

de la constitución de la fianza, por lo que ésta ha carecido absolutamente de objeto, y la suma depositada deberá ser reintegrada, sin más, a la persona que la constituyó.

b) Sobre la imposibilidad legal para la celebración del juicio contra el procesado presente Joachin Peter Grafe en tanto no sea declarado en rebeldía Berndt Günter Pulwey, declaración que no se considera viable, ya que la presunta rebeldía no es imputable al reo porque no se le ha dado oportunidad para comparecer ante el Tribunal de Castellón. Por tratarse de un procedimiento ordinario es de aplicación lo dispuesto en el artículo 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo a lo cual sólo podrá continuarse el curso de la causa respecto a los procesados presentes cuando se hubiese declarado la rebeldía de los ausentes.

Sin embargo, es de tener presente que en este caso el juicio contra Joachin Klaus y Peter Grafe no puede quedar indefinidamente suspendido, dando lugar a los perjuicios que para ese procesado y para la recta administración de justicia supone la indefinida situación de pendencia.

La Ley 28/1978, de 26 de mayo, que acaba de entrar en vigor, permite la continuación del juicio para los procesados presentes sin necesidad de previa declaración de rebeldía de los que no hubieren comparecido, siempre que éstos hayan sido citados personalmente y el Tribunal entienda, con audiencia de las partes, que existen elementos suficientes para juzgar a los procesados presentes, con independencia de los que no hubieren comparecido.

Esta solución discrecional del Tribunal requiere que los procesados que no hubieren comparecido hubieran sido citados personalmente y, en el caso de Berndt Günter Pulwey, la citación personal que pudiera hacerse sería una mera ficción, ya que es notorio que está impedido de comparecer por hallarse en prisión.

La solución racional en este caso es la de declaración de rebeldía de Berndt Günter Pulwey, conforme a lo prevenido en los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiéndose que no tiene domicilio conocido el que carece de él dentro del territorio nacional y, por consiguiente, no se halla a disposición del Tribunal.

El hecho de que la incomparecencia de Berndt Günter Pulwey no le sea imputable deberá ulteriormente ser tomada en consideración a los efectos de impedir las consecuencias lesivas que en cualquier sentido pueda tener para ese procesado la expresada declaración de rebeldía y una vez que pudiendo hacerlo comparezca ante el Tribunal.

En consecuencia, se atenderá V. I. en su actuación a los términos expresados.

#### CONSULTA NUM. 5/1978

### EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL ESPAÑOLA EN RELACION CON UN DELITO DE ABORTO COMETIDO EN FRANCIA

Con fecha 5 de los corrientes ha tenido entrada en esta Fiscalía su escrito de 26 de mayo, al que acompaña consulta formulada por el Ilmo. señor Fiscal de la Audiencia de Tarragona sobre extraterritorialidad de la Ley Penal

española y competencia de nuestros Tribunales para el enjuiciamiento de un presunto delito de aborto cometido en Francia al que se refieren las diligencias previas 144/1978 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa.

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

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

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

El citado artículo 339 dispone:

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

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

Conforme a la hipótesis del artículo 339, antes transcrito, no basta que se trate de un delito cometido por un español, sino que ha de ser contra otro español, y en relación con la nacionalidad del sujeto pasivo, el delito de aborto consentido por la madre plantea sus dudas la consulta porque considera que en este caso la víctima es el feto, que «no es aún persona física, a quien, entre otras cosas, pueda atribuirse una nacionalidad».

Para examinar este punto se ha de partir de que el delito de aborto es indudablemente un delito contra la vida no sólo porque en la sistemática del Código aparezca junto a los demás atentados contra la vida (homicidio, parricidio, asesinato e infanticidio), sino porque fundamentalmente, y sin ningún género de duda, el feto es un ser vivo. La vida existe en el meramente concebido, aunque todavía no sea persona, sino sólo esperanza de per-