

## *La familia en el nuevo Código penal español*

LUIS PORTERO SÁNCHEZ

1. Por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se promulgó en nuestro país el nuevo Código penal, popularmente denominado ya «código de la democracia» y que viene a sustituir definitivamente al viejo texto de 1848, que a su vez había sufrido numerosas modificaciones según el correr de los tiempos y los aconteceres socio-políticos.

Pero teniendo sus más antiguas raíces en aquél, puede parecer aparentemente lógico que hasta ahora se haya venido manteniendo una cierta filosofía individualista, propia del pensamiento del pasado siglo. Y sin embargo, antes y ahora, nunca se ha dudado de la importancia social de la familia y de la necesidad de protegerla de alguna forma, ya que no es sólo una institución natural sino también un hecho con trascendencia en el campo jurídico. A pesar de ello parece que cuando los legisladores la han tomado en consideración, lo han hecho más bien considerándola como un conjunto de individuos, con sus derechos y obligaciones, que como entidad autónoma en sí misma.

Y esta idea no vale sólo para nuestro país, sino que también, desde un ángulo penal, se ha puesto en evidencia en otras partes: así, por ejemplo, lo hicieron Hellmer y Jescheck en Alemania, o Rocco, Manzini, Paterniti o Pisapia en Italia, o Pierre Couvrat en Francia. Todos ellos se plantearon una serie de temas concretos, de indudable importancia a la hora de propugnar normativas sancionadoras: cuál debería de ser el concepto de «familia» a defender penalmente; si era o no posible legislar en esta materia sobre el «status familiae»; hasta dónde podría, en su caso, llegar la intromisión de los poderes públicos en el ámbito familiar, etc. En suma, se centraba preferentemente la

cuestión en averiguar si la familia podía o no ser un «bien jurídico protegido» penalmente.

La respuesta que los diversos ordenamientos jurídicos han dado a estas cuestiones no ha sido unánime. Y, sin embargo, las comunes raíces romanas de buena parte de las legislaciones europeas lo propiciaban: pensemos que en el Derecho Romano toda persona participaba de un triple status, entre el que se encontraba el «status familiae», que podía ser dañado y que, por tanto, requería de protección. Incluso los modernos Estados, si hubieran sido consecuentes, deberían haberle ofrecido tutela penal, si es que consideraban a la institución familiar como célula básica.

Realmente no puede decirse que esta filosofía no haya impregnando la legislación penal occidental. Lo que ha ocurrido es que, dado este primer paso, no se ha producido con la generalidad que pudiera esperarse el avanzar algo más: concederle a la familia un tratamiento sistemático específico dentro de la normativa penal. A lo más que se llegó en numerosas ocasiones fue a considerar la relación familiar como una circunstancia modificativa de la imputabilidad y de la condena, agravando o atenuando las penas en determinados supuestos.

¿Por qué se ha producido tal cosa? Posiblemente no poca culpa la ha tenido la creciente secularización que a partir del siglo XVIII se viene implantando en Europa: la independencia entre Derecho y moral, el auge de las tesis iusprivatistas, etc. Como consecuencia llegó un momento en que las posiciones eclécticas adquirieron predominio: por un lado, se minusvaloraba la protección al matrimonio (ej., la despenalización del adulterio), y por otro, se trataba de aumentar la protección familiar (ej., cuanto se refiere al trato de menores). Sin perder de vista que, en ocasiones, cuando un miembro de familia era atacado, lo era simultáneamente «toda la familia en sí» (ej., en el campo del honor o la intimidad familiar).

No puede extrañarnos, por tanto, que dentro de nuestros penalistas se plantease ya hace tiempo la necesidad de una reconsideración a fondo del tema de la relación entre familia y legislación penal. Beristain en 1964, M.<sup>a</sup> Rosario Díaz Santos en 1973, Landrove en 1977, Rodríguez Ramos en 1978, etc., pueden servir de ejemplo. Y el hecho llegó a tener tal relieve que en 1982 Cobo del Rosal y Ramón Casabó pudieron decir que la materia «familia y Derecho penal» se había convertido en uno de los preferidos de los estudiosos.

Introducirse en este campo no cabe duda de que, aparte del interés científico, supone la necesidad de mantener un difícil equilibrio. Por una parte, el Derecho no puede ni debe desconocer la importancia que los lazos afectivos familiares poseen, y la «competencia» que la propia institución familiar tiene para constituir y aplicar una serie de reglas a la hora de resolver sus posibles conflictos; al mismo tiempo, si el legislador debe de respetar el ámbito de la intimidad (donde las intervenciones externas a veces pueden ser desestabilizadoras), tam-

bién, ciertamente, no puede dejar al libre arbitrio la solución de problemas que pueden afectar profundamente a personas o a la misma sociedad (entiéndase en el contexto interno entre miembros de la familia, o entre ésta y el entorno en que actúa).

Si lo quisiéramos expresar de otro modo, podríamos decir que ha de estudiarse la posibilidad de que la familia sea objeto de tutela penal, y, además, si merece de una autonomía dentro de dicha legislación. Esto conlleva el aceptar que si bien el individuo seguirá siendo el eje principal de los intereses penales, también la institución familiar como tal debe de ser contemplada, y no admitir que únicamente lo sea en su aspecto patrimonialista. Si el Derecho debe amparar no sólo los bienes, sino el desarrollo de la persona en su dimensión individual, familiar y comunitaria, parece lógico sostener que la familia pase a formar parte del ordenamiento penal como sujeto digno de tutela.

El problema que se plantea, repetimos, es delicado y ha sido discutido. Los italianos señalan con feliz expresión que la familia se encuentra «crocevia della tensione tra publico e privato». Tratar de regular jurídicamente la vida familiar no es tarea fácil desde el momento en que las leyes únicamente debieran intervenir en ese terreno cuando se produzcan hechos de repercusión social importante, o bien en defensa del débil. No debe nunca el Derecho intentar abarcar la totalidad de los aspectos familiares, ni de las vicisitudes que en ella se den, como bien señala el profesor Díez Picazo; pero igualmente el mundo jurídico-penal no debiera desconocer que la familia es un «corpus» (en terminología romana), y desde ese ángulo no sólo han de ser protegidos sus miembros individualmente considerados como personas, sino también como miembros de aquél.

En resumen, nuestro legislador titubea una vez más entre la reserva a penetrar en el mundo familiar, o a intervenir en él con mucha timidez y tacto; el deber de sancionar el incumplimiento de obligaciones que están contempladas previamente en el Derecho civil (deberes entre los esposos, o entre padres e hijos), o incluso actuar de forma autónoma en determinados casos (defensa del honor e intimidad familiar, agravar o reducir penas por razón de parentesco, etc.).

Pero si todo eso es verdad, posiblemente el primer gran punto conflictivo a nivel práctico lo sea a la hora de tratar de deslindar un concepto de «familia» que pueda ser acogido sin discusión en la legislación. No faltan incluso quienes sostienen la conveniencia de no definir ni establecer un modelo unitario familiar; a este respecto puede ser aclaratorio cómo el Ministerio sueco de Justicia consideraba ya en 1977 que los tiempos habían cambiado de tal manera que se hacía necesaria una modificación jurídica que acogiese diversos modelos familiares y que, de ser así, nos retrotraería al viejo modelo romano de Paulo cuando decía que familia eran todos «quae sunt sub unius potesta te aut iure subjecte» (una agrupación de personas calificada casi solamente por la sumisión a la potestad de un miembro).

El tema se actualiza y multiplica hoy ante el creciente número de «uniones de hecho», que pueden dar lugar a numerosas controversias jurídicas. Por ejemplo, la paradoja que supone intentar aplicar soluciones legales a quienes libre y voluntariamente han decidido «desjuridizar su convivencia», que a su vez puede conducir a situaciones tan anómalas como, por ejemplo, considerar «viudo o viuda» a quien realmente no ha estado casado nunca.

¿A qué tipo de familia se refiere nuestro Código penal, cuando de alguna manera hace alusión a ella? Evidentemente no puede por menos de partir de lo que la propia Constitución dice, que por cierto no es mucho; en efecto, el texto constitucional si bien habla de la familia en numerosos artículos (18, 20, 27, 47, 35, 49, 50, etc.), dedica a esta institución de manera especial los artículos 32 y 39. Una lectura de todos ellos nos conduce a considerar que no se tiene ni se defiende una idea clara en la materia. Es cierto que aparece nítidamente que los poderes públicos deben de apoyarla (como no podía ser menos, teniendo en cuenta los numerosos documentos internacionales tomados en consideración y muchas otras constituciones: Declaración de Derechos Humanos, Convenio de Roma, Constitución de Weimar, Ley Fundamental de Bonn, Constitución Italiana o la Española de 1931), pero la disensiones empiezan precisamente a la hora de decidir a qué tipo de familia.

Ignoro las razones profundas de esa obscuridad, aunque intuyo que pudo deberse al consenso obligado entre quienes consideraban que la ley debe regular la familia existente en cada momento determinado, y quienes sostenían la filosofía de permitir la máxima libertad a todos los niveles, para de esa forma poner en evidencia un profundo cambio y la idea de que la familia es, precisamente, un elemento inmovilista y represor. Creo razonablemente que, aun admitiendo una visión amplia, no cabe interpretar como normal lo que no parece lógico: sin rechazar en absoluto que el artículo 10 considera el «libre desarrollo de la personalidad» como parte del fundamento del orden político y la paz social (de donde podría deducirse que no deben ponerse trabas a la hora de constituirse familias), y aun admitiendo el ambiente liberal que parece existir sobre el tema en numerosos países de nuestro entorno, parece evidente que el artículo 32 preconiza una familia «legal, basada en el matrimonio», aunque éste pueda celebrarse de diversas maneras. E incluso, cuando el artículo 39 habla de proteger a la familia (sin especificar claramente a cuál) no es baladí el que en el segundo párrafo (al tratar de los hijos extramatrimoniales y las madres, cualquiera que sea su estado civil) aparezca el término «asimismo», que viene a significar que se dará una protección *semejante o paralela*, pero nunca jurídicamente con total y absoluta equiparación.

Difícilmente, pues, se puede alegar científicamente una equiparación, cuando la propia Constitución prevé un status basado en el matrimonio, del que carecen las uniones de hecho. Y esta posición pode-

mos refrendarla atendiendo a la definición de familia que nos da el *Diccionario* de la UNESCO («personas unidas por vínculos de parentesco que viven bajo el mismo techo») y la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 13 de junio de 1979, al reconocer que «es en sí legítimo, e incluso meritorio, apoyar y estimular a la familia legítima», sin que en esto se vea una discriminación de otros tipos de uniones.

2. Hemos considerado oportuno hacer estas digresiones previas para poder ahora introducirnos más concretamente en nuestra legislación penal familiar. Y, la verdad, es que aún debemos reseñar cómo a pesar de haberse celebrado diversos congresos sobre el tema específico de «la familia como sujeto de tutela penal» (de una u otra forma a ello se refirieron los habidos en 1960 en Bucarest, La Haya en 1964, Estocolmo en 1965, Uppsala en 1966 y Varsovia en 1967), los textos penales españoles codificados no habían previsto hasta ahora el dedicar algún título, capítulo o sección, concretamente a ello. Como tampoco pueda comprenderse muy bien, si tenemos en cuenta los ejemplos habidos en otros países: Alemania, a partir de 1909, siempre tuvo algún apartado específico de delitos contra la familia (así, por ejemplo, en los Códigos penales de 1927, 1943 y 1975); Italia a partir del Código Rocco de 1930 y aún en vigor; Suiza en el Código de 1939; Bélgica en el de 1867, etc. Unas veces los titularon «crímenes o delitos contra la familia»; en otras ocasiones, «infracciones relativas al estado civil, al matrimonio y la familia»; en algún texto, «crímenes o delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública».

Por diversas razones, en España se prefirió penar los hechos que podían afectar al ámbito familiar dentro de varios capítulos o títulos. Así, por ejemplo, entre los delitos contra el estado civil de las personas (bigamia, exposición u ocultación de niños, suposición de parto), entre los delitos contra la honestidad (abusos deshonestos, adulterio, amancebamiento, violación y estupro, corrupción de menores), entre los delitos contra las personas (infanticidio, parricidio y conyugicidio). Probablemente la base profunda para hacerlo estuvo en la gran discusión habida sobre cuál era el interés legítimamente a proteger en cada supuesto; lo que llevó también a otros Estados a seguir este mismo camino de desconocer a la familia como núcleo digno de protección sistemáticamente reconocido (por poner algún ejemplo, tendríamos a Francia, Argentina, Portugal, Uruguay, etc.).

Cuando la Constitución de 1978 impone a nuestros poderes públicos la obligación de proteger jurídicamente a la familia, se renuevan las voces clamando un tratamiento específico en la legislación penal. La vieja filosofía subyacente en el Código penal de 1848, perviviente incluso en el régimen político del general Franco (a pesar de que en el Fuero del Trabajo de 1938, Decl. XII, y en el Fuero de los Españoles de 1915, art. 22, se adelantara la tesis de la familia «como célula básica y fundamental» e «institución natural y fundamento de la sociedad», que luego recogería la Declaración de Derechos Humanos, y en cuyo transcurso se intuye la influencia de la doctrina católica, tal y como

Riedmatenn estudió en 1970 en un coloquio celebrado en Bruselas y cuyas actas aparecieron publicadas tres años después bajo el título *Vie Privée et Droit de l'Homme*) no podía lógicamente sostenerse sin caer en serias paradojas.

Fue, por tanto, en el Proyecto de Código penal de 1980 cuando comienza ya a concederse un título especialmente dedicado a los delitos contra la familia, aunque de su lectura no quede claro el elemento base que se utiliza para hablar de contexto familiar, ya que se mezclan el parentesco, la convivencia y la afectividad. El resultado era que se incorporaban nuevos tipos delictivos (protección al honor y la intimidad familiar, o la pena al incesto, como en otros momentos ya existió) y al tiempo desaparecían referencias a la familia en materias como la legítima defensa, la vindicación de ofensa grave, el agravamiento en el supuesto de lesiones, etc.

Llegaba, pues, la hora de tomar seriamente a la familia como sujeto autónomo de protección penal. ¿Cuáles deberían ser los principios inspiradores? Teniendo presente el Derecho comparado y la doctrina más importante, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, me permitiría indicar algunos que personalmente entiendo pueden ser importantes para preservar ese equilibrio al que hemos hecho referencia a lo largo de esta introducción:

1) Preservar la unidad familiar, siempre y cuando las actuaciones habidas dentro de ella no violenten los derechos individuales. Dicho de otra forma, el «interés familiar» debe prevalecer únicamente hasta donde lo permita el respeto a la dignidad de las personas. Que la justicia acierte en cada caso es lo importante, ya que tan malo puede ser propiciar la desestabilización familiar, como mantener unidos a sus miembros en un ambiente negativo y cargado de violencia.

2) Resguardar la intimidad familiar. Casi siempre hay un último reducto donde la justicia debiera detenerse (hay cuestiones tan delicadas, que sólo los cónyuges o la familia habría de resolverlos), pero no desconociendo que en ocasiones ese respeto puede producir efectos no queridos (por ej., dejar indefenso a quien sufre agresiones injustas) y hay que estar en continua vigilancia para asegurar el respeto y la defensa de los derechos y la dignidad de todos y cada uno de los miembros de la familia.

3) La «equidad» como norma imprescindible a la hora de juzgar hechos acaecidos en el ámbito familiar; que, como se sabe, no significa tolerancia sin más (creyendo que las reyertas familiares deben resolverse en el ámbito privado) ni excesiva dureza (que encone aún más los ánimos e impida posibles reconciliaciones o perdón). Conviene en este momento traer a colación el hecho de que, en ocasiones, la sanción penal a algún miembro de la familia puede perjudicar (al perderse una fuente de sustento, o castigando a quien únicamente se dejó llevar de un momento de ofuscación impropio de su normal proceder). Posiblemente por esto, podemos encontrarnos a veces con la aparente parado-

ja de que quien denuncia un delito o unas faltas dentro de la familia, se vuelve atrás al poco tiempo; si intentásemos llegar al fondo de las cosas, veríamos que la presunta víctima no desea tanto una sanción al culpable cuanto una protección preventiva frente a nuevos posibles ataques.

Igualmente, dentro de este principio, incluiríamos la importancia que adquiere en el terreno familiar el procedimiento o forma concreta de aplicar la legislación. Un buen conocimiento del caso (¡ese principio de «inmediación» tan maltratado!) puede y debe servir para buscar soluciones alternativas e intervenciones comunitarias o institucionales para afrontar el problema sin necesidad de llegar a condenas estrictamente penales. Un sistema preventivo siempre será, a la larga, mucho más eficaz que el represivo; lo que no quiere decir que el Derecho haga dejación de la obligatoria intervención cuando se estime imprescindible el hacerlo por la vía penal.

3. *El nuevo Código Penal.*—Promulgado, como hemos dicho, a finales del pasado año entrará en vigor el día 1 de mayo de 1966. Posee 639 artículos y sus principales rasgos a tener en cuenta, tal y como recoge la exposición de motivos, son los siguientes:

a) Busca tutelar los valores básicos para una convivencia social ordenada y pacífica. Y puesto que en los últimos tiempos han cambiado substancialmente en España, tiende a recoger las novedades más importantes en cada materia o parcela; valores que, indudablemente, se encuentran inmersos en el texto de nuestra Constitución.

b) Se modifica el sistema de penas, intentando al máximo que sean un instrumento de resocialización. A este respecto introduce la posibilidad de restringir las condenas carcelarias o privativas de libertad, previendo su sustitución por otras posibilidades (días multa, trabajos comunitarios, retención domiciliaria de fines de semana, etc.).

c) En un acercamiento a la vida actual, procura acompasar el principio de intervención mínima con un aumento de intervenciones en nuevas formas de delincuencia o de transgresiones de derechos y obligaciones. De esta forma deja fuera hechos otrora considerados punibles (bandolerismo, etc.) y recoge otros que la sociedad actual ha puesto en actuación y son considerados dañinos (delitos en el orden económico, delitos contra la naturaleza (ecológicos), tráfico de influencias, narcotráfico, etc.).

d) Especial hincapié se hace en la defensa de la integridad moral, contemplando una nueva regulación de los delitos contra el honor. A este respecto aparecen la protección contra la tortura, la limitación a la libertad de expresión, etc.

e) Trata de lograr en el campo penal la igualdad real y efectiva que impone la Constitución en numerosos preceptos. La lucha contra la discriminación, la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual (dando entrada a hechos hasta ahora no contemplados especialmente), etc., sirvan de muestra.

f) Finalmente, trata de recoger el principio de «plenitud», en el sentido de intentar abarcar lo máximo posible, evitando la frecuente costumbre de que junto a un texto codificado, aparezca simultáneamente una legislación especial abigarrada y a veces contradictoria con lo que el Código señala. La estabilidad y fijeza debieran ser caracteres especialmente cuidados en una legislación penal, donde, como señalaban ya ilustres juristas y emperadores romanos, no debe tener cabida la «ambiguitas».

Punto y aparte, puesto que al fin y al cabo es lo que específicamente más nos importa, trataremos a continuación de cómo contemplar a la «familia» y los delitos o faltas que puedan afectarla. Cuando nuestros legisladores se han enfrentado al tema, las posiciones han sido al parecer encontradas: «familia» y «familiar» podría entenderse comprendiendo a los «parientes convivientes» (con lo que quedarían fuera los que simplemente por razones laborales u otras parecidas no estuviesen juntos); o bien tomando en consideración únicamente a los «parientes biológicos» (con lo que se marcharía contra las modernas corrientes de asimilación a la familia biológica de la familia adoptiva); o incluso podrían referirse sólo a los supuestos donde se diese «afectividad», al margen de cualquier otro vínculo (rasgo de no fácil comprobación y que permitiría un concepto un tanto «extraño» de la familia desde un ángulo puramente jurídico).

Sin que por ahora sepamos de publicación alguna comentando el nuevo texto, tengo la intuición de que la única forma correcta de afrontar este punto concreto sobre cómo han de entenderse los términos «familia» y «familiar» que el Código Penal utiliza, es no perdiendo de vista dos importantes datos: por un lado, el tratamiento que la Constitución da a la materia (y de lo que ya hemos hablado); y por otra parte la necesidad de hacer una «recepción» (o al menos no despreñar) del tratamiento a la familia que se encuentra en el Código Civil. El Libro I de este texto (especialmente sus Títulos IV al XI: del matrimonio, filiación, tutela, patria potestad, etc.), o el Título III del Libro IV (de los regímenes económicos matrimoniales). También las posibles «legislaciones especiales» sobre menores, política familiar, viviendas, arrendamientos, etc., donde se tome a la familia en consideración. Teniendo todo ello en cuenta, deberá ser la «equidad» el camino más justo para que realmente la legislación cumpla su cometido.

Otro punto a destacar merecidamente es que dentro del Libro II (De los delitos y las penas) se dedica un Título, el XII, específicamente a los «delitos contra las relaciones familiares». Merece elogios (aunque, como veremos después, hay otros muchos lugares en los que los hechos previstos pueden afectar a la familia) tal decisión, al menos por la filosofía subyacente que nos permite contemplar a la familia en sí, como institución digna de tutela penal. Dentro del mismo, el capítulo I trata de los «matrimonios ilegales», el II de la «suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor», y el III de los «delitos contra los derechos y deberes familiares».

Traer seguidamente a colación, aunque fuese de forma somera, los artículos concretos que de alguna forma pueden hacer relación o referencia directa o indirecta a la familia no creo que sea nuestro objetivo. Intentaremos, al final de esta introducción, reproducir los que consideramos de mayor interés. Pero, al menos, me parece procedente hacer una breve incursión sobre aquellos hechos punibles que la vida diaria nos indican pueden afectar con mayor incidencia a aquélla: las violencias en las familias, los delitos sexuales, la violación del honor y la intimidad, el incumplimiento de los mutuos deberes entre cónyuges y padres e hijos, el suicidio, el aborto y la eutanasia.

• *La violencia en las familias.*—Es un dato probado, a veces escalofriante, cómo se produce y en qué cantidad. La doctrina ha estudiado abundantemente el tema (Grosman-Westerman-Adamo en 1989, con estadísticas referentes sobre todo a Argentina; Navarro Góngora en el último Congreso Internacional sobre la Familia, celebrado en Salamanca en 1994 y recogido en las actas del mismo; el número monográfico que le dedicó la revista *Terapia Familiar* en 1988, etc.); la jurisprudencia tiene en este campo innumerables decisiones, e incluso dentro de la legislación no falta su consideración como delito autónomo (Pensilvania 1976, Ohio 1979). Nuestro nuevo texto lo prevé en el artículo 153, entre otros, cuando condena al que ejerciere habitualmente violencia física sobre su cónyuge o persona con la que se halle ligado de forma estable, o sobre los hijos que convivan en el seno familiar o se hallen sujetos a potestad o tutela.

Llama a primera vista la atención el que no se haya comprendido en este mismo precepto la «violencia psíquica» (a veces tan dura y objetable como la física); o el que únicamente se haga referencia a la «habitualidad» en dicho trato (sin tener en cuenta que algunas veces el ataque puede ser de tal magnitud que merece por sí solo ya un castigo), aunque nos inclinemos a creer que la intención del legislador haya sido aquí el contemplar lo que canónicamente se conoció siempre con el término «sevicias» y las agresiones mayores pasen a encuadrarse entre las normas relativas a la protección a la vida humana.

Pero no parece erróneo el incluir también aquí la referencia que en el artículo 169 se hace a las «amenazas» a una persona o «a su familia» con hechos delictivos de diversa naturaleza (bien muerte, tortura, contra la integridad moral, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, e incluso el patrimonio socio-económico).

Y violencia es también lo que los artículos 157 y 158 prevén cuando hablan de causar lesiones a un feto, que teóricamente cabe pueda darse sin violencia expresa al cónyuge (pensemos en enfermedades que pueden serle transmitidas cuando, a sabiendas del riesgo, se producen determinadas actitudes). O violencia es el practicar la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento, y que prevé el artículo 162.

Finalmente debemos de considerar también encuadradas aquí las «faltas» previstas en los artículos 617 a 619. Se habla en ellos de las

lesiones, y específicamente se prevé una penalización agravada cuando «los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan» (pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses). De igual forma, aunque con penas algo menores, se castiga a quien encontrando abandonado a un menor de edad o un incapaz no lo presente ante la autoridad o su familia; y tan bien a quien dejare de prestar asistencia o auxilio a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.

• *Delitos contra la libertad sexual.*—Tradicionalmente los Códigos penales han dedicado algún título específico a estos hechos delictivos: pero de igual forma casi siempre han hecho referencia a los cometidos con personas con las que no existía matrimonio. El problema surgió ya hace años cuando ante determinados abusos sexuales realizados entre cónyuges se preguntó la doctrina y la jurisprudencia si ello debería ser objeto o no de inclusión como delito, ya que entre cónyuges, en principio, parece que no cabía presumir una conducta delictiva. Las legislaciones se dividieron (así, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica trece Estados, Dinamarca, Suecia, Australia, etc., admiten la posibilidad, rechazando la excepción contraria de que se encuentran casados; en otras partes (normalmente en países de rancia tradición patriarcal) aún hay partes en ese sentido. En la doctrina, la Unión de Juristas Alemanes, en su reunión de noviembre de 1985 trató del tema (fue ponente Jutta Limbach) inclinándose decididamente porque pueda ser contemplada la comisión de delitos sexuales entre cónyuges.

El nuevo Código recoge esta filosofía. Dedicó el Título VIII del Libro II a los «Delitos contra la libertad sexual» (artículos 178 a 194). Comprende dos grandes apartados: 1) agresiones, abusos y acosos sexuales, y 2) exhibicionismo, provocación sexual y prostitución.

Se requiere, para los delitos del primer apartado, que exista violencia o intimidación, salvo que se trate de menores de doce años o de personas privadas de sentido o con trastorno mental, o bien que se obtenga el consentimiento con prevalencia de una situación de superioridad sobre la víctima. Se da circunstancia agravante cuando medie relación de parentesco (arts. 180, 4.º, y 182, 1.º).

En el segundo supuesto (delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución) se pena a quien ejecutare o hiciera ejecutar a otros actos de ese tipo; a quien difunda, venda o exhiba directamente a menores o incapaces material pornográfico; a quien facilite o favorezca prostitución de menores o incapaces, o bien la prostitución de mayores de edad coactivamente, o mediante engaño, o abusando de una situación de necesidad o de superioridad. Igualmente se penaliza a quien utilice a menores o incapaces con fines o en espectáculos exhi-

bicionistas o pornográficos. Existe agravación de penas cuando tal persona sujeto pasivo del delito esté sometida a patria potestad o a tutela, guarda a acogimiento. También, en la Disposición adicional segunda, se prevé que la autoridad gubernativa que tenga conocimiento de la existencia de menores o incapaces prostituidos, con anuencia de quienes ejerzan sobre ellos autoridad familiar, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a efecto de que éste pueda actuar en conformidad con sus competencias.

En los dos grandes apartados a los que nos hemos referido, comprendiendo todos los delitos previstos, podrá el juez, además de imponer la correspondiente pena carcelaria, añadir también una pena de inhabilitación especial para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda. También podrá decretar lo que proceda, en su caso, en materia de filiación y fijación de alimentos (art. 192, 2).

Igualmente conviene al menos apuntar otras cosas: generalmente hay agravantes cuando estos delitos se cometan prevaliéndose de una relación de parentesco; no necesariamente tiene que haber relación carnal propiamente dicha, sino que se equiparan otros abusos (penetración bucal, anal, introducción de objetos, etc.); que el perdón del ofendido habrá de ser otorgado, para extinguir la responsabilidad criminal, de forma expresa y antes de haberse iniciado la ejecución de la pena, quedando exceptuados siempre de tal posibilidad los delitos cometidos sobre menores o incapacitados.

• *Delitos contra el honor y la intimidad familiar.*— Aunque el nuevo Código le concede los Títulos X y XI del Libro II (arts. 197 a 216) a la materia, podemos encontrar otros preceptos donde también se hace referencia al tema. Así, por ejemplo, en el artículo 171, 2, cuando estipula que «si alguien exigiere de otra una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés...». En cualquier caso subyace en el Código la idea de defender que se descubran secretos o se vulnere la intimidad de otros sin su consentimiento, que se calumnie o injurie falsamente, etc.

Como en otros supuestos, también en éste la fuente en la que el legislador actual bebe es la propia Constitución, que en su artículo 18 garantiza «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», así como en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre Protección Civil del Derecho al Honor y a la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Verdaderamente pocos bienes aparecen unidos a la personalidad y pueden verse tan afectados en medio de la sociedad y la cultura actual; el primer problema se plantea al pretender definir estos conceptos, debido sobre todo a su estrecha relación con factores temporales, espaciales, etc., que le dan una dinámica importante. Por ello resulta muchas veces laborioso para el jurista apreciar la exacta descripción legal de su contenido y delimitarlos

convenientemente. La doctrina quizá más admitida considera que suponen el derecho a ser respetados por los demás, a no ser escarnecidos ni humillados ante nosotros mismos o ante otros, el poder preservar del conocimiento público aspectos íntimos e incluso la propia imagen; y tienen una protección jurisdiccional que, en ocasiones, se verá enfrentada con el ejercicio de otras libertades como la información, la entrada en el domicilio en determinados casos, etc. El conflicto puede, pues, plantearse cuando se trata de decidir qué valor debe tener preferencia o es preponderante, estableciéndose en varios momentos que como primer principio debe estar la verdad (cuando en el art. 207 y 210 declaran exentos de responsabilidad a quien probare los hechos presumiblemente considerados calumniosos o injuriosos), y como segundo que sólo se perseguirá al infractor cuando exista previa denuncia, estando prevista la posibilidad de extinguir la pena mediante el perdón del ofendido.

Por otro lado, el tema sobre si la «familia» puede ser sujeto protegido en estos supuestos creo que bien pudiera resolverse afirmativamente, aun reconociendo que la polémica a nivel jurídico general y penal en particular sigue, y que además se decanta mayoritariamente por la opinión contraria al entender que los hechos objeto de pena han de ser de naturaleza eminentemente personalista (referidos a los individuos en concreto) y no pueden afectar a sujetos suprapersonales. No obstante, las sentencias constitucionales de 16 de junio de 1990 y 11 de noviembre de 1991 parecen abrir una puerta a nuestro modo de pensar, que podría expresarse en el sentido de que en la institución familiar subyace un conjunto de personas físicas que pueden ser atacados y pueden «sufrir» el deshonor o la infamia colectivamente y no sólo individualmente.

• *Delitos contra las relaciones familiares.*—El nuevo Código le dedica el Título XII del Libro II, como ya hemos indicado. Comienza penando los «matrimonios ilegales», considerando al estado civil como objeto de protección, pero al mismo tiempo creo que se protege a la misma familia y al matrimonio en sí, en la medida que los comportamientos castigados suponen un atentado contra estas instituciones.

Clásicamente ha figurado el delito de «bigamia» como estereotipo de este apartado. Entendiéndose que se da cuando se contrae segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, y ello (con la Constitución y el Código civil en la mano) cualquiera que sea la forma en que se haya contraído. Queda, a mi modo de ver, ya superada la vieja polémica que posibilitaba la no punibilidad por «error insuperable» derivado del sistema matrimonial que admitía en España dos distintas clases de uniones: la canónica y la civil; hoy, bajo el prisma de que tenemos un sistema matrimonial «facultativo de tipo anglosajón» (donde lo único que el Estado te permite elegir es la forma de contraer, pero no la legislación aplicable al fondo, que ha de ser la civil), aunque aún haya quien mantenga otra tesis, me parece que se soslaya aquel problema. Como tampoco veo mayores dificultades en aceptar que para que se dé el delito es preciso que haya un matrimonio válido cuando se intenta contraer otro nuevo con diferente perso-

na, aunque dejemos constancia de que también la jurisprudencia ha vacilado en este punto concreto, como lo prueban las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1983 y 31 de enero de 1986 (la primera declarando que no es posible mantener delito de bigamia sobre un matrimonio nulo *ab initio*, aunque aparentemente válido; y la segunda considerando lo contrario).

Mención aparte me merece el artículo 219 que castiga al que «autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente», penándose de manera distinta según fuera la causa de nulidad dispensable o no.

En capítulo aparte se trata de la «suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor». En los artículos 220 a 222 se declaran hechos delictivos la suposición u ocultación de parto, la sustitución de niños, la «venta de niños».

Especial referencia debemos prestar al capítulo III, dedicado a los «delitos contra los derechos y deberes familiares». Entran dentro de él la violación del deber de custodia de los hijos o menores e incapacitados por quien los tenga a su cargo, así como la inducción a menores o incapacitados para que abandonen el domicilio o residencia familiar, y también la clásica figura del «abandono de familia».

Una primera reflexión es la acertada rotulación que se le ha puesto al capítulo, aunque inmediatamente he de señalar que el contenido del que se le ha dotado no es ya tan digno de alabanza. En efecto, si los posibles hechos delictivos sobre los hijos están bastante bien trazados, no sucede igual con los que pueden darse entre los cónyuges.

Los artículos 66, 67 y 68 del Código civil establecen una serie de derechos-deberes entre esposos, que no se limitan a los puramente materiales: están obligados a vivir juntos, a respetarse y ayudarse mutuamente, así como a guardarse fidelidad. Y ambos a actuar en interés de la familia.

Dicho esto, el tipo básico de delito hasta ahora vigente contemplaba como hechos punibles el dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes no sólo a la patria potestad o tutela, sino también los derivados del matrimonio. Quedaban, pues, salvaguardadas las tres instituciones: patria potestad, tutela y matrimonio (art. 487). Y aunque ciertamente ha habido disputas doctrinales sobre si los deberes contemplados eran sólo de contenido económico o no, lo cierto es que la letra de la ley daba pie para realizar una interpretación amplia en el tema.

En cambio, ahora, el nuevo texto legal al referirse a los deberes conyugales los limita a mi modo de ver excesivamente, contemplando únicamente como delito la no prestación de «asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento...», y ello sólo si se hallare el otro necesitado (art. 226, 1). Esta filosofía «monetarista» se verá afianzada después por otro precepto (art. 227), que considera abandono de

familia el dejar de pagar la pensión o prestación económica establecida a favor del cónyuge o de los hijos en el «convenio regulador» previsto para algunos supuestos de separación, divorcio y nulidad, o en la decisión judicial recaída sobre el particular en el oportuno proceso.

Ateniéndonos simplemente al sentido del término «abandonar», tal y como lo hace la Real Academia de la Lengua, debemos decir que el abandono de familia equivaldría a «dejar desamparados a quien componen la familia» (cónyuge, o cónyuge más hijos), y por supuesto tal desamparo conlleva no sólo la visión economicista del mismo, sino que debe incluir una óptica mucho más rica y amplia en la que quepan los supuestos de incumplimiento del deber de apoyo moral, fidelidad, etc. Y si la despenalización del adulterio como delito es algo ya aceptado, de igual forma estimo que no debiera de constreñirse la interpretación del abandono conyugal, por ejemplo, al simple hecho de no atender al esposo/a económicamente. Como ciertamente no es así cuando de los hijos se habla, ya que el propio artículo 226 permite diferenciar el trato. En suma, frente a una corriente «economicista del abandono familiar» hay que defender otra de tipo «humanista» que pueda servirnos para interpretar correctamente una legislación que, no se olvide, también ha de contemplarse en su aspecto pedagógico ante la sociedad.

Por lo demás, continúa estando previsto el abandono de menores o incapaces, agravándose cuando sean los padres, tutores o guardadores legales lo que cometan el delito. También el supuesto de utilización o préstamo de menores o incapaces para la mendicidad (arts. 229-232), añadiéndose que el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial para ejercer la patria potestad o los derechos de guarda o tutela o curatela cuando lo estime oportuno (art. 233).

• *Delito de aborto.*—Se prevé en el Título II (arts. 144-146). Lo traemos a colación porque, se quiera o no, al menos indirectamente puede afectar a la familia, aunque el bien jurídico protegido sea la vida del concebido y no nacido. Afirmación ésta que debemos matizar indicando que aunque así lo veamos nosotros, realmente la posición sobre cuál sea el interés a proteger dependerá mucho más de las posturas político-penales defendidas por los diversos gobiernos; así, los partidarios de la liberalización absoluta del aborto negarán que haya bien jurídico antes del nacimiento, los que defiendan un sistema de plazos considerarán que no hay vida antes de los tres meses de concepción, etc. No estamos, pues, ante un concepto «obstétrico» del aborto, sino ante un concepto jurídico, donde no cabe la excusa del consentimiento de la mujer (salvo en los casos permitidos por la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985: aborto terapéutico para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, aborto de un concebido tras violación de la mujer, y aborto eugenésico cuando se prevea que el feto puede nacer con graves taras físicas o psíquicas). No están recogidos expresamente y en forma singular estos supuestos en el nuevo Código, sino que se remite a la oportuna legislación, seguramente porque ésta sea más fácil de reformar que aquél; conviene

recordar al respecto que actualmente se encuentra presentado al Congreso de Diputados un proyecto de ley en el que precisamente se pretende añadir un cuarto supuesto a la permisión del aborto.

El tema es éticamente claro, pero socialmente y jurídicamente delicado de tratar. En el año 1993 se produjeron en nuestro país 45.503 interrupciones voluntarias de embarazo, según cifras proporcionadas por el mismo Gobierno. Los defensores de la despenalización tratan de fundamentar su postura en la libertad personal de la gestante (sin darse cuenta de que el hijo es de dos) y también en el conflicto de intereses entre la madre y el hijo (no admitiendo que pocos casos, médicamente hablando, podrán darse de esa categoría en la actualidad); los que se oponen a la misma, centran sus argumentos en razones fundamentalmente éticas. Hasta ahora los casos admitidos por ley podían o no ser discutibles, pero al menos tenían una cierta base médico-psicológico-social; el nuevo supuesto que se prevé, «por indicación de índole económico-social» sinceramente no parece de recibo (las dificultades económicas, laborales o sociales deberían pensarse antes, máxime si como ocurre hoy los medios anticonceptivos suelen garantizar el no embarazo y están al alcance de prácticamente todos), al margen ya de cualquier ética.

- *El suicidio y la eutanasia.*—El artículo 143 pena la inducción y/o cooperación al suicidio y la eutanasia. Queda, pues, sin sanción el suicidio en sí mismo, aunque éticamente pueda ser considerado como acto reprochable.

Ciertamente la doctrina ha discutido sobre si el ser humano puede o no disponer libremente de su vida; e incluso hay polémica sobre si puede y tiene derecho a solicitar a otro que se la quite. Entendemos que la Constitución protege, por encima de todo, el derecho a la vida; por tanto, no debería de presentarse la ayuda al suicidio o la eutanasia como supuestos en los que no debe haber pena, sino más bien (en base al tantas veces aludido principio de «equidad») la discusión o el diálogo debiera centrarse sobre qué tipo de pena o en qué cantidad.

Nuevo ejemplo de la importancia social de este apartado no sólo son los casos de suicidio (más abundante entre jóvenes), sino la gran bibliografía que en los últimos años está apareciendo sobre la «eutanasia».

El tema en sí no es nuevo, como tampoco la existencia de posiciones divergentes a la hora de enjuiciarlo. Incluso a nivel legislativo se hallan divididos los países, si bien hemos de reconocer que la inmensa mayoría la penalizan, aunque sea benévola. En un extenso trabajo publicado en el volumen *La objeción de conciencia* (Valencia 1993) he podido recopilar las razones que se dan en pro y en contra de la eutanasia, la visión ética sobre la misma y las diferentes posiciones jurídicas que se han tomado y se están tomando en todo el mundo prácticamente. No es ahora momento de repetir argumentos ni precedentes legislativos; baste con señalar que lo que se sanciona en el Código es lo que suele denominarse «eutanasia activa» (cooperar o ejecutar la muerte de otro previa su petición para dejar de vivir), no así

la pasiva (dejar morir sin tratar de alargar una vida que se entiende sería y científicamente que no puede mantenerse) y entendemos que tampoco lo sería la «indirecta» (cuando a consecuencia de la terapia para otros problemas puede provocarse, sin ánimo de ello, la muerte).

Lo que realmente hace el Código es atemperar la pena de un homicidio ante la existencia de una serie de presupuestos como son: el previo consentimiento de la víctima, sería e inequívocamente expresado; el encontrarse en situación terminal (con enfermedad grave que conducirá necesariamente a la muerte) o bien con unos sufrimientos permanentes y tan difíciles de soportar que la piedad y la solidaridad sean los móviles que muevan a quien la ejecuta o ayuda a ella.

En realidad se inscribe nuestra legislación entre aquellas que, sin oponerse de plano a ella, tratan de regularla de forma que se puedan evitar posibles y graves abusos. El peligro puede venir por la tendencia a abrir cada vez mayores posibilidades hasta convertir el llamado «derecho a morir con dignidad» en «derecho a matar con dignidad». Sin olvidar que, semejantemente a lo que dijimos al tratar del aborto, médicamente hablando existen actualmente posibilidades suficientes para que la razón de evitar sufrimientos sea algo relativa (pensemos en las llamadas «unidades del dolor», o en los hospitales de terminales, etc., donde los cuidados paliativos de todo tipo permitirán en muchas situaciones graves que la muerte llegue en su forma natural y a su tiempo, sin necesidad de adelantarla voluntariamente ni de retrasarla indebidamente y sin razón alguna).

• *Delitos relativos a la manipulación genética.*—Como novedad importante del Código, y que puede afectar directa o indirectamente a la familia, aparece un Título dedicado a la manipulación genética. Tema cada día más actual y en alguna manera un «rompecabezas jurídico» no sólo por cuanto ha echado abajo muchos principios y preceptos considerados hasta ahora prácticamente intangibles (por ej., el que nos legaron los romanos: «la madre siempre es cierta»), sino también porque ha modificado otros (pensemos en el que un célebre canonista llamó el «adulterio casto»), y provoca «extrañas familias» (por ej., el caso de las lesbianas Andra y Mary, de New-York, una de las cuales fue inseminada y el donante era homosexual; el resultado, el padre genético solicitó que le fuera reconocida su paternidad, y el juez dictaminó, entre otras cosas, que el niño, cuando tenga uso de razón, deberá decidir con cuál de las dos extrañas familias quiere estar).

Si añadimos el problema de la «clonación», ya posible en seres humanos, y la manipulación genética con fines eugenésicos, comprenderemos que las leyes penales modernas no puedan dejar de lado un campo donde caben se cometan infracciones muy graves. Y no puede extrañarnos que desde la Bioética se trate de poner límite también a los avances científicos, aunque simultáneamente haya de defenderse el progreso científico.

El mundo, pues, de la tecnología necesita de garantías jurídicas que intenten mantener un justo equilibrio entre la «ciencia» y el

«humanismo». Entre nosotros la Ley de Reproducción Asistida de 1998 ha servido sin duda de precedente a los artículos 159 a 162 del nuevo texto penal; como suponemos que también se habrán tenido en cuenta el Derecho comparado y las Resoluciones sobre Bioética del Consejo de Europa (por ej., la Convención aprobada el 2 de febrero de 1995, o el Proyecto de «declaración universal» que a propuesta de la francesa Noelle Lenoir está previsto se apruebe en 1998).

De cualquier forma que sea, a nosotros nos interesa particularmente lo que dispone el artículo 162 que prevé como delito el practicar la reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento.

Hasta aquí las primeras impresiones a que nos ha conducido a rápida lectura del nuevo Código penal español, que sin duda, a partir de su entrada en vigor, provocará una atención más profunda que la que como primicia en un campo concreto, el familiar, ahora iniciamos.

## TEXTOS SOBRE LA FAMILIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

### *De la circunstancia mixta de parentesco*

#### **Artículo 23**

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor.

#### **Artículo 143. Suicidio y eutanasia**

1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.
2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.
3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.
4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será casti-

gado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

### *Del aborto*

#### **Artículo 144**

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

#### **Artículo 145**

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

#### **Artículo 146**

El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

#### **Artículo 149**

El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sen-

tido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

#### **Artículo 150**

El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

#### **Artículo 153**

El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

#### **Artículo 155**

En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

#### **Artículo 156**

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de inca-

pacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

### *De las lesiones al feto*

#### **Artículo 157**

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

#### **Artículo 158**

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

### *Delitos relativos a la manipulación genética*

#### **Artículo 159**

1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuera realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

## **Artículo 160**

La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

## **Artículo 161**

1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

## **Artículo 162**

1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

### *De las amenazas*

## **Artículo 169**

El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

### **Artículo 170**

Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

### **Artículo 171**

1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de seis meses a dos años, si no lo consiguere.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

## *De las coacciones*

### **Artículo 172**

El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo

que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

*De las torturas y otros delitos  
contra la integridad moral*

**Artículo 173**

El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

*Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas  
y establecimientos abiertos al público*

**Artículo 202**

1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

*Delitos contra las relaciones familiares*

CAPÍTULO I

*De los matrimonios ilegales*

**Artículo 217**

El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

### **Artículo 218**

1. El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado.

### **Artículo 219**

1. El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

2. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años.

## **CAPÍTULO II**

### *De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*

### **Artículo 220**

1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo sin alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

## Artículo 221

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

## Artículo 222

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

## CAPÍTULO III

### *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*

#### SECCIÓN 1.ª DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA Y DE LA INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DE DOMICILIO

## Artículo 223

El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena

de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.

#### **Artículo 224**

El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

#### **Artículo 225**

Cuando el responsable de los delitos previstos en esta sección restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas.

### **SECCIÓN 2.ª DEL ABANDONO DE FAMILIA, MENORES O INCAPACES**

#### **Artículo 226**

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

#### **Artículo 227**

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal,

divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

### **Artículo 228**

Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

### **Artículo 229**

1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

2. Si el abandono fuese realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

### **Artículo 230**

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

### **Artículo 231**

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o

de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

### **Artículo 232**

1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

### **Artículo 233**

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para su debida custodia y protección del menor.

### **Artículo 622 (Faltas)**

Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin negar a incurrir, en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado, o no restituyéndolo cuando estuvieren obligados, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

## SUMARIO

On the 23 of November 1995, the new Penal Code, commonly known as «code of the democracy», was promulgated in Spain; it substituted the old text of 1948, which has undergone numerous modifications due to the changing times along with socio-political events. The object of this paper is to highlight those texts in the Code which make reference to the family and to study to what extent the family can be the object of penal protection; also the duties which are contained in the Code and which affect the family.