

# PROTECCION PENAL DE LA FAMILIA. RAZONES Y LIMITES DE LA INCRIMINACION DEL ABANDONO DE LA FAMILIA (\*)

## SUMARIO

1. *Crisis de la familia. Inflación penal.*
2. *Modernas corrientes abolicionistas utilitarias.*
3. *Respuestas en pro de la incriminación.*
  - I) *La necesidad.*
    - A) *Aspecto cuantitativo.*
    - B) *Aspecto cualitativo.*
  - II) *La utilidad.*
    - A) *Fuerza intimidativa.*
    - B) *Ejecución actual y futura.*
4. *Modernas corrientes abolicionistas antirretributivas.*
  - A) *Inflación de la retribución.*
  - B) *Superfluidad de la retribución.*
  - C) *Extrajuridicidad de la retribución.*
5. *Respuestas en pro de la incriminación.*
  - A) *Otras soluciones a la inflación.*
  - B) *Eficacia de la retribución.*
  - C) *Juridicidad de la retribución.*
  - D) *Misión del Derecho penal.*
6. *Límite de la incriminación.*
7. *Conclusiones.*

(\*) En el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Uppsala, en agosto de 1966, el Grupo Español presentó esta Comunicación sobre el tema «Protección de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia», que apareció en la *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núms. 26 y 27 (Barcelona, enero-diciembre, 1966), páginas 561-585, y con el título «Protection pénale de la famille», en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, núm. 8 (Bruselas, mayo, 1967), págs. 755-778.



## 1. Crisis de la familia. Inflación penal

La familia actualmente está en crisis. La evolución de la sociedad ha producido la revolución de la familia (1). Acerca de sus valores actuales y futuros encontramos, en las publicaciones científicas y en las opiniones populares, las afirmaciones —y las confirmaciones— más opuestas.

Desde comienzos del siglo XX, algunos eminentes especialistas conceden cada día mayor importancia a la familia. Su influjo en los principales aspectos de la vida (psicológico, sociológico, médico, pedagógico, criminológico...) se califica de insustituible, primordial, imperecedero (2).

Simultáneamente, en gran parte del mundo se afirma que la familia es algo repelente y egoísta por naturaleza; lo más contrario al progreso y al bien de la humanidad (3). Y no se crea que estas afirmaciones encuentran su afirmación sólo en el mundo marxista, también en el mundo occidental se critica a la familia, aunque en grado diverso. En Occidente existen legislaciones que minusvaloran la familia; o la consideran como mera suma de individuos. Algunas constituciones carecen de referencia directa y positiva a la familia; otras formulan una especial protección del Estado al matrimonio y a la familia. Cfr. la Declaración de derechos del hombre de 1948 en su artículo 16, 3.º; la Constitución italiana en sus artículos 29 y sigs.; la alemana en su artículo 6.º; la ley francesa de

---

(1) NACIONES UNIDAS, *Evolución social y criminalidad*, A/CONF, 26/1 (Nueva York, 1965), págs. 9 y sig. Idem, *Las fuerzas sociales y la prevención de la delincuencia*, A/CONF, 26/2 (Nueva York, 1965), págs. 18 y sigs., especialmente número 59. BRUNO HECK, *Jahresbericht des Bundesministeriums für Familie und Jugend* (Bonn, 1965), pág. 3.

(2) SCHNEIDER, *Ehe und Familie*, en *Handbuch der Kriminologie*, Band I (Berlín, 1965, Gruyter), págs. 147-179, con su información bibliográfica. GEHLEN, SCHELSKY, *Soziologie*, 2, Aufl. (Düsseldorf, 1955, E. Diederichs), págs. 119 y siguientes, 238 y sigs., passim. SCHELSKY, *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart*, 3, Aufl. (Stuttgart, 1955), págs. 42 y sigs.

(3) PALOCZI-HORVATH, *Mao Tse-Tung* (Barcelona, 1963, Noguer), págs. 426 y siguientes (trad. del inglés). D. STORBECK, *Die Familienpolitik der SED und die Familienwirklichkeit in der DDR*, en *Studien und Materialien zur Soziologie der DDR*, Hg. v. LUDZ (Köln, 1964, Westdeutscher V.), págs. 86-113, especialmente 97 y siguientes (con reales contradicciones).

22 de septiembre de 1942; el Fuero del Trabajo en su Declaración XII, punto tercero; el Fuero de los españoles en su artículo XXII; y otras treinta, poco más o menos, constituciones nacionales o legislaciones fundamentales. Pero tales directrices constitucionales no encuentran a veces el oportuno desarrollo legal subsiguiente (4).

En el campo del Derecho penal observamos también tendencias opuestas. Muchas legislaciones introducen en su Código penal todo un capítulo nuevo, titulado «Delitos contra la familia», o al menos introducen uno o varios artículos para tipificar el delito de abandono económico de la familia. A pesar de su reciente fecha de nacimiento (5), este tipo ha encontrado albergue en casi todas las legislaciones (6); la mayor parte de ellas castiga con privación de libertad o multa, o ambas, al culpable que deja de prestar la asistencia económica indispensable para el sustento a sus familiares (normalmente descendientes y cónyuge).

Frente a esta realidad, recientemente ha surgido, o empieza a surgir, una fuerte corriente contraria a su incriminación. Muchos juristas, conscientes del peligro de inflación penal, al aumentar cada día más al articulado de la parte especial, procuran limitar y reducir el elenco de las conductas incriminadas (7). Con bastante claridad se manifestó esta tendencia en el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (La Haya, agosto, 1964), Posteriormente se ha manifestado con mayor claridad y energía, por ejemplo, en la «Strafrechtslehrertagung» (Freiburg Br., junio, 1965) (8) y en algunas publicaciones de especialistas. La

---

(4) BEITZKE, *Familienrecht*, 12 Aufl. (München, 1964, Beck), pág. 2: "Dem BGB fehlt eine echte Familienfassung...", el Código civil alemán carece de una positiva concepción familiar. L. NEUNDÖRFER, *Die soziale und wirtschaftliche Lage der Familie in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Familienpolitik in der Industriegesellschaft* (Bonn, 1964, Eichholz), págs. 104 y siguiente. En sentido parecido, respecto a Inglaterra y sus jueces de jóvenes, MANNHEIM, *Criminal Justice and Social Reconstruction* (London, 1956, Kegan, Trench, Trubmer), pág. 82. Con mayor matización, y en sentido más tradicional, desarrolla ampliamente el tema DÖLLE, *Familienrecht*, Band I (Karlsruhe, 1964, Müller), págs. 26 y sigs.

(5) La Ley francesa de 1924 sirve de base a todas las legislaciones modernas; respecto a su evolución histórica, cfr. SIMON, *Les obligations familiales et leurs sanctions pénales*, en *Journées juridiques* (París, 1965, Cujas), págs. 320 y sigs. Respecto a lejanos antecedentes imprecisos: FERRER SAMA, *Abandono de familia*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. II (Barcelona, 1950, Seix), págs. 16 y sigs., con selecta bibliografía.

(6) TOEBELMANN, *Angriffe auf die Ehe und Verletzung von Familien und Unterhaltspflichten*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, Band II (Bonn, 1955), páginas 169 y sigs. CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, 1948, Bosch), págs. 5 y sigs.

(7) LUCAS VERDU subraya atinadamente como una de las misiones más importantes y espinosas del penalista moderno la selección de las figuras punibles: *Crimen y sociedad. Reflexiones sobre la estimación social del crimen*, en *Revista internacional de sociología*, XVIII (1960, julio-septiembre), págs. 373-383.

(8) En este sentido se han manifestado, por ejemplo: ARTHUR KAUFMANN, LACKNER, LANGE, MAIHOFER, H. MAYER, PETERS, SCHRÖDER, etc. En general esta tendencia encontró en el simposio una acogida muy favorable, *sehr betonte Zustimmung*, según comunicaciones personales de ARTHUR KAUFMANN y FIEDLER.

tendencia se dirige principalmente contra algunos capítulos, como delitos sexuales, etc., y secundaria, pero también efectivamente, contra los delitos de familia. Las razones son parecidas.

Estas tendencias modernas —tan opuestas— merecen ser estudiadas detenidamente. Ahora nos limitaremos a considerar sólo un punto muy concreto y bastante importante: ¿Conviene que el Derecho penal incrimine el abandono económico de la familia?

Para mayor claridad agrupamos las razones contra la incriminación en dos grandes capítulos:

- I. La utilidad exige la no incriminación del abandono económico de la familia.
- II. La justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia.

Comencemos por la exposición y la crítica, respuesta, del primer capítulo.

## 2. Modernas corrientes abolicionistas utilitarias

El pensamiento moderno antiincriminatorio, *utilitatis causa*, insiste en la necesidad de que el Estado busque ante todo la utilidad, la armonía, la paz de la familia. Para ello debe respetar sus valores fundamentales —intimidad, eticidad, autonomía— y debe evitar totalmente la intromisión de las instituciones de Derecho público. Lo mejor es que, como se dice vulgarmente «le deje en paz», y no se entrometa en sus problemas particulares. Bastan las instituciones de Derecho privado, pues aun el mismo CICU reconoce que la familia «es una institución privada, la más privada de todas las instituciones» (9).

En un trabajo de HELLMER (10) encontramos bastante bien expuestos, con citas de autores y publicaciones, los principales argumentos que avaloran esta actitud. Según ellos: el legislador y la ley pretenden y deben pretender por encima de todo, la utilidad, la seguridad de los miembros de la familia; no pretenden, al menos en primer lugar, hacer justicia. Recientemente expone semejante teoría el profesor BEITZKE, en su *Derecho de familia* (11). Corrobora esta opinión en cierto sentido, y respecto a la legislación española, el profesor RODRÍGUEZ DEVESA cuando, entre cosas, escribe (12) «El sustraerse a esos deberes asistenciales o

---

(9) CICU, *Principii generali del Diritto di famiglia*, en *Rivista Trim. de Diritto e Procedura Civile*, IX (1955, marzo), págs. 1-23.

(10) *Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht dargestellt am Beispiel der Familien-delikte*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LXX (1958), páginas 360-393, especialmente 364 y sig.

(11) BEITZKE, *Familienrecht* (München, 1964, Beck), pág. 134.

(12) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed. (Valladolid, 1965), pág. 297. Este autor no concluye la necesidad de abolir estos delitos.

no prestarles, es lo que la ley considera como una falta de seguridad para el tercero a quien protege.» Por tanto, según bastantes autores y legisladores, el bien jurídico protegido en estos casos es la seguridad de los individuos de la familia; lo cual parece competencia exclusiva del Derecho privado.

La intromisión del Derecho penal, añaden otros autores, causa más daños que bienes. La autoridad debe buscar la protección de la familia, y concretamente su asistencia económica, su prosperidad material, su unidad... Pues bien salta a la vista que la intervención penal, desde el primer momento del proceso, hasta el último de la ejecución de la pena, no contribuye a mejorar la posición económica de la familia, ni su unidad, ni su intimidad, ni nada de lo que ella necesita. Al contrario, aumentará sus deudas, sus divergencias, sus odios... No parece necesario comprobar esta realidad con citas concretas.

Muchos especialistas reconocen que algunas veces las instituciones clásicas de Derecho privado no bastarán para lograr los fines pretendidos, por ser tantas y tan nuevas las dificultades de la familia en los tiempos actuales, en los tiempos de la industrialización y emigración masiva, de la igualdad de derechos de la mujer, etc. Pero observan que esto no implica la necesidad ni la utilidad de abrir la puerta al Derecho público, a la pena. Al contrario, eso indica la necesidad de crear nuevas instituciones sociales acomodadas a los tiempos modernos, sin acudir a las vestidas y destructoras sanciones penales.

En resumen, actualmente, según muchos autores, el abandono económico de la familia debe competir única y exclusivamente al Derecho privado y a las instituciones sociales, nunca al Derecho penal. La utilidad y la paz de la familia exigen esta delimitación o exclusión.

### **3. Respuestas en pro de la incriminación**

No podemos menos de admitir gran parte de lo indicado por estos autores. Pero, una visión panorámica de todo el problema nos obliga a pedir, en las circunstancias actuales, la incriminación penal del abandono económico de la familia, aunque sólo en determinados casos —en última instancia, cuando las instituciones sociales y de Derecho privado hayan fracasado en su intento regulador, lo cual sucede con frecuencia en el día de hoy— y con las limitaciones que después formularemos.

Nuestro voto por la incriminación se apoya principalmente en motivaciones de necesidad, utilidad y justicia.

#### **I. LA NECESIDAD**

A) *Aspecto cuantitativo.* La primera razón es quizá la más convincente para los adversarios. Es la más próxima a su mentalidad. Prescinde de consideraciones teóricas y filosóficas. Pide la incriminación sencillamente por considerarla necesaria.

La observación fenomenológica de la situación familiar en la sociedad actual descubre un estado de necesidad. Las estadísticas, las informaciones sociológicas y juridicosociológicas muestran tal cantidad de abandonos económicos (13), que el Derecho privado y las instituciones sociales se reconocen incapaces de contener esta avalancha. Reconocen su fracaso. Tienen que pedir auxilio a la fuerza pública, al Derecho público, al menos hasta que surjan nuevos remedios.

El número y volumen de los abandonos es tal que rebasa las fronteras del Derecho privado y llega a lesionar gravemente el bien común. Ante esta realidad sociológico-jurídica, parece obligado reconocer la necesidad, quizá temporal hasta que vuelva la normalidad, de incriminar este abandono económico. Y, precisamente, por el «leit motiv» de muchos adversarios: «el Derecho penal es un arma de gran calibre, exclusiva para batallas gigantes».

B) *Aspecto cualitativo.* Si damos vueltas a la moneda, y de la consideración cuantitativa pasamos a la cualitativa, veremos que el axioma escolástico «plus vel minus non mutat speciem» (más o menos no cambia la especie) carece de aplicación en nuestro caso. El aumento cuantitativo de los abandonos económicos ha producido una importante transformación específica. Antes, los casos aislados perjudicaban a tal o cual familia. Ahora, los casos tan repetidos, en caravana, perjudican ya a *la familia*. La institución familiar, en cuanto tal, está en peligro. Se trata, por tanto, de defender algo que, como indican CICU, RUGGIERO y todos sus seguidores (14) tiene tales características —eticidad, transpersonalismo, función social, limitación de la voluntad individual...— que, aun sin salir del Derecho privado, merece fuertes consideraciones especiales de y en Derecho público; se trata de defender algo sumamente relevante para la comunidad, su célula vital imprescindible (15). El Código penal no trata,

---

(13) *Statistisches Bundesamt. Wiesbaden, 1961* (Stuttgart, 1964, Kohlhammer), página 16. *Statistisches Bundesamt. Wiesbaden, 1962* (Stuttgart, 1964, Kohlhammer), página 12. Sólo en Alemania se han registrado los siguientes delitos contra los §§ 169-172: 10.317 (en 1960), 11.226 (en 1961), 10.945 (en 1962). Los hechos son numerosas y evidentes: Bundesministerium f. JUSTIZ, *Entwurf eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen. Besonderer Teil* (Wien, 1964), pág. 168. RECKLES, *Die Kriminalität in den USA und ihre Behandlung* (Berlín, 1964, Gruyter), págs. 13, 18. ELLIOTT, MERRILL, *Social Disorganization*, 4.<sup>a</sup> ed. (New York, 1961, Harper and Brothers), pág. 379. En España, según las estadísticas oficiales, contra los artículos de abandono de familia y niños se han dictado las siguientes sentencias condenatorias: 171 (en 1953), 186 (en 1954), 204 (en 1955), 234 (en 1956), 247 (en 1957), 265 (en 1958), 184 (en 1959).

(14) CICU, *Scritti minori di Antonio Cicu* (Milano, 1965, Giuffrè). BELTRÁN DE HEREDIA ofrece un resumen bien documentado acerca de *La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia*, en *Revista de Derecho Privado* (1965, octubre), págs. 819-845. Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. V, Derecho de familia, vol. I, 8.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1961, Reus), págs. 41 y siguientes.

(15) La opinión contraria —la que niega la imprescindibilidad del *status* jurídico familiar— merece ser considerada en serio, aunque BEITZKE (*Familienrecht*, páginas 21 y sig.) y otros la reduzcan a propaganda política sin importancia.

o no debe tratar, en estos artículos de asegurar la asistencia económica a los familiares, sino de asegurar la existencia de la familia. Clara y acertadamente lo expresan aquellas legislaciones que colocan estos artículos bajo el epígrafe de «Delitos contra la familia» (16) y (17).

Esto no significa, como pretenden los Estados marxistas y totalitarios —hoy tan en boga— que la autoridad pública no debe, ni puede entrometerse a su antojo en la vida del hogar. No, tal intromisión va contra los más elementales principios jurídicos, que ya hace muchos siglos reconocen la autonomía e inviolabilidad del coto hogareño (18). Nosotros, que propugnamos el Estado de Derecho y el principio de subsidiaridad, no podemos admitir que el Estado se entrometa en los lares privados como en su propia casa.

Pero tampoco podemos permitir, por el mismo principio de subsidiaridad, que el Estado descuide la supervisión y protección de los derechos fundamentales de la familia en cuanto tal. Como afirman FERRER SAMA, JASO, MANFREDI, etc. (19), el poder público no puede permanecer inactivo viendo cómo se desmorona la primera célula de su organismo, sino que debe tutelar a la familia en su función ético-social de coordinación de fuerzas.

Por tanto: la familia en las circunstancias actuales necesita la protección del Derecho público, contra los repetidos abandonos económicos que atacan y ponen en peligro su existencia como institución. El interés jurídico protegido no es la armonía de tal o cual hogar, sino la institución familiar en general.

---

(16) PISAPIA opina que el sujeto pasivo de este delito es el hombre como miembro determinado de una familia, en cuanto cónyuge, hijo...: *Les obligations familiales alimentaires et leurs sanctions pénales*, en *Journées juridiques* (París, 1965, Cujas), págs. 312 y sig. Nosotros añadimos un segundo sujeto pasivo: la familia en cuanto tal; sujeto implícito quizá en la concepción de PISAPIA (página 316), pero que merece explicitarse frente a prudentes objeciones modernas. Coincide sustancialmente con nosotros DÖLLE, *Familienrecht*, Band II (Karlsruhe, 1964, Müller), pág. 39.

(17) Contra la sistemática española que coloca este delito en el título XII, «Delitos contra la libertad y seguridad», creemos con ANTÓN-LANDECHO, *Derecho penal. Parte especial* (Madrid, 1965, Icade), pág. 97, que debe incluirse entre los delitos contra la familia.

(18) El Derecho romano concedía al paterfamilias un autónomo (y excesivo) *judicium domesticum* respecto a las personas *in potestate* o *in manu*, así como un *jus corrigendi* respecto a la esposa e hijos. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer* (Aalen, 1962, Scientia, Neudruck), págs. 439 y sigs., 843 y sigs.

(19) FERRER SAMA, *Abandono de familia*, en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. II (Barcelona, 1950, Seix), págs. 17 y sig. JASO, en ANTÓN, *Derecho penal*, t. II (Madrid, 1949), pág. 336. Como indicábamos en la introducción a estas páginas, actualmente unas treinta constituciones siguen la orientación formulada en el párrafo tercero del artículo 16 de la Declaración del Derecho del hombre, de diciembre de 1948; además la política económica de muchas naciones se enfrenta con estos problemas. M. WINGEN, *Schwerpunkte der wirtschaftlichen Familienpolitik in den Ländern der EWG*, en *Familienpolitik in der Industriegesellschaft* (Bonn, 1964, Eichholz), págs. 62-103.



## II. LA UTILIDAD

Algunos, como insinuábamos antes, admiten las afirmaciones que acabamos de formular, pero sólo en cierto sentido. Admiten que la lucha contra el abandono de familia incumbe al Derecho público, pero niegan que incumba al Derecho punitivo, porque éste —si actúa— le causa más daños que beneficios. Antes hemos desarrollado brevemente sus ideas. Aciertan —repetimos— cuando afirman que la incriminación del abandono económico de la familia causa muchos perjuicios. Pero creemos que al confrontarlos con las ventajas, arrojan una suma global positiva. Creemos que la utilidad —también la utilidad— exige la incriminación del abandono económico de la familia.

A) *Fuerza intimidativa*. En la columna de su «Haber» anotamos primera y principalmente la fuerza intimidativa de la pena.

En la intimidación radica, probablemente, la fuerza principal de la pena (20); la mayor en extensión y profundidad. Se extiende a todos los ciudadanos, también y principalmente a los no delincuentes, les educa en sus criterios y conductas, les aparta del crimen, les asegura cierta paz... Actúa con vigor especial en esta clase de delitos (21), pues el paterfamilias «peligroso», salvo raras excepciones, conserva afecto a los suyos. Si sólo les privase de su asistencia económica, se dejaría arrastrar. Pero, se mantiene intimado e intimidado por temor de los daños accesorios que a sus familiares, y a él, infligiría la sanción penal.

No se objete contra la fuerza intimidatoria (22) diciendo que las estadísticas de abandonantes ascienden, o que el pueblo desconoce la incriminación de estas conductas. No. Nada prueba la curva ciertamente en crescendo de las estadísticas (23). Para conocer el efecto de la intimidación tenemos que acudir a estudios psicológicos, no a cifrar ni gráficas matemáticas, pues es imposible registrar la cifra interesante: cuántos no han delinquido por miedo de la pena.

Respecto al eventual desconocimiento de la tipificación, la respuesta brota espontánea: que los medios de información llenen, con todo el estruendo a su antojo, esta laguna. Por lo demás, parece natural que delito de tan reciente hornada no haya calado todavía en el ambiente popular. Esto no significa nada contra la fuerza de la intimidación. Al

---

(20) ANTÓN, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Salamanca, 1944). BERISTÁIN, *Intimidación*, en *Nueva enciclopedia jurídica* (Barcelona, 1965, Seix, en prensa).

(21) ANCEL, *L'abandon de famille et ses sanctions*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie* (1937), págs. 1130 y sig. PISAPIA, *Les obligations familiales et ses sanctions pénales...*, págs. 316 y sig.

(22) HELLMER, *Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht dargestellt am Beispiel der Familiendelikte*, en *Zeits. f. die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LXX (1958), páginas 372 y sig.

(23) BERTRAM, *Strafrechtsreform: Jugend und Familie im Strafrecht*, en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlags-Anstalt), pág. 147. Cfr. nota anterior 12.

contrario. Esperemos que el nuevo tipo sea conocido; y entonces, observemos las estadísticas.

B) *Ejecución actual y futura.* Demos un paso más. Veamos el problema respecto a los delincuentes. Reconocemos que la intimidación ha tenido en ellos poca utilidad; decimos *poca*, pues puede haber tenido alguna, v. gr., educativa, retardante, reeducativa, etc. Pero... queda todavía la segunda mitad de la pena —la ejecución penitenciara— que puede ser de gran utilidad.

Contra la opinión muy extendida como indiscutible en ciertos ambientes, creemos que la ejecución de la pena consigue, y sobre todo, puede conseguir, efectos dignos de estimación. Todavía más, respecto a ciertos delincuentes puede ser la única institución jurídica que los consigue, después que todas las demás instituciones fracasaron.

Negar la posibilidad de efectos positivos importantes en la pena significa desconocer su esencia y desconocer la esencia del hombre, sus datos antropológicos.

La pena pretende, de acuerdo con su esencia, una utilidad jurídica paradójica, de mayores quilates de lo que parece a quien observa sólo lo exterior del *malum passionis*; algo así como la paz de un Estado de Derecho que padece huelgas, etc., es de mayores quilates que la paz de un Estado dictatorial sin huelgas, etc. Se dirige, aunque quizá lo niegue PLATÓN (24), a deshacer lo hecho, a convertir lo *factum* en *non factum*. La pena pretende y puede conseguir cicatrizar las heridas causadas al Estado de Derecho, al bien común. Esta cicatrización, esta aniquilación se desarrolla en la dimensión jurídica de la libertad, no en la dimensión sociológico-numérica de la renta nacional. Se desarrolla en el plano de la convivencia y coexistencia subjetivo-dinámica, no en el plano de la cosificación objetivo-estática (25).

La pena pretende, teniendo en cuenta la esencia del hombre, una utilidad interpersonal. Se apoya en la dinámica antropológica, y pretende reabsorber al hombre delincuente de ayer en el hombre inocente, penitente, de hoy. La posibilidad de esta reeducación-reencarnación parece comprensible; y también la conveniencia de que esta *metanoia*, este segundo nacimiento ocasione cierto dolor (26). Así, probamos científica-

---

(24) *Protágoras*, 324 a-b. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, Band II (Berlín, 1944, Gruyter), pág. 199.

(25) POMPE, *Le point de vue du criminaliste*, en *Une nouvelle école de science criminelle, l'école d'Utrecht* (París, 1959, Cujas), págs. 101 y sig. KEMPE, *Le point de vue du criminologue*, ibídem, págs. 106 y sigs. BAAN, *Le point de vue du psychiatre*, ibídem, págs. 112 y sig.

(26) ANCEL, *Responsabilité et Défense sociale*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* (1959), pág. 183. ANCEL, *L'abolition de la peine de mort et le problème de la peine de remplacement*, en *Etudes pénologiques. A la mémoire de Sir Lionel Fox* (La Haye, 1964, M. Nijhoff), págs. 1-13. LANG-HINRICHSEN, *Betrachtungen zur Strafrechtsreform* (Paderborn, 1959, Bonifacius), págs. 107 y siguientes.

mente la utilidad —*de iure condendo* al menos— de incriminar el delito de abandono económico de familia.

Sin embargo, admitimos que su ejecución penitenciaria actual dista mucho del ideal, salvo raras excepciones. Admitimos que hoy en la mayoría de los establecimientos penitenciarios los reclusos se deseducan y pervierten cada día más. La seguridad, la reclusión, se opone a la educación (27). Pero, ante esta realidad, no debemos concluir que la utilidad exige la no incriminación de tal o cual delito, sino que la utilidad exige revisar y mejorar, desde sus principios, el sistema penitenciario.

Concretamente, en el terreno familiar puede y debe ser mayor la utilidad de la ejecución penitenciaria. Mucho mayor de lo que es actualmente. Entre otras razones, porque el delincuente posee con frecuencia buena base de reeducación; no es delincuente profesional, y carece de tendencia a la fuga (28).

A la luz de la historia nos permitimos reclamar la revisión a fondo de la penología actual. Creemos que al elenco actual de penas pueden y deben añadirse otras penas totalmente nuevas, totalmente diversas de las actuales, relativamente recientes, de privación de libertad. Las nuevas sanciones se acomodarán *ab initio*, desde su comienzo —ya en la sentencia— a la personalidad del delincuente (29) y a sus circunstancias familiares; no sólo para disminuir notablemente los perjuicios a los parientes del condenado y aumentar sus beneficios, sino también para procurar la reeducación del delincuente-en-la-familia-y-con-la-familia, que posee valores insustituibles para la reeducación del condenado y para el

---

(27) E. H. JOHNSON, *The Present Level of Social work in Prisons*, en *Crime and Delinquency*, IX (1936), págs. 290-296. EYSENCK, *Crime and Personality* (London, 1964, Routledge and Kegan Paul), págs. 147 y sigs. ROLPH, *Criminal Law*, en *Law Reform now* (London, 1963, V. Goblancz), págs. 259 y sigs., 263 y sigs. BERISTÁIN, *La reeducación del condenado*, en *Sul problema della rieducazione del condannato* (Padova, 1964, Cedam), pág. 339. PLAYFAIR, SINGTON, *Crime, Punishment and Cure* (London, 1965, Secker and Warburg), págs. 244 y sigs. RIVACOBÁ, en *Jornadas de Derecho Penal* (Buenos Aires, 1962), págs. 238 y sigs.

(28) Con frecuencia también las características del delincuente serán diversas, opuestas a las indicadas en el texto. Pero, en general, podremos aplicarle la nota de asociabilidad como indica SPORBECK, en su tesis doctoral sobre *Die strafrechtliche Sanktionierung der gestzlichen Unterhaltspflichten unter Berücksichtigung der durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes bedingten Änderungen* (Bonn, 1959, Juristisches Seminar, texto multicopiado), págs. 115 y sig. Las medidas de seguridad contra vagos y maleantes tienen aquí plena aplicabilidad.

(29) SIMON, *Les obligations familiales alimentaires et leurs sanctions pénales*, en *Journées Juridiques* (París, 1965, Cujas), págs. 338 y sigs. BERISTÁIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, en *Revista de Estudios penitenciarios* (1965). PETERS, *Reform des Strafrechts und Strafvollzugs in Hinblick auf die Reéducation*, en *Handbuch der Sozialerziehung*, Band III (Freiburg, 1965, Herder), páginas 402-412, especialmente *in fine*; la bibliografía sólo de reeduc. juvenil. PONTI, *Commento criminologico al Progetto di Ordinamento penitenziario e programma per la differenziazione della esecuzione penale fini del trattamento*, en *Quaderni di criminologia clinica* (1964), págs. 271-302. ELLIOT, MERRILL, *Social Dissorganization*, 4.<sup>a</sup> ed. (New York, 1961, Harper and Brothers), págs. 379 y sigs.

mantenimiento de la familia; valores hoy totalmente desaprovechados, salvo raras excepciones (30).

No hace falta gran fatiga mental para idear penas positivas y lucrativas, v. gr., la obligación de realizar ciertas clases de trabajo, para los que en todas las naciones desarrolladas falta mano de obra, principalmente en determinadas fechas y ocasiones.

Alguien objetará que estas penas son contrarias a la dignidad del preso. Esto nos parece sencillamente infundado. No vemos razón alguna para considerar que las penas aquí insinuadas sean menos dignas de la privación de libertad tal y como se lleva a efecto actualmente en nuestras cárceles. Mucho más degrada a una persona permanecer forzosamente ociosa en una celda, o en un patio, que trabajar, aunque sea por obligación, en una tarea idéntica a la realizada por miles y miles de hombres libres; tarea rentable para él, para su familia y para toda la sociedad. En último caso, por lo menos, permítase esta clase de penas a los presos que lo deseen. No serán pocos.

Con lo expuesto hasta aquí creemos haber contestado suficientemente a los objetantes del primer capítulo: los abolicionistas *propter utilitatem*.

#### 4. Modernas corrientes abolicionistas antirretributivas

Ahora pasamos a escuchar y comentar a los del segundo capítulo: los abolicionistas *propter justitiam*. Los que opinan que la justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia. Se apoyan en varios argumentos que podemos resumir así:

- A) La justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia porque tal incriminación es inflacionista.
- B) Porque tal incriminación es superflua.
- C) Porque tal incriminación es extrajurídica, e inhumana.

Consideraremos brevemente cada uno de estos puntos.

A) *Inflación de la retribución*. Muchos y eminentes penalistas piden la abolición de estos, y otros, delitos para mantener la dignidad del Derecho penal, para evitar su desvirtuación, para superar el peligro inflacionista.

Oigamos al profesor KARL PETERS, como digno representante de todo este grupo. En el Simposio de Friburgo de Brisgovia (junio 1965) dijo: «Yo mantengo la tesis de que en la actualidad, a consecuencia del exageradamente amplio contenido del Derecho penal, no se puede asegurar

---

(30) PLAYFAIR, SINGTON, *Crime, Punishment and Cure* (London, 1965, Secker a. Warburg), págs. 251 y sigs., 299 y sigs. La visita conyugal consigue muchos fines positivos; disminuye la corrupción en la cárcel, y la disolución de la familia. TAFT, ENGLAND, *Criminologie*, 4.<sup>a</sup> ed. (New York, 1964, Macmillan), págs. 466 y siguiente.

suficientemente un ordenado régimen penitenciario a los delincuentes reos de crímenes graves, se desvirtúa y disuelve la fuerza del Derecho penal, y sobre todo se aplican con frecuencia excesiva las penas cortas privativas de libertad; así, se debilita el sistema penitenciario. Desde estos puntos de vista, pido que los delitos contra la familia (parágrafos 170 a) hasta 170 d) del StGB) sean derogados del Código penal» (31).

Esta opinión repetidamente expuesta por PETERS (32) encuentra cada día más partidarios entre los especialistas del Derecho penal.

B) *Superfluidad de la retribución.* El bloque B, en cambio, reúne y resume la opinión de especialistas ajenos al Derecho: sobre todo sociólogos, psicólogos, literatos, pedagogos, etc. Niegan que razones de justicia aconsejen huir el abandono económico. Por principio, muchos de ellos niegan tal existencia de justicia en cualquier ámbito de la vida. Niegan la pena en cuanto retribución; sólo la admiten en cuanto seguridad, intimidación y reeducación. Sus argumentos tienen una fuerza especial en el campo del abandono de familia. Aquí, más si cabe que en otros delitos, falta la exigencia retribucionista. Ni el legislador, ni el pueblo pretenden que al abandonante se le exija retribución alguna. En el ambiente público, en el hombre de la calle, falta tal exigencia de «Vergeltung»; el pueblo carece de tal sensibilidad en pro de la justicia (33).

Semejante opinión domina entre los criminólogos, sobre todo norteamericanos. En este sentido pudimos escuchar extensos y ponderados comentarios del profesor PLOSCOWE durante el IX Congreso de la Asociación internacional de Derecho penal (La Haya, agosto 1964) (34). Muchos autores estadounidenses repiten con insistencia que carece de sentido castigar penalmente estas conductas porque la familia pierde con ello las últimas posibilidades de solucionar sus problemas. La justicia debe proteger a la familia; ésta necesita ayuda económica, y no la consigue con la pena. Nada tan superfluo, y contraproducente, como la privación de la libertad, o multa, o cualquiera otra de las sanciones acostumbradas en nombre de la justicia.

Algunos autores exponen estos argumentos contra la pena en general, y después, formulan o insinúan su aplicación al abandono de familia (35).

(31) Comunicación personal, 14 de julio de 1965.

(32) En sentido parecido se expresó en el Congreso político-jurídico del Partido Socialista Alemán —26 y 27 de marzo de 1965— según informe de la *Juristenzeitung*, XX (1965, julio), pág. 462.

(33) HELLMER, *Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht...*, en *ZStW* (1958), páginas 369 y sigs.

(34) Cfr. también, BLAU, *Die Delikte gegen die Familie und gegen die Sittlichkeit*, en *Zeitschrift f. Familienrecht*, XI (1964), pág. 244.

(35) Los ingleses y los norteamericanos tratan distintamente el abandono económico de la familia porque, entre otras razones, su derecho civil no regula como el europeo la obligación de la asistencia económica: DÖLLE, *Familienrecht* (Karlsruhe, 1964, Müller), Band I, págs. 499 y sigs., Band II, págs. 5 y sigs. El *non support* tiene características especiales: R. A. ANDERSON, *Wharton's Criminal Law and Procedure* (Rochester, New York, 1957, Lawyers Co-operative Publishing), II,

Otros, los menos, exponen los argumentos contra la pena del abandono de familia, y después o simultáneamente generalizan su pensamiento: propugnan la sustitución del Derecho penal por la simple Defensa social o por cierta Criminología, como hace tiempo profetizó y propugnó en cierto sentido el mismo RADBRUCH (36). Tratan, por tanto, de reemplazar la pena por el tratamiento, la ciencia normativa por la ciencia natural, el Derecho penal por la Sociología (37). Basten estas breves citas o insinuaciones para comprender la importancia de este punto de vista, en una sociedad pluralista como la actual. Pero, este pensamiento corresponde más bien al bloque siguiente.

C) *Extrajuridicidad de la retribución.* Y con esto, pasamos a considerar las razones del último grupo: rechazan la incriminación del abandono económico porque ello significa introducir en el Derecho penal una dimensión ética que no le corresponde.

Topamos aquí uno de los temas más discutidos últimamente. Eminentes penalistas alemanes recientemente congregados en la «Strafrechtslehrertagung» de Friburgo han tratado este problema apasionadamente, aunque sólo se tocaba el tema de paso (38). Algunos profesores se muestran partidarios decididos de atribuir al Derecho penal sólo la defensa de los bienes jurídicos (Rechtsgüterschutz) frente a los que le conceden una misión pedagógico-ético-personal (Gesinnungsbildung, Sittenstrafrecht). Aquéllos piden la eliminación del delito de abandono económico (parágrafo 200 del Proyecto alemán 1962 y párrafo 233 del Proyecto austríaco de 1964). STURM califica esta petición de inesperada. GALLAS de discutible, por razón de su contenido (Gesinnungswerte) distinto de los bienes jurídicos ciertamente propios del Derecho penal (Schutzbedürfnis). Otros

---

páginas 637-654, y en el *Cumulative Supplement* de 1964, págs. 39 y sig. MANNHEIM, *Criminal Justice and Social Reconstruction* (London, 1946, Kegan, Trench, Trubner), páginas 80 y sigs. TAFT, ENGLAND, *Criminology*, 4.<sup>a</sup> ed. (New York, 1964, Macmillan), página 144. "The American Law Institute", en *Model Penal Code* (Philadelphia, 1962), section 230.5., pág. 193. STONE y GERARD, *Family Law*, en *Law Reform now*, editado por GARDINER y MARTIN (London, 1963, V. Goblancz), págs. 128 y sigs. Por las referencias parece interesante en la literatura que hemos manejado, aunque no hemos podido leerlo, el libro de BROCKELBANK, *Interstate Enforcement of Family Support, Runaway Pappy Act, 1960*, Bobbs.

(36) Cfr. LANGE, *Der Strafanspruch des Sttates und die Grenzen der Strafbarkeit*, en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlags-Anstalt), páginas 79 y sigs.

(37) LECLERCQ, *Du Droit naturel à la Sociologie* (París, 1960, Spees), especialmente el t. II. LANGE, *Der Kriminologische Standpunkt*, en *Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie* (München, 1961, Ullstein u. Schwarzenberg). GRAMATICA, *Principi di Difesa Sociale* (Padova, 1961, Cedam), págs. 5 y sigs. EYSENCK, *Crime and Personality* (London, 1964, Routledge and Kegan Paul), págs. 147 y sigs. McCORKLE, KORN, *Resocialization within Walls*, en el libro editado por JOHNTON, *The Sociology of Punishment and Corretion* (New York, 1962, John Wiley and Sons), páginas 99-107. ROLPH, *Criminal Law*, en el libro preparado por GARDINER, MARTIN, *Law Reform now* (London, 1964, V. Goblancz), págs. 261 y sigs.

(38) Uno de los temas era *Die Sittlichteitsdelikte im Entwurf 1962* (los delitos sexuales en el Proyecto de 1962).

insisten en la oportunidad de eliminar estos tipos para que el Derecho penal se mantenga neutro, libre de toda coloración ética y política.

Se ha escrito bastante en este sentido. Citemos sólo un par de ejemplos. FRITZ BAUER (39) protesta enérgicamente contra muchos penalistas y contra el Bundesgerichtshof que pretenden servirse del Derecho penal para robustecer o restablecer cierta concepción ética de la familia; que pretenden utilizarlo como instrumento para vigorizar un orden tradicional repleto de tabús, de metafísicas, de convicciones preconcebidas, totalmente indemostrables y contrarias a todas las ciencias naturales (40); que olvidan la relatividad y mutabilidad total del bien común.

HELLMER destipifica el abandono económico porque ni debe, ni puede existir un Derecho penal ético (Sittenstrafrecht). Es el tema repetido en todos los tomos a lo largo de su artículo: el Derecho penal no debe buscar una función pedagógico-social; presupone un orden preexistente y vivo; no le compete a él hacerlo (41).

Todavía más. Alguien ha llegado a afirmar que el Derecho penal está más lejos de los bienes éticos y morales que de la lucha contra la epidemia o la regulación del gas y del alumbrado (42).

A estos abolicionistas se pueden sumar quienes rechazan la incriminación del abandono de familia como inhumana, por creer que la pena-retribución sólo tiene una razón de ser —la vindicta— y ésta compete exclusivamente a Dios (43).

En resumen: mientras los autores del bloque A pretenden evitar la desvalorización inflacionista, los del grupo B subrayan la no eficacia de la retribución en cuanto tal (según ellos la pena no sirve para nada), y en cambio los del grupo C subrayan la excesiva eficacia de la pena-retribución que sirve para demasiado, para establecer o restablecer un orden ético, y para castigar, función propia de la divinidad. Pero, todos ellos desean la no punición del abandono económico de la familia.

¿Qué pensamos nosotros? Procuraremos responder separadamente a cada grupo de opiniones. Adelantamos, ya desde ahora, que nos inclinamos por la oportunidad actual de la incriminación.

---

(39) BAUER, *Gesetz und Recht im Wandel unserer Zeit*, en *Vorgänge* 6'65 (München, 1965, junio), págs. 251-255.

(40) *Ibidem*, pág. 254.

(41) HELLMER, *Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht dargestellt am Beispiel der Familiendelikte*, en *ZgStW*, LXX (1958), págs. 363, 376, 382 y sigs., 389 y siguientes.

(42) Cfr. JESCHECK, *Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963), pág. 39. LANGE, *Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit*, pág. 80.

(43) Por brevedad, omitimos el comentario de este aspecto. Cfr. BERISTÁIN, *Vers un oecuménisme historique en droit pénal. Réflexions sur le peine rétributive chez les canonistes*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* (1965, núm. 3), págs. 559-582.

## 5. Respuestas en pro de la incriminación

A) *Otras soluciones a la inflación.* Comencemos considerando la objeción de KARL PETERS y de tantos otros penalistas. Respondemos brevemente que la admitimos casi al pie de la letra. Únicamente disentimos en la conclusión. Estamos de acuerdo con la tesis: necesidad de reducir el articulado del Código penal y necesidad de reducir el empleo de las penas cortas privativas de libertad. Pero creemos que las circunstancias actuales desaconsejan comenzar la «poda» por los delitos contra la familia. Mucho antes deberían derogarse quizá lo que hemos propuesto al hablar de la reforma del régimen penitenciario; no es tanto problema de inflación cuanto problema de ejecución penitenciaria.

B) *Eficacia de la retribución.* Respecto a las teorías abolicionistas por superfluidad de la pena, reconocemos que en el fondo de sus protestas subyacen grandes verdades. Reconocemos que muchos penalistas retribucionistas permanecen excesivamente cerrados en principios teóricos y filosóficos, ¡pseudofilosóficos!, carentes del indispensable contacto con la vida y con las ciencias naturales. Pero, subrayamos que la verdad de estas ciencias no debe llevarnos a negar o desconocer la verdad normativa, la verdad histórica, la verdad filosófica, la verdad jurídica.

La solución atinada brotará del equilibrio entre los dos extremos, de la síntesis, como desean eminentes penalistas europeos (concreta —pero no exclusivamente— pensamos en algunos dirigentes de la Nueva Defensa Social) (44) y americanos (45).

Para llegar a esa síntesis hemos de limar algunas exageraciones de estos abolicionistas. Podemos hacerlo en su propio terreno —el empírico—, pues bastantes Estados del norte de Europa y de las dos Américas que han pretendido y experimentado un Derecho penal meramente defensivo, reconocen ahora el fracaso de sus innovaciones extremada y unilateralmente protectoras (46). Las estadísticas nos muestran que su delincuencia —especial, pero no únicamente la juvenil— ha crecido. Los especialistas confiesan que los frutos han sido bastante escasos (47); aun-

---

(44) ANCEL, *La Défense sociale nouvelle* (París, 1954, Cujas), págs. 13 y sig., 160 y sigs. GRAVEN, *Droit pénal et Défense sociale*, en *Revue pénale suisse*, LXX (1955), págs. 1-53. BERISTÁIN, *Estructuración ideológica de la nueva defensa social*, en *Anuario Derecho Penal* (1961), págs. 409-432.

(45) GLUECK, SHELDON, *Crime and Correction: Selected Papers* (Cambridge, Mass. 1952, Addison-Wesley), págs. 168 y sigs.

(46) LANGE, *Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit*, en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963), págs. 88 y sigs. JESCHECK, *Die Behandlung der Sittlichkeitsverbrechen im Entwurf des StGB von 1959*, en *Bekämpfung der Sittlichkeits Delikte* (Wiesbaden, 1959, Bundeskriminalamt), páginas 267-276, especialmente 275 y sig.

(47) LÓPEZ-REY, *Les exigences pénales d'aujourd'hui et la politique criminelle contemporaine*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie* (1963, julio), páginas 892 y sigs. OLIVECRONA, *Das moralische Problem der Strafgebung*, en *Zeitschrift für die g. Strafrechtswissenschaft*, LXIX (1957), págs. 402 y sigs.



que —o porque— sus ensayos han llegado a conclusiones demasiado «utilitarias», como la castración, el narcoanálisis, la lobotomía, la leucotomía, etc. Estas medidas nos desagradan, entre otras razones, porque nos recuerdan legislaciones y regímenes que condujeron «a actos de barbarie que sublevan la conciencia de la Humanidad».

El hombre —centro y sujeto del Derecho penal— es una fuerza de la naturaleza. Como naturaleza, para ser comprendido, necesita ser considerado a la luz de las ciencias naturales. Como fuerza dinámica que avanza y asciende, necesita ser considerado a la luz de la filosofía y la justicia.

Mientras el hombre trascienda el vegetar y el dormir, su Derecho penal cifrará su eficacia más allá de lo estático y animal, en lo valorativo y retributivo. Lo pide la dignidad de la persona; su honrosa e insoslayable obligación de dar a cada uno lo suyo, también a la familia; su religación e incrustación en el otro (48).

C) *Juridicidad de la retribución.* En fin, la justicia exige la incriminación del abandono económico porque la retribución además de ser sumamente eficaz, es la médula del Derecho penal, como intentaremos probarlo ahora, al contestar a quienes propugnan la extrajuridicidad de la retribución.

Llegamos a un problema incitante, pero espinoso: la ubicación del *minimum* ético y de la retribución, dentro o fuera del Derecho penal.

Despierta nuestra curiosidad el constatar que ante una misma realidad, ante un mismo acontecimiento histórico, hombres inteligentes adoptan dos posturas totalmente opuestas. Ante la evolución y desviación (brutalidad) de la justicia nazi, unos (juristas y no juristas) concluyen que todo es relativo y mudable, mientras otros ante esta misma realidad deducen la existencia de valores absolutos.

Nosotros nos decidimos por esta segunda opinión, aunque con muchas limitaciones y matizaciones. Nosotros creemos, que el Derecho penal actual debe superar la concepción individualista de los códigos napoleónicos; debe superar el positivismo naturalista, que rebrota en algunos juristas con virulencia, y no reducirse a una técnica de salud pública; debe, en fin, aceptar como tarea propia suya el desarrollo de las cualidades fundamentales de la persona humana en dimensión familiar y comunitaria, con enérgica defensa del matrimonio y de la familia (49).

Los penalistas, como recordaba en el simposio de Freiburg, con atina-

---

(48) ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*, 5.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1963, Editorial Nacional), págs. 361 y sigs. ROF CARBALLO, *Medicina y actividad creadora* (Madrid, 1964, Revista de Occidente), págs. 166 y sigs., 342 y sigs. Idem, *Urdimbre afectiva y enfermedad* (Barcelona, 1961, Labor), págs. 470 y sigs. KEMPE, *Le Point de vue du criminologue*, en *Une nouvelle école...*, págs. 106 y sig.

(49) JESCHECK, *Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches* (E. 1962), en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlags-Anstalt), págs. 32 y sigs., 38 y sigs. ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit* (Tübingen, 1964, Beck), págs. 16 y sigs., 34 y sigs. CASTÁN, *La idea de Justicia, hoy* (Madrid, 1964), págs. 17 y sig.

da sensibilidad el profesor ARTHUR KAUFMANN, no podemos estructurar nuestra dogmática con sólo los datos de las ciencias naturales, ni con la mentalidad mecánica del *homo faber*, hombre robot, incapaz de reconocer su dignidad, incapaz de elevarse y sublevarse contra quienes se la pisotean (en este sentido el esclavo de antaño aventajó al hombre moderno), incapaz de conocer la misión del Derecho en la comunidad moderna.

La sociedad actual —víctima de su triunfo industrial técnico— se bambolea como frágil navío en medio de la pleamar técnica; ha tirado por la borda todos los criterios morales; no puede anclar; le falta fondo. En estas circunstancias, dice valientemente el profesor GALLAS (50), incumbe al Derecho fijar y mantener la dirección que hay que seguir, los valores fundamentales para la vida comunitaria que hay que defender.

La inviolabilidad de la persona, continúa GALLAS, sólo puede derivarse de la humana responsabilidad ética enraizada en la *transcendencia* (subrayado en el texto original). Su establecimiento como norma fundamental del Derecho implica, por tanto, una confesión y con ella una decisión. De la valentía para esta decisión y sus consecuencias, depende la permanencia de la moderna democracia como un orden social *libre* (subrayado en el original).

Lógicamente, respecto al abandono económico de la familia, nosotros, penalistas, afirmamos que el Derecho —y especialmente el Derecho penal, en el que con buen tino el pueblo ve la síntesis de la justicia (51)— debe intervenir con energía y con eficacia para la sociedad y los ciudadanos reconozcan, respeten y reelaboren las coordenadas supralegales de la familia.

D) *Misión del Derecho penal.* El Derecho penal tiene como misión reconocer, respetar y reelaborar la dignidad básica, sagrada, de la persona y de la familia (52).

*Reconocer* significa más que declarar o confesar. Reconocer significa algo objetivo-personal, pero no caprichosamente subjetivo (53). La digni-

---

(50) GALLAS, *Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E. 1962), en *Probleme der Strafrechtsreform* (Stuttgart, 1963, Deutsche Verlags-Anstalt), pág. 163. Una formulación semejante encontramos a veces en WELZEL, por ejemplo, cuando afirma que: “La aceptación de un sentido trascendente y obligatorio de la vida es el presupuesto necesario para poder hablar y tratar de Derecho, Justicia, Libertad, Culpabilidad...”, en *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* (Marburg, 1964, Elwert), pág. 16. REINER, *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts* (Freiburg. Br., München, 1964, K. Albert). K. RAHNER, *Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der kath. Theologie*, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, hgb. von FREY (Zürich, 1964, Schulthess), páginas 151 y sigs., especialmente 154 y sigs.

(51) JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform* (Tübingen, 1957, Beck), pág. 4.

(52) Sólo por y en la familia puede la persona desarrollarse dignamente. Cfr. el artículo 1.º de la ley fundamental de la República Federal Alemana, y el artículo 2.º de la Constitución de la República italiana.

(53) ARTHUR KAUFMANN, *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen*

dad del hombre no depende de una confesión más o menos veleidosa, sino que se impone exigida por la experiencia de la historia, y la naturaleza de las cosas (54). Quien pretenda en este punto una demostración propia de las ciencias naturales o numéricas, manifiesta no haber pasado el umbral de las ciencias jurídicas, históricas y filosóficas. Se podrán y quizá deberán discutir estas valoraciones, pues falta la evidencia, pero parece anticientífico prescindir de ellas.

*Respetar* significa cuidar por la conservación y permanencia. Respeto es muy distinto, posterior y superior que tolerancia (55). Concretamente, el Derecho penal no puede, so capa de mal entendida libertad, permitir que tantos paterfamilias descuiden y abandonen lo que al momento de contraer el matrimonio solemne y necesariamente prometieron. Necesariamente... porque ninguna autoridad puede consentir el matrimonio libre, sin control alguno: sería la ruina de los niños... y de los mayores. Así como el enfermo no puede, caprichosamente, permitir la amputación de uno de sus miembros u órganos vitales; con tanta o mayor razón, el penalista no puede consentir la amputación de uno de los valores constitucionales de la sociedad: la institución familiar.

*Reelaborar* significa reanimar; insuflar nuevo espíritu en la materia vieja, muerta. Las acciones delictivas implican un suicidio. En ellas el hombre se niega a sí mismo. El Derecho penal tiene la difícil y noble tarea de aprovechar el carácter dinámico del hacer y del ser humano para regenerarlo después de la degeneración. HELLMER acierta al definir el abandono de la familia en las circunstancias actuales como una degeneración privada y pública, socialmente sentida y consentida (56). Por eso, concluimos que debe punirse para lograr la regeneración, la reela-

---

*Relativismus*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLVI (1960), págs. 553 y sigs. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* (Karlsruhe, 1960, Müller), pág. 395, con la nota correspondiente, núm. 51, en la que WELZEL —conforme a su estilo peculiar— matiza mucho, a veces muchísimo, la afirmación avanzada, quizá extremista del texto. La aporía welzeliana queda todavía abierta. Nosotros coincidimos en este punto, sólo parcialmente, con WELZEL, pues además de responder afirmativamente al problema ontológico de la existencia de valores absolutos (un muy reducido Derecho natural, por denominarlo de alguna manera), respondemos también afirmativamente al problema gnoseológico: aprobamos el doble significado de la palabra alemana Erkennen (reconocer y juzgar o sentenciar), el juicio, la sentencia es un reconocimiento del jurista, no un capricho. El jurista está ligado y obligado.

(54) ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit* (Tübingen, 1964, Beck), páginas 39 y sigs. JESCHECK, *Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches...*, págs. 32 y sigs. Idem, *Das Menschenbild...*, páginas 14 y sig., 21 y sigs. LANGE, *Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit*, en *Probleme der Strafrechtsreform*, págs. 92 y sigs. K. KUHN, *Zum Menschenbild der Biologie*, en *Stimmen der Zeit*, CLKVI (1965, julio), páginas 274-275, especialmente 281 y sigs.

(55) La tolerancia debe ser una postura transitoria. Ella debe abocar al reconocimiento, al respeto. Tolerar es ofender. *Toleranz sollte eigentlich nur eine vorübergehende Gesinnung sein. Sie muss zur Anerkennung führen. Dulden heisst beleidigen* (GOETHE).

(56) HELLMER, *Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht...*, pág. 383.

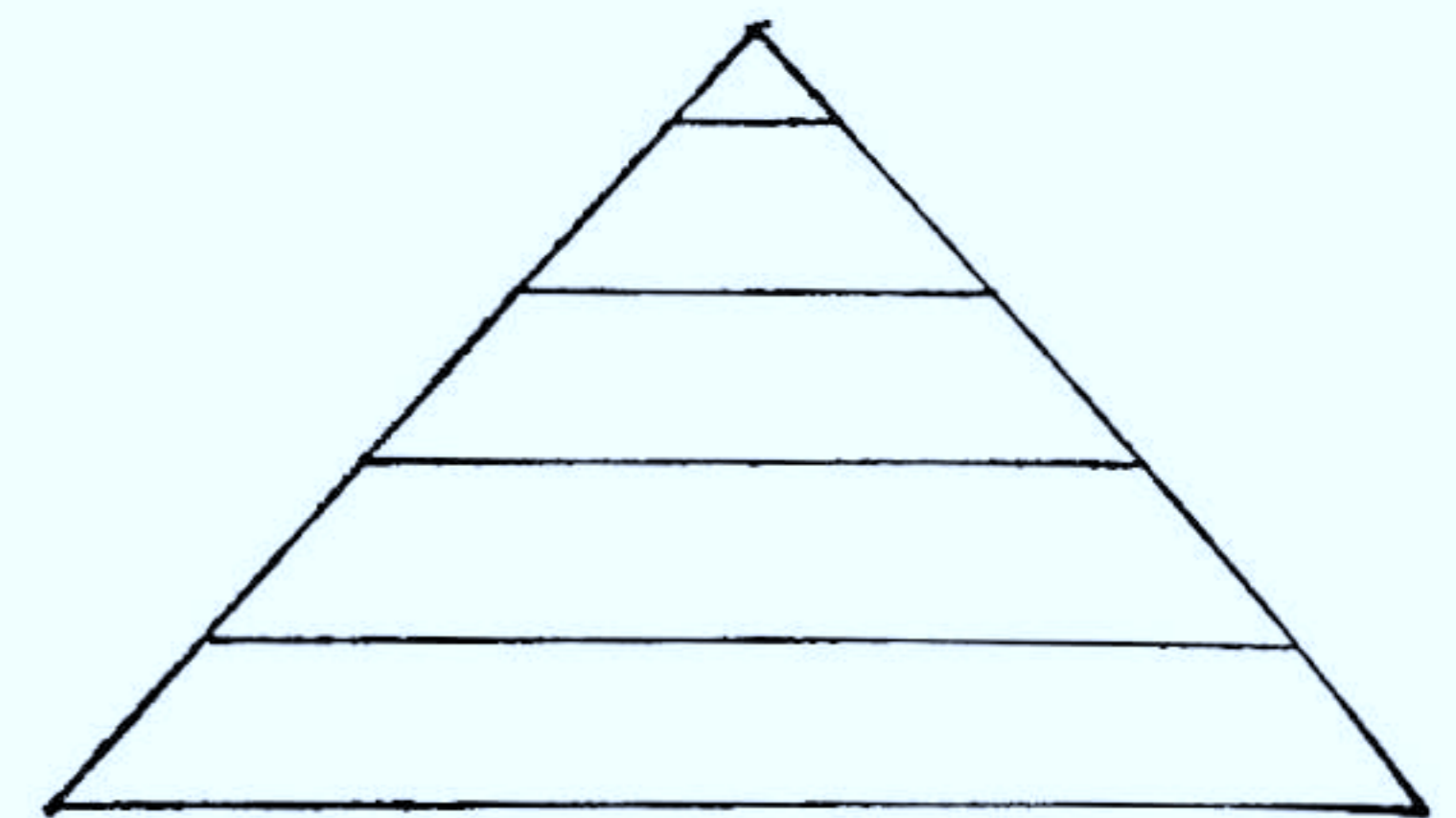
boración privada y pública de la familia, en la verdad, la caridad y la justicia (57).

## 6. Límite de la incriminación

Las ideologías actualmente pujantes acerca de nuestro tema oscilan entre dos extremos: el individualismo materialista, que pretende intangibilidad del más fuerte (¿subconsciente y cómodo egoísmo del hombre?), y el estatismo dictatorial que desea usar y abusar de la familia como simple medio para sus fines. Ante esta bifurcación, los juristas debemos situar y enmarcar el abandono de la familia, y su posible incriminación, en el punto medio, y dentro de cautos límites. Los enunciamos ahora sumariamente:

I. La solución de los problemas planteados por el abandono de familia incumbe a instituciones sociales privadas y estatales. Sólo en los casos y en los aspectos que superen las facultades del Derecho privado podrá o deberá acudir al Derecho público. Gráficamente expresariamos esta graduación con la imagen piramidal: en la base —primer peldaño, de aplicación universal— las instituciones sociales privadas; en la cúspide —último peldaño, de aplicación supletoria y normalmente mínima— la pena. Este punto cumbre —al cual se llega muy rara vez— mantiene firme toda la construcción.

*Pena* ... ..  
*Derecho público* ... ..  
*Derecho privado* ... ..  
*Inst. soc. estatales* ... ..  
*Inst. soc. privadas* ... ..



II. Sólo se incriminará el abandono de familia cuando —y en cuanto— lo exijan las circunstancias ambientales, como en la actualidad, y en un futuro más prolongado de lo que quisiéramos, por el gran número y volumen de tales abandonos, que rebasan las posibilidades del Derecho privado y de las instituciones sociales, perturban directa y gravemente el bien común, y ponen en peligro la institución familiar en cuanto tal.

III. Sólo se incriminará el abandono económico. No el abandono

(57) ROYO-VILLANOVA Y MORALES, *Amor y Criminología*, en *Estudios Penales. Homenaje al P. PEREDA* (Bilbao, 1965, Universidad de Deusto), págs. 653-668. ERIK FROMM, *Der gegenwärtige Zustand des Menschen*, en *Vorgänge* (1965, junio), página 258. JESCHECK, *Die Behandlung der Sittlichkeitsverbrechen...*, pág. 276. PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* (Berlín, 1960, Gruyter), págs. 141 y siguientes.

moral, salvo en los casos que haya producido resultados dañosos que están tipificados o que debían estar tipificados (58) en otros artículos del Código penal, pues no lo consideramos delito de riesgo —ni abstracto, ni concreto—, sino de resultado.

V. No podrá abrirse procedimiento penal por delito de abandono económico de la familia sin previa denuncia de alguna persona agraviada; y su perdón expreso o presunto, por el restablecimiento de la vida conyugal o cumplimiento de los deberes asistenciales, extinguirá la acción penal y la pena. Es un delito privado. Sólo en casos extremos se admitirá la iniciativa del ministerio fiscal.

## 7. Conclusiones

A la luz de lo anteriormente expuesto o insinuado nos permitimos formular las siguientes conclusiones:

I. La situación actual de la sociedad exige que se incremine penalmente el abandono económico de la familia, aunque sólo como medida sucedánea y temporal (lo más breve posible, para evitar la inflación penal), hasta que se hayan creado, probado y aprobado las instituciones sociales normalmente competentes y eficaces en pro de la familia. La acción social ofrece ya algunas esperanzadoras promesas, pero débiles y escasas; concretamente, el tratamiento de los obreros emigrados —y sus familiares— en las naciones más desarrolladas del centro de Europa,

---

(58) El abandono moral ofrece problemas muy discutibles. A la luz de la moderna ciencia pedagógico-sociológica quizá pueda hablarse de un “segundo aborto”, como hoy se habla de un “segundo nacimiento” (R. KÖNIG), por la apertura y plasticidad del niño (A. GEHLEN), por su pobreza existencial (A. PORTMANN), por su necesidad de urdimbre afectiva (ROF CARBALLO), por su posicionalidad excéntrica (PLESSNER). CLAESSENS, *Familie und Wertsystem. Eine Studie zur “zweiten soziokulturellenn Geburt” des Menschen* (Berlín, 1962, Duncker, Humblot). No olvidemos que los más modernos y ponderados Códigos increminan tal conducta: *Entwurf eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen. Besonderer Teil* (Wien, 1964, Bundesjustizministerium), § 233, págs. 167 y sig. *Model Penal Code* (Philadelphia, 1962, The American Law Institute), § 230.4, pág. 192. La problemática psicológico-sociológico-jurídica y su literatura comienzan a ocupar y preocupar a los especialistas. Estamos ante una realidad nueva. YUDKIN, HOME, *Working Mothers and their Children* (London, 1963, Michel Joseph), especialmente páginas 170 y sigs. TAIT, HODGES, *Delinquents, theirs Families and the Comunity* (Springfield, Illinois, 1962, Charles C. Thomas Publ.), especialmente págs. 86 y siguientes. “Sub-Comittée of the Womens Group on Public Welfare”, en *The neglected Child and his Family* (London, New York, 1948, Oxford University Press), especialmente págs. 73 y sigs. VANDERVEEREN, FISCHER, *La loi du 5 juillet 1963 concernant l’abandon de famille*, en *Journal des Tribunaux*, núm. 4.422 (10 de noviembre de 1963), págs. 633-636. LUTHER, *Zur Problematik des § 170 d StGB*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1954), págs. 493 y sigs. CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, 1948, Bosch), págs. 16 y sigs. BERISTÁIN, *Problemática juvenil*, en *Revista del Instituto de la Juventud*, núm. 3 (1960), en prensa.

deja mucho que desear. Los organismos privados deben intensificar sus iniciativas.

II. Las penas de este delito necesitan reestructurarse urgentemente para conseguir una reeducación más eficaz y una retribución más científica, con menor (o ningún) perjuicio de las personas inocentes, y con constante consideración del delincuente-en-la-familia, pues el individualismo actual produce efectos nefastos. El Derecho penal debe avanzar hacia un mayor espiritualismo, pero sin inmiscuirse en terreno moral.

III. Respecto a la pena y resocialización de los abandonantes, las fronteras nacionales no deben separar, ni sólo limitar, sino positivamente unir. Por eso, deberá tenerse en cuenta, y perfeccionarse —si es posible—, lo indicado en la sección IV del anteriormente citado IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, y los estudios posteriormente publicados sobre el tema.

IV. Se fomentarán investigaciones jurídicas, sociológicas, psicológicas, criminológicas, etc., como las iniciadas por las Naciones Unidas, Cáritas, International Migration Service, y especialistas privados, para estudiar los factores etiológicos y los remedios contra los peligros que amenazan y amenazarán a la familia, con miras a conseguir que su necesaria gran evolución aboque a un mayor desarrollo económico, social y humano, en la justicia, la libertad y el amor.

---

*P.D.* La limitación de espacio impuesta por las normas del Congreso nos ha forzado a omitir varios párrafos del texto en los que comentábamos o discutíamos algunas opiniones citadas al pie de página. No hemos omitido, sin embargo, esas citas bibliográficas —ahora en cierto sentido superfluas— por creerlas útiles para la investigación posterior del lector.