer en un "documento público, oficial o mercantil". Por ello, es prioritario resolver si los documentos integrados en las Historias Clínicas referidos pueden o no ser calificados de documentos públicos u oficiales (es obvio que no son documentos mercantiles), porque una respuesta negativa haría innecesario cualquier otro análisis para llevar a un pronunciamiento absolutorio.



www.civil-mercantil.com

La elaboración doctrinal del concepto de documento oficial o público ha tenido una clara evolución, descrita en la STS de 17 de julio de 1995 . Partiendo de un concepto restrictivo, que lo identificaba con el elemento subjetivo del agente emisor o expedidor, que solamente podía ser un funcionario público en ejercicio de sus funciones o cargos (art. 1216 del Código Civil), llegó a admitirse el concepto "por incorporación", es decir, un documento privado puede considerarse oficial si está llamado o destinado a incorporarse a un expediente oficial, en el cual ha de producir determinados efectos.

Esta construcción, sin embargo, fue matizada por el Tribunal Supremo en los años 90, proponiendo que "lo decisivo no es el destino del documento sino su naturaleza" sino su "eficacia probatoria", o dicho de otra manera, la incorporación a un expediente oficial no otorga por sí un efecto probatorio, una incidencia en el ámbito jurídico en el que se desarrolla el expediente. Este matiz también permitió crear como criterio de decisión la distinción entre el documento cuya incorporación al expediente oficial es imprevisible o eventual, y aquél que "nace con indudable y único destino de producir efectos en un orden oficial de la Administración Pública".

Dicha evolución se plasma en una STS tan reciente como la 188/2016 , describiendo como condición del documento oficial por incorporación : "la confección de un documento privado simulado tenga como única razón de ser la de su inmediata incorporación a un expediente público y por tanto la de producir efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico".

Si aplicamos esta doctrina al presente supuesto y nos ceñimos a los documentos que comprendían las Historias Clínicas y que eran cumplimentados y firmados por personas de las clínicas, y por tanto por una buena parte de los acusados (médicos ginecólogos, psiquiatras o anestesiólogos), es evidente que no nos encontramos ante documentos oficiales, siquiera por incorporación. Ni el "informe médico/quirúrgico", ni la "hoja de anestesia", ni la "hoja de control postoperatorio", ni el impreso de "consentimiento informado", ni el "dictamen de tercer supuesto", ni, finalmente, los dictámenes psiquiátricos, son documentos que se emitan o se expidan por un funcionario público, ni tampoco están llamados o destinados a incorporarse a un expediente oficial o público (en todo caso, su incorporación es del todo imprevisible, como ocurre con este expediente judicial).

C) Las acusaciones han pretendido que el documento objeto de falsedad o simulación sea el denominado "Notificació d'interrupció voluntària de l'embaràs", que también forma parte de las Historias Clínicas. Se trata de un impreso en el que constan los datos personales de las pacientes (edad, situación familiar, lugar de residencia, situación laboral) y los datos de la IVE (fecha de la intervención, edad gestacional, supuesto legal que lo ampara y método quirúrgico utilizado).

Este documento, en general, es el instrumento facilitado por la Administración Pública, en este caso el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya, para que los centros y establecimientos sanitarios acreditados para la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo cumplan con su obligación de notificar a la Administración sanitaria, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 9/1985. A efectos de conocer la naturaleza del documento, puede acudir a la Orden de la Generalitat de Catalunya de 10 de diciembre de 1986, que, dentro del desarrollo reglamentario de dicha Ley Orgánica, nos dice que responde a la necesidad de establecer "el procedimiento que permita disponer de una fuente de información sistemática sobre la referida práctica en el ámbito de Catalunya, para poder adecuar la oferta de servicios, mejorar la atención de la mujer embarazada que haga uso de este derecho, facilitar la investigación sobre los factores asociados con este tipo de abortos que permita la adopción de medidas preventivas pertinentes y proporcionar los datos estadísticos que requiera la Administración del estado".



www.civil-mercantil.com

Se trata, por tanto, de un documento que cumple, exclusivamente, funciones informativas y estadísticas para que la Administración Pública pueda fijar sus políticas de salud, en general, y optimizar sus recursos en la prestación del servicio sanitario. A estos efectos, las acusaciones han invocado la STS de 4 de enero de 2002, en la que parece defenderse la tesis de que es suficiente para ser documento público que sea emitido por entidades públicas y que sea con la finalidad de satisfacer necesidades de servicio público, es decir, un concepto excesivamente amplio y abierto que claramente contradice la doctrina jurisprudencial antes descrita, confirmada en resoluciones anteriores (STS 2018/2001) y posteriores (STS 262/2014 , 120/2016 o la 188/2016 ya citada) a la invocada, una doctrina que exige expresamente que el documento, con su incorporación en un expediente oficial, " produzca efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico ".

A la vista de las características, contenidos y finalidades del documento en cuestión, solamente puede concluirse que en ningún caso puede provocar una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico (de hecho, en la Orden referida solamente se prevé el régimen disciplinario para el caso de la omisión de la comunicación, no en cuanto al contenido), de manera que no puede calificarse de documento oficial, quedando vedada la aplicación del artículo 392 del Código Penal en este caso.

A mayor abundamiento, la loable labor de las acusaciones, que han especificado el dato o hecho falseado o simulado en cada uno de los documentos que conforman las Historias Clínicas (esencialmente el de la o las personas intervinientes en el acto reflejado en cada documento), no tuvo continuidad en el caso del impreso referido de notificación o comunicación, respecto del cual no se ha individualizado qué dato o hecho de los reflejados en cada boletín es mendaz, falso o simulado.

D) Finalmente, es preciso aludir a la pretensión que, de forma alternativa, ha formulado la acusación del Centro de Estudios Tomás Moro, consistente en considerar aplicable la falsedad en documento privado descrita en el artículo 395 del Código Penal . Desde un punto de vista procesal, tal pretensión se introduce en el trámite de conclusiones definitivas, de manera que, tal y como alguna defensa ha alegado, se plantea la cuestión de si el principio acusatorio permitiría la condena conforme a dicho título.

Ciertamente, aunque puede decirse, a efectos de homogeneidad, que los tipos penales de los artículos 392 y 395 protegen al mismo bien jurídico, no puede obviarse que el elemento del tipo del art. 395, consistente en la causación de un perjuicio a otro, requiere un planteamiento fáctico y un material probatorio de cuya preparación no puede privarse a las otras partes en el proceso. Por ello, la hipótesis de que aceptando la acusación así formulada se vulnerase el derecho a no sufrir indefensión, fundamento del principio acusatorio, ha de ser suficiente para motivar su no estimación, es decir, tener por no formulada la acusación por falsedad en documento privado.

En cualquier caso, la literalidad del artículo 395 ("para perjudicar a otro"), junto al argumento de que se trata de un elemento no requerido en los tipos de falsedad en documento oficial o público, son suficientes para defender un concepto de perjuicio asociado al daño económico y, en todo caso, referido a una persona concreta. El planteamiento de la acusación, esto es, que el perjuicio se causaría a la Administración Pública o a las pacientes es muy forzado y, en todo caso, hubiera requerido de una actividad probatoria que no ha concurrido.



www.civil-mercantil.com

Octavo.

Son, pues, autores de los once delitos de aborto ilegal cometidos, el acusado Abel Pablo , como autor mediato conforme al artículo 28. 1 del Código Penal , y Lazaro Saturnino , como cooperador necesario de acuerdo con lo previsto en el artículo 28. 2 b) del Código Penal .

Noveno. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

A) Concorre en ambos acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento , prevista en el artículo 21. 6 del Código Penal .

El prolongado periodo de tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, en el año 2007, hasta el enjuiciamiento que ha dado lugar a esta sentencia, casi nueve años en total, constituye sin duda una dilación extraordinaria. A su vez, la observación de las causas que la han causado permiten afirmar su presencia en todas las fases del proceso, así como su falta de justificación, aún valorando su evidente complejidad. El primer enjuiciamiento se produjo en septiembre de 2012, cinco años justos después del inicio del procedimiento (tras cuatro años de instrucción) y, por tanto, escasamente explicable por dicha complejidad (aún teniendo en cuenta la cantidad de acusados y, sobre todo, de testigos que debían ser convocados al acto del Juicio Oral). Y todavía menos justificable es el periodo que ha comportado la fase de impugnación de la primera sentencia dictada en enero de 2013 y el segundo enjuiciamiento.

Podemos citar la muy reciente STS 285/2016 : "La complejidad no justifica una espera de más de ocho años (si incluimos la casación) hasta obtener resolución final. El hecho que las incidencias entorpecedoras no sean reprochables a los responsables de la tramitación y gestión del procedimiento, no disipan el perjuicio derivado de la demora sufrido por el justiciable. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. Decidir sobre la atenuante no es un tema de identificar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto la afectación en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable; como que quien lo invoca no ha contribuido a los retrasos con su comportamiento procesal". Acto seguido, y analizando la calificación de la circunstancia, añade: "Para valorar la intensidad de la atenuante se debe conjugar tanto el examen del total de duración del proceso, como la dimensión de los periodos de ralentización y sus causas".

En este caso, teniendo en cuenta ambos factores, en relación a los datos temporales de esta causa, antes descritos, justifican de forma suficiente la aplicación de la circunstancia atenuante como muy cualificada.

B) No procede la aplicación pretendida por algunas acusaciones de la circunstancia agravante de actuar mediante precio, recompensa o promesa. La remuneración económica que obtenían los acusados en las clínicas TCB y Ginemedex no respondía única y exclusivamente a la realización de una actividad delictiva y una parte importante de dicha remuneración era del todo legítima, con independencia de la valoración moral que puedan merecer algunas de las cantidades monetarias que las mujeres embarazadas satisfacían por los servicios que recibían. No concurre, pues, un plus de desvalor en la acción que justifique la agravación de la pena.

Décimo. Penalidad

La penalidad imponible, conforme al artículo 145. 1 del Código Penal , por cada delito de aborto ilegal, se compone de la pena de prisión de uno a tres años y la inhabilitación para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas,



www.civil-mercantil.com

establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. La atenuación que prescribe la aplicación del artículo 66. 2ª. del mismo Código - pena inferior en uno o dos grados al aplicarse solamente una circunstancia atenuante muy cualificada - permite imponer la pena en el límite mínimo de la pena inferior en un grado, decisión acorde con la gravedad y el número de infracciones cometidas. Procede por tanto imponer a cada uno de los acusados y por cada uno de los delitos de aborto cometidos, las penas de seis meses de prisión y la de inhabilitación referida por el mismo tiempo.

Undécimo.

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 123 del Código Penal y arts. 239 y ss. de la L.E.Cr ., procede imponer a los acusados el pago de las costas causadas en esta causa, correspondiendo a cada uno de ellos 11/245 partes de su total. El resto de las costas se declaran de oficio.

Ha de entenderse que deben incluirse las costas causadas por las acusaciones populares en este proceso. Siguiendo la reciente STS 474/2016 , "ha de entenderse que rige la «procedencia intrínseca» de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras (SSTS 147/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; 716/2009, de 2-7 ; y 773/2009, de 12/7). De modo que sólo es exigible una motivación expresa en este punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular (SSTS 223/2008, de 7-5 ; 750/2008, de 12-11 ; 375/08, de 25-6 ; y 203/2009, de 11-2)".

En coherencia con la valoración anterior, no pueden estimarse las pretensiones de las Defensas de los acusados absueltos de condena al pago de las costas por ellas causadas a las cuatro acusaciones populares que han ejercido la acción penal. La Sala no puede apreciar ningún motivo o causa de la que concluir temeridad o mala fe en la actuación de las acusaciones. De hecho, hasta el momento procesal de fijación de las conclusiones definitivas, su posición procesal ha sido muy similar a la del Ministerio Fiscal, y del todo homogénea en sus pretensiones. Y lo mismo cabe decir de la postura adoptada por las acusaciones respecto a la determinación del material probatorio introducido en el proceso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de procedente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Abel Pablo y a Lazaro Saturnino , como autores de **ONCE DELITOS DE ABORTO ILEGAL**, previstos y penados en el artículo 145. 1 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, con la imposición, a cada uno de ellos y por cada uno de los delitos, de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **SEIS MESES** de inhabilitación para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados; con imposición a cada uno de ellos de 11/245 partes de las costas causadas en este proceso.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

En relación a las penas de prisión que se imponen a cada uno de los dos acusados, es aplicable la limitación prevista en el artículo 76. 1 del Código Penal , de manera que la pena a imponer, a cada uno de ellos y por la totalidad de los delitos cometidos es de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN.

Que ABSOLVEMOS a Abel Pablo y a Lazaro Saturnino de los delitos de asociación ilícita y de falsedad de los que venían siendo acusados, así como del resto de los delitos de aborto ilegal por los que se les dirigía acusación.

Que ABSOLVEMOS a Melisa Lorenza , Joaquin Obdulio , Hector Urbano , Leandro Bienvenido , Pablo Urbano , Petra Cristina , Alberto Rodrigo , Amador Urbano y Milagrosa Hortensia de los delitos de aborto ilegal, asociación ilícita y falsedad de los que venían siendo acusados.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, cuyo original se unirá al legajo correspondiente y certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados del margen.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.