

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela.

Delincuencia sexual, reforma penal y despenalización: una *retractatio**

(*) La primera parte del presente estudio (apartados 1, 2, 2.1. y 2.2.) constituyó mi Ponencia a las "III Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal", celebradas en la Universidad d'Aix-Marseille (septiembre/octubre 1982), patrocinadas por la Société Internationale de Défense Sociale. Las ideas que se mantienen en todos los apartados del trabajo fueron elaboradas para ser expuestas a la consideración de los asistentes al Coloquio español (Madrid, noviembre 1982) preparatorio del IX Congreso Internacional de Criminología que se celebrará en Viena en el otoño de 1983.

SUMARIO

1. DETERMINACIONES PREVIAS

2. DELINCUENCIA SEXUAL, REFORMA PENAL Y DESPENALIZACION

2.1. El delito de adulterio

2.2. Estupro

2.3. Raptos

2.4. Disposiciones comunes

2.5. Delitos relativos a la prostitución

3. CONSIDERACIONES FINALES

1. Hace cinco años, en un momento que se presentía de profundas modificaciones en la legislación penal como lógica consecuencia del cambio político producido en España, dirigíamos nuestra atención a aquellos aspectos de la regulación entonces vigente que creíamos estaban más cerca de la necesaria revisión; lo hacíamos precisamente bajo el título “Cambio social y Derecho Penal” (publicada en *Estudios penales, I*, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, págs. 139 ss.) coincidente en parte con el tema principal elegido, “Reforma penal y despenalización”, para ser tratado en estas “III Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal”, de Aix-en-Provence, en 1982. Esta coincidencia del tema, la conveniencia de una aportación a posibles estudios de Derecho comparado y la nueva legislación emanada de las ya instauradas —que deseamos lo estén firmemente— Cámaras representativas (Congreso de los Diputados y Senado) nos han llevado a tocar algunas de aquellas cuestiones con el deseo de observar hasta qué punto nuestras predicciones, o nuestros deseos, han sido acertados o, por el contrario, no se han producido. De aquí el título de esta aportación en que volvemos a tratar, a re-tratar, un tema que en momentos de reforma penal, consecuencia de la reforma política, debemos estudiar una y otra vez desde todos

los puntos de vista. El apartado dedicado a la ejecución de la pena en el citado trabajo lo hemos vuelto a considerar —transcurrido el paréntesis temporal, y ya en vigor la Ley General Penitenciaria de 1979 y su Reglamento de 1981— en fecha reciente, lo que me releva de su exposición aquí (Vid., *La reforma penal y penitenciaria: Proyectos y realidad*, Conferencia inaugural del Curso Académico 1981-82 en el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, 1981, págs. 459 ss.). En cuanto a la vida humana y su protección penal poco se puede añadir a lo señalado entonces; las tensiones políticas y la debilidad del Gobierno conducen a mantener en vigor hasta hoy la “Ley de Protección de la natalidad”, desde 1941, refundida por el Código Penal de 1944 a pesar de las críticas doctrinales manifestadas, especialmente en la reunión científica celebrada en Avila en 1980 (Vid., *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal. Interrupción voluntaria del embarazo*. Avila-Alcalá de Henares, 1981, Prefacio de Marino Barbero Santos). La reforma del Capítulo dedicado al delito de aborto se ha limitado a la modificación y derogación de algunos apartados del artículo 416 que hacían referencia al anticoncepcionismo y —dentro de los delitos contra la salud pública— la nueva redacción del artículo 343 bis sobre expendición de medios anticonceptivos; todo ello por Ley 45/1978, de 7 de Octubre, sin que ésta adicione el artículo 342 bis que figuraba en el Proyecto de Ley (Vid., sobre la derogada regulación penal del anticoncepcionismo, *Cambio social y Derecho Penal*, cit., págs. 164 ss.). Por ello nuestras observaciones se limitan aquí a algunas cuestiones relacionadas con la delincuencia sexual, la reforma penal y la despenalización.

También es conveniente observar la actitud de la opinión pública ante los cambios legislativos habidos, ora de aceptación, ora de rechazo, al estimar algunos —los agoreros de siempre en momentos de cambio— que el pueblo aún no está preparado para aceptarlos. Asimismo es nuestro deseo hacer referencia a las modificaciones que se anuncian al respecto contenidas en el Proyecto de Código Penal de 1980, pendiente de discusión en las Cortes, y en el Proyecto de modificación parcial del Código Penal, de 1982, a que ha tenido que acudir el Gobierno debido a la paralización del primero por diversos motivos, que a nuestro entender se centran principalmente en dos, según hemos subrayado en otro lugar: el tema del aborto, por un lado, y los “Delitos contra el orden socioeconómico” que pretende introducir en su Título VIII, del Libro II, por otro (*La reforma penal y penitenciaria...*, págs. 461 ss.).

2. Las ideas sobre sexualidad y regulación de la natalidad de la sociedad española actual chocaban abiertamente con la legislación decimonónica, que sólo un mal entendido prurito de “moralidad pública” hizo llegar con vigencia y muy tímidos retoques hasta finales de la década de los años setenta de nuestro siglo.

2.1. El delito de adulterio —tradicionalmente incluido entre los “delitos contra la honestidad” y no entre los “delitos contra la familia”, que hubiera sido su lugar adecuado según sistemática seguida por algunas legislaciones extranjeras, pero Título inexistente en la nuestra— es suprimido del Código Penal por Ley de 26 de mayo de 1978, juntamente con el delito de amancebamiento, quedando hoy la conducta incluida entre las causas de divorcio que

especifica la nueva reforma del Título IV del Código Civil por Ley de 7 de julio de 1981, en su artículo 82-1º —mal llamada por algunos, Ley de divorcio— que modifica la regulación del matrimonio y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La introducción del divorcio por segunda vez —ya que la República lo admitió por Ley de 2 de marzo de 1932, de corta vigencia al ser derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939— abre la vía civil, suprimida la posibilidad del delito por esta conducta, como antes hemos visto. Supresión que, como es sabido, no es nueva en la legislación penal española que derogó este delito en 1932 si bien lo restableció en 1942 manteniendo su vigencia hasta la Ley antes mencionada de 1978; se puede observar el claro paralelismo entre las reformas civiles respecto al divorcio y las penales respecto al adulterio. La opinión pública, en general, aceptó bien la supresión, al igual que la doctrina científica, que en repetidas ocasiones la había solicitado, por lo que es de esperar que haya finalizado el movimiento pendular de la figura delictiva y el consiguiente desconcierto.

Sin embargo, como con frecuencia ocurre con las modificaciones parciales, al descuidar las implicaciones que puedan tener con figuras afines, la supresión puede ensanchar los límites del delito de abandono de familia en su vigente redacción. En efecto, el artículo 487 del Código Penal castiga con pena privativa de libertad y multa al que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela y matrimonio en los siguientes casos: 1º si abandona maliciosamente el domicilio familiar; 2º si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviera por causa su conducta desordenada. Y como es sabido entre los deberes inherentes al ma-

trrimonio figurá la fidelidad conyugal, que se rompe por el adulterio que es conducta desordenada. Así pues, el adulterio da el tipo del delito de abandono de familia, aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue reacia a su apreciación por estimar que el recíproco deber de fidelidad que debe guardarse entre cónyuges estaba suficientemente protegido en otro lugar del Código Penal (Sentencia 21.6. 1944); posición no del todo correcta ya que el adulterio del marido sin amancebamiento quedaba impune. No así el adulterio de la mujer al afirmarse en sentencia más reciente, anterior a la supresión de este delito, que si concurre el abandono de familia con adulterio de la mujer, el marido puede perseguir cualquiera de los dos delitos o ambos a la vez (Sentencia 30.4.1969); solución aceptable sólo en parte —siempre de acuerdo con la impuesta diferenciación entre hombre y mujer de la legislación ya derogada— en lo que respecta a la elección por el marido de uno u otro delito (adulterio o abandono de familia) por tratarse de un concurso de leyes y consiguiente aplicación del artículo 68 que determina que en los casos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código se aplicará el que imponga mayor sanción al delito cometido. Y si se recuerda que el adulterio y el amancebamiento aplicaban la pena de prisión, más grave que el arresto y multa que conlleva el delito de abandono de familia, debiera entonces aplicarse aquella penalidad y no ésta; no cabe, sin embargo, a nuestro entender, la posibilidad de perseguir los dos delitos a la vez, como afirma la sentencia, pues si bien el abandono y el adulterio protegían aparentemente bienes jurídicos distintos, de acuerdo con la incorrecta sistemática del Código, la falsedad de esta apreciación quedaba al descubierto al profundizar en la verdadera natura-

leza jurídica, como apreció acertadamente Ferrer Sama (*Abandono de familia*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix, II, Barcelona 1950, pág. 24) cuando afirmaba que “no puede defenderse la calificación del concurso ideal cuando, como ocurre en los casos a que nos referimos, la doble lesión jurídica es inherente al hecho mismo, tratándose, pues, de un concurso de leyes”, y añade: “como es inconcebible la hipótesis de delito de adulterio o de amancebamiento sin que resulten quebrantados los deberes de fidelidad conyugal, no podemos estimar el concurso de ambas infracciones y, por ello, no podemos aplicar las normas del artículo 71, sino la del artículo 68”.

A la vista de estas y otras sentencias, donde claramente se afirma y considera conducta desordenada el mantenimiento de relaciones sexuales extramatrimoniales, aunque sea constitutivo de otro delito (Sentencia 31.12.1949), es evidente que los linderos entre el recientemente desaparecido delito de adulterio y el vigente delito de abandono de familia no estaban suficientemente claros y la jurisprudencia, en lugar de buscar la delimitación, optaba por la fácil solución de estimar que el delito de abandono de familia no abarcaba los supuestos de adulterio por estar estos ya tipificados en otro lugar del Código. Argumento que ahora se vuelve en su contra al desaparecer con la reforma de 1978 los delitos de adulterio y amancebamiento, pues al no estar ya tipificados en otro lugar del Código y no haberse modificado la redacción del artículo 487, regulador del delito de abandono de familia, es claro que en su amplia redacción pueden ser tipificados los supuestos de adulterio. Así lo aprecia la sentencia de 27 de diciembre de 1978 al confirmar la dictada por la Audiencia, que condenó por delito de abandono de familia, estimar como conducta desordenada la vida marital con persona distin-

ta a su esposo, y rechazar el argumento de la recurrente basado en que el supuesto, bajo el punto de vista del Derecho Penal, no debiera ser tenido en cuenta ya que solamente procede a dar lugar a un delito de adulterio, no susceptible de punición por haber sido despenalizado. Criterio que se puede apoyar en sentencias, también posteriores a la despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento, que estiman como conducta desordenada las relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges (Ss. 14 diciembre 1978, 20 marzo 1979, 5 diciembre 1979, 22 febrero 1980, 9 mayo 1980, 5 junio 1980, 23 junio 1981). Particularmente explícita es la sentencia de 22 de febrero de 1980 al subrayar que la convivencia marital con persona distinta de la esposa “por su carácter adulterino, tiene forzosamente que calificarse, a efectos del número 487 del Código Penal, como ya lo ha hecho este Tribunal en numerosas ocasiones, de conducta desordenada”; también la sentencia de 9 de mayo de 1980 considera que la conducta desordenada se debe apreciar “no tan sólo por faltar al deber de atender a las necesidades materiales sino espirituales y de educación”, cuando el inculpado “vive alejado de su familia amancebado con otra mujer”; conducta que la sentencia citada de 5 de diciembre de 1979 estima “reprensible y reprochable pese a la evolución de la sociedad española”.

Así pues llegamos a la conclusión de que el delito de adulterio ha sido suprimido, pero las conductas de infidelidad conyugal, como conductas desordenadas, pueden ser castigadas penalmente como delito de abandono de familia. La descriminalización apresurada, no suficientemente meditada, aislada del contexto general, depara a veces estas consecuencias que no dejan en buen lugar a una ley que debería ser fácilmente comprendida y aceptada por la sociedad a

quien se dirige. Y más aún si las modificaciones legales se producen en un momento de profundo cambio político que se desea consolidar.

El Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal de 1982 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 26 de febrero de 1982, Núm. 259-I), pendiente de discusión en las Cortes Generales, trata de justificar su aparición por la urgencia de adaptar, de poner al día, preceptos que no pueden esperar la reforma en profundidad que se pretende con el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, también pendiente de discusión en nuestras Cámaras políticas, que requiere un meditado y reflexivo estudio, en especial de las muchas enmiendas que los partidos políticos han presentado. La Memoria-Exposición de Motivos de la Reforma Parcial es suficientemente explícita al recordar que “a nadie se le oculta, sin negar los méritos que corresponde a nuestro viejo Código de 1848, al que hay que juzgar con la óptica de la época en que nace, que el texto vigente, a pesar de las sucesivas reformas, carece, en ocasiones, del equilibrio indispensable en la protección jurídico-penal de determinados bienes, por defecto o por exceso... que protege bienes que no deben ser protegidos en esta vía tan enérgica y compleja y que deja de proteger otros que viven extramuros del Código a pesar de su grave y negativa incidencia en la vida comunitaria”. Sin embargo, a pesar de esta declaración de principios de su exposición de motivos, la Ley de reforma parcial, parece olvidar los problemas que se derivan de la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento sin ir acompañada de la modificación del vigente artículo 487 que regula el delito de abandono de familia de forma anacrónica, “que protege bienes —quiero recor-

dar nuevamente su propia redacción— que no deben ser protegidos en esta vía tan enérgica y compleja”.

Creo que la reforma parcial debiera haber abordado esta cuestión, en primer lugar para evitar el dislate que supone que una conducta estimada ya atípica en la colectividad, que ha dejado de ser delito, como es el adulterio, se convierta (por puro tecnicismo jurídico penal) nuevamente en delito, aún cuando sea etiquetado con distinta denominación; en segundo lugar, porque la urgencia de la modificación era evidente y su camino estaba allanado por el Proyecto de Código Penal de 1980 que modifica profundamente el actual delito de abandono de familia y evita la paradójica situación actual que sólo problemas ocasiona.

En efecto, el Proyecto de 1980, al suprimir el llamado delito de abandono de familia espiritual, patrocinado hace años por parte de la doctrina científica italiana, y limitarse al denominado delito de abandono de familia material, defendido por un sector de la doctrina científica francesa, evita la posibilidad de que el adulterio se convierta en delito de abandono de familia. Su artículo 297 (incluido en el Título VI, del Libro II, bajo el nuevo epígrafe “Delitos contra la familia”) dice así: “El que, teniendo obligación de hacerlo, dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados, será castigado con la pena de arresto de diez a veinte fines de semana o multa de cuatro a ocho meses. —En todo caso el Tribunal podrá imponer al reo la privación del derecho de patria potestad o del ejercicio de la tutela”. Esta nueva redacción coincide, con ligeras variantes y la nueva penalidad, con el párrafo segundo del vigente artículo 487 que regula el abandono de familia material, pero suprime su párrafo primero —más arriba expuesto—

que al tipificar el llamado abandono de familia espiritual y entremeterse en la vida familiar da lugar, en ocasiones, a que los Tribunales penales se encuentren con cuestiones que afectan a la vida íntima de las relaciones conyugales, que difícilmente admiten como solución una pena, como se puede observar en muchas de las sentencias de nuestros Tribunales de Justicia.

En resumen, la Reforma parcial del Código Penal de 1982 debiera modificar el vigente artículo 487 tomando como modelo el artículo 297 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y suprimir así la posibilidad de que el adulterio (remedando la frase de Antón Oneca, en su artículo en homenaje al P. Pereda, con referencia al consentimiento en las lesiones, Bilbao, 1965, pág. 793) “expulsado por la puerta, vuelve por la ventana”.

2.2. Otro “de los delitos contra la honestidad” (seguimos con la denominación tradicional y vigente) que requería pronta modificación era el estupro. La Ley 46/1978 de 7 de octubre modifica los delitos de estupro y raptó; hasta ella llega la conocida distinción de estupro de engaño o seducción, autoritario y estupro-incesto, con desactualizadas referencias a la edad de la mujer, doncellez, “acreditada honestidad”, “mujer honesta” —increíblemente interpretadas por alguna sentencia, ya comentada en otra ocasión, que a mediados de la pasada década no tiene inconveniente en afirmar que “la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo que puede ser fácilmente seducida por el artificio varonil” (Sentencia 31 mayo 1974; Vid. también *Cambio social*, cit., pág. 147)— y otras expresiones que difícilmente podrían tener cabida en un Código actualizado que impidiera, por lo menos, interpretaciones judiciales (como la señalada a título de ejemplo) que

se dejaban arrastrar por la inercia de concepciones anteriores; en su día acertadas, conforme al esquema social entonces imperante, pero hoy apenas mantenibles. La nueva Ley corta con el concepto tradicional y trata de simplificar la problemática mediante la derogación de muchos preceptos y nueva redacción que se estima necesaria.

La nueva redacción del artículo 434 castiga con la pena de prisión menor a “la persona que tuviera acceso carnal con otra mayor de doce años y menos de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación”. En el párrafo segundo se precisa que la pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiese por ascendiente o hermano del estupro. El remozado precepto trata de abarcar con el nuevo estupro de preálimento los antes denominados domésticos (art. 434), incestuoso (art. 435) —que de manera vergonzante el legislador mantiene escondido bajo la denominación genérica de estupro—, laboral (art. 437) y abuso de cualquier situación de necesidad (art. 436, párrafo segundo). El también renovado artículo 435 mantiene el llamado estupro de engaño, pero con profundas modificaciones al suprimir también la referencia concreta de la mujer y variar la edad del sujeto pasivo que de dieciseis a veintitrés (límites fijados con anterioridad a la nueva ley) pasa a ser de doce a dieciseis años.

No deja de llamar la atención del intérprete la supresión en ambos preceptos de toda referencia concreta a la mujer, sujeto pasivo en la anterior versión, que se sustituye por la nueva fórmula de “la persona que tuviera acceso carnal con otra...”. Sin adentrarnos ahora en otras disquisiciones creemos acertada la simplificación y concreción de las confusas y varia-

das disposiciones hasta la ley existentes, en dos únicos preceptos reguladores del estupro (el art. 436 se refiere a los abusos deshonestos no violentos) y también parecen más ajustados a la realidad los nuevos topes de edad que se fijan en los dos artículos con nueva redacción; pero la supresión de toda referencia a la mujer cambia sustancialmente la estructura tradicional del delito de estupro y sufre un brusco cambio que quizá no haya sido suficientemente comprendido por la opinión pública e incluso por el jurista. La Fiscalía del Tribunal Supremo —siempre atenta y dispuesta a interpretar las nuevas disposiciones— en su circular número cinco de 1978 hace hincapié en el nuevo contenido sustancial de ambos preceptos al borrar toda referencia al sexo del sujeto activo y del sujeto pasivo y comprender, en una y otra posición indistintamente, al varón o a la hembra; “a partir de ahora —subraya— el estupro, como ya ocurría con los abusos deshonestos violentos, puede ser cometido por mujer cuando actúe sobre un varón prevaleándose de situación de superioridad o mediante engaño para incitarle al ayuntamiento carnal”; otros actos sexuales, que no constituyan yacimiento, en las mismas circunstancias —y por supuesto, todos los de carácter homosexual— serán inculparables, en sus respectivos casos, dentro de las figuras de abusos deshonestos. Precisa también la circular que la nueva Ley rompe con el concepto tradicional del estupro y del “acceso carnal”, que siempre se ha referido a acto del varón y quiebra también “el paralelismo existente entre las figuras del estupro y de la violación, ya que ésta permanece en su forma inveterada de ataque contra la libertad sexual de la mujer exclusivamente”. En cuanto a “los ataques violentos contra la libertad sexual del varón en los términos que previene el artículo 429 habrán de continuar siendo reducidos a los

abusos deshonestos violentos del 430". Obsérvese como la referencia a la "libertad sexual" sustituye, acertadamente, a la denominación vigente pero anticuada de "delitos contra la honestidad". Por último, subraya también la circular que la tradicional congruencia entre las disposiciones del artículo 444 y el delito de estupro (que hacen referencia, como es sabido, por vía de indemnización: 1^o a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda; 2^o a reconocer a la prole, si la Ley civil no lo impidiese; 3^o en todo caso, a mantener la prole) se rompen, ya que sólo serán de aplicación cuando el sujeto pasivo del estupro sea hembra.

Si observamos con atención la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo sobre la Ley 46/1978 de 7 de Octubre podemos deducir que los puntos en que incide dejan al descubierto fuertes escollos no fácilmente salvables, que evidencian la falta de atención del legislador —una vez más— al reformar unos artículos y dejar intocados otros, y conduce a situaciones tales como la que resalta con respecto al vigente artículo 444. La ruptura del tradicional paralelismo entre las figuras de violación y estupro tampoco parece afortunada; es verdad que dentro de la violación se puede diferenciar la propia —referida al empleo de fuerza o intimidación que acompaña al yacimiento con mujer (n^o 1 del artículo 429)—, de la impropia —cuando la mujer se hallase privada de razón o sentido o cuando fuese menor de doce años aunque no concurriese ninguna de las circunstancias expresadas (n^{os} 2 y 3 del mismo artículo 429)—, y que ésta se aproxima al estupro tradicional, pero no parece que ello pueda justificar la supresión de la ya clásica diferenciación y afinidades entre ambos delitos, figurando entre estas afinidades la referencia expresa a la mujer como sujeto pasivo.

La reforma parcial del Código Penal de 1982 no se atreve a volver al concepto tradicional del estupro sobre esta cuestión, pero sí pretende reformar el desactualizado artículo 444 —al que nos referiremos más adelante— con nueva redacción ya que la actual va dirigida a la protección de la mujer como sujeto pasivo del delito. Es el Proyecto de 1980 el que no duda en volver a la concreta referencia a la mujer como sujeto pasivo del delito de estupro y marcar las diferencias con la violación; todo ello acompañado de mejor sistemática y redacción del articulado. En efecto, el nuevo Título III de su Libro segundo “delitos contra la libertad sexual” —epígrafe que sustituye al vigente pero anticuado “delitos contra la honestidad”— dedica su capítulo I a la violación y a los abusos deshonestos violentos y su capítulo II al estupro y demás abusos deshonestos; pero separa, en artículos independientes, la violación propia (artículo 200) de la impropia (artículo 201). En cuanto al estupro vuelve al tratamiento tradicional con importantes modificaciones; en el art. 204 se castiga con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana “el estupro de una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho, interviniendo engaño bastante para lograr su consentimiento”; el siguiente artículo 205 castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años al que yaciere con mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho prevaliéndose de superioridad originada por cualquier relación, situación o condición de la ofendida, y la misma pena se aplica —según determina el párrafo segundo— al que tuviese acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de catorce. Los otros dos artículos que completan este capítulo se refieren, respectivamente, al que “tuviese otra clase de acceso carnal con cualquier persona mayor de doce años y

menor de dieciocho, interviniendo alguna de las circunstancias de los artículos precedentes” —con el que se trata de cubrir otros supuestos y que recuerda al vigente 434— y a los abusos deshonestos no violentos —concordante con el vigente 436—.

Así pues, la supresión de la expresa referencia a la mujer en el delito de estupro en la legislación vigente no ha cuajado y el legislador quiere desandar lo andado, si bien se limita a regular únicamente el estupro de engaño y el estupro de prevalimiento, y desecha, decididamente, la distinción anterior a la reforma de 1978 (estupros domésticos, incestuoso, laboral, angustiosa necesidad) que con su pretendida minuciosidad contribuía al confusionismo. Sin embargo, es necesario destacar algo importante: la supresión en el nuevo capítulo del hasta ahora denominado por la doctrina científica “estupro-incesto” no quiere significar que estas conductas sean atípicas; por el contrario, el Proyecto de 1980, dejando a un lado la vergonzante denominación de “estupro” en la que todavía hoy se incluye el incesto, regula bajo la inequívoca denominación “Del incesto” estas conductas con matización de supuestos y limitación de edad (art. 291), pero lo hace dentro del nuevo epígrafe “Delitos contra la familia”, que viene a cubrir una de las lagunas sistemáticas de la legislación vigente.

2.3. La misma Ley 46/1978 de 7 de Octubre modifica profundamente el delito de rapto con variaciones que afectan a su tradicional contenido. La regulación del delito, que llega en su vigencia hasta esta Ley que lo modifica y los argumentos en que se apoyaron algunas sentencias recientes para su aplicación, eran difícilmente comprensibles en el último cuarto del siglo XX: más que una protección a la mujer, se podía observar en el rapto con anuencia de la mujer,

denominado rapto impropia, una protección a la honorabilidad familiar. La redacción del artículo 441 (que se deroga por esta Ley de 1978) y las Sentencias seleccionadas cuando estimamos necesaria la revisión del precepto (Vid. *Cambio social*, cit., págs. 147 s.), pueden corroborar nuestra afirmación. Decía el citado artículo: “El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de arresto mayor”. El siguiente inciso agravaba la pena si intervenía engaño, o si la mujer era mayor de doce años y menor de dieciseis. La justificación jurisprudencial se apoyaba en lo siguiente: “La ley presume “iure et de iure” que por su impubertad legal no está en condiciones de decidir con libertad de criterio y con consciente volición sobre si accede o no a ser apartada del domicilio familiar” (Sentencia de 7 de diciembre de 1973); “el delito de rapto 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...” (Sentencia 10 de mayo de 1974).

A partir de la citada Ley de 1978 el artículo 440 queda redactado así: “El rapto de una persona, ejecutado contra su voluntad y con la finalidad de atentar contra su libertad sexual, será castigado con la pena de prisión mayor. —Si la persona raptada tuviere menos de doce años, se impondrá la misma pena, aunque el rapto fuese con su anuencia”. Las novedades que ofrece la nueva regulación del rapto son muy importantes; se pueden señalar las que afectan a su sistemática ya que el artículo citado, se convierte en único del capítulo 4º al derogarse por la mencionada Ley el artículo 441, referido al denominado

rapto impropio o con consentimiento de la mujer y los supuestos agravados que castigaba, y el artículo 442 que castigaba con la durísima pena de reclusión mayor a los reos del delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona raptada, o explicación sobre su muerte o desaparición; es decir pena superior a la que se aplica al delito de homicidio, e igual a la que se impone por el delito de asesinato a partir de lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución de 1978, que expresamente dice que queda abolida la pena de muerte, a pesar de que el derogado art. 442 se basaba en una presunción, aún cuando ésta fuese *iuris tantum*. Así pues, el nuevo y único artículo que tipifica el rapto se limita al realizado contra la voluntad de la persona raptada, excepto cuando ésta sea menor de doce años en cuyo supuesto el consentimiento no tiene relevancia; por encima de esta edad desaparece el delito de rapto con anuencia aun cuando hubiese mediado engaño.

La reciente modificación, al igual que en el delito de estupro, prescinde de la concreta referencia a la mujer como sujeto pasivo del delito; se quiebra así la tradicional característica y contenido del delito cuyas raíces históricas se han querido encontrar en la *coemptio* o compra de la mujer, y que se puede observar en la conocida definición de nuestro comentarista del C.P. de 1848 Pacheco: “La sustracción o violenta o furtiva, de una mujer de la casa o establecimiento que habita ora se ejecute con miras deshonestas, ora para casarse con ella burlando los impedimentos que estorban”. De esta manera el tecnicismo jurídico penal limitaba el rapto a la sustracción de una persona del sexo femenino mediando, además, miras deshonestas. Sin embargo, en el lenguaje usual, no tecnicado, se utilizaba y se utiliza —ahora con mayor aproximación— la equivalencia con la sustrac-

ción de cualquier persona a la que se le priva de libertad de movimientos, de libertad de locomoción. Ya nuestro Bernaldo de Quirós se refirió al rapto como el robo aplicado a las personas y a su relación con el secuestro y la sustracción de menores (*Enc. Jurídica Española*, Seix, XXVI, pág. 567) y Quintano apreció como afines al rapto la detención ilegal del art. 480 y el robo con secuestro del art. 501-2^o, inciso el de este número suprimido por la Ley de 28 de diciembre de 1978 (*Comentarios al C.P.*, II, 292). De aquí la disparidad de opiniones respecto a su naturaleza jurídica que se pueden sintetizar, como más importantes en las tres siguientes: las que estimaron el rapto como un ataque al orden familiar; las que apreciaron en él un delito contra la libertad individual; y las que consideraron prevalente la conducta como contraria a la honestidad (sin olvidar algún sistema mixto, como el que siguió el C.P. italiano al considerar el rapto con miras deshonestas como delito contra la honestidad y el rapto impropio delito contra la familia). La primera parece encontrarse en algunas de las sentencias antes citadas; la segunda puede apreciarse en Carrara y Feuerbach, y en España en Pacheco y, más recientemente, en Quintano (*Compendio de D.P.* Vol. II, Madrid 1958, pág. 253); la tercera se observa en la legislación penal española.

El Proyecto de C.P. de 1980, a diferencia del delito de estupro, mantiene la supresión de toda referencia concreta a la mujer, que hemos visto llevó a cabo la Ley de 1978, pero hace algo más: modifica la naturaleza jurídica de este delito al incluirlo entre los "delitos contra la libertad y seguridad" regulados en el Título II de su Libro II, que en su capítulo primero trata "de las detenciones ilegales, raptos y se-

cuestrós” y se refiere en su artículo 179 a “el rapto de una persona, ejecutado contra su voluntad y con el fin de atentar a su libertad sexual”. En el inciso último de este párrafo primero —concordante con el párrafo segundo del vigente art. 440, aunque con mayor precisión y estilo— se recoge el supuesto de mediar anuencia de la persona raptada cuando su edad es inferior a los doce años: “si la persona raptada fuere menor de doce años se considerará irrelevante su consentimiento”. El segundo y último párrafo del artículo remite a las disposiciones comunes referidas a los delitos contra la libertad sexual, remisión necesaria recordando que el rapto en la nueva regulación se incluye entre los delitos contra la libertad y seguridad; ahora unos y otros en distintos Títulos pero con lazos que nos recuerdan sus muchos años de unión.

2.4. En efecto, la reforma de 1978 incide también sobre algunas cuestiones comunes para proceder por los delitos que nos ocupan de estupro y rapto —al igual que por los delitos de violación y abusos deshonestos— que requieren denuncia de la persona agraviada, o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden; también hace expresa referencia a la acción procesal cuando se trate de menores de dieciseis años, desvalimiento y eficacia del perdón. Esta nueva redacción del art. 443 ofrece importantes modificaciones con respecto a la regulación anterior: priva al cónyuge y al hermano del ejercicio de la acción procesal; extiende el otorgamiento del perdón a los mayores de dieciocho años (recuérdese que la ley es de Octubre de 1978 y en esa fecha la menor edad estaba fijada en veintiún años, rebajada a los dieciocho por Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1978), modificación necesaria habida cuenta del

elevado tope de veintitrés años que exigía la anterior redacción y requisitos especiales en supuestos de mayor de veintiún años y menor de veintitrés. En cuanto al perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, se limita a “los delitos a que se refiere este Título”.

El proyecto de C.P. de 1980 (arts. 217, 218 y 219, y remisión del art. 179 al 217) también aquí parece no estar de acuerdo con alguna de las variaciones que introdujo la ley de 1978 ya que vuelve a incluir entre las personas que pueden denunciar el delito al cónyuge y al hermano, cuando la persona agraviada fuese incapaz. La facultad que otorga la redacción vigente al Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores para denunciar los hechos cuando se trate de menores de dieciseis años, se rebaja a quince años; en cuanto al perdón del representante legal, protector o guardador de hecho, se refiere ya al “menor de edad”, ahora fijada en los dieciocho años, con referencia al n^o 4^o del art. 103 sobre la posibilidad de que el Tribunal pueda rechazar el otorgamiento del perdón y ordenar la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena. El art. 218, de acuerdo con la reinstauración de la expresa mención a la mujer como sujeto pasivo del delito de estupro, remite también al art. 113 a efectos de responsabilidad civil, pero precisa: “Si no fueren condenados pero de la sentencia se llegare a inferir su paternidad, el Tribunal mandará expedir testimonio bastante de la ejecutoria para que el ofendido o, en su caso, el representante legal, protector o guardador de hecho, o el M^o Fiscal puedan interponer las acciones previstas en el C. Civil”. Sin embargo, el mantenimiento en el

delito de rapto de la expresión “persona raptada” hace que la referencia del art. 179 se limite al art. 217 (como antes hemos visto), y que no se extienda al artículo 218.

El Proyecto de Reforma Parcial de 1982, con objeto de suprimir la incongruencia del vigente art. 444, después de la Reforma de 1978, sobre los delitos de estupro y rapto —en relación con la sustitución de la concreta referencia a la mujer por la más amplia de “persona”, que se utiliza en los conceptos que de estos delitos nos da el C.P., en su actual articulado (arts. 434, 435 y 436)—, busca darle una nueva redacción. En efecto, la Circular de la F. del T.S., antes citada, ya había destacado que la Ley de 1978 “rompe la tradicional congruencia entre las disposiciones del artículo 444 y los tipos de estupro, pues, naturalmente, los preceptos sobre dote, reconocimiento y mantenimiento de la prole sólo serán de aplicación cuando el sujeto pasivo del estupro sea hembra”. Por nuestra parte hemos de añadir que este argumento solamente se puede extender al delito de rapto, habida cuenta de su mención específica en el precepto legal que se invoca y de la sustitución de la palabra “mujer” por la de “persona” llevada a cabo por la Ley. Para salvar, pues, la incongruencia, la Reforma parcial dice: “Artículo 444. —Queda redactado así: “Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la ofendida.— Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación, conforme a la legislación civil”. La equiparación pretendida con la Ley de 1978, por las distintas consecuencias que se pueden derivar de la comisión de estos delitos, difícilmente se puede mantener; y la indemnización a la ofendida en los tres supuestos que prevé el vigente artículo se tratan de modificar con redacción más flexible y actualizada que deja al descubierto una

de las antinomias producidas por la reforma parcial que olvidó las frecuentes e importantes consecuencias que se pueden derivar de los delitos de estupro y rapto.

Por último es de destacar entre las disposiciones comunes, la derogación del artículo 447 que autorizaba la imposición de medidas protectoras a las mujeres que se hallasen en estado de prostitución o en grave riesgo de prostituirse, en determinados casos, con el tope de edad fijado en los veintitrés años. La protección a la mujer por encima incluso de su mayoría de edad, la interpretación de los supuestos que por las dificultades que ofrecían podían quedar al arbitrio del Tribunal por la inconcreción del precepto, y el otorgamiento de facultades a excesivos organismos para instar esas medidas condujeron a que en la práctica se hiciera “poco o ningún caso” —según reconoce la citada circular— y se convirtiera en un peso muerto en el articulado del Código.

Como resumen de este apartado sobre las disposiciones comunes y la ley de 1978, hemos de destacar que la nueva redacción del art. 443 tiene evidentes aciertos pero que algunas de las modificaciones —tales como privar al cónyuge y al hermano del ejercicio de la acción procesal— no se aciertan a comprender; prueba de ello es la corrección que pretende realizar el Proyecto de C.P. de 1980. También es acertada la derogación del art. 447 y el mantenimiento intocado del art. 448, especialmente por su relación con otros artículos del Código (arts. 289 y 452 bis f), así como el art. 446 en lo que se refiere a la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al consejo de familia. Pero todo ello hace más palpable el fallo de que el legislador no haya abordado en la misma reforma la actualización y consiguiente modificación del

artículo 444 con los tres supuestos que recoge sobre dote, reconocimiento y mantenimiento de la prole.

2.5. El alejamiento de la realidad sociológica que en su día denunciábamos y la poca atención en las reformas hasta entonces realizadas respecto a los delitos relativos a la prostitución (Vid. *Cambio Social y delito*, cit., págs. 148 ss.) se puede aún observar, a pesar del tiempo transcurrido y del cambio político logrado que, en un principio, presagiaba modificaciones importantes. Se corrige por la Ley citada de 1978 el equívoco epígrafe del capítulo III que al limitarlo al estupro y suprimir la referencia a la corrupción de menores guarda mayor relación con su contenido habida cuenta que estas últimas conductas habían pasado con la reforma de 1963 a engrosar los delitos relativos a la prostitución. Pero la referencia a la Ley de vagos y maleantes en el art. 452 bis c) se mantiene con increíble descuido si se recuerda que esta Ley hace doce años que fue derogada y sustituida por la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; a la Reforma Parcial el error no le ha pasado desapercibido, a diferencia de nada menos que cuatro reformas habidas desde la derogación (1971, 1974, 1976 y 1977). Ahora bien, hasta la fecha se trata solo de un Proyecto de Ley que por motivaciones políticas parece estancado, a pesar de su deseada discusión en Cortes por la necesaria y urgente actualización del Código Penal, aún cuando sólo lo sea en parte. Sin embargo es de lamentar que esta Reforma Parcial se limite al mencionado precepto y no aborde otras cuestiones sin esperar a la discusión más detallada e importante, también paralizada, del Proyecto de 1980; así la diferenciación que se mantiene con respecto a persona mayor o menor de veintitrés años (arts. 452 bis a) 2º y 452 bis b) 1º) está ya desfasada, si se compara con

las últimas reformas que hemos visto en los apartados anteriores; el Proyecto de 1980, acertadamente, sustituye la mención concreta de años por la de persona menor o mayor de edad (arts. 211, 212 y 215).

3. Si hacemos balance de las supresiones y modificaciones habidas en los últimos años en los aún denominados por nuestro Código "Delitos contra la honestidad", podemos afirmar que el saldo es negativo. La enorme lentitud y poco cuidado en las reformas y supresiones llevadas a cabo han hecho más profunda la separación entre la Ley y la colectividad a quien se dirige como norma de comportamiento.

La supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento ha sido, en general, bien recibida. El camino abierto en su día con la derogación en 1963 del llamado artículo calderoniano, incluido como disposición general de los delitos contra las personas (que solamente imponía la pena de destierro al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matase en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualquiera de las lesiones graves y que eximía de toda pena si les produjere lesiones de otra clase, y que extendía estas reglas, en análogas circunstancias, a los padres respecto a sus hijas menores de veintitrés años y a sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna), tiene que esperar tres lustros para que continúe la actualización de los preceptos del código con la derogación de los mencionados delitos. Sin embargo, todo hacía presagiar que el expurgo del C.P. había comenzado al excluir de su contenido los delitos de adulterio y amancebamiento, aún cuando se pudiera acudir a la vía civil. Pero si bien la apertura del camino fue lenta y con retrocesos, si se recuerda que ya la legislación de la República los había supri-

mido, el descuido en la imprescindible modificación de preceptos concordantes (en este caso el delito de abandono de familia) puede conducir al punto de partida: la sanción penal del adulterio, aunque ahora se incluya entre los supuestos que abarca el delito de abandono de familia. Es verdad que esta tipicidad —el abandono— no limita el adulterio al cometido por la mujer con exclusión del cometido por el varón (que exigía otros requisitos para ser tipificado como amancebamiento), pero la supresión de estos delitos por la reforma de 1978 no va dirigida a la equiparación de sexos dentro del delito de abandono de familia, sino a su erradicación. Aún cuando no se corrija el error que apuntamos, y al que ya se ha tenido que enfrentar nuestra jurisprudencia, reconocemos que se ha dado un paso adelante con respecto a la legislación anterior, al equiparar el hombre y la mujer; pero no el avance intentado por la reforma de 1978 que debiera haber modificado el vigente art. 487, tal como pretende el Proyecto de C.P. de 1980.

En cuanto al estupro, la última reforma ha simplificado y actualizado los diversos tipos que determinaba el Código, pero la supresión de la referencia específica a la mujer modifica sustancialmente el contenido tradicional del delito con técnica no fácilmente aceptable. El Proyecto de C.P. de 1980 no duda, con razón, en volver a la concreta mención a la mujer como sujeto pasivo de este delito.

Por lo que respecta al rapto, su modificación sistemática ha sido muy importante al suprimirse el llamado rapto impropio o con consentimiento de la mujer y los supuestos agravados; a partir de la reforma, la vigente regulación sólo contempla, en un único artículo, el llevado a cabo contra la voluntad de la “persona” raptada, expresión que también en este

delito sustituye a la tradicional referencia a la mujer, pero que no choca tan abiertamente como en el supuesto de estupro por estar más acorde con el lenguaje usual, no tecnificado, que no lo limita a la mujer. Prueba de ello es que el Proyecto de 1980 mantiene aquí la supresión de la mención específica de ésta, a diferencia de lo que pretende con el delito de estupro, pero lo incluye entre los delitos contra la libertad y seguridad.

Algunas de las modificaciones sobre cuestiones comunes de estos delitos suponen una cierta actualización, pero no todas han sido acertadas: así privar al cónyuge y al hermano del ejercicio de la acción procesal, con lo que tampoco parece estar de acuerdo el Proyecto de 1980, y el olvido de la necesaria modificación del vigente artículo 444, que debiera haber realizado también la reforma de 1978 y que ahora se pretende por el Proyecto de Reforma Parcial de 1982.