

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Santiago de Compostela

CAMBIO SOCIAL Y DERECHO PENAL

1. TIPOS PENALES Y CAMBIO SOCIAL
2. DELINCUENCIA SEXUAL Y OPINION PUBLICA
 - 2.1. El delito de adulterio
 - 2.2. El incesto
 - 2.3. Estupro de engaño
 - 2.4. Rapto impropio
 - 2.5. Delitos relativos a la prostitución
 - 2.6. Consideraciones finales
3. CELEBRACION DE MATRIMONIOS ILEGALES EN LA SOCIEDAD ACTUAL
4. LA VIDA HUMANA Y SU PROTECCION PENAL
 - 4.1. El delito de aborto voluntario en la vigente Legislación penal española y los recientes movimientos abolicionistas.
 - 4.2. Proyección en España de los actuales movimientos
 - 4.3. Dificultades de la Política Criminal a seguir
 - 4.4. Anticoncepcionismo y favorecimiento del aborto
5. LA EJECUCION DE LA PENA
6. CONSIDERACIONES FINALES

1. Las llamadas por Max Ernesto Mayer normas de cultura —aquellos mandatos y prohibiciones por medio de los cuales una sociedad exige un comportamiento que corresponda a sus intereses—, están sometidas a una constante renovación. Toda organización social suscita críticas que van modificando moldes que en otras épocas nos podían parecer inmutables, ya sea de manera imperceptible ya sea de forma violenta.

Esta continua renovación, como es lógico, se proyecta también sobre las fronteras de la represión penal. Asistimos en nuestros días a un cambio de opinión ante determinadas conductas hoy consideradas delictivas y, por otro lado, se solicita el castigo de nuevas formas de la violencia y del crimen.

El ciudadano medio que confía en la perfección de la máquina punitiva, está lejos de saber que un gran número de delitos permanecen inmersos en la llamada por los criminalistas y criminólogos “cifra negra”. Es muy gráfica la expresión que utiliza Jean Dupreel (1)

(1) DUPREEL, J. *Le droit pénal et l'action contre le crime*, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, II, *Etudes de Science pénale et politique criminelle*, Paris, 1975, p. 102.

que presenta la imagen del fenómeno criminal como un *iceberg* donde sólo emerge la cresta mientras que la masa permanece invisible.

2. Entre las conductas hoy tipificadas como delitos que se someten a revisión por algunos sectores sociales, por los especialistas e incluso por algunas legislaciones, se pueden destacar las ideas sobre sexualidad y regulación de la natalidad. Ello es debido, como se ha observado por la doctrina más autorizada, a que la moderna sociedad industrial empuja hacia nuevas formas de comportamiento que poco o nada tienen que ver con el orden moral de la burguesía que hasta comienzos del siglo actual era dominante. Estas diferencias esenciales originan profundas discrepancias, acertadamente señaladas por Bauer, Bürger-Prinz, Giese y Jäger (2), entre las bases morales de comportamiento sexual, en desarrollo dinámico, y el orden jurídico que estáticamente se aferra a la tradición.

Ante la delincuencia sexual la opinión pública se muestra dividida. Para un grupo, todavía muy numeroso y que desconoce los más recientes resultados obtenidos por la moderna criminología, el delincuente sexual debe ser duramente castigado. Para otro grupo, más conecedor del problema, el delincuente sexual actúa movido por irresistibles motivaciones, quizá, por desequilibrios hormonales. Otros consideran que los delincuentes sexuales son anormales mentales (3). La

(2) *Sexualidad y crimen*, Obra colectiva, versión de la 3^a Ed. alemana por E. GIMBERNAT, Barcelona, 1969, p. 6.

(3) BOUZAT, P., *Traitements nouveaux de la délinquance sexuelle*, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, cit., p. 87 s.

cuestión es difícil de resolver: los jueces en la mayoría de los países continúan aplicando duras penas de privación de libertad, sobre todo a los reincidentes, de delitos de exhibicionismo, homosexualidad, etc., por el peligro que con su conducta hacen correr a la sociedad. Pero la pregunta ante esta solución surge de inmediato: ¿Es la prisión la medida penal más acertada? Sabido es que en la mayor parte de los casos no hace otra cosa que contribuir a agravar el estado psíquico de estas personas. A esta pregunta aún añadiríamos otra: ¿Hasta qué punto se puede diferenciar aquí entre culpabilidad y anormalidad? Por otro lado, la línea divisoria entre inmoralidad y criminalidad se torna sinuosa y quebradiza cuando se trata de determinadas formas criminales.

2. 1. Otra de las conductas sometidas a revisión es el delito de adulterio, estrechamente ligado al divorcio. El claro ejemplo de esta relación adulterio—divorcio lo tenemos en nuestra historia de la legislación penal cuando el legislador de la República estimó preferible suprimir el delito de adulterio del Código Penal de 1932 habida cuenta que la Ley de divorcio, entonces vigente, consideraba la infidelidad como causa de disolución del matrimonio. Desapareció así, de acuerdo con los módulos sociales entonces dominantes, el delito de adulterio, restablecido en 1942 como tal delito. Entre los países que no consideran delito el adulterio se pueden mencionar Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Polonia, URSS, Bulgaria, Cuba y Uruguay. En fecha más reciente se ha

suprimido en Alemania Federal, en 1969, y en Luxemburgo, en 1.974 (4).

2. 2. También el incesto pasa en su evolución de ser considerado como una de las figuras más odiosas, al romper con ancestrales normas de la naturaleza, a una corriente de reacción contra su consideración como delito. El Código Penal francés de 1.810, llamado Código de Napoleón, todavía vigente con las lógicas modificaciones, no lo incluye en su articulado. Y quizá por su influencia, deja de mencionarse la palabra "incesto" en el Código Penal español. En efecto, nuestro Código, de una manera vergonzante, lo incluye entre las posibles clases de estupro y lo recorta a supuestos muy concretos que dejan fuera el caso más clásico recogido en la literatura (4 bis).

(4) Vid. FERNANDEZ RODRIGUEZ, M. D., *Política criminal del adulterio* en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1976, p. 153.

(4) bis.— Como recuerda QUINTANO RIPOLLES (*Estupro*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IX, Barcelona, 1958, p. 141), la conveniencia de la incriminación del incesto ha sido negada por "penalistas de la talla de un CARRARA, en Italia (*Programa*, párrafos 2000 y 2005); de un GARRAUD, en Francia (*Traité*, t. V, pág. 49), y de un GROIZARD, en España (*El Código penal de 1870*, t. III, página 174), los tres afectos, por lo demás, a las mejores tradiciones de la Escuela clásica. En la opinión del maestro de Pisa, falta la cualidad de verdadera Víctima en el hecho incestuoso, así como la de bien jurídico particular o universal vulnerado, debiendo ser punible tan sólo cuando va acompañado de otro delito sexual, a modo de agravante, como en el Código francés, o cuando en sí mismo integre delito de escándalo público. Conforme a esta última tesis, el Código italiano integra en su artículo 564 el delito de incesto bajo el presupuesto material del escándalo, sin el cual el hecho mismo resulta intrascendente en lo penal. Parecidos son los argumentos de GARRAUD y GROIZARD, amparados en la tradición legislativa francesa, que insisten en los peligros que entraña siempre la investigación y enjuiciamiento de

2. 3. En cuanto a los supuestos de estupro de engaño con mujer mayor de 16 años y menor de 23, del art. 436, párr. 1^o parece excesivamente alto el tope de edad de protección penal a la mujer y no parece lógico asegurar en nuestros días que “la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo” como afirma una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo (S. 31 mayo 1. 974). Prueba de ello es que la propia sentencia, reconoce que en “estos tiempos de emancipación femenina, de equiparación casi completa del hombre con la mujer, en el orden familiar, en el laboral y en el social, de igualdad de derechos cívicos, políticos y oportunidades, de educación sexual abierta y sincera sin velos o disimulos de ancestral hipocresía, y de carga ambiental de acusado, cuando no agobiante, erotismo, puede parecer, a primera vista, anacrónica y desfasada la figura del estupro de seducción establecida en el párrafo 1^o del art. 436 del C. P.”. A nuestro entender, sería más correcto suprimir la expresión “a primera vista” (5).

2. 4. Los elevados límites de edad volvemos a encontrarlos en el denominado rapto impropio del art. 441: “El rapto de una mujer mayor de 16 años y menor de 23, ejecutado con su anuencia, será castigado

relaciones de tal naturaleza, a veces más escandalosas y perniciosas que el hecho mismo, para la moral social y familiar que se trata imprudentemente de defender”. Vid. en fecha reciente MORILLAS CUEVA, L., *El delito de estupro -incesto*, en *Anuario de Derecho Penal* 1976, p. 293 ss.

(5) Vid. SAINZ CANTERO, J. A., *La condición jurídica de la mujer en el Código penal español*. *Anuario de estudios sociales y jurídicos*. Escuela Social de Granada, vol. IV, 1975, p. 227 ss.

con la pena de arresto mayor...". Jurisprudencia reciente trata de justificar lo que hoy no parece fácilmente justificable con argumentos desfasados: "La ley presume "iure et de iure" que por su impubertad legal no está en condiciones de decidir con libertad de criterio y consciente volición sobre sí accede o no a ser apartada del domicilio familiar" (S. 7 de Diciembre de 1.973); "el delito de raptó impropio, ampara a las hembras menores, de dicha edad (veintitrés años), que por falta de maduración psicológica, señalada por la ley cronológicamente, no se les permite otorgar consentimiento válido a la faz del Derecho Penal..." (S. 10 de mayo de 1.974).

2. 5. El alejamiento de la realidad sociológica de los tipos penales se hace más evidente, si cabe, en los llamados delitos relativos a la prostitución: La lucha contra la prostitución, en efecto, es una constante en la política criminal con base en distintos argumentos, entre los que destacan la conocida teoría lombrosiana de la sustitución del delito por la prostitución de la mujer —acertadamente rechazada por nuestro Bernaldo de Quiros (6)— y la fácil situación para la comisión de otros delitos tales como el rufianismo, proxenitismo, el conocido hurto de la prostituta y participación en los delitos de su rufián, el contagio sexual, desacatos y resistencia. Todo ello trata de combatirse mediante una serie de Conferencias y Convenios a nivel internacional —así la Conferencia de París de 1.902 y

(6) BERNALDO DE QUIROS, C., *Criminología*, Puebla, México, 1948, p. 125 y 296.

Convenios de 1.904, 1.910 y 1.950, ratificado por España en 1.962— y, a nivel nacional, con nuevos tipos en los Códigos penales que nuestro vigente Código, en principio, incluyó en los distintos números del art. 431, entre los delitos de escándalo público, y en los arts. 438 y 439, de la corrupción de menores.

Sin embargo, el olvido de los concretos preceptos del Código se hace tan evidente en la práctica que nuevamente se acude a una reestructuración de las disposiciones legales; en primer lugar el Decreto Ley de 3 de marzo de 1.956 que, se dice, abolió la prostitución reglamentada en nuestra patria; en segundo lugar la introducción de un nuevo Capítulo, entre los delitos contra la honestidad, con el epígrafe “Delitos relativos a la prostitución”, por Ley de 23 de Diciembre de 1.961, de Bases para la revisión parcial del Código Penal y cuyo articulado se desarrolló por Decreto de 24 de Enero de 1.963. Al nuevo Capítulo se aportan, en apresurado acarreo, las figuras antes tipificadas en los distintos números del mencionado art. 431, salvo su número primero, y en los arts. 438 y 439, también mencionados. El apresuramiento de la reforma se puede comprobar en el poco cuidado que se ha tenido con los propios epígrafes, sin entrar ahora en otras cuestiones de detalle del articulado. En efecto, el Capítulo III continúa denominándose “Del estupro y de la corrupción de menores” cuando todo lo referente a corrupción de menores pasó con la reforma a los delitos relativos a la prostitución (7); y el art. 452

(7) RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid, 1975, p. 158.

bis c), que hace referencia a la derogada Ley de Vagos y Maleantes; en este caso parece que las reformas del Código Penal de 1.971, 1.974, 1.976 y 1.977 no se han enterado de la vigencia de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1.970.

La problemática que se deriva de la prostitución y las sanciones penales con las que se trata de combatir se puede observar en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1.963 (8) que recuerda la enviada al publicarse el D-L. 3 Marzo 1.956 y la de 31 Enero 1.924, en la que "hacfa notar el oïvido en que se tenía la aplicación de los preceptos concretos del Código Penal que sancionan las distintas formas de explotación de la mujer prostituída y las maniobras que se ejercen para su corrupción". La Circular destaca que, a partir de la expresada abolición, se viene observando el aumento de la prostitución clandestina y cómo esta clandestinidad conduce a que la mujer esté más expuesta a la explotación ajena; también destaca otro fenómeno que se advierte, especialmente en las grandes ciudades, en relación con las mujeres prostituídas, las cuales se exhiben "por las calles o establecimientos públicos, solicitando más o menos descaradamente a los hombres, lo que el público presencia con el natural escándalo y con posible grave trascendencia, puesto que entre ese público se encuentran jóvenes de ambos sexos". Según la circular, esta última conducta está evidentemente comprendida en el reformado art. 431,

(8) Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1963, Vid. Aranzadi nº 1276.

con la agravación prevista en su párrafo segundo. Pues bien, a nuestro entender —y dejando a un lado el poco acertado nuevo párrafo segundo, que evidencia otro defecto de la apresurada reforma (9)—, no se puede afirmar que la conducta descrita esté “evidentemente” comprendida en el art. 431 reformado, como prueba el hecho de que la misma Circular nos dice: “solicitando más o menos descaradamente... y con posible grave trascendencia”. Ahora bien, no vale el apoyo en la referencia a “algunas legislaciones extranjeras”, que por otro lado no se especifica cuáles sean ni la alusión al escándalo que puedan producir en jóvenes de ambos sexos, dada la formación de estos en la sociedad actual; quizá el posible escándalo se dé con mayor facilidad en personas pertenecientes a generaciones anteriores.

Por otro lado, no podemos olvidar que la política criminal perseguida en los delitos relativos a la prostitución va dirigida a sancionar las actividades de tercería; que la persona prostituída queda fuera de la represión penal, que la prostitución en sí misma considerada no constituye delito (10), y que la mujer prostituída dispone de medidas tutelares y administrativas, que son las que deben prevalecer. Sin embargo, nuestra vigente Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social considera en estado peligroso a

(9) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, cit., p. 171.

(10) QUINTANO RIPOLLES, A., *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, 1963, p. 371. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, cit., p. 176. Vid. Circular F. T. S. de 17 de julio de 1968 apartado b) del nº 1 “Los delitos relativos a la prostitución”.

los que habitualmente ejerzan la prostitución, equiparando en peligrosidad social esta conducta con algunas actividades de tercería (11).

2. 6. En realidad, muchas de las figuras delictivas incluídas en el ancho epígrafe de delitos contra la honestidad, no son otra cosa que vestigios de una concepción social periclitada. Poco a poco se van rompiendo en pedazos y desaparecen del Código Penal por responder a un concepto de honor familiar, más que personal, que no encaja bien en la sociedad actual de corte más abierto y con nuevas estructuras. La supresión del art. 428 en su antigua redacción —el llamado artículo calderoniano— que hacía referencia a un simulacro de pena, o eximía, por las lesiones o muerte causada a los adúlteros sorprendidos *in fraganti*; la desaparición —aún cuando haya sido temporal— del delito de adulterio y las otras cuestiones más arriba planteadas, nos hacen dudar si son razonables y están justificadas las actuales reacciones penales ante la sociedad de nuestros días sensiblemente evolucionada.

3. Otro de los lugares del ordenamiento jurídicopenal español donde se puede observar el

(11) Art. 2^o, B), 4^o La redacción originaria incluía solamente "las que habitualmente ejerzan la prostitución", posteriormente se extendió a la prostitución masculina "los que habitualmente ejerzan la prostitución" (Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, 1974, p. 825, nota 33. SERRANO GOMEZ, A., *Ley de peligrosidad y rehabilitación social*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1974, p. 225). La reforma de 1974 dió nueva redacción a este número 4^o añadiendo otras conductas e incluyendo a otros sujetos.

desfase producido con la evolución social, es la consideración del matrimonio ilegal en el vigente Código Penal. "Los delitos contra el estado civil de las personas", Título XI, del Libro II, incluyen en su Capítulo segundo "De la celebración de matrimonios ilegales". En la evolución de estas figuras delictivas se pasa, en un primer momento por considerarlas como delitos contra la honestidad; la bigamia se confunde con el adulterio en la *Lex Julia* y el Digesto la sitúa al lado del incesto y del estupro (Ley II, XII, tft. V, libro 48). Las fuentes eclesiásticas al referirse en concreto al delito de bigamia insisten en considerarlo como atentatorio al sacramento del matrimonio. Pero el Derecho Penal se aleja, en etapa posterior, de consideraciones pseudo religiosas que, en opinión de Tomás y Valiente, no habían servido más que para endurecerlo (12). Con la aparición de nuevas ideas, con la laicización, pasará a ocupar distinto lugar (al variar su naturaleza jurídica) en los diferentes Códigos Penales, que aparecen en el siglo XIX; consolidada su posición, en el siglo XX, se introducen importantes variaciones en una triple consideración de delito contra la familia, contra las buenas costumbres o contra el estado civil de las personas.

La redacción inicial del Código Penal español de 1.944 quiere interpretar el sentir de la sociedad de la época y no duda en dar entrada en una amplia tipología en la que sanciona penalmente no sólo la

(12) TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la monarquía absoluta* (s. XVI-XVII-XVIII), Madrid, 1969, p. 408.

celebración de matrimonios con algún impedimento dirimente no dispensable sino también el contraído mediando algún impedimento dispensable. Han de pasar casi tres lustros hasta que el legislador reconsidere la amplitud desmedida dada al Capítulo; la Ley de 24 de abril de 1.958 deja sin contenido los arts. 473 a 477 que hacían referencia a los impedimentos dispensables; a partir de ese momento se convertirán en meras ilicitudes civiles al perder su rango penal. Es lástima que la reforma no se haya cuidado más, pues la supresión sólo alcanza a los contrayentes; por lo que respecta al Juez, el art. 478 —reformado también por la citada Ley, pero no suprimido— contempla el posible doble supuesto de autorizar matrimonio prohibido por la ley concurriendo algún impedimento no dispensable o dispensable. La reforma de este precepto con respecto a su redacción originaria se limitó a eliminar la responsabilidad del eclesiástico, que se parificaba a la del Juez, y a introducir la expresión “conocido o denunciado” con el fin de alejar hipótesis de estructura culposa, ya que la redacción anterior admitía posibles conductas profesionales negligentes (13).

Por otro lado, la ley del matrimonio civil de 28 de junio de 1.932 y la de divorcio de 2 de marzo, que dió lugar, como hemos visto, a la erradicación temporal del delito de adulterio, crearon difíciles situaciones con distinta interpretación por parte del Estado y de la Iglesia, según el momento histórico. El Decreto derogatorio de

(13) QUINTANO RÍPOLLES, A., *Bigamia*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo III, Barcelona, 1951, p. 417 y *Compendio de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1958, p. 287.

12 de marzo de 1.938, que no se dictó con efecto retroactivo y la Ley de 29 de septiembre de 1.939 que derogó la Ley de divorcio mencionada de 2 de marzo de 1.932, originaron una confusa situación ante el hecho de que aquellas uniones civiles se habían celebrado existiendo el divorcio vincular y posteriormente las personas así unidas no podían divorciarse y, si contraían nuevo matrimonio, cometían delito de bigamia. Dejando a un lado las posiciones doctrinales mantenidas por los canonistas (14) se puede observar un claro cambio de actitud en la interpretación de estas situaciones por parte del Tribunal Supremo; en una primera fase absuelve a quien casado civilmente contrae, con posterioridad, matrimonio canónico, con autorización de la Curia (S. 6 junio 1.945), pero, ya en una segunda fase que se mantiene con firmeza y que arranca de la sentencia de 14 de enero de 1.955, se estima que estas conductas encajan en el delito de bigamia (15).

(14) Vid. FERNANDEZ ARRUTY, J. A., *El problema de la validez del matrimonio civil contraído con arreglo a la legislación republicana*, En *Revista de Derecho Notarial XVII-XVIII*, 1957, p. 335 ss.

(15) Vid. La crítica a esta sentencia de GARCIA CANTERO, G., *Un giro en la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo VIII, 1955, p. 648 ss. Vid. también FERNANDEZ ARRUTY, *El problema de la validez del matrimonio civil*, cit., P. 337 s. donde expone las dos fases que también se observan en la Resolución de la Dirección General de Registros de 3 Febrero 1942: "El juez Municipal no puede mezclarse en el matrimonio canónico ni negar su inscripción", y en la Resolución Dirección General Registros de 23 Abril 1.949: "El Juez no debe asistir al acto ni autorizar la inscripción de quien casado civilmente intenta hacerlo canónicamente".

4. La vida humana es objeto de protección desde el embrión hasta el momento final de su existencia. Esta protección está organizada por el Derecho a través de diversas figuras que varían según los diferentes países; las más frecuentes son: aborto, homicidio, asesinato, parricidio, infanticidio. Como variedad del homicidio se suele añadir el auxilio e inducción al suicidio, y el homicidio consentido, estrechamente ligado a la llamada eutanasia o muerte dulce, sin sufrimiento. En algunas legislaciones, el asesinato desaparece como delito independiente, al quedar incluido dentro del homicidio; el homicidio consentido no tiene trato especial; por lo que hace al parricidio, su vinculación con el infanticidio es estrecha, lo cual origina, con frecuencia, difíciles cuestiones que repercuten en la aplicación de una pena de máxima gravedad —la que conlleva el parricidio—, o una sanción penal muy atenuada, la que se aplica al infanticidio. También desaparece el denominado aborto voluntario, el aborto realizado con consentimiento de la mujer.

De esta amplia gama de figuras penales, todas ellas existentes en nuestro vigente Código Penal, vamos a centrar nuestra atención en una de ellas que se ve sometida a revisión por la opinión pública, con fuerza, en nuestros días: el aborto.

4. 1. El delito de aborto se considera como un delito contra la vida humana dependiente, a diferencia del homicidio, asesinato, parricidio e infanticidio que son delitos contra la vida humana independiente. Su límite máximo viene determinado por el límite

mínimo del homicidio (16). Según la definición de la llamada Ley del aborto, de 1.941, consiste este delito en la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o su destrucción en el vientre materno. Definición que adolece del defecto de no mencionar la muerte del feto—no se comprende esta omisión— a posibles supuestos que se pueden presentar, y que se salva en la conocida definición de Francesco Carrara: “La muerte dolosa del feto en el útero o la violenta expulsión del vientre materno de *la cual se produzca consiguientemente la muerte del feto*” (17).

Pues bien, de los diversos tipos de aborto recogidos en el Código Penal español la doctrina científica comienza a mostrar sus dudas, su inquietud, ante el aborto voluntario, el aborto con consentimiento de la mujer. Por un lado, la sanción de estas conductas tipificadas en el texto punitivo; por otro lado, el aumento incesante de abortos hasta el punto de ser considerado como uno de los delitos característicos de la criminalidad contemporánea —aún cuando no se pueda precisar su número— ya que las estadísticas criminales no reflejan con exactitud su incremento por diversas causas, en especial la clandestinidad y el secreto con que se realizan. Entre los motivos que han llevado a esta situación se suelen mencionar, entre otros, las dificultades económicas, el predominio de las

(16) Vid. Sobre la delimitación entre homicidio y aborto STAMPA BRAUN, J. M., *El objeto material de los delitos contra la vida*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1950, p. 519 ss.

(17) Vid. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, IV, Madrid, 1956, p. 223.

aspiraciones materiales, dureza de la vida, y el debilitamiento de los valores familiares y religiosos. Ya no predominan —por lo menos, como en otras épocas— la situación social de la mujer soltera o el miedo al embarazo (18).

Pero el problema grave que se nos presenta en nuestros días es, a nuestro entender, la opinión cada vez más generalizada en favor de la no punición de estas conductas (19). En efecto, como ha destacado algún sector doctrinal, las ideas sobre regulación de la natalidad han sufrido en este siglo fundamentales modificaciones (20). Ya a mediados de siglo Bernaldo de Quiros afirma: “representa en la actualidad el conflicto más vivo y continuo entre las leyes y las costumbres, que aguarda una solución honrosa” (21).

Ante esta afirmación y habida cuenta de que ha transcurrido un cuarto de siglo, hemos de preguntarnos si ha llegado el momento de la “solución honrosa”. Si observamos con cuidado los argumentos abolicionistas veremos que poca novedad ofrecen con respecto a los esgrimidos hace siglos de los que, con frecuencia son variaciones más o menos originales. En efecto, a través de la Historia se mantiene la lucha entre espiritualismo y materialismo, y uno de los puntos en discusión será

(18) Vid. CUELLO CALON, E., *Tres temas penales*, Barcelona, 1955, p. 7s. BERNALDO DE QUIROS, *Criminología*, cit., p. 128.

(19) Vid. el reciente libro de LANDROVE DIAZ, G., *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976.

(20) BAUER y otros *Sexualidad y crimen*, cit., p. 6.

(21) BERNALDO DE QUIROS, *Criminología*, cit., p. 128.

la posibilidad del aborto. El argumento del Derecho romano que basa su licitud en el *ius in se ipsum*, que entiende que el feto no es otra cosa que *portio viscerum matris*, va a ser utilizado por los abolicionistas, durante los siglos XVIII y XIX, juntamente con los ya conocidos del temor de la mujer soltera embarazada a la deshonra, ya mencionado, y ser con frecuencia motivo de otros delitos. Pero en nuestros días la polémica se ha generalizado a todos los niveles, debido a los medios de comunicación social que hacen llegar a la gran masa cuestiones antes reservadas únicamente al científico. Esta presión social, conducida con frecuencia por vías políticas, va a llevar a algunas legislaciones a suprimir el delito de aborto. Así, en Holanda, grupos de médicos se muestran partidarios del llamado aborto terapéutico; en Suiza, en 1973, se crea una asociación que defiende la abolición de la ley penal sobre el aborto; y la misma polémica se puede observar en Dinamarca, Australia, Estados Unidos de Norteamérica, Italia, Francia y Alemania. A consecuencia de este estado de opinión el aborto se legaliza en Inglaterra; en Alemania desde junio de 1974; también en la República democrática, desde marzo de 1972, si bien con la limitación de realizarlo durante los tres primeros meses del embarazo; en los Estados Unidos, legalizado parcialmente por una decisión del Tribunal Supremo, a principios de 1973, ha alcanzado amplia liberalización en algunos Estados; Francia, con el Proyecto de Ley de 1973, legalizado el 17 de Enero de 1975, con la limitación de realizarlo en las diez primeras semanas

del embarazo, criterio seguido por Austria y Suiza; en Dinamarca está admitido, con la limitación de realizarlo dentro de las doce primeras semanas del embarazo, con base en el principio de aborto libre y gratuito (22). Esta nueva y avanzada orientación legislativa produce movimientos abolicionistas en otros países; a los consabidos argumentos de la libertad de la mujer a disponer de sí misma, y a las posturas menos radicales —como la de admitirlo en los casos de peligro para la vida de la madre, posible nacimiento de un ser subnormal, razones sociales, o en los casos de embarazo a consecuencia del delito de estupro o violación—, se añade ahora la consideración del aborto como forma de discriminación social ya que la mujer que disponga de buena posición económica puede viajar impunemente a cualquiera de los países donde está legalizado, con el firme propósito de someterse a prácticas abortivas y regresar a su país, donde no será procesada pues el acto no es delictivo en el país donde lo realizó, y ya sabemos la importancia de la territorialidad de la Ley penal.

Sin embargo, ésta y otras opiniones pueden conducir a otros problemas. Una de las conclusiones del Congreso Internacional sobre el aborto, celebrado en Bruselas en 1.971 organizado por la sociedad belga “Saint-Luc”, y al que asistieron médicos de diversos países, dice: “La experiencia de los países que han

(22) Vid. LANDROVE, *Política criminal del aborto*, cit., p. 51, s., 64 s., 68 y 130. MARTY, D., *La repression penale de d'avortement. Notes de droit comparé*, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1974, p. 391 ss. *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid 1974, p. 76 s.

liberalizado las disposiciones legales en materia de aborto provocado muestra que se han rebasado los límites de la legislación y que, de hecho, el aborto es practicado a petición, sin ningún tipo de restricciones". En efecto, es muy difícil controlar las limitaciones impuestas por algunas leyes para la autorización del aborto y una ley nueva que no se cumple origina en la opinión pública una falta de confianza, como si el legislador se hubiera precipitado sin haber meditado suficientemente las consecuencias inmediatas que se producirían con su entrada en vigor.

4. 2. La animada polémica mencionada, las nuevas disposiciones legales de los países citados y el área de su influencia cultural es lógico que produzcan reacciones de todo tipo en España. La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1.972 menciona la protesta de los médicos españoles ante las "ofertas formales remitidas desde Inglaterra para el envío de mujeres embarazadas que desearan practicarse el aborto" con dicotomía a favor del médico español remitente (23). Es lógico también que estas ofertas aumenten, habida cuenta del mayor número de países —entre ellos nuestra vecina Francia—, que han admitido la licitud del aborto con consentimiento de la mujer. Por otro lado, también en España la cifra negra en materia de aborto es muy elevada; como es sabido, son muy pocos los casos que llegan a conocimiento de las autoridades judiciales y

(23) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1972, p. 60.*

los pocos que llegan, en su mayor parte, son debidos a algún desenlace fatal a consecuencia de las prácticas abortivas.

Es evidente que nos encontramos con un delito que aumenta de forma alarmante, que con las disposiciones legales en vigor poco o muy poco se consigue, desde el punto de vista de política criminal.

¿Cuál es la opinión de la sociedad española? Poco se puede decir. En las pocas ocasiones en que se ha intentado hablar del tema —y no por mimetismo extranjerizante, sino con pretendidos nuevos argumentos—, se ha cortado la discusión de manera más o menos radical. Sin embargo se alentaba la postura tradicional mantenida por diversos sectores, especialmente religiosos y médicos. La Real Academia de Medicina en 1.973 se pronuncia contra el aborto en las conclusiones del Coloquio sobre “Problemas morales y médicos en torno al aborto”; en su conclusión tercera dice: “...de ninguna manera puede admitirse como lícito el aborto directo por motivos sociales, demográficos, eugénicos o médicos”.

4. 3. La cuestión aparece en nuestros días llena de dificultades. Nos movemos con una Ley de hace más de tres decenios, que ha de aplicarse a conductas que no todos admiten con claridad que sean sancionadas penalmente y que no precisa casos ni supuestos. La Ley de Protección de la Natalidad, de 24 de Enero de 1.941, la llamada Ley del Aborto, que fue refundida por el Código Penal de 1.944 y todavía vigente a tenor

de lo dispuesto en el art.604 —según el cual quedan subsistentes los preceptos de Leyes penales especiales que no contradigan ni se opongan a lo establecido en él— no deja lugar a dudas; en su Preámbulo se dice que la política demográfica es una de las preocupaciones fundamentales de nuestro Estado: “no se concibe una política demográfica eficaz sin abordar el problema de los miles y miles de vidas que se frustran antes de nacer, por maniobras criminales”; se considera, por tanto, el aborto provocado como “un crimen social”.

Poco se ha avanzado desde el influjo humanitario que introdujo el Código Penal de 1.822 y que se siguió por los Códigos Penales de 1.848 y 1.870 con las variantes del Código de 1.928, que menciona la destrucción del fruto de la concepción al lado del supuesto de causar el aborto, y el Código Penal de 1.932 que introduce la figura del aborto con resultado de muerte. Las posibles modificaciones han sido tan insuficientes ante las variaciones del contexto social que se duda de ellas y se dice que no están a la altura de un país evolucionado.

El reto al penalista es claro: o modifica los preceptos hoy vigentes en materia de aborto o corre el peligro de verse alejado, cada vez más, de la realidad. Y decimos “modifica”, para alejarnos de las posturas radicales que hablan de erradicación del aborto voluntario, porque desde el enfoque jurídico, hemos de recordarlo, el aborto no es un delito contra la honestidad —todo lo más puede ser consecuencia de algún delito contra la honestidad: violación, estupro

etc.—, sino un delito contra la vida humana y el Derecho, lo hemos dicho ya, protege la vida humana desde el momento en que ésta se inicia. El aborto en nuestra sociedad, en la sociedad española, y en el actual momento, debe ser delito pero ha llegado el momento, sin más dilaciones, de introducir figuras privilegiadas que puedan atemperar el delito sin limitarlo al aborto *honoris causa* y evitar así la escisión, cada vez más profunda entre el Código Penal y la realidad social.

4. 4. Quedaría incompleta nuestra referencia al delito de aborto en España, si no hiciéramos mención de otras conductas sancionadas penalmente: el anticoncepcionismo y el favorecimiento del aborto.

Como es sabido, la política demográfica seguida por las legislaciones modernas consideró necesaria la protección de la natalidad y a tal efecto se estimó que las conductas que atentaran contra ella debían sancionarse expresamente, pues en otro caso apenas tendrían relevancia; la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1.902 estimó que podrían tener cabida entre los delitos de escándalo público. La mencionada Ley del Aborto de 1.941 las tipificó entre los diferentes delitos de aborto, y así pasaron al Código de 1.944 con una minuciosa regulación, que continúa subsistente, en la que señala la doctrina científica una característica común: que son atentatorias a diversos bienes jurídicos, vida, moralidad pública, interés social e interés demográfico. Como se puede observar, el interés demográfico

conserva su importancia inicial. El Código Penal vigente sanciona la expendición de abortivos por farmacéuticos y sus dependientes incumpliendo las disposiciones normativas que regulan su venta; también se castiga la mera indicación de medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto o de evitar la procreación, llevada a cabo por el facultativo o sanitario, así como a los que sin tener dicho título los indicaren con ánimo de lucro (art. 416).

En cuanto al anticoncepcionismo, sólo el Código Penal de 1.928 se refirió a él; hasta la Ley de 1.941 no se vuelve a hacer mención. En la actualidad el art. 416 en sus números 4^o y 5^o castiga la divulgación, exposición, ofrecimiento en venta y propaganda de anticonceptivos. A estas tipicidades se pueden añadir, según Castejón, las medidas extrapenales contenidas en la Ley especial mencionada (23 bis)

A la vista de esta pormenorizada regulación se pueden deducir las dificultades que se le presentan al legislador para controlar y sancionar penalmente unas conductas que están permitidas por concepciones morales, e incluso religiosas, tales como el llamado método Ogino y la píldora anticonceptiva, hoy de frecuente uso. Este desfase entre la regulación jurídicopenal y las concepciones prevalentes en la

(23) bis CASTEJON, F., *Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944*, Madrid, 1946, p. 83.

sociedad, que originan frecuentes supuestos de inseguridad, aconsejan también un cambio inmediato. En este sentido Rodríguez Devesa ha insistido en fecha reciente en la necesidad de suprimir estos preceptos del Código Penal por estimar que la represión debe ser trasladada exclusivamente al ámbito administrativo, “salvo cuando los hechos integren un delito de escándalo público”; además, es absurdo castigar la venta y no el empleo de medios anticonceptivos. A su entender —posición que compartimos—, “no puede nunca constituir una acertada política criminal el sancionar conductas que luego quedan impunes por rebasar las posibilidades técnicas que el Estado tiene a su disposición para perseguirlas” (24).

5. No quisiera finalizar estas reflexiones, sobre el ordenamiento jurídicopenal español y el cambio que se está produciendo en nuestra sociedad, sin mencionar una cuestión que me ha preocupado siempre: la ejecución de la pena (25).

Así como las figuras hasta aquí estudiadas evidencian que la vigente legislación penal se ha quedado rezagada con respecto a la opinión pública, en la ejecución de la pena es la sociedad quien no ha seguido los avances experimentados en la Ciencia

(24) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 87.

(25) Vid. mis trabajos *El sentido de la justicia penal latente en la conciencia social*, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, y *Los fines de la pena en el pensamiento de Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1968, n.º 180-181.

Penitenciaria que han sido acogidos ya, en gran parte, por algunos de los ordenamientos vigentes. La doctrina científica primero y las legislaciones más avanzadas después, evidencian un gran desarrollo cuando se llega al momento de ejecutar las sanciones, como se puede observar en el respeto a la persona, prevención especial, tratamiento en libertad y sentencia indeterminada.

Sin embargo, la sociedad aún no ha comprendido estas orientaciones que tienen también una vertiente práctica, que no sólo tratan de defender a la sociedad sino también al propio ciudadano que no debe ser apartado de ella, sin contemplaciones, por haber cometido un delito. El sentimiento de reacción social ante el delito aún late en la comunidad. Como acertadamente ha dicho Jiménez de Asúa, la concepción de la pena "es hija de un refinamiento de cultura y filantropía, nacida de cerebros intelectuales, pero está en contradicción con los sentimientos de la masa que todavía ante el delito tiene estremecimientos de venganza" (26). Ante esta disparidad de criterios se requiere encontrar la necesaria armonía entre unos y otros. En este sentido Del Rosal recuerda que la idea de retribución está atemperada por las necesidades de la vida social en que se desenvuelve el ser humano (27).

(26) JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Buenos Aires, 1950, p. 210.

(27) DEL ROSAL, J., *Algunas reflexiones sobre el discurso de S.S. Pio XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa, en Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Prof. Luis Legaz Lacambra, Universidad de Santiago de Compostela, II 1960, p. 1051 s.*

También Barbero Santos destaca que “el hecho de que las gentes necesiten una satisfacción de sus sentimientos en el supuesto de comisión de un delito de particular gravedad, depende —ante todo— de la determinada situación histórica de que se trate y de la posición psicoespiritual en la misma, del correspondiente pueblo” (28).

El problema se plantea entre el espíritu de justicia retributiva, que aún alienta en la colectividad, y las nuevas actitudes que adopta el legislador, habida cuenta que éste no debe distanciarse en demasía de aquélla ni tampoco identificarse estrechamente con ella, debe guardar cierta distancia para no quedar rezagado pero tampoco ser rebasado. El legislador puede seguir las nuevas orientaciones de la Ciencia Penitenciaria que le brinda la doctrina científica pero a condición de que no estén alejadas de la sociedad a la que se van a aplicar. Como ha dicho Savey—Casard, la conciencia social no es una palabra vana y el legislador debe contar con ella (29). Pero esto no quiere decir, a nuestro entender, que la ley deba doblegarse ante la opinión pública; los avances experimentados, desde la pena pura retribución por el delito cometido hasta nuestros días, han sido grandes y a costa de grandes sacrificios, los cuales nos obligan a no retroceder ante un futuro que se abre con olvido de la venganza.

(28) BARBERO SANTOS, M., *La pena de muerte, problema actual*, separata de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, p. 8 s. y 23,

(29) SAVEY—CASARD, P., *Derecho Penal y sentimiento de culpabilidad*, en *El culpable*, grupo Iñóns de estudios, Trad. de A. Gumchani, Buenos Aires, 1952, p. 56 s.

La opinión de un importante sector de la doctrina científica ante esta cuestión no deja lugar a dudas. Para Pérez-Vitoria la identificación del Derecho con la convicción popular sobre lo que es justo, no puede ser principio de orden admisible (30) Jiménez de Asúa, al referirse a la relación que debe existir entre el legislador y la convicción jurídica del pueblo —sobre la que hemos expuesto nuestra opinión—, señala el papel del legislador con respecto a ésta con las siguientes palabras: “su papel es dirigirla y el guía, para cumplir su misión, necesita ir delante, mas sin guardar una excesiva separación” (31). También se han manifestado sobre esta cuestión en la doctrina extranjera Jescheck, Ancel y Antolisei. Para Hans Heinrich Jescheck, el Derecho Penal de nuestros días no debe limitarse a proteger determinados bienes sino que ha de ser expresión de un estado de cultura (32). Marc Ancel, después de señalar las dificultades que ofrece la educación de la opinión pública, que debiera ser progresiva y no usar de procedimientos violentos, que con demasiada frecuencia provocan reacciones igualmente excesivas, dice: “La ley penal como la ley civil debe expresar las costumbres y no pretender, sólo y por sí misma, reformarlas” (33). La opinión de

(30) PEREZ-VITORIA MORENO, O., *Prólogo a Sebastián Soler, La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, p. XI.

(31) JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, II, cit., p. 212.

(32) JESCHECK, H. H., *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, p. 10.

(33) ANCEL, M., *La Nueva Defensa Social (Un movimiento de Política criminal humanista)*, Prólogo de R. AFTALION, Prefacio a la traducción española de Marc ANCEL, Trad. de F. Blasco y Detia García Daireaux, Buenos Aires, 1961, p. 151.

Francesco Antolisei sobre la pena y su proyección en la opinión social se puede considerar como resumen de lo expuesto, al recordar que el Estado moderno no se limita a la función puramente negativa, sino que realiza una función eminentemente activa, orientada a transformar la conciencia del pueblo y dirigirla, actividad ésta, de maestro y educador del pueblo, que se manifiesta en el Derecho Penal a través de la pena (34). Por último como ha destacado von Hentig, "hay innumerables variantes que dependen de la época, del país, de los diferentes fines pretendidos con el encierro, y de los sistemas. "La" prisión no existe. La índole e intensidad de la presión de las fuerzas aislantes cambia. Lo que era verdad ayer puede no serlo hoy y sería un error pensar que las ideas y las instituciones cambian siempre a mejor" (35).

Si observamos con lógica inquietud y curiosidad científica esta transformación ideológica, surge una pregunta de futuro: ¿superarán las nuevas tendencias y métodos la reacción social que inevitablemente produce todo cambio?

En la exposición que hasta aquí hemos hecho quizá se haya podido entrever nuestra adscripción a las nuevas orientaciones, pero ello no excusa de tomar

(34) ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Trad. J. del Rosal y A. Torío, Buenos Aires, 1960, p. 9.

(35) VON HENTIG, H., *La pena*, II, Madrid, 1968, trad. y notas de J. M. RODRIGUEZ DEVESA, P. 232.

posición ante la cuestión. Para nosotros la pena en el actual momento histórico, si bien ha de valorar las exigencias de la sociedad en que se aplica—habida cuenta de su condición de medida humana—, debe hacerlo con algo más que un sentido retributivo, que se puede hallar en su función educativa. Esta afirmación que en una precipitada y superficial crítica pudiera parecer puramente teórica, mera especulación científica vuelta de espaldas a la realidad, y a la sociedad circundante, alcanza su valor real si recordamos la legislación positiva vigente en los países de nuestra área cultural y jurídica. El artículo 37, párrafo 1º, del Código Penal suizo dice así: “Las penas de reclusión y de prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una acción educadora y preparen su vuelta a la vida libre”. En algún país incluso alcanza rango constitucional: el art. 27 de la Constitución italiana advierte que la pena debe tender a la reeducación del condenado.

En efecto, la ejecución de la pena, que es uno de los sectores más delicados del Derecho Penal y de los que tienen más proyección social, ha sufrido importantes variaciones como se puede observar en la sustitución de las penas cortas de prisión por las multas, sentencia indeterminada, libertad condicional y arresto fin de semana; todo ello ya admitido en los Códigos Penales o en Leyes especiales. A esto hemos de añadir el especial tratamiento correccional aplicable a los menores delincuentes. Se ha pasado de un ideal a una realidad jurídica. La ejecución de la pena en nuestro

vigente Código Penal muestra los progresos conseguidos, con la admisión de la condena condicional (arts. 92 y ss), libertad condicional (arts. 98 y 99), redención de penas por el trabajo (art. 100) y la rehabilitación (art. 118). Mediante un sistema progresivo se busca la readaptación social del reo, sin aplicar una excesiva disciplina en el establecimiento penitenciario.

Además de esta clara orientación legal, corresponde a los penalistas la información sobre los avances obtenidos en los últimos años en esta parcela del Derecho Penal, ya que entre sus misiones figura la interpretación y crítica de las normas y del contexto social donde se aplican, así como de la política criminal a seguir. Es misión de los penalistas preparar el sentimiento social (36) ya que, como ha dicho Bernaldo de Quiros, "la política criminal es una prolongación del mismo Derecho Penal" (37). Si bien la opinión que aún alienta en gran parte de la colectividad social sobre la ejecución de la pena ha de ser valorada, esto no quiere decir que deba ser admitida de forma indefinida por el penalista si éste estima que va en contra de los avances de una ciencia que persigue como fin del Derecho su identificación con la Justicia. A él le corresponde, entre sus misiones, llevar a la conciencia social las nuevas orientaciones aceptadas ya por nuestro vigente Código Penal y por la Ley sobre

(36) BARBERO SANTOS, *La pena de muerte*, cit., p. 23.

(37) BERNALDO DE QUIROS, *Criminología*, cit., p. 17.

Peligrosidad y Rehabilitación Social que aún no han sido comprendidas, quizá debido a que la idea retribucionista que aún late en el vulgo —y que se manifiesta con frecuencia en la crítica a las instituciones que acortan la duración de las penas privativas de libertad e incluso, desgraciadamente, en la opinión en favor de la pena de muerte—, se alienta por algunos autores aferrados a la idea retributiva.

Como hemos dicho en otra ocasión (38), y es una idea que mantenemos firme, una de las tareas más importantes del penalista consiste en demostrar a la opinión pública que el Derecho Penal hace tiempo que ha dejado de ser un Derecho conminatorio, cruel y expiatorio, como equivocadamente parece dar a entender el adjetivo “penal”.

(38) *El sentido de la justicia penal*, cit., p. 39.