

El parentesco adoptivo en el Código penal español (*)

JOSE R. CASABO RUIZ

INTRODUCCIÓN.—I. Casos en que expresamente se acoge el parentesco adoptivo.—II. Casos en que el parentesco tiene trascendencia jurídica, pero donde no se menciona el adoptivo: 1. El parentesco determinante de un perjuicio para el delincuente: A. Parricidio y lesiones graves inferidas a parientes. B. Estupro. C. Abandono de familia. D. Otros supuestos. 2. El parentesco como beneficio: A. Delitos "honoris causa". B. Lesiones del artículo 425 causadas por parientes. C. Exención de responsabilidad criminal en delitos contra la propiedad. D. Cohecho. 3. El parentesco causa legítimamente para el ejercicio de la acción penal: A. En delitos contra la honestidad. B. En delitos contra el honor.

INTRODUCCION

Al Derecho penal no podía pasar inadvertida la relación que entre las personas se crea en virtud de la adopción. De ahí que varios artículos del vigente Código penal se refieran expresamente al parentesco adoptivo, como es el caso del párrafo sexto del artículo 8 o del artículo 11 (1).

Los actuales preceptos proceden del Código de 1870, subsistiendo inalterados desde entonces. Solamente el de 1928 introdujo algún nuevo artículo como el referente a la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (2).

(*) La elección del tema es consecuencia del Seminario y ciclo de conferencias que sobre la adopción organizó en el pasado curso 1970-71 la cátedra de Derecho Civil del profesor doctor don Luis Díez-Picazo, en los que se estudiaron tanto el aspecto jurídico-civil como el histórico y psicológico. Pareció interesante, para complementar la perspectiva, ver la trascendencia que en el Código penal alcanza la adopción. Estos son el motivo y finalidad del presente trabajo.

(1) Los artículos en que expresamente el Código se refiere a los adoptivos, son los siguientes: 8-6.^a, 9-6.^a, 11 y 18. La Ley de 24 de abril de 1958 suprimió el artículo 476, por el que se castigaba al "adoptante que sin previa dispensa civil contrajere matrimonio con el hijo o descendiente adoptivo".

(2) En el artículo 522, dentro del capítulo del parricidio.

Si bien los preceptos del Código vigente proceden del de 1870, esto no significa, en modo alguno, que el vínculo creado por la adopción fuera desconocido en los anteriores Códigos de 1848-50. Por el contrario, éstos incluían en el concepto de parricidio la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (3). De este modo se equiparaba plenamente la muerte de los padres o hijos adoptivos, a la de quienes lo fuesen por consanguinidad. Quien diera muerte a los padres o hijos adoptivos era parricida y castigado con las mismas penas que si hubiera muerto a los padres o hijos por naturaleza.

Esta postura podría pensarse que obedeció a una pura imitación del Código penal francés, ya que en él se establece tal equiparación (4). Aun sin desconocer la posible influencia gala, que algunos autores han indicado (5), hay que tener en cuenta que tan importante paso no hubiera podido adoptarse de no mediar condiciones favorables para ello. En este sentido debe recordarse que los comentaristas de la época no sólo no se opusieron, sino que ni siquiera extrañaron tal equiparación (6). Es más, algunos de ellos entendieron que cuando el Código se refería en otros lugares a los parientes sin mencionar a los adoptivos, había que considerarlos tácitamente comprendidos (7).

La relación adoptiva, por consiguiente, no sólo es reconocida y apreciada por los Códigos penales de 1848-50, sino que incluso se la llega a equiparar totalmente al vínculo creado por la consanguinidad.

Este criterio legal parece responder a la concepción positivista

(3) El artículo 323 del Código de 1848, que corresponde al 332 del de 1850, establece: "El que mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida..."

(4) Artículo 299: "Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime".

Vid. VIADA, S.: *Código penal* 4.^a ed. T. III, Madrid, 1890, p. 7.

(5) GROIZARD, A.: *El Código penal de 1870*. T. IV, Salamanca 1891, página 344; QUINTANO, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I, Madrid 1962, p. 114.

(6) DE CASTRO Y OROZCO, J., y M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*. Tomo II, Granada 1848, p. 270; GÓMEZ DE LA SERNA, P., y J. MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*. 5.^a ed. T. III, Madrid 1855, p. 336; FRANCISCO PACHECO, J.: *El Código penal*. 3.^a ed. T. III, Madrid 1867, p. 12; MARÍA DE VIZMANOS, T., en "T. María de Vizmanos y C. Alvarez Martínez": *Comentarios al Código penal*. T. II, Madrid 1848, página 318. Este último autor que, por las noticias que ofrece acerca de la inclusión de la muerte del cónyuge en el concepto de parricidio, parece que efectivamente participó en la discusión del proyecto, llega a afirmar del padre, madre o hijo legítimos, naturales o adoptivos que "respecto de todos estos individuos o por la naturaleza o por la ley civil, o por ambas al mismo tiempo, hay iguales motivos para considerar al homicidio como una de las más perversas acciones", p. 318.

(7) Así, GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...*, cit. Tomo III, p. 43, respecto de la legítima defensa de parientes; CASTRO y ORTIZ: *Código penal*, cit. T. I, p. 57, en el supuesto de legítima defensa de parientes; p. 73, para la vindicación próxima de una ofensa grave a parientes, y p. 86, respecto de la entonces agravante de parentesco.

del Derecho derivada de la idea del pacto social (8). Para los contractualistas, todo delito supone la vulneración de un pacto, siendo la clase del pacto la determinante de la calidad del delito. Quien mata a un extraño infringe un pacto, pero si causa la muerte de otra persona con la que aparece vinculado de un modo específico, vulnera otro pacto distinto. De ahí la afirmación de Filangieri de que “el hijo que mata al padre comete un delito de *cualidad diversa* del que comete otro ciudadano que no tiene relación alguna de familia con él” (9). Importa notar que Filangieri distingue en los delitos la cualidad del grado; así, el asesino por precio “comete un delito de la misma cualidad, pero de *grado diverso* del que le mata en el ímpetu de una pasión, o por grave insulto” (10). De este modo, la clase del delito viene determinada por la cualidad del pacto violado. Pero como el pacto no constituye una noción natural, la cualidad del delito no aparece vinculada a esta realidad natural, sino sujeta a una valoración que siempre se realizará desde un punto de vista jurídico. Por tanto, el parricidio podrá ser considerado por Filangieri (11) como el primero de los delitos que turban o destruyen el orden de las familias, considerando parricidio tanto la muerte de los ascendientes y descendientes como “el homicidio de la mujer, del marido y del hermano” (12).

Planteadas la cuestión desde esta perspectiva jurídica, no puede causar extrañeza el paso ulterior consistente en equiparar la filiación legal de adopción a la natural (13). Asaz expresivas son las palabras de la comisión redactora del Código penal francés que, como ya antes se indicó, equipara en el parricidio la muerte de los adoptivos a la de los consanguíneos: “En plaçant sur la même ligne le père légitime et le père adoptif, le projet de loi rend hommage à la paternité légale, consolant image de la paternité réelle” (14). Como subrayan al respecto Chaveau-Hélie (15), lo que el legislador quiso es dar a la adopción los privilegios del parentesco natural, quiso que la misma sanción protegiera los lazos de la ley y los de la naturaleza.

Esta postura netamente positivista no podía ser aceptada por los autores más influidos por el iusnaturalismo, quienes consideran incluso una aberración equiparar totalmente el parentesco por adopción con el creado por la naturaleza. De ahí, las exclamaciones de

(8) Vid. BETTIOL, G.: *Diritto penale*. 7.^a ed., Padua 1969, p. 11.

(9) FILANGIERI, C.: *Ciencia de la legislación*. Trad. J. Rubio. 3.^a ed. Tomo VIII. Madrid 1822, p. 210.

(10) Loc. cit. nota anterior.

(11) FILANGIERI: *Ciencia...* cit. T. VII, pp. 177 y ss.

(12) FILANGIERI: *Ciencia...* cit. T. VII, pp. 183 y s.

(13) Importa señalar que FILANGIERI no menciona el parentesco por adopción, incluso del contexto parece deducirse que se refiere exclusivamente a los consanguíneos—Vid. *Ciencia...* cit. T. VII, p. 183—.

(14) Cit. por A. CHAVEAU y F. HÉLIE: *Théorie du Code Pénal*. T. III, Bruselas 1844, p. 55. El texto también se recoge en BOITARD: *Droit Criminel*, 10.^a ed. París 1872, p. 341.

(15) A. CHAVEAU y F. HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 55.

Chaveau-Hélie (16) al comparar la relación adoptiva con la consanguínea, y las protestas de Carrara (17), que habla de “injusta parificación”, y de efectos exorbitantes de “una mera ficción jurídica y un vínculo puramente contractual” (18).

En la doctrina española también se opusieron Viada (19) y especialmente Groizard. Para este autor en modo alguno puede consentirse tal equiparación, pues niega “que deban ser tan respetados los derechos ficticios creados meramente por las leyes, como los que tienen por base la propia naturaleza” (20).

De acuerdo con este planteamiento doctrinal, el Código penal español de 1870 reformó el delito de parricidio dejando de considerarse como tal la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (21). Postura que ha sido mantenida por la legislación posterior, pues sólo el Código de 1928 incluyó dentro del capítulo del parricidio, pero como delito menos grave que la muerte de los ascendientes y descendientes consanguíneos, la de los padres o hijos adoptivos (22).

El Código penal de 1870 no supuso la negación de toda trascendencia penal al vínculo adoptivo, pues si bien lo excluyó del delito de parricidio, sin embargo, introdujo su referencia expresa en los mismos supuestos recogidos en el vigente Código.

Resulta necesario, por tanto, analizar la trascendencia que en el actual Código se otorga al parentesco creado por la adopción. Para ello se estudiarán, en primer lugar, los casos en que expresamente

(16) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 55.

(17) CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Pte. esp. Vol. I, 10.^a ed. Firenze 1925, pp. 194 y s. (§ 1142 y s.).

(18) También es considerada inadmisibles la equiparación, por GARRAUD: *Droit pénal français*. T. V, 3.^a ed. París 1924, p. 174.

(19) VIADA: *Código penal* cit. T. III, p. 7. Para este autor “por más grande que sea el beneficio de la adopción, no puede compararse al de la vida, ni nunca puede ser tan culpable el que da muerte a un bienhechor como el que a su propio padre mata”.

(20) GROIZARD: *El Código penal* cit. T. IV, p. 345. Más adelante continúa: “Entre el parentesco civil y el parentesco natural, la justicia, la ciencia y el sentido común encontrarán siempre diferencias. El que quebrante los vínculos creados por la gratitud y el reconocimiento y mata a su padre adoptivo, es, sin duda, un gran criminal merecedor de una pena superior a la ordinaria que se impone al homicida; pero de esto no se sigue que la que deba sufrir sea aquella con que se castiga el verdadero parricidio, delito que lleva en sí mayor perversidad por romper a un tiempo los deberes sancionados por la ley civil y los creados además por la ley natural: Igualar, en esta materia, las relaciones de la sangre a las relaciones sólo creadas por las leyes, produciría en la sociedad el deplorable efecto de debilitar el concepto de supremo horror que el parricidio natural lleva consigo”.

(21) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Dogmática de los delitos contra la vida en el Código penal de 1870*. En el volumen publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Commemoración del centenario de la ley provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código penal de 1870*. Madrid 1970, p. 155.

(22) Dispone su artículo 522: “Al que matare a un hermano o a una hermana, o al padre o madre adoptivos o a una de las personas que hubiesen criado y educado al culpable, o al hijo adoptivo y al criado y educado por el culpable, o a los afines en línea recta, le será impuesta la pena de diez y ocho a veinte años de reclusión”.

se menciona a los adoptivos, pasando luego a la averiguación de si en los otros supuestos en que se aprecia el parentesco, pero no se menciona a los adoptivos, ha de entenderse comprendidos.

I. Casos en que expresamente se acoge el parentesco adoptivo.

Como se ha indicado, el vínculo por adopción aparece mencionado en el Código penal hoy vigente, en cuatro supuestos, todos ellos introducidos por el Código de 1870: legítima defensa de parientes —art. 8, 6.º—; circunstancia atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave inferida a un pariente —art. 9, 6.º—; circunstancia mixta de parentesco —art. 11—; y en la exención de responsabilidad criminal (23) por encubrimiento del pariente —art. 18—.

El primer problema que surge es el de la determinación de los parientes adoptivos a que se refieren los cuatro artículos. Si se observa su tenor literal puede notarse cómo tres aparecen con idéntica redacción: los recogidos en los artículos 9-6.º, 11 y 18. En todos ellos se refiere el Código a los “ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos”. En la legítima defensa de parientes, en cambio, la fórmula aparece algo modificada, pues se habla de los “ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales y adoptivos”.

En la redacción de los tres primeros casos, los adjetivos “legítimo, natural y adoptivo” vienen gramaticalmente referidos a los hermanos por ser el sustantivo al que califican (24). En cuanto a la legítima defensa de parientes, caben dos interpretaciones de su sentido gramatical. Por una parte, puede decirse que los objetivos se refieren únicamente a los hermanos y, por otra, que también alcanzan a los ascendientes. Aun cuando lo más correcto parece relacionar los adjetivos tan sólo con el sustantivo inmediatamente anterior —los hermanos—, pues aparece separado del anterior por la disyuntiva “o”, sin embargo, la otra solución poco afectaría al problema que plantea la fórmula empleada en éste y en los anteriores supuestos.

En efecto, si apoyándose en el tenor literal de los artículos, se afirmará que la relación adoptiva sólo tiene trascendencia cuando incide entre hermanos —o entre ascendientes, en el caso de la legítima defensa—, no se comprende, ni parece existir razón lógica alguna, por la que no ha de tenerse en cuenta en aquellos casos en que el parentesco creado por la adopción resulta mucho más estrecho. Como

(23) Acerca de las distintas posturas en torno a su naturaleza, vid. NAVARRETE, J.: *El encubrimiento entre parientes*. “ADPCP” 1960, pp. 229 y ss. La reciente sentencia de 6 mayo 1971 —Aranz. 2162—, al referirse a la naturaleza de la exención, dice textualmente: “ya también como mera excusa, ya como causa de inexigibilidad de otra conducta, conforme a los modernos postulados penales”:

(24) Vid., respecto del artículo 11, CÓRDOBA, J.: *El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal*. “ADPCP” 1967, p. 172; LUZÓN, M.: *Derecho Penal del Tribunal Supremo*. T. II. Barcelona 1964, p. 8.

indica el profesor Córdoba (25), sería absurdo entender que la circunstancia mixta de parentesco afecta tan sólo a los hermanos adoptivos y no al adoptante respecto del adoptado.

Para obviar la anterior inconsecuencia lógica, Córdoba (26) ha propuesto la interpretación de que los adjetivos “legítimo, natural y adoptivo” se refieran a todos los substantivos que les preceden y no solamente al inmediato anterior; es decir, que alcanzarían tanto a los hermanos como a los ascendientes y descendientes. Esta solución, que busca la realización de la justicia material, parte del supuesto de que los adjetivos no cumplen una función restrictiva, sino simplemente aclaratoria.

Al objeto del presente trabajo no afecta el problema de si los adjetivos empleados por la ley cumplen una función restrictiva o aclaratoria, que depende del alcance que se otorgue al término “natural”, es decir, si coincide o no con el concepto del Código civil (27). Únicamente interesa subrayar, y esto quizá posibilite la solución del problema, que el adjetivo supone una concreción del substantivo al que califica. Cuando decimos, por ejemplo, hombre europeo restringimos el concepto hombre a sólo los pertenecientes al continente denominado Europa, tanto si lo empleamos como adjetivo único, como si va acompañado de los otros de asiático, africano, americano y oceánico. Por consiguiente, si el adjetivo cumple una función restrictiva del substantivo, hay que admitir que la cualidad concretada por el adjetivo se hallaba contenida en el substantivo, hasta el punto que, de no añadirse adjetivo calificativo alguno, hay que considerar comprendidas todas y cada una de sus posibles concreciones. De ahí, que, volviendo al ejemplo anterior, el substantivo hombre sin adjetivos comprende tanto a los europeos como a los asiáticos, africanos, americanos y oceánicos. La proposición “el hombre es un animal racional”, alcanza a todo hombre, cualquiera que sea el continente de su procedencia, por ser éste el criterio adoptado para determinar el universo del discurso, empleando la terminología propia del lenguaje lógico.

Este planteamiento de la moderna lógica no resulta extraño en modo alguno a la ciencia del Derecho. Baste recordar el famoso brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, pues, evidentemente, la distinción arrastra una limitación por la mayor concreción.

Aplicando estas ideas a los supuestos contemplados en los artículos 8-6.º, 9-6.º, 11 y 18 del vigente Código penal, hay que llegar a la conclusión de que, por no formularse en la ley restricción alguna, en los substantivos ascendientes y descendientes deben considerarse incluidos tanto los consanguíneos como los adoptivos (28). Con esta

(25) CORDOBA: *El parentesco...* cit. p. 172.

(26) CORDOBA: *El parentesco...* cit. p. 172.

(27) CORDOBA: *El parentesco* cit. pp. 170 y s.

(28) Respecto del artículo 11, VIADA: *Código penal*, cit. T. III, p. 7. DEL ROSAL, COBÓ, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español* (Parte

solución se evita el absurdo de entender que alcanza relevancia jurídico-penal la relación entre hermanos adoptivos y no otras más estrechas como puede ser la existente entre adoptante y adoptado.

Los motivos que haya podido tener la ley para incluir expresamente la referencia a los legítimos, naturales y adoptivos al hablar de los hermanos, no necesariamente ha de interpretarse en el sentido de que el legislador pretendía restringir el ámbito a los naturales en sentido civil, pues bien puede obedecer a los deseos de que quedase bien claro que los hermanos adoptivos se hallaban incluidos, evitando, de este modo, las dudas que al respecto pudiera suscitar el ordenamiento civil vigente en 1870.

Desde el punto de vista teleológico nada se opone a la solución propuesta, pues las mismas razones por las que la legislación penal aprecia el parentesco entre los hermanos adoptivos son aplicables, incluso con mayor motivo a los ascendientes y descendientes vinculados por el parentesco de adopción.

Analizados los casos en que el Código penal contiene una referencia explícita a la relación adoptiva, surge el problema del concepto de adopción. Esta es una figura netamente jurídica que viene regulada en el Código civil, artículos 172 y siguientes, luego a esta ley debe acudir para determinar su existencia. Sin embargo, el Código civil distingue dos clases de adopción denominadas, respectivamente, plena y simple. Puede suscitarse entonces la duda de si cuando la ley penal se refiere a la adopción comprende ambas formas o solamente la plena. De nuevo puede aducirse aquí el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, por lo que deben considerarse comprendidas ambas clases de adopción. En este sentido, importa recordar que ésta es la postura adoptada por el propio Código civil en otros lugares, como, por ejemplo, en los impedimentos matrimoniales de los párrafos 5.º y 6.º de su artículo 84. Cuando se trate de extranjeros habrá de estarse a la legislación del respectivo país.

Mayores dificultades surgen en torno a la concreción de los parientes que se ven afectados por la relación adoptiva. Respecto de los comprendidos en el concepto de hermanos adoptivos, no parece dudoso que lo estarán los hijos legítimos del adoptante respecto del adoptado, tanto más cuando el Código civil establece el impedimento matrimonial entre ellos—art. 84, 6.º—. Respecto de los ilegítimos y otros hijos adoptivos del adoptante no parece que deben ser excluidos, tanto porque la ley no distingue como porque no se conciben razones jurídico-penales por las que hayan de considerarse no comprendidos.

En cuanto a los ascendientes cabe adoptar dos posturas, según se tome la legislación civil como punto de partida, o no. En el primer caso, puede decirse que sólo alcanza al adoptante en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 176 del Código civil,

especial) "Delitos contra las personas". Madrid 1962, p. 170. Vid. también los autores y lugares citados en la nota 7.

donde se señala que la adopción causa parentesco entre el adoptante y el adoptado, pero no respecto de la familia del adoptante. Dentro de esta misma línea respetuosa con el ordenamiento civil, cabría asimismo afirmar que si bien el Código civil niega por regla general el parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, no deja de reconocer algunos efectos cuando se trata de los cónyuges, como ocurre en el impedimento matrimonial 5.º del artículo 84, por el que se prohíbe el matrimonio entre el adoptado y el cónyuge viudo del adoptante. Por tanto, podría decirse que los ascendientes a que se refiere la ley penal estarían compuestos por el adoptante y su cónyuge (29). Esta solución contaría, además, con el apoyo de los Códigos penales extranjeros, que cuando especificaron los ascendientes adoptivos se refieren únicamente al padre y madre adoptante (30), como ocurría en el Código penal español de 1928 respecto del parricidio previsto en su artículo 522 (31).

Postura distinta de las anteriores sería la de entender que el ordenamiento penal es en este punto completamente autónomo del civil, por lo que, comprobada la existencia de la adopción, han de acogerse criterios penales para determinar los parientes afectados, sin que la legislación civil tenga trascendencia alguna. Como la ley penal no distingue, habrían de considerarse incluidos no sólo el adoptante y su cónyuge, sino también los ascendientes de éstos.

Sin perjuicio de aceptar por completo la premisa de que la ley penal es autónoma para determinar sus presupuestos (32), debe reconocerse que por no concurrir en la adopción la ascendencia natural hay que estar a lo dispuesto en la legislación civil, pues de lo contrario no existiría razón alguna para hablar de ascendientes. No parece, sin embargo, que únicamente deba comprenderse al adoptante, sino también a su cónyuge, ya que el Código civil admite la existencia de cierto parentesco entre el adoptado y el cónyuge del adoptante desde el momento en que prohíbe el matrimonio entre ellos. De este modo, en el término ascendientes se consideran comprendidos el adoptante y su cónyuge.

Por lo que se refiere a los ascendientes, el propio Código civil en su artículo 176, párrafo 2.º, manifiesta que existe parentesco entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes. Resultan, por tanto,

(29) Se parte del supuesto de que el cónyuge no sea al mismo tiempo adoptante.

(30) Así, el artículo 52, 2.º, del Código penal de la Rep. Fed. Alemana, en el concepto de parientes, a los efectos del propio Código, comprende a los padres e hijos adoptivos. En el Código penal italiano pueden citarse los artículos 577, 585, 591, 597 y 649.

(31) Vid. nota 22. No pueden citarse, en cambio, los de 1848-50 porque distinguían entre padres y otros ascendientes también para los consanguíneos.

(32) Vid. RODRÍGUEZ DEVEZA, José María: *Derecho Penal español*. P. G. 2.ª ed. Madrid 1971, pp. 22 y ss.; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español* (P. G.). Vol. I, Madrid 1968, pp. 10 y ss.; STAMPA, José María: *Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Valladolid 1953, páginas 35 y ss.

indudablemente comprendidos en la voz descendientes el adoptado y sus ascendientes respecto del adoptante.

II. Casos en que el parentesco tiene trascendencia jurídica, pero donde no se menciona a los adoptivos.

Vistos los supuestos en los que el Código penal se refiere expresamente a los parientes adoptivos, surge la cuestión de si el vínculo creado por la adopción alcanza trascendencia criminal en otros casos.

Ni que decir tiene que deben considerarse comprendidos en aquellos artículos en que la fórmula legal resulta tan amplia que se da cabida incluso a meras situaciones de hecho. Así pueden citarse el artículo 452 bis e) —“La persona bajo cuya potestad estuviere un menor”— el 497, 3.º —“Esta disposición no es aplicable a los padres tutores o quienes hagan sus veces”—; el 20, primera —son responsables civilmente quienes “los tengan bajo su potestad o guarda legal”—; el 266 —incurrirán en multa “los padres, tutores o guardadores de hecho—) etc. (33).

En cuanto a los otros supuestos donde se otorga trascendencia penal a la cualidad de ascendientes, descendientes y hermano, si bien no hay inconveniente formal en considerar comprendidos a quienes lo sean en virtud de la adopción, por las razones que anteriormente se expusieron, sin embargo, parece imprescindible el análisis de los casos concretos para determinar si su *ratio* se oponen a tal interpretación formal (34). A este fin se dividirán en tres apartados, atendiendo a la función que el parentesco cumple como motivo de agravación, de beneficio y de legitimación para el ejercicio de la acción penal (34 bis).

(33) Vid. también el 446, 2.º; 498, 2.º; 584, 8.º, 10.º, 11.º, 12.º, 16.º, etc.

(34) El contexto es el que permite a la doctrina italiana afirmar que los adoptantes y adoptados no se comprenden en el concepto de próximos parientes del artículo 307 del vigente Código, pues se considera que cuando la ley ha querido equipararlos a los consanguíneos lo ha manifestado expresamente. Vid. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale*. P.E. T. I, 5.ª edición, Milán 1966, p. 326; MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale*. Vol. IV, puesto al día por Nuvolone, Turín 1961, p. 708. Esta objeción contextual no concurría en el Código Zanardelli, por lo que su artículo 191 se interpretó en el sentido amplio, dando cabida en el concepto de próximos parientes tanto a los consanguíneos como a los adoptivos. Vid. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale*, Vol. V. 2.ª ed. Turín 1921, p. 287; LOLLINI, S.: *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*. En “Enciclopedia Pessina”, Vol. VIII, Milán 1907, página 266, n. 2. En cuanto a la esencial función que en el seno del Derecho penal cumple la interpretación teleológica, pueden verse las brillantes páginas de BETTIOL: *Diritto penale*, cit. pp. 111 y ss.

(34 bis) En este apartado se estudia el problema de si el parentesco por adopción se halla comprendido en aquellos casos en que expresamente no se le menciona, y, a tal fin, se analiza su literalidad y *ratio*. No deja de reconocerse, sin embargo, que la trascendencia concreta de los preceptos ha de venir condicionada por el efecto perjudicial o beneficioso que produzcan, como ya destacaron CASTRO y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA —*Código penal*. Citado. T. I, p. 86—. Por tanto, si bien no se plantea en el texto la cuestión de hasta qué punto se causaría un perjuicio al reo apoyándose simplemente

1. El parentesco como determinante de un perjuicio para el delincuente (35).

A. Parricidio y lesiones graves inferidas a parientes.

El artículo 405 del Código penal considera parricida a quien mata a su padre, madre o hijo, o a cualesquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge.

Esta redacción no procede de 1848, pues, como ya antes se indicó, tanto este Código como el de 1850 consideraban también parricida al que matare a su padre, madre o hijo adoptivos, equiparando el parentesco por adopción al de consanguinidad. El Código de 1870 modificó esta postura suprimiendo la referencia a los adoptivos y reduciendo al concepto de parricidio a la muerte del padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo, es decir, a quienes lo fueren por naturaleza. En cambio, respecto de los otros ascendientes y descendientes suprimió el requisito de que fueran legítimos como exigían los 1848-50; de este modo indican que también sería parricida quien matare a "cualquier otro de sus ascendientes o descendientes". Con esta amplia fórmula podía suscitarse la duda de si constituía parricidio la muerte de los ascendientes o descendientes, no padres ni hijo, ilegítimos y adoptivos.

Efectivamente se planteó en la práctica la cuestión de si eran parricidas quienes dieran muerte a los descendientes ilegítimos (36). Para evitar la duda el Código de 1928 trasladó los adjetivos "legítimos e ilegítimos", que en el de 1870 calificaban al padre, madre e hijo, a los ascendientes y descendientes (37). Con esta reforma se resolvía legislativamente la duda planteada por la redacción anterior, pero no se cayó en la cuenta de que automáticamente se suscitaba otra: la de si en el parricidio podía comprenderse la muerte del padre, madre o hijo adoptivos, pues los sustantivos no aparecían acompañados de adjetivo limitador alguno. En verdad que la cuestión no se planteaba en el Código de 1928, ya que establecía en artículo distinto la muerte del padre, madre o hijo adoptivos (38), pero sí en el de 1932 y en el hoy vigente, que, respetando la redacción de 1928 no contienen un precepto análogo al del artículo 522 de este último Código.

A la vista de los precedentes manifestados por los Códigos de 1848-50 y en virtud del principio de que no es lícito distinguir allí donde la ley no lo hace, podría decirse que en los conceptos de padre,

en una duda, no deja de reconocerse su importancia, y de ahí la sistemática empleada.

(35) La expresión "perjuicio para el delincuente" ha de entenderse en el sentido más amplio.

(36) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, T. II, Madrid 1929, p. 140; CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal*, T. I, Madrid 1931, páginas 400 y s.

(37) Artículo 521: "El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado...".

(38) Artículo 522, vid. nota 22.

madre e hijo a que se refiere el artículo 405 del Código penal, hay que incluir todos los casos, por lo que también tendrían cabida los adoptivos. Incluso quien, por partir de un positivismo jurídico extremo, ignorase los precedentes históricos y atendiese exclusivamente al tenor literal del artículo podría encontrar en la anterior interpretación la clave por la que aparecen distinguidos los conceptos de padre, madre e hijo de los más amplios de ascendientes y descendientes.

La doctrina española (39), sin embargo, entiende que en el parricidio sólo caben los parientes consanguíneos, aparte del cónyuge, que aquí no importa. En favor de esta interpretación podría aducirse la voluntad del legislador histórico e incluso la propia redacción del precepto. Efectivamente, cabría afirmar que el universo del discurso gira siempre en torno a los parientes consanguíneos, pues con la frase "o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos", no se pretende estructurar una proposición autónoma e independiente de la anterior, sino que forma con ella una unidad a través de los términos "o a cualquier otro". Pero tampoco este último argumento puede considerarse definitivo, ya que la repetida frase "o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos" aparece individualizada mediante comas.

Si tal y como indica la doctrina, lo que se pretende es incriminar exclusivamente a los parientes consanguíneos, debe reformarse el artículo mediante una redacción que no ofrezca resquicio alguno para la duda (40).

La solución que se adopte respecto del parricidio vincula para la agravación prevista en el penúltimo párrafo del artículo 420, donde se establecen penas más severas para el caso de que las lesiones graves se infieran contra algunas de las personas mencionadas en el delito de parricidio.

B. Estupro.

El artículo 435 señala la pena de prisión menor a quien cometiera estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años.

En este artículo también puede suscitarse la cuestión de si se comprende en los conceptos de hermana o descendiente las que lo sean por adopción. Desde el punto de vista puramente formal hay que llegar a una solución afirmativa, dado que el texto legal no restringe los conceptos. Pero para resolver el problema resulta necesario atender al bien jurídico que se protege, pues de entender que es la evitación de la *commixtio sanguinis* tan sólo alcanzará a los consanguíneos; en cambio, si se considera que es la libertad sexual de la mujer, nada impide que puedan asimismo considerarse comprendidos los hermanos y descendientes adoptivos.

(39) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*. P.E. 4.ª ed. Madrid 1971, p. 55; QUINTANO: *Tratado...* cit. T. I, p. 143; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal...* cit., p. 170.

(40) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* cit. P.E. p. 54; QUINTANO: *Tratado...* cit. T. I. p. 142, n. 3.

Hay una corriente doctrinal y jurisprudencial para la que el bien jurídico tutelado es la pureza de la familia entendida ésta en un sentido consanguíneo. Así, para Cuello Calón el delito previsto en el artículo 435 es el “comúnmente denominado incesto” (41), y “las razones que justifican el castigo del incesto son, en primer lugar, la lesión del orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre” y, al mismo tiempo, “se invocan consideraciones eugénicas basadas en investigaciones biológicas, que demuestran que las uniones entre próximos parientes pueden dar vida a seres anormales y de ínfimo o nulo valor social” (42).

También algunas sentencias del Tribunal Supremo han acogido tal postura. En este sentido, la de 27 junio 1967—Aranz. 3437— afirma terminantemente que “el delito de estupro-incesto, del artículo 435 del Código penal... defiende por encima de todo bien protegido la *commixtio sanguinis*, lesionada por los sujetos que yacen, ligados por relación muy cercana de consanguinidad”. Asimismo, la de 22 mayo 1971—Aranz. 2378—, en la que se habla de “quebranto de los vínculos de sangre”, desbordando la infracción “los estrictos límites del delito para acoger la grave ofensa perpetrada contra el ente familiar, como un eco del ancestral y sacrosanto horror con que siempre fue mirado el incesto por casi todos los pueblos”.

Pese a las afirmaciones anteriores, cabe recordar que no siempre se ha considerado el incesto como delito. De ahí que resulte necesario aludir a las distintas posturas que se han mantenido acerca de su incriminación, para luego analizar el bien jurídico protegido en el artículo 435 del vigente Código penal.

En la legislación española previa a la codificación, se sancionaba muy severamente el yacimiento incestuoso, entendiéndose por tal el realizado entre parientes hasta el cuarto grado canónico (43), es decir, entre aquellos que no podían contraer matrimonio (44). Pero ya en la última época del Antiguo Régimen la persecución de este delito sufrió un gran retroceso, según testimonio de Vilanova y Mañes (45).

(41) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*. T. II, 12.^a ed., puesta al día por Camargo, Barcelona 1967, p. 562.

(42) CUELLO: *Derecho Penal*. T. II, cit. p. 563. En este mismo sentido parece orientarse la postura de QUINTANO: *Comentarios al Código penal*, 2.^a edición. Madrid 1966, pp. 799 y s.; QUINTANO: *Estupro*. En “Nueva Enciclopedia Jurídica”, T. II. Barcelona 1958, pp. 139 y ss.; JIMÉNEZ ASENJO: *La reforma del delito de estupro*, “RGLJ” 1944 (176), p. 109.

(43) Partidas: 7. 18.1. Vid. La glosa de Gregorio López.

(44) CARRARA: *Programma*... cit. Parte speciale. Vol. III, p. 578 (§ 2000); Vid. MANS PUIGARNAU, J. M.: *Derecho matrimonial canónico*. Vol. I. Barcelona 1959, p. 261, acerca de los antecedentes canónicos.

(45) VILANOVA Y MAÑES, S.: *Materia criminal forense*. T. III, Madrid 1807, pp. 215 y s.: “no se persigue hoy de oficio el adulterio con incesto, ni el estupro complicado con el; a no ser que sea nefando y haya infamación y nota grave, que con el procedimiento judicial no se lastime más el honor de la estuprada; cuya máxima, conforme con la práctica del día, parece la influye el contexto literal de la propia ley 2...; fuera de que, a ocasiones, es

Pero fue la Revolución francesa la que dio el paso definitivo en contra de la incriminación del incesto y de otras conductas hasta entonces consideradas delitos gravísimos, como la sodomía y la bestialidad. En el Código penal francés de 1871 (46) no aparece recogido el incesto entre sus delitos; con ello se inicia una corriente legislativa de gran importancia con los países latinos. Así, no castigan el incesto el Código penal francés de 1810 (47) y los Códigos de los Estados italianos, salvo el sardo—art. 481—y el toscano—arts. 294 y 295—. Tampoco lo recoge el español de 1822, pese a la propuesta que para su inclusión hicieron algunos informantes al proyecto (48). A esto se contestó: “La comisión cree que se adelanta mucho más no haciendo mención de esas cosas en el Código que comprendiéndolas en él” (49). Esta línea legislativa continuó a lo largo del siglo XIX, pues incluso el Código Zanardelli, en su artículo 337, castiga solamente a quien de modo que se derive escándalo público, tiene relación incestuosa.

La tendencia legislativa encontraba su apoyo en la doctrina, ya que la no incriminación del incesto era defendida por autores de tanto prestigio como Chaveau-Hélie (50), Carrara (51), Groizard (52), Garraud (53), etc.

Los argumentos que comúnmente se esgrimen para justificar esta actitud son varios, si bien fundamentalmente se parte del principio de que la ley penal únicamente debe castigar los actos contrarios a la decencia que se producen en público, los que supongan corrupción de menores o violencia sobre las personas. Cuando no concurren estas circunstancias la ley penal no puede intervenir; es

cuerda cosa dexar el castigo de los crímenes para Dios, en vez de exponer el remedio a mayores males, emprendiéndolo el hombre por su cuenta”. Por incesto nefando se entiende el cometido por personas “que estén en lugar de padres e hijos”—*ibídem*, p. 215—. La Ley a que se refiere es Partida 7.18.2.

(46) Citado por CHAVEAU Y HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 185.

(47) Que incluso en nuestros días se limita a establecer una pena agravada en su artículo 331, 2.º—introducido por L. 13 mayo 1863—para el atentado al pudor cometido por todo ascendiente sobre la persona de un menor, aun cuando tenga más de quince años, pero que no se halle emancipado por el matrimonio.

(48) Las Universidades de Alcalá y Orihuela, las Audiencias de Granada y Navarra y el Colegio de Abogados de Granada. *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código penal*. T. I, Madrid 1822, pp. 203, 204 y 206.

(49) *Diario...* cit. T. III, pp. 303 y s. Antes, y con referencia a los delitos de sodomía, incesto, estupro simple, sortilegio, usura, suicidio y otros delitos contra sí mismos, raptos de monjas e introducción en sus monasterios para fines carnales, y correspondencia de los eclesiásticos con un soberano extranjero sin autorización del gobierno, había contestado la comisión: “estos delitos o están comprendidos o embebidos en otras disposiciones del proyecto, o son de aquellos que... no deben ocupar lugar ninguno en el código penal de una nación ilustrada”—T. I. p. 217—.

(50) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 186.

(51) CARRARA: *Programa...* P.Sp. cit. T. III, pp. 579 y ss. (§ 2001 y ss.).

(52) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, pp. 148 y ss.

(53) GARRAUD: *Droit penal...* cit. T. V, pp. 491 y s.

más, de perseguirlos, se derivan males mayores por el escándalo. De este modo, el silencio del Código supondría un respeto por el pudor público (54), aparte de que se evita la inquisición del juez acerca de la vida privada, pues de lo contrario se abriría “el santuario del hogar doméstico” (55).

Según Carrara (56), para que un hecho pueda ser incriminado no basta que sea vicioso o gravemente pecaminoso, sino que es necesaria la vulneración de un derecho particular o universal. La lesión de un derecho particular no concurre en el mero incesto, ya que supone la actuación plenamente voluntaria de ambos sujetos. Si se vulnerase un derecho social, el delito sería contra la familia y, para Groizard (57), no puede ir contra la familia porque no se hiere directamente los derechos de quienes concretamente componen la familia, pues todos los derechos en su origen brotan del individuo. Si se entendiese que ataca las buenas costumbres, ya no se sancionaría la conducta considerada en sí misma, sino su trascendencia (58).

En los países donde las ideas de la Revolución francesa alcanzaron menor trascendencia, el incesto continuo tipificado como delito, especialmente en los países no latinos. Así, en el Código penal bávaro—arts. 206 y 207—, prusiano—art. 141—, del imperio austríaco—art. 113-2.º y 246— y el Código penal alemán—art. 173—.

En el comentario oficial al Código penal bávaro se dice acerca del incesto cometido por ascendientes, que éstos cometen una grave lesión al derecho, porque, desconociendo los sentimientos y deberes más sagrados y abusando del poder de que disponen, destruyan la pureza física y moral de sus descendientes para satisfacer deseos que horrorizan a la naturaleza. Por lo que se refiere a los hermanos, señala la necesidad de mantener la pureza de costumbres en el seno de la familia.

La irrupción de las ideas naturalistas vino a favorecer, por razones biológicas, esta postura partidaria de la incriminación del incesto. Como ejemplo del nuevo planteamiento puede citarse a Langley, quien, al comentar el precepto contenido en el actual 435, manifestando que constituye un incesto, lamenta que no se castigue el cometido por el descendiente con la ascendiente, “ya que la base fundamental de este delito debe ser el interés social de poner dique a los terribles males que esas uniones producen en la raza” (59).

(54) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, p. 148.

(55) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 186. También GARRAUD: *Droit penal...* cit. T. V, p. 491.

(56) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. III, pp. 579 y ss.

(57) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, pp. 149 y s.

(58) Esta postura es la mantenida por los comentaristas al Código penal español de 1848, que insisten en la distancia entre moral y derecho. Así. Gómez de la Serna y Manuel Montalbán afirman respecto de los actos contra la honestidad: “sólo deben ser peñados los hechos que producen escándalo, los que demuestran un abuso malicioso de la sencillez e inocencia de personas de corta edad, los que ultrajan la santidad del matrimonio, y los que se llevan a cabo por medio de violencia, y abandonarse los demás a la

Quizá por tales ideas biológicas se introdujo el delito de incesto en el Código penal de 1928, ya que, recogiendo expresamente esta voz, sancionaba el de los ascendientes y descendientes, el de los afines en línea recta y el de los hermanos; al igual que las relaciones impúdicas entre ellos (60). Sobre esta regulación, manifestaron Jiménez de Asúa y Antón Oneca: “en épocas en que los asuntos de eugenesia cobran extraordinaria importancia, el delito de incesto... pide lugar en el catálogo de las infracciones” (61).

De modo análogo al Código penal español de 1928, el proyecto preliminar del actual Código penal italiano también preveía la punición del incesto en sí mismo, convirtiendo el escándalo público, que era elemento constitutivo en el Código Zanardelli, en simple agravación del delito base. La finalidad perseguida era la de una más eficaz tutela del interés eugenésico para evitar la decadencia de la raza que la procreación entre consanguíneos puede determinar (62). La objeción de que suprimiendo el requisito del escándalo público se abría la posibilidad de investigaciones peligrosas que causarían mayores males (63), hizo que se volviera al criterio mantenido en el anterior Código. Esto no obstante, en la doctrina se continuó insistiendo acerca del interés eugenésico (64), hasta el punto que Manfredi (65) al contestar a la afirmación de que con el incesto no se lesiona derecho particular alguno, subraya los derechos que la especie y la raza tienen respecto de sus propios elementos.

En la actualidad, se consideran superados estos criterios biológicos. En este sentido, Altavilla (66) señala que “la unión carnal

reprobación de la conciencia pública” —*Elementos...* cit. 5.^a ed. T. III, página 358—. Vid. también MARÍA DE VIZMANOS, en “T. María de Vizmanos y C. Alvarez Martínez: *Comentarios...*”, cit. T. II, p. 365; PACHECO: *El Código penal...* cit. T. III, p. 103.

(59) LANGLE RUBIO, E.: Nota 6 al artículo 458 del *Código penal de 17 de junio de 1870*. Madrid 1915, p. 516.

(60) Artículo 603: “El incesto será castigado: 1.º El de ascendiente con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. 2.º El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión. Con las mismas penas, respectivamente, serán castigadas las relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores. Si los hechos comprendidos en este artículo tuvieren lugar con escándalo público, se impondrá la pena en su grado máximo”.

(61) JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit. T. II, pp. 223 y siguiente.

(62) Vid. *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*. Vol. IV. pte. 1.^a, Roma 1929, pp. 446 y ss.; Vol. V. pte. 2.^a, página 346.

(63) Vid. *Lavori preparatorio...* cit. Vol. III, pte. 4.^a, pp. 112 y ss.; Vol. IV, pte. 3.^a, pp. 207 y ss.; Vol. V., pte. 2.^a, p. 346 y ss.

(64) Vid. MANFREDINI, M.: *Delitti contro la moralità pubblica e il buen costume. Delitti contro la famiglia*. (Es parte del Trattato di Diritto Penale, coordinado por Florián 4.^a ed.). Milán 1934, p. 312.

(65) MANFREDINI, M.: *Incesto*. En “Dizionario di Criminologia”, al cuidado de Florian, Niceforo, Pende, Milán 1943, p. 447.

(66) ALTAVILLA, E.: *La dinámica del delito*. Trad. castellana. Vol. II, Bogotá 1962, p. 165.

con un pariente bien próximo no se opone a ninguna ley biológica”, buena prueba de ello es que sucede entre los animales. De ahí, que para el citado autor italiano la repugnancia que excita debe buscarse, ante todo, en la costumbre de vida que pone obstáculos al nacimiento de estímulos eróticos entre tan próximos parientes.

Dentro de esta línea, el contraproyecto de Código penal preparado por un grupo de profesores alemanes propone la abolición del delito de incesto (67). Consideran que es conocimiento científicamente cierto que, salvo quizá entre hermanos, no ofrece ningún peligro desde el punto de vista biológico, y la posible acumulación de factores hereditarios de carácter negativo supone simplemente un vago peligro que es visiblemente apenas mayor al existente en otras muchas uniones sexuales; aparte que con el proceso penal se causan en ocasiones males mayores que los beneficios que pudiera reportar la amenaza penal. En este sentido se considera problemático si constriñe a su punición el punto de vista de la destrucción de la familia y de la pureza familiar con las que se justifica el precepto. Según los profesores firmantes del Contraproyecto, la enseñanza criminológica demuestra que la alteración de las relaciones familiares por la personalidad, anormalidad, necesidad sexual, abandono o medio en que viven los participantes, son más causa que consecuencia de la relación incestuosa. Como el delito aparece con una muy alta cifra negra, se presenta como delito débil y constituye fuente de extorsiones, escándalo, testimonios falsos arrancados por la fuerza, etcétera. Todo ello induce al Contraproyecto a no otorgarle trascendencia en la esfera del Derecho penal, pues su repugnancia moral no justifica su punibilidad, aparte de que el tipo por su evolución histórica se apoya sólo en el yacimiento, pese a que los presuntos peligros para el matrimonio, la familia y descendientes, en amplia medida, también deberían ser producidos por otras acciones sexuales no comprendidas en el precepto.

Expuestas sucintamente las diversas posturas en torno al incesto, importa conocer la adoptada por el Código penal español hoy vigente. Como se recordará, el artículo 435 dispone que en la pena de prisión menor, prevista para el estupro del artículo 434, “incurrirá” el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.

De este precepto llama la atención su colocación sistemática, ya que se encuentra entre los delitos de estupro. Este hecho aún quedaba más patente en los Códigos de 1848-50 y 1870, que, ofreciendo idéntica redacción, comprendía dentro del mismo las conductas recogidas en los actuales 434, 435 y 436, 1.º y 4.º. Este dato no supone necesariamente que el bien jurídico protegido sea el

(67) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. B. T. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe. Tubinga 1968, p. 59.

(67 bis) Vid. QUINTANO: *Incesto*. En “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Barcelona 1965, p. 134, T. XII.

mismo en todos los casos, pero no puede desconocerse que para el legislador revisten similitudes suficientes para haber llegado al extremo de colocarlos dentro del mismo artículo.

Como la colocación sistemática alcanza un valor simplemente incidiario, la averiguación del bien jurídico protegido debe llevarse a cabo mediante el análisis del propio precepto, so pena de incidir en un planteamiento basado en un prejuicio ideológico.

Es curioso notar que el código sanciona tan sólo el yacimiento y éste únicamente con la hermana o descendiente, no acogiendo otros casos que se presuponen tanto o más graves como el realizado con la ascendiente (68), lo que sería lógico de entender que se trata de un delito de incesto. Pero es más, si constituyera el delito de incesto no se comprende el motivo por el que sólo incurren quienes yacen con la hermana o descendiente, y nunca estas últimas, aunque siendo capaces, hayan accedido al acto sexual de modo plenamente voluntario (69). Por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 444 recibirán por vía de indemnización la dote, si fuera soltera o viuda, a la par que el condenado debe, en todo caso, mantener la prole. Aparte de que si fuera la raza, el matrimonio o la familia lo que se protegiese a través del precepto, tampoco se explicarían las razones por las que constituye un delito perseguible sólo a instancia de parte (70).

Los argumentos anteriores impiden que pueda considerarse la evitación de la *commixtio sanguinis* como bien jurídico protegido por el artículo 435 del Código penal español (71). Ante la imposibilidad de calificar de incesto el delito previsto en la ley positiva, parece que hay que llegar a la conclusión de que el bien jurídico protegido es la libertad de la mujer para determinarse en la esfera sexual. Esta solución explicaría la existencia de una mujer "ofendida" a la que debe indemnizarse, el que el delito sea privado y el que sistemáticamente se encuentre en el capítulo del estupro.

A lo anterior debe también añadirse que si al yacer la hermana o descendiente se encuentra en una de las circunstancias descritas en el artículo 429, dejará de aplicarse el 435, por constituir la conducta un delito de violación (72). Por tanto, el bien jurídico prote-

(68) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 799.

(69) Como establecía el Código penal de 1928. Vid. QUINTANO: *Comentarios*, cit. p. 799; GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. IV, p. 149.

(70) En el Código de 1928, bastaba la simple denuncia y si concurría escándalo público procedería el juez de Oficio —Art. 613—; Críticamente, CASTEJÓN: *Derecho penal*, cit. p. 443; Vid. S. 23 marzo 1944 —Aranz. 379—.

(71) Así fue interpretado por CARRARA: *Programma...* cit. P. Sp. Vol. III, página 587, n. 1 (§ 2006); TUOZZI, P.: *I delitti contro il buen costume e l'ordine delle famiglie*. En "Enciclopedia Pessina", Vol. IX, p. 268. Rodríguez Devesa considera que este bien jurídico de pureza de las costumbres familiares pasa a un segundo plano —*Derecho penal...* cit. P. E., p. 165—.

(72) PACHECO: *El Código penal...* cit. T. III, pp. 135 y s.; QUINTANO: *Estupro...* cit. p. 140; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* cit. P. E., p. 165, nota 48. Vid. S. 15 enero 1971 —Aranz. 187—, 7 junio 1965 —Aranz. 2849—. En esta última sentencia parece que explícitamente se acepta la idea de "unidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro".

gido habrá de ser el mismo en ambos supuestos, pues si fueran distintos no se excluiría la aplicación del 435, ya que existiría un concurso ideal (73).

Pero es el mismo precepto el que llega incluso a emplear la voz estupro refiriéndose al incesto. El artículo 435 castiga "al que cometiere estupro con su hermana o descendiente", por tanto la conducta típica consiste en cometer estupro, lo que obliga al estudio del término para determinar su alcance.

Se ha mantenido (74) que estupro equivale a yacimiento, pero esta interpretación no puede en modo alguno admitirse, pues el propio Código dota a aquella voz de un contenido valorativo, hasta el punto que sirve para denominar una clase de delito, como queda patente en el epígrafe del capítulo y en los artículos 443 y 444.

Incluso desde el punto de vista histórico, el término estupro ha servido para individualizar una modalidad delictiva del yacimiento. En el Antiguo Régimen se entendía por estupro tanto el yacimiento mediante fuerza, como el llevado a cabo por engaño, seducción o temor (75). En la época inmediata a la codificación, algunos autores ya distinguían el yacimiento por fuerza del estupro, que lo era por seducción (76). Pero siempre se entendió que consintiendo la mujer sólo podrá decirse que existía fornicación (77). Y éste es el sentido que le otorga actualmente el diccionario de la lengua: "acceso carnal del hombre con una doncella logrado con abuso de confianza o engaño. Se decía también del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento" (78).

La doctrina española, especialmente la del pasado siglo, también interpretaba la voz estupro de un modo valorado. Así, Gómez de la Serna, y Montalbán, respecto del Código de 1848, escriben: "se da nombre de estupro al desfloramiento de una doncella en virtud

(73) Por tanto, de acuerdo con la legislación española, no puede citarse como ejemplo de concurso ideal el yacimiento violento con la hermana, que aparece mencionado en los libros alemanes. Vid., por ejemplo, MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Rodríguez Muñoz, 3.^a ed. Madrid 1957, p. 374; MAURACH, R.: *Deutsches Strafrecht*, 4.^a ed. Karlsruhe 1971, pp. 731 y 750.

(74) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*. P. E. cit..., pp. 561 y 564; Vid. Sentencia 22 mayo 1971—Aranz. 2378—.

(75) VILANOVA Y MAÑES: *Materia criminal...* cit. T. III, p. 172: "por estupro se entiende el violento desfloramiento de mujer virgen; o el acceso con doncella, habido por fuerza o contra su voluntad. De las voces de esta definición se colige que para estimarse estupro ha de verificarse la unión carnal resistiendo dicha mujer; porque consintiendo, sólo podrá decirse rigurosamente simple fornicación. Esta fuerza que se requiere de esencia para la calificación de estupro, basta que sea por engaño, seducción, temor o por otra causa mediante la cual se captó la voluntad y condescendencia de la estuprada".

(76) GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...* cit. edición 1842. T. III, p. 12.

(77) Vid *supra* nota 75.

(78) Sin embargo, añade: "Aplíquese también por equiparación legal a algunos casos de incesto".

de seducción" (79). En el mismo sentido, de Aramburu y Arregui (80), Buenaventura Selva (81), Auriolos Montero (82), Alvarez-Vizmanos (83), Pacheco (84), Viada (85), Groizard (86) y especialmente Castro y Orozco de Zúñiga (87) y, en nuestros días, Rodríguez Devesa (88).

Pero la anterior interpretación, que sería aplicable al artículo 434 y que tendría en su apoyo el 436, 2.º, y el 437, parece encontrar un obstáculo insalvable en el 436, 1.º, ya que en este precepto se exige el engaño. En efecto, al castigar el estupro interviniendo engaño, da pie para pensar que este engaño exigido expresamente no es elemento del concepto de estupro (89).

Pese a la aparente fuerza del anterior argumento, sin embargo, no resulta tan concluyente desde el momento en que caben limitaciones a la libertad de la mujer distintas del engaño, sin necesidad de acudir a las sutilezas criticadas por Castro y Orozco, y Ortiz de Zúñiga (90). El propio Código nos indica esta posibilidad, pues cas-

(79) GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN: *Elementos...* cit. 5.ª edición (1855). T. III, p. 365, si bien añaden a continuación: "El Código califica también de estupro el desfloramiento de pariente dentro del segundo grado civil o primero canónico".

(80) DE ARAMBURU y ARREGUI, J. D.: *Instituciones de Derecho penal español*. Oviedo 1860, p. 271: "La voz sola de estupro encierra de esencia algún engaño".

(81) BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado*. Madrid 1870, p. 207: "entre el estupro y la violación hay la notabilísima diferencia de que en éste no ha de existir la fuerza que caracteriza a aquélla, y sí solamente la seducción o la excitación".

(82) AURIOLOS MONTERO, I.: *Instituciones de Derecho Penal de España*. Madrid 1849, pp. 244 y s.

(83) MARÍA DE VIZMANOS, en "María de Vizmanos, T., y C. Alvarez": *Comentarios...* cit. T. II, p. 376: "El acto carnal o ilícito en que interviene seducción se llama estupro".

(84) FRANCISCO PACHECO, J.: *El Código penal*. Cit. T. III, p. 103: "el estupro es el goce de una doncella, conseguido por seducción".

(85) VIADA: *Código penal*. Cit. T. III, pp. 131 y s.: al estupro "lo que le caracteriza, por regla general, es el engaño o fraude". No obstante lo anterior, por las distinciones que lleva a cabo en el texto, pudiera pensarse que entiende por estupro el simple yacimiento carnal.

(86) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. V, p. 104: "El estupro es más que la fornicación, como la violencia es más que el estupro. Este es la fornicación de una mujer honesta mediante seducción o engaño".

(87) CASTRO Y OROZCO Y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*. Cit. T. II, página 328: por estupro "en el lenguaje forense se entiende siempre que ha de haber mediado en él algún abuso, seducción o engaño; y esta interpretación antigua de derecho está en completa armonía con nuestra ley de partida (El epígrafe del tít. 19, pág. 7.ª—sic por partida—, dice así: "De los yacen con mujeres... por falago o por engaño no les haciendo fuerza". La ley 1.ª del referido tít. y libro añade: "Como manera de fuerza es sosacar et falagar las mujeres sobredichas con promisiones vanas...)"

(88) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* P. E. cit., p. 162: estupro es: "el acceso carnal con mujeres honestas y libre (no casada) conseguido por seducción real o presunta".

(89) Vid QUINTANO: *Estupro*, cit. p. 135. Esta posible contradicción fue ya puesta de relieve por CASTRO Y OROZCO, y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal* cit. T. II, pp. 329 y ss.

(90) Loc. cit. nota anterior.

tiga a quien tuviera acceso carnal con mujer *abusando de su situación de angustiosa necesidad*, lo que nada tiene que ver con el engaño. También el artículo 437 incrimina al patrono o jefe que, *preválido de esta condición*, tenga acceso carnal con mujer. En ambos casos la voluntad de la mujer aparece limitada por causa distinta a la del engaño. Por tanto, puede existir estupro sin engaño, si bien el engaño puede ser constitutivo de estupro. Con esta interpretación, el 436, 1.º, reduce las posibles modalidades de estupro a sólo aquellas en que interviniera engaño. Esta restricción se explica por la mayor amplitud del precepto, pues de darse cabida a todo género de seducción o condicionamiento de la voluntad de la mujer, prácticamente vendría a sancionarse la simple fornicación.

Son muchos los supuestos que podrían citarse en los que no interviene engaño. Piénsese en el caso de una ascendencia distinta a la contemplada en los artículos 434 y 437, o en parentesco no comprendido en el 435, que tampoco tenga cabida en el 434 (91). Incluso podría aducirse el discutido caso de las relaciones de noviazgo, no establecidas para lograr el yacimiento, en que se llega a éste y luego se interrumpe por circunstancias sobrevenidas, que pueden ser imputables a la propia mujer y que nada tengan que ver con el yacimiento anterior. No cabe la menor duda de que el engaño ha de ser la causa determinante del yacimiento, so pena de caer en el absurdo de considerar alterada la propia naturaleza de las relaciones de noviazgo por el hecho del yacimiento, aparte de que infringiría lo dispuesto en el artículo 436, 1.º.

A la vista de lo expuesto, continúa siendo válida la interpretación que entiende por estupro, en general, el yacimiento con mujer cuya libertad para determinarse sexualmente aparece condicionada. Por tanto, el bien jurídico protegido, en el estupro será la libertad sexual de la mujer que se ve limitada.

Aplicando el anterior criterio, existirá el delito de estupro previsto en el artículo 434 cuando la limitación de la voluntad de la mujer venga determinada por la condición del sujeto agente. De este modo no existirá delito de estupro cuando la circunstancia de ser autoridad pública, criado, maestro, etc., nada influya en el consentimiento de la mujer. Esta idea del condicionamiento de la voluntad de la mujer explica que se limite a los menores de veintitrés años, pues a partir de dicha edad presume la ley *iuris et de iure* que la voluntad de la mujer está lo bastante desarrollada para que no pueda influirle la cualidad del agente descrita en el artículo.

La interpretación de que es la libertad de la mujer el bien jurídico protegido, explica satisfactoriamente el delito previsto en el artículo 435. Por una parte, tenemos que la conducta típica consiste en cometer estupro; por otra, que se limita exclusivamente a los descendientes y hermanos. El que expresamente se excluya el límite

(91) Es decir, que al propio tiempo no sea "autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada".

de los veintitrés años, cuya referencia es un dato más en favor de la cualidad de estupro que tiene el delito, se explica por la especial ascendencia que crea parentesco tan próximo. La objeción de que entre hermanos es posible que no concurra tal ascendencia e incluso que la mujer induzca a un hermano menor que ella al yacimiento, no puede en modo alguna admitirse, ya que faltaría la conducta típica, pues recuérdese que el artículo exige cometer estupro con la hermana, por lo que en tal caso la conducta sería atípica por no haber estupro, pues no basta la cualidad del agente, sino que es necesaria la limitación de voluntad en la mujer.

Problema íntimamente unido a lo anterior es el de si la ley presume esta limitación de la voluntad de la mujer. Dejando aparte la cuestión de a quién compete la carga de la prueba, importa señalar que no se establece una presunción legal de la limitación de la voluntad, dado que el Código no castiga como estuprador a quien constituido en autoridad pública, sacerdote, criado, ascendiente, hermano, etc., tenga acceso carnal con la mujer—al modo como ocurre en los casos de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 436—sino a cualquiera de aquellos que “cometiere estupro”, lo que tiene un significado muy distinto.

Por tanto, la simple concurrencia de la cualidad del sujeto agente no basta, pues es necesario que determine una limitación en la voluntad de la mujer. Si la simple cualidad estableciese una presunción *iuris et de iure* de menor libertad en la mujer, la legislación civil debería prohibir en todo caso el matrimonio a las personas comprendidas en el artículo 434, lo que no dejaría de ser absurdo.

Si la consanguinidad nada tiene que ver con el bien jurídico protegido en el artículo 435, ya que es la libertad de determinación sexual de la mujer que puede verse limitada por parentesco tan próximo, nada impide que en los conceptos de ascendientes y hermanos a que el artículo se refiere pueden comprenderse los adoptivos, pues no cabe negar que este parentesco puede tener, en principio, una influencia mayor que la que se presume en cualquiera de los casos previstos en el artículo 434 (91 bis).

C. Abandono de familia.

El artículo 487 del Código penal castiga a quien dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, siempre que concurran los requisitos que allí se especifican. Como según el artículo 176 del Código civil la adop-

(91 bis) De ahí, que el Código de 1928, al crear el delito de incesto, se viera obligado a mencionar expresamente a los padres adoptivos al regular el delito de estupro. Artículo 604: “Será castigado con las penas de dos meses y un día a tres años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, el hecho de yacer o realizar cuauquier abuso deshonesto, los tutores con sus pupilos, los padres adoptivos con sus hijos y los Directores de Centros de instrucción, eclesiásticos y demás personas encargadas de la educación o enseñanza con sus alumnos o educandos”.

ción confiere la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, no cabe la menor duda que el adoptante podrá cometer este delito de abandono de familia respecto del adoptado, del mismo modo que respecto de los hijos legítimos. Igual solución cabe en el supuesto, también contemplado en el Código penal, de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes que se hallaren necesitados. Dentro de este concepto de descendientes hay que considerar comprendidos el adoptado y sus descendientes. En cuanto a los ascendientes, únicamente cabe comprender al adoptante, pues, dado el fundamento civil de la asistencia, a este código debe acudirse, e importa recordar que en él se dispone que la adopción no causa parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, por lo que no está obligado a los alimentos.

La solución expuesta para el artículo 487 es enteramente aplicable a la falta prevista en el párrafo 5.º del artículo 584 (92).

D. Otros supuestos.

Nada impide el que puedan considerarse comprendidos los adoptivos dentro de los conceptos siguientes: familia del 493 (93); ascendientes o descendientes del 234 (94); ascendiente, descendiente o hermano del 383 (95); hija y hermana del 384 (96). Así como también en la falta del artículo 583, 5.º (97). En todos estos casos previstos en el Código penal, aparte de que la ley no distingue, concurren en los adoptivos las mismas razones que para los consanguíneos.

2. El parentesco como beneficio.

Hay una serie de supuestos en el Código penal en los que la relación de parentesco determina una consideración favorable para con el sujeto, bien reduciendo la penalidad, bien declarándolos exen-

(92) Artículo 584: "Serán castigados con la pena de arresto menor o con la multa de 250 a 2.000 pesetas o con la de represión privada, al arbitrio del Tribunal: 5.º Los padres de familia de dejen potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada, así como los que procuren a sus hijos la educación que su posición y medios permitan".

(93) "El que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en sus personas, honra o propiedad, un mal que constituya delito...".

(94) "Serán castigados con las penas establecidas en el artículo anterior, en sus casos respectivos, los que acometieren o amenazaren gravemente al cónyuge, ascendientes o descendientes del Jefe del Estado, de los Ministros, Autoridades o funcionarios mencionados en el mismo artículo...".

(95) "Será castigado con la pena de inhabilitación especial el funcionario público que solicitare a una mujer que para sí misma o para su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados...".

(96) 384, 2.º: "En la misma pena incurrirá cuando la solicitada fuera la esposa, hija, hermana o afín en los mismos grados...".

(97) 583, 5.º: "Los hijos de familia que faltaren al respecto y sumisión debida a los padres".

tos de toda responsabilidad criminal. En este apartado se analizarán aquellos en que no se contiene referencia alguna a los adoptivos, para saber si también les alcanza el precepto.

A. Delitos "honoris causa".

En el vigente Código penal existen tres delitos que se ven privilegiados en la penalidad por actuar el agente con el ánimo de ocultar la deshonra. Son el infanticidio—artículo 410—(98), el aborto del artículo 414 (98 bis) y el abandono del recién nacido del 488, 3.º y 4.º (99). En todos ellos el beneficio no sólo alcanza a la madre cuya deshonra se pretende evitar, sino también a los abuelos maternos siempre y cuando actúen con el mismo fin. Con ello se suscita la duda de si en el concepto de padres de la mujer deben considerarse comprendidos los adoptivos. No existe razón alguna por la que no deban serlo, pues aparte de que el Código no los excluye, no cabe la menor duda de que igual interesados pueden estar por la honra de la hija que los padres por consanguinidad (100).

B. Lesiones del artículo 425 causadas por parientes.

El artículo 426 del Código penal establece en su segundo párrafo: "Si el reo de este delito fuera padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será de arresto mayor". Con este precepto, cuya redacción procede del Código de 1870, se establecía una pena inferior a quienes hubieren inutilizado para el servicio militar a un pariente (101) en el grado que se indica. Esta clara regulación legal ha sufrido un proceso de oscurecimiento cuyo punto culminante se alcanza con la reforma de 1963.

(98) "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

(99) "Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzca o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor".

(100) 488, 3.º y 4.º: "la mujer que, para ocultar su deshonra, abandonare al hijo recién nacido, será castigada con arresto mayor. La misma pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, realizaren el abandono".

(101) No parece que el problema se haya planteado en la doctrina. Únicamente GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. IV, p. 473, se refiere a los adoptivos aunque de un modo confuso, pues hablando de los sujetos activos, manifiesta: "En primer término del cuadro aparece la madre en todos los Códigos; en otros, las figuras aumentan, llegando en el Código novísimo italiano a formar un verdadero grupo, donde están reunidos todos los que tienen un interés más o menos directo en salvar el honor de la mujer pariturienta, a saber: sus ascendientes, sus descendientes, sus padres adoptivos y hasta sus hermanos... Por nuestra parte, tan amplia extensión nos parece que no está exenta de inconvenientes".

En efecto, el Código de 1870, al introducir en su cuerpo el delito de mutilación para eximirse del servicio militar, recogía en artículos separados dos conceptos distintos. Por una parte, la de quien se mutilare o prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación; y, por otra, la menos grave (102) de quien inutilizare a otro con su consentimiento para el servicio militar. A su vez, y dentro de este último artículo, señalaba una pena superior si lo hubiere hecho por precio, y una inferior si fuere pariente.

El Código de 1932 se limitó a recoger en artículo aparte estas dos últimas modalidades cualificadas. El de 1944, quizá por unificar las penas (103), mantuvo en artículo distinto las modalidades cualificadas sobredichas, pero reunió en un mismo artículo las conductas de quien se automutilare o prestaré su consentimiento para ser mutilado, y la de quien causare a otro con su consentimiento la mutilación. Como no se reformó la redacción del artículo en que se contenían las modalidades cualificadas resultaba que la frase "la conducta penada en el artículo anterior", era incorrecta, pues en el artículo precedente no se sancionaba una, sino tres acciones distintas: la automutilación, prestar el consentimiento para la mutilación y mutilar a otro con su consentimiento.

Pero es la reforma de 1963 la que mayor confusión vino a establecer (104). De un lado, y en párrafo autónomo, se castiga la automutilación y el prestar su consentimiento para ser mutilado con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y, por este motivo, fuere declarado exento. De otro, y en párrafo separado dentro del mismo artículo, la de causarse a sí mismo cualquier otra inutilidad y la de producirse a persona distinta con su consentimiento, siempre con la finalidad y resultado de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento. Por tanto, se produce la paradoja, Como destaca Rodríguez Devesa ((105), de que únicamente se castiga la conducta de quien causa a otro, con su consentimiento, una inutilidad distinta a la de la mutilación.

Al no modificarse la redacción del artículo siguiente, donde se contienen las modalidades cualificadas, resulta: Primero que no aclara cuál es "la conducta penada en el artículo anterior" a que se refiere el párrafo inicial del artículo 426, pues puede ser tanto la

(102) Este es el sentido del verbo inutilizar, pues es un verbo de referencia: hacer inútil de algo o para algo. Recuérdense los números 2.º y 3.º del próximo artículo 420: "o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado"; "o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él".

(103) Ya que tenía una pena inferior.

(104) Vid. CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, "RGLJ" 1945 (177), pp. 328 y s.

(105) No se entra aquí en el problema de la ilegalidad del precepto. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*. P. E. cit., p. 127.

·automutilación o el prestar el consentimiento para ser mutilado con el fin y resultado de eximirse del servicio militar o de otro servicio de inexcusable cumplimiento, como el causarse a si mismo otra inutilidad distinta a la mutilación. Segundo, que no puede apreciarse la figura cualificada de precio en la conducta de quien causa a otro con su consentimiento una mutilación con el fin y resultado de que se exima del servicio militar o de otro servicio de inexcusable cumplimiento. Tercero, que resulta absurda y sin sentido la redacción del último párrafo del artículo 426, pues señala que “el reo ha de ser padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del *mutilado*”. Si el artículo anterior únicamente castiga a quien cause a otro inutilidad distinta de la mutilación, ¿cómo es posible que el párrafo segundo del artículo siguiente establezca la pena de arresto mayor “si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado”? No puede dudarse que la reforma de 1963 no ha sido muy afortunada.

Por el inexcusable principio de legalidad, habría que entender inaplicable el párrafo segundo del artículo 426. Esto, no obstante, y por si se resolviera reformar la actual regulación o se interpretara el adjetivo “mutilado” en un sentido tan amplio que tuviera cabida cualquier inutilidad para el servicio militar u otro servicio de inexcusable cumplimiento, cabe señalar que en el parentesco que se cita no hay inconveniente alguno para entender comprendido el que se deriva de la adopción. Las mismas razones justifican al padre, madre y hermano adoptivo que a los que lo sean por consanguinidad. Tanto más cuando el precepto da cabida expresamente al “cuñado”.

C. Esención de responsabilidad criminal en delitos contra la propiedad.

El artículo 546 del Código penal declara exentos de responsabilidad criminal por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea, el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona, los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

Como entre los parientes mencionados no se cita a los adoptivos, surge una vez más la duda de si éstos han de considerarse tácitamente comprendidos. En la doctrina española se han manifestado las dos posturas contrarias: Para Groizard (107), el artículo no alcanza a los parientes por adopción; en cambio, para Viada (108) y Langle (109) el precepto sí que les beneficia.

(106) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*. P. E. cit., pp. 125 y ss.

(107) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. VIII, pp. 318 y s.

(108) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 625.

(109) LANGLE: nota 6 del artículo 580 del *Código penal...* cit., p. 666.

Desde el punto de vista estrictamente formal, no hay óbice alguno por el que deban excluirse los adoptivos de entre los parientes que se mencionan. Importa recordar con Viada el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, "no haciendo el artículo distinción alguna entre unos y otros hijos, aclara Viada, su disposición los comprende a todos" (110).

Pese a la corrección de la anterior postura, resulta necesario, sin embargo, acudir a la *ratio* del precepto para saber si hay algún obstáculo por el que no puedan considerarse incluidos los adoptivos.

De entre las varias posturas que se han aducido para justificar el beneficio, no merecen mayor atención aquellas que son consecuencia de una particular concepción de la familia que no corresponde a la actual. Tal sucede con la imagen patriarcal propia de Las Partidas, donde si bien se impedía el ejercicio de la acción de hurto para perseguir a los descendientes o esposa, se permitía al padre, abuelo o marido "castigarlo en buena manera, porque de allí adelante se guarde de non fazer otro tal yerro" (111).

Las razones que en la doctrina moderna se aducen para justificar la exención de responsabilidad criminal son, fundamentalmente, la de la unidad y paz familiar, y la de la existencia de cierto condominio o copropiedad familiar (112). En alguna ocasión también se ha hablado del convencimiento de que el pariente víctima del hecho no se opondría (113) y de la falta de peligrosidad del sujeto (114).

Desde el punto de vista de la paz familiar, se indica que, con la incriminación de tales conductas, se abriría la posibilidad de que la intimidad de la familia quedase gravemente perjudicada y que se desvelaran secretos que no debían ser públicos (115). Asimismo se subraya que se atentaría a la unidad familiar, pues vendría a ser foco de rencores y discordias difícilmente superables (116); e, incluso que la propia condena penal recaería en desdoro, no sólo del condenado, sino también de su familia (117).

Para un sector de la doctrina, el fundamento principal de la exención de los parientes en los delitos contra la propiedad reside en la

(110) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 625.

(111) Partida 7.14.4.

(112) Vid. QUINTANO: *Tratado...* cit. T. II, p. 145. Aún son de interés las referencias de CARRARA: *Programma...* cit. P. Sp. Vol. IV, pp. 47 y ss. (§ 2033), y 395 y ss. (§ 2253).

(113) SANTORO, A.: *Manuale di Diritto penale*, T. V, Turín 1968, página 367, y T. IV, p. 37.

(114) Vid. la cita de MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. Vol. IX, página 324, nota 13.

(115) En la exposición al proyecto de Código penal francés de 1810, citado por CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 338, y estos autores en el mismo lugar.

(116) En la exposición de motivos del proyecto de Código penal francés, cuya cita se recoge en la nota anterior; CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. Vol. IV, pp. 47 y ss. (§ 2033); ANTOLISEI, G.: *Manuale*. P. Sp. citado T. I, pp. 318 y s.

(117) MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. cit. Vol. IX, p. 319.; ANTOLISEI: *Manuale...* P. Sp. cit. T. I, p. 319.

existencia de cierta comunidad patrimonial de carácter familiar. Chaveau y Hélie dirán al respecto que cuando se sustrae algo del padre, madre, etc., no se sustrae en puridad de términos una cosa de otro. Para los citados autores “existe no diremos una copropiedad, sino una especie de derecho a la propiedad los unos de los otros”, que ejerce una influencia evidente en el carácter de la sustracción (118). Crivellari (119) habla también de la unidad y de la individualidad del patrimonio familiar. Y más recientemente Nuvolone (120) se refiere a un cointerés patrimonial tan fuerte que hace difícil, si no imposible, establecer el límite donde cesan los bienes del uno y comienzan los del otro (121).

Esta postura, que subraya el condominio familiar, es rechazada por la doctrina mayoritaria (122).

En la doctrina española se han mantenido asimismo las dos razones anteriores, bien separadas o conjuntamente. El fundamento de la unidad y paz de las familias es la idea principal para Groizard (123), siendo también acogida por Tomás María de Vizmanos (124) y Silvela (125); y entre los modernos, por Antón Oneca (126) y Del Rosal (127). Quintano considera que las razones de concordia familiar “seguramente son las que más pesan en la concesión de la excusa absolutoria” (128).

La postura que entiende existe un condominio o copropiedad familiar también aparece ampliamente representada en nuestra doctrina científica. Así cabe citar a Vizmanos (129), quien afirma que una de las razones de la exención es la de “existir comunidad de bienes entre los cónyuges, en términos que no podría decirse con exactitud que haya sido cosa ajena”, y en cuanto a los hermanos y cuñados por esa casi comunidad de intereses entre individuos que moran juntos. También para Aramburu (130), Buenaventura Selva

(118) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 338. De ahí que lleguen a la conclusión de que no existe delito.

(119) CRIVELLARI: *Dei reati contro la proprietà*. Turín 1887, p. 601.

(120) NUVOLONE, P.: *Coabitazione, convivenza e relazioni domestiche*. En “Trent’anni Diritto e Procedura penale”. Vol. I, Padua 1969, p. 569.

(121) HEIMANN-TROSIEN, G., en la reciente edición (9.ª) del *Leipziger Kommentar—Berlín 1970—*, se refiere, en la nota 1 al artículo 247, a la dificultad de determinar la propiedad de las cosas entre los cónyuges.

(122) Vid. CARRARA: *Programma*. P. Sp. cit. Vol. IV, pp. 395 y ss. (§ 2253); GARÇON: *Code pénal*. Nueva ed. puesta al día por Roussel, Patin y Ancel, T. II, París 1956, p. 662; MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.ª edición. Vol. IX, p. 318; SANTORO, *Manuale...* cit. T. V, p. 367.

(123) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. VIII, pp. 306 y ss.

(124) MARÍA DE VIZMANOS, T., en “María de Vizmanos, T., y C. Alvarez”: *Comentarios...* cit. T. II, p. 523.

(125) SILVELA, L.: *El Derecho penal*. 2.ª Parte, Madrid 1879, p. 252.

(126) ANTÓN ONECA, en “Antón Oneca, J., y Rodríguez Muñoz”: *Derecho penal*. T. I (P. G.), Madrid 1949, p. 317.

(127) DEL ROSAL, J.: *Derecho penal español*. T. II, Madrid 1960, p. 84.

(128) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 1060.

(129) MARÍA DE VIZMANOS, en “María de Vizmanos, T., y C. Alvarez”: *Comentarios...* cit. T. II, p. 523.

(130) DE ARAMBURU: *Instituciones...* cit., p. 338.

(130 bis), Silvela (131) y Viada. Para este último autor la irresponsabilidad criminal “se funda principalmente en esa especie de *condominio* que supone la Ley existe entre los cónyuges y entre los ascendientes, y les da recíprocamente derecho a la propiedad los unos de los otros”; continuando: “no es principalmente el honor o interés de las familias lo que ha querido salvaguardar el legislador con la exención de este artículo, sino el principio de la comunidad moral o legal de bienes, que existe recíprocamente entre las personas que en él se mientan, y en virtud de la cual deja de ser la cosa lo bastantemente *ajena* para constituir la materia del hurto, de la defraudación o el daño” (132). Entre los modernos autores es acogido el argumento por Castejón (133), Cuello Calón (134) y Luzón (135). En cambio, es expresamente rechazado por Valdés Rubio (136), Quintano (137) y, de modo especial, por Groizard (138).

En pocas ocasiones se ha manifestado el Tribunal Supremo acerca de la razón justificante de esta exención; sin embargo, pueden encontrarse algunas sentencias que se refieren a tal *ratio*. Así, la reciente de 6 mayo 1971—Aranz. 2162—habla de “la suerte de copropiedad familiar en que suele asentarse esta falta de punibilidad”. La de 5 de febrero de 1957—Aranz. 559—aplicó la circunstancia mixta de parentesco como atenuante muy calificada “por relación a la excusa absolutoria, aplicable en otros casos, ya que, como declaró esta Sala, hay cierto condominio entre los hermanos”. También la sentencia de 22 febrero 1943—Aranzadi 230—se refiere a “la comunidad de bienes por la convivencia familiar”. La de 14 abril 1926—T. 113, pp. 382 y s.—explica que se ha venido estimando la circunstancia de parentesco como atenuante en los delitos contra la propiedad, tanto porque el artículo 564 considera a los parientes que menciona exentos de responsabilidad, “como porque existe entre los referidos parientes cierta especie de condominio sobre los bienes sustraídos”. Dentro de esta misma línea, aunque con cierta referencia a un presunto consentimiento del ofendido, se manifiesta la de 25 abril 1963—T. 49, p. 817—, cuando explica que para la apreciación de la circunstancia mixta como atenuante en los delitos contra la propiedad, “es necesario estudiar las circunstancias que concurren en lo que pudiera estimarse con más o menos razón, una especie de condominio de interés, un derecho para aprovecharse de los bienes familiares en un momento de necesidad o simple conve-

(130 bis) BUENAVENTURA SELVA: *Comentarios...* cit., p. 260.

(131) SILVELA: *El Derecho penal*. 2.^a parte, cit. p. 252.

(132) VIADA: *Código penal*. Cit. T. III, p. 624. El subrayado procede del original.

(133) CASTEJÓN: *Derecho penal*. T. I. cit., p. 145.

(134) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*. T. I. 15.^a ed. puesta al día por Camargo, Barcelona 1968, p. 596.

(135) LUZÓN: *Derecho penal...* cit. T. II, pp. 10 y s.

(136) VALDÉS RUBIO, José María: *Derecho penal*. 4.^a ed. T. I. Madrid 1909, pp. 310 y s.

(137) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 1060.

(138) GROIZARD: *El Código Penal...* cit. T. VIII, pp. 303 y ss.

niencia que no permitía, por el tiempo, ni consultar con su legítimo propietario" (139). El fundamento de un presunto consentimiento del agraviado se reafirma en la sentencia de 27 enero 1967—Aranz. 179—, para la que el artículo 564 "sólo libera de responsabilidad penal a los familiares y por los delitos que en él se mencionan sin ánimo de lucro o de daño en contra de tercero, o sea, cuando se tenga el convencimiento de que el familiar del que se trate por su voluntad presumible y por su clara solvencia asumirá eficazmente la responsabilidad civil". Por último, la de 1 marzo 1956—Aranz. 750—habla de que en virtud de la solidaridad que crea el vínculo familiar "a él se extiende la repercusión social de la condena".

A la vista de la regulación positiva española, y sin pretender el estudio detenido que el precepto merece, dada la índole del presente trabajo, no parece aceptable la razón de un presunto consentimiento del pariente agraviado, desde el momento en que el Código aplica el beneficio a supuestos tan peculiares como el de estafa, en que sí existe el consentimiento, pero viciado por un engaño, por lo que de no concurrir este engaño el consentimiento no se hubiera producido. Es más, el presunto consentimiento que se deduce debería asimismo excluir la responsabilidad civil que, por el contrario, aparece expresamente prevista en el propio artículo 564.

Tampoco existe apoyo legal para atender que concurre menor malicia en tales casos, pues el Código no ofrece dato alguno que permita tal aserto. Cabe, sin dificultad, imaginar supuestos de hecho en los que incluso concurre un aprovechamiento de la situación de privilegio que, hipotéticamente, sería subsimible en el abuso de confianza interpretado de un modo subjetivo.

En cuanto al fundamento que ve en la paz y unidad familiar la justificación del beneficio, quizá tampoco pueda ser considerado criterio válido para todos los supuestos que el artículo recoge, desde el momento en que alcanza al cónyuge viudo que se aprovecha de las cosas pertenecientes a su difunto esposo, cuando la familia puede haber desaparecido con la muerte de éste, quedando el cónyuge viudo sin parientes inmediatos. Además, ni siquiera exige el Código que los cónyuges no estén separados, como ocurre, por ejemplo, en el Código penal italiano, por lo que beneficiará al cónyuge culpable de la separación. Importa recordar que asimismo se aplica la exención a los ascendientes y descendientes aunque estén separados o gravemente enemistados, y no alcanza, en cambio, a los hermanos que no vivan juntos cuando estén afectivamente muy unidos.

Por lo que se refiere al argumento que busca la razón justificante del precepto en la existencia de una copropiedad o comunidad de bienes familiar, no puede en manera alguna admitirse. Si existiera jurídicamente tal copropiedad hasta el punto que la cosa dejara de ser ajena, como pretende Viada (140), no haría falta el artículo 564, pues la conducta no sería delito por no constituir ni robo, ni hurto,

(139) Vid. CÓRDOBA: *El parentesco...* cit., pp. 182 y s.

(140) VIADA: *Código penal...* cit. T. III, p. 624.

ni defraudación, ni daños (141). Es más, tal aserto contradice el propio texto legal, que determina, como presupuesto necesario para la aplicación de la exención, la existencia de todos los elementos típicos, pues emplea los conceptos normativos de robo, hurto, defraudación y daños (142). Aparte de que, como indica Quintano (143), tal postura supondría una contradicción con la posible responsabilidad civil.

El argumento de que por inculparse expresamente la participación en tales conductas la actividad principal ha de ser al menos antijurídica, que fue indicado por Silvela (144), ampliamente tratado por Groizard (145) y después repetido por la doctrina española, especialmente a partir de la nota de Rodríguez Muñoz a su traducción del Tratado de Mezger (146), debe reducirse a sus justos términos dado el tenor literal del precepto.

El último párrafo del artículo 564 establece que “la excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito” habla, por tanto, de quienes participaren *del* delito y no de los que participaren *en el* delito, que tiene un significado distinto desde el punto de vista gramatical.

Si se acude al diccionario de la lengua puede constatarse la atribución de dos significados distintos al verbo participar: “tener una parte en una cosa” y “tocarle algo de ella”. Ambas acepciones tienen un alcance diferente, dependiendo la elección de una u otra de la proposición empleada, *en* para el primer caso y *de* para el segundo. Por tanto, y de acuerdo con el diccionario, la norma del 564 manifestaría: la excepción de que este artículo no es aplicable a los extraños a quienes tocara parte del delito. Es decir, a los que se beneficiaren del delito. En este sentido importa recordar que cuando el Código se refiere a la autoría, complicidad y encubrimiento, habla siempre de participación *en* el delito (147).

Por otra parte, desde el punto de vista jurídico no resulta absurda la expresión “participar del delito”, desde el momento en que algunos artículos del Código penal, como el 48 y 108, hablan de los

(141) En el sentido de que la cosa es ajena, se manifiesta la S. 29 de noviembre de 1921—T. 107, p. 202—: “sin que en modo alguno pueda afirmarse que dicha cantidad no merece el concepto de ajena al procesado en atención a ser éste hijo legítimo del perjudicado, y, por tanto, su heredero forzoso, porque esta condición en modo alguno limita el absoluto e independiente dominio que sobre sus bienes tienen el padre de familia interino acaece su muerte”.

(142) DEL ROSAL: *Derecho penal...* cit. T. II, p. 84.

(143) QUINTANO: *Comentarios...* cit., p. 1060.

(144) SILVELA: *El Derecho penal*. 2.^a parte, cit. p. 249.

(145) GROIZARD: *El Código penal...* cit. T. VIII, pp. 307 y ss.

(146) MEZGER: *Tratado...* cit. T. I, p. 161; Vid. ANTÓN ONECA: *Derecho penal...* cit., p. 316; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. T. VII. Buenos Aires 1970, p. 163.

(147) Así, por ejemplo, el artículo 17: “son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices...”.

efectos del delito en sentido económico (148). De ahí que no pueda considerarse gramaticalmente incorrecta, como pretende la sentencia de 28 diciembre 1963—Aranz. 5269—; aparte que no debe olvidarse que la actual redacción ha permanecido inalterable desde el Código de 1848, época en la que los legisladores se preocupaban al máximo de la exactitud en la expresión (149), sin que haya sido modificada, ni en los distintos Códigos que se han sucedido, ni en la innecesaria reforma, introduciendo la apropiación indebida del Texto revisado de 1963.

La interpretación del último párrafo del 564 en el sentido de que la excepción no alcanza a los extraños que se beneficiaren del delito, no puede considerarse resultado de una interpretación sutil que no tiene apoyo doctrinal; por el contrario, en la ciencia jurídico-penal, especialmente en la del siglo pasado, hubo una corriente para la que la exención de responsabilidad únicamente debía exceptuar a los parientes que alcanzasen un beneficio económico con su actividad. Así, la redacción originaria del artículo 380 del Código penal francés establecía: A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué á leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol" (150). Este artículo ha sido interpretado en el sentido de que sólo son punibles los participantes que se beneficiaban de la conducta principal (151). Chaveau-Hélie (152) afirma, al respecto, que la ley no castiga en general a los cómplices, pues restringe la incriminación a los supuestos que describe (153). Esta postura del Código francés es asimismo la mantenida por Carrara (154), para quien el partícipe sin lucro no es verdadero ladrón, porque la propiedad y la posesión de la cosa pasan de un pariente a otro y no de un extraño. Considera el maestro de Pisa que sería incluso escandaloso imponer una pena a quien en nada se ha beneficiado del hurto, mientras quedara impune quien lo ideó, lo hizo ejecutar y se benefició de la totalidad de sus efectos. De la misma opinión que Carrara son Giuliani y Puccioni (155).

Por tanto, no resulta extraña la interpretación del precepto en el sentido de que la excepción del artículo 564 no alcanza a los partícipes que se benefician del delito. Podría objetarse, sin embargo, que subsisten las reglas generales de participación, por lo que su-

(148) Es más, el artículo 108 se refiere a la participación de los efectos de un delito o falta.

(149) De ahí, las numerosas definiciones contenidas en aquel Código.

(150) Este párrafo fue modificado por L. 22 mayo 1915, estableciendo que "ils seront punis comme coupables de recel conformément aux articles 460 y 461".

(151) Vid. CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, p. 400 (§ 2255).

(152) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 342.

(153) GARÇON: *Code penal*, cit. T. II, p. 670, afirma: "Une jurisprudence constante décide que le complice de l'époux, du descendant ou de l'ascendant, autre que le recéler, n'est pas punissable". Vid. también ROUSSELET, M., y M. PATIN: *Droit pénal spécial*. 7.ª ed. París 1958, p. 519; VOUIN, R.: *Droit pénal spécial*. 2.ª ed. T. I. París 1968, p. 39.

(154) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, pp. 401 y ss. (§ 2256).

primido *in mente* el párrafo, cuya redacción parece dar a entender que cumple una función ampliadora, o sea, restrictiva del beneficio excepcional previsto para los parientes, se aplicarían las disposiciones generales de la participación, tal y como ocurre en la doctrina italiana ante el silencio de su Código (156). Sin desconocer la fuerza del argumento, cabría pensar que, pese a su apariencia, el último párrafo del artículo 564 cumple una función restrictiva, como ocurre en el Código penal francés, y que vendría a justificar la propia existencia del párrafo que, de otro modo, sería innecesario.

De admitirse la interpretación literal que se mantiene hay que llegar a la conclusión de que el último párrafo del artículo 564 restringe la responsabilidad de los partícipes a únicamente aquellos que se benefician del delito. Viene a constituir de esta manera, una excepción a las reglas generales de la accesoriadad criminal, a no entenderse que esta accesoriadad es máxima en el Código penal español, lo que no parece posible según la doctrina mayoritaria (157), o que la exención de responsabilidad criminal para los parientes constituye una causa de justificación, lo que encuentra un obstáculo insalvable en la punición de los partícipes que se benefician del delito.

La razón que pudo tenerse en cuenta para incriminar tan sólo a los partícipes que obtienen una ganancia del delito, cabría encontrarla en la justicia material. Si el autor principal, que es el único que en tales casos se beneficia, queda impune, parece injusto castigar al simple partícipe que no alcanza logro alguno del atentado contra la propiedad (158).

Por lo expuesto, parece que el argumento de que la punición de los partícipes presupone la existencia de una conducta principal antijurídica, si bien debe aceptarse, pues se sanciona a quienes "participaren del delito", hay que reducirlo a sus justos términos.

Rechazada la posibilidad de que la exención encuentre su razón de ser en la existencia de una copropiedad que impidiese considerar la cosa como ajena, parece necesario llegar a la conclusión de que, por la diversidad de los supuestos recogidos en la ley, no existe un único fundamento justificante. Sin embargo, cabría subrayar que lo que se tiene en cuenta en el precepto no es la personal relación entre las personas vinculadas por el parentesco, sino la existente entre el sujeto activo de la conducta y la cosa apropiada (159).

(155) Citados por CRIVELLARI: *Dei reati...* cit., p. 602, n. 4.

(156) Vid. MANZINI: *Trattato di Diritto penale*. 4.^a ed. cit. Vol. IX, p. 325; ANTOLISEI: *Manuale...* P. Sp. cit. T. I, p. 320.

(157) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal...* P. G. cit., pp. 651 y s.; ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, cit., p. 422, salvo para los encubridores en que se muestra partidario de la máxima. Se manifiesta en favor de la máxima, DEL ROSAL: *Derecho penal...* cit. T. II, p. 119.

(158) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, pp. 401 y s. (§ 2256).

(159) CARRARA: *Programma...* P. Sp. cit. T. IV, p. 404 (§ 2258). PATERNITI, C.: *La famiglia nel Diritto penale*. Milán 1970, pp. 125 y ss., de acuerdo con su planteamiento subjetivista mantiene que en la exención de respon-

No cabe la menor duda que si bien desde el punto de vista jurídico el pariente se apropia de una cosa ajena, de hecho su situación es muy diferente si se compara a la de un extraño, no sólo por la posible existencia de una comunidad de disfrute familiar, que quizá en el caso concreto no se produzca, sino por la trascendencia que jurídicamente se otorga al parentesco respecto de las cosas del otro pariente. Piénsese que el pariente puede encontrarse propietario de la cosa al día siguiente en virtud de lo dispuesto por la ley acerca de la herencia. Y esto ha permitido a los autores afirmar que si bien se atenta contra la propiedad mediante tales conductas, sin embargo, no se produce la alarma o daño social que justifica la persecución de tales delitos por medio de la acción pública (160).

Junto a lo anterior, tampoco cabe ignorar la trascendencia del principio de unidad y de paz familiar que en el campo criminal influye hasta el punto de impedir el ejercicio de la acción penal entre los próximos parientes "a no ser por delito o falta contra la persona de otro" (161). Acerca de estas previsiones escribe Aguilera (162) que se fundan en una razón de pública moralidad y de conveniencia social, tenida siempre en cuenta por nuestras leyes, tanto antiguas como modernas, manifestando más adelante: "se ha inspirado, sin duda, en la necesidad de mantener la paz y tranquilidad de las familias, y la necesaria armonía entre los individuos que la constituyen, para evitar las consecuencias que tendría en otro caso para el orden social el que mutuamente pudieran acusarse unos y otros" (163).

Analizado, aunque muy elementalmente, el posible fundamento de la exención, no parece que exista inconveniente alguno para considerar comprendidos a los parientes por razón de la adopción.

Concurre en ellos la unidad familiar (164) o incluso cabe la comunidad de disfrute, aparte de los derechos sucesorios de los adoptivos que según el Código civil se equiparan a los legítimos si la adopción es plena—artículo 179— y a los naturales si es simple—artículo 180— (165).

Como conclusión, cabe afirmar que no hay obstáculo alguno por el que en el precepto no puedan considerarse comprendidos los parientes adoptivos, interpretando el silencio del Código de la misma manera afirmativa a como lo ha hecho la doctrina francesa (166) ante igual silencio de su Código.

sabilidad criminal lo que la ley contempla es el vínculo psicológico existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

(160) CARRARA: *Programma...* P. Sp. T. IV, p. 48, n. 1 (§ 2033).

(161) Artículo 103 de la LECrim.

(162) AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.^a ed. T. I. Madrid 1923, p. 536.

(163) AGUILERA: *Comentarios...* cit. T. I, p. 537.

(164) Vid. el artículo 176 del Código civil.

(165) Por tanto, hoy no puede mantenerse el argumento esgrimido por GROIZARD para contestar a CHAVEAU-HÉLIE: *El Código penal...* cit. T. VIII, página 319. Vid. PATERNITI, C.: *La famiglia...* cit., p. 125.

(166) CHAVEAU-HÉLIE: *Théorie...* cit. T. III, p. 341; GARÇON: *Code pénal*

D. Cohecho.

Manifiesta el artículo 392 del Código penal que cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una pena de multa equivalente al valor de la dádiva o promesa.

Nada parece oponerse a que esta privilegiada atenuación (167) alcance también a los parientes adoptivos, pues, aparte de que el precepto no los excluye, las razones que contempla la ley para el beneficio son enteramente aplicables a los adoptivos, tanto más cuanto expresamente admite el Código a los parientes por afinidad.

3. El parentesco como causa de legitimación para el ejercicio de la acción penal.

El propio Código penal establece para algunos delitos que sólo podrán perseguirse a instancia de parte interesada, determinando taxativamente las personas que están legitimadas para el ejercicio de la acción criminal. En algunos casos ésta tiene una naturaleza personal hasta el punto de que sólo el agraviado puede ejercitar la querrela, como ocurre respecto del adulterio y el amancebamiento —artículos 450 y 452—, o sólo puede denunciar la persona agraviada o, en su caso, el Ministerio Fiscal, como en el delito de abandono de familia —artículo 487—, pero hay otros delitos perseguibles sólo a instancia de parte en que se permite la acción a los parientes del agraviado; esto ocurre en delitos contra la honestidad y contra el honor.

A. Delitos contra la honestidad.

El artículo 443 del Código dispone que para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden. No cabe la menor duda que dada la amplitud del precepto, pues se legitima incluso el simple guardador de hecho, hay que considerar comprendidos los parientes por adopción. Pero debe notarse que entrarán en el precepto no a título de guardadores de hecho, sino a título de parientes y en el concepto que les corresponda. Por tanto, podrá denunciar también los hechos el hermano adoptivo aun cuando no sea representante legal ni guardador de hecho.

citado. T. II, p. 664; ROUSSELET-PATIN: *Droit pénal...* cit., p. 517; VOUIIN: *Droit pénal...* cit., p. 38. Los adoptivos son expresamente mencionados en el artículo 649 del Código penal italiano, e indirectamente en el 247 del de la República Federal alemana por lo dispuesto en el 52, 2.º, acerca del concepto de pariente.

(167) Pues únicamente se impone la pena de multa en cuantía equivalente al valor de la dádiva o promesa, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas.

B. En delitos contra el honor.

En el artículo 466 se dispone que “podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiese a ellos, y en todo caso el heredero”.

También aquí parece que nada se opone a considerar comprendidos en los conceptos de ascendientes, descendientes y hermanos los que lo sean en virtud de la adopción, pues no puede desconocerse que forman parte de la familia y que no hay obstáculo para que también a ellos trascienda la calumnia o injuria, aun cuando el problema quizá no se plantee nunca dada también su condición de herederos forzosos.