

**ANTE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 410 DEL CÓDIGO PENAL:
ESPECIAL VALORACIÓN DE LA EXPRESIÓN TÍPICA
*OCULTAR LA DESHONRA***

Por el Dr. EMILIO CORTÉS BECHIARELLI
*Profesor Titular Interino de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. EVOLUCIÓN DOCTRINAL DEL PRIVILEGIO**
- III. EL DELITO DE INFANTICIDIO EN LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES**
- IV. ESTUDIO JURÍDICO-DOBMÁTICO DEL MÓVIL**

I. INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto de este estudio (quizá postrero con el art. 410 vigente)¹ el análisis de la expresión *móvil de ocultar la deshonra* en el delito de infanticidio y, más en concreto, si lleva contenida en su redacción las atenuantes de arrebató u obcecación, como ha venido interpretando tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. EVOLUCIÓN DOCTRINAL DEL PRIVILEGIO

Es infanticidio, en sentido etimológico, proviene de *infans cadere*, es decir, matar a un recién nacido; significación que, en realidad, adquiere virtualidad sólo en el derecho de las edades antigua y media. Tras la influencia ejercida por diversos pensadores del siglo XVIII, este delito se reviste de unos matices que analizaremos más adelante.

Alteración en el contenido que, por lo demás, no traerá aparejada un cambio en la denominación del delito; con idéntica nomenclatura se incluyen unas variaciones relevantes que tratan de enfatizar la importancia del móvil en la acción delictiva.

El infanticidio, en su acepción antigua y, como sabemos, literal, es un crimen perseguido con extrema severidad. Ya no sólo las leyes penales sancionaban con dureza este delito, sino que la Iglesia lo perseguía con paralelo rigor².

No obstante lo expuesto, en la época romana se reconocía el derecho de la vida y muerte que los ascendientes tenían sobre aquellos descendientes que se encontraban sujetos a potestad, y que no era de naturaleza penal, sino consecuencia del de propiedad que el padre, en su caso, detentaba sobre su prole³. Fuera de esos casos, la muerte del recién nacido era cruelmente castigada.

En cualquier caso, eran múltiples las normas penales que trataban con escarnio a los autores de infanticidio. Así, como más destacables, pueden citarse la Ordenanza de Enrique II de Francia de 1556, que condenaba a muerte a la mujer que ocultaba su parto; o las posteriores, con idéntica sanción, de Enrique III de Francia, en 1586, o la del también galo Luis XIV, de 1708⁴.

¹ En concreto, el Proyecto de Ley orgánica del Código penal de 1994 suprime el delito de infanticidio, siguiendo la línea de sus predecesores.

² Como manifiesta A. Quintano Ripollés en su «Tratado de la parte especial del Derecho penal», vol. I, *Infracciones contra las personas*, Madrid, 1962, pág. 411.

³ Así, T. Mommsen, «Derecho penal romano», vol. II, traducción del alemán por Pedro Dorado Montero, Madrid, s/f, pág. 96.

⁴ Una amplia colección de preceptos penales que castigaban con crueldad el delito de infanticidio

Con este panorama nos situamos en los albores del siglo XVIII, capital en la transformación que el concepto de infanticidio va a observar. En este momento de la historia surge «en el ámbito de la ciencia de los delitos y las penas un casi unánime sentimiento de benignidad hacia la madre deshonrada»⁵.

Dicho cambio en la orientación punitiva del delito tiene su base doctrinal en los postulados humanistas emanantes del Enciclopedismo y el Iluminismo, y se ve influenciado por el proceso de secularización del derecho penal al que alude Stampa Braun⁶, de tal manera que el alejamiento de las posturas eclesiásticas encuentra una de sus más importantes manifestaciones en la suavización de la pena para la madre infanticida.

El movimiento humanitario tendente a la flexibilización de las penas en general encuentra su primer hito en la obra del marqués de Beccaria, quien, con sus principios utilitarios de la pena, preconizaba una anhelado bien para la comunidad. Al margen de otras interesantísimas consideraciones, opina que el infanticidio es «efecto de una contradicción inevitable, en que se encuentra una persona que haya cedido o por violencia o por flaqueza»⁷.

Destaca, sobre todo, lo novedoso de estas conclusiones a las que llega el autor italiano. Como en tantos otros aspectos, se adelanta al pensamiento de otros penalistas, elaborando una base doctrinal que será continuada por autores posteriores.

Así Filangieri, refiriéndose a la Ordenanza de Enrique II a la que hicimos alusión, opina que no es adecuada la pena, por su rudeza, para «la infeliz soltera que conservó el depósito de la deshonra»⁸, estableciendo de esta manera como eje configurador del delito de infanticidio, en su concepción más moderna, la preservación del honor del delincuente.

También con marcados tintes utilitaristas, Bentham relaciona los distintos delitos con la alarma que producen en la sociedad, llegando a encabezar el capítulo XII de su obra *Principios de legislación v codificación* con el epígrafe «De los casos en que la alarma es nula»; pues bien, entre estos casos incluye el infanticidio, poniendo énfasis en su exposición en la manifiesta desproporción existente entre el delito cometido y la pena impuesta⁹.

en el antiguo derecho se encuentra en F. Carrara, «Programa del Curso de Derecho criminal. Parte especial», vol. I, Buenos Aires, 1945, págs. 271 y 272.

⁵ Como pone de manifiesto J. M. Stampa Braun en su artículo «Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como *delictum exceptum*», en *A.D.P.C.P.*, 1953, pág. 47. El trabajo en global es básico para comprender la historia de este delito.

⁶ J. M. Stampa Braun, *op. cit.*, pág. 48.

⁷ C. Beccaria, «Tratado de los delitos y las penas», 2.^a ed., París, 1828, pág. 160.

⁸ C. Filangieri, Libro III del Capítulo XL del vol. IV de la «Ciencia de la legislación», traducción al castellano de Juan Ribera, 2.^a ed., 1823, pág. 141.

⁹ J. Bentham, «Principios de Legislación y de codificación», vol. II, traducción al castellano de Francisco Ferrer y Valls, Madrid, 1834, pág. 275 y ss.

De igual manera, Romagnosi justifica el infanticidio cometido por una soltera con el fin de salvaguardar el honor, crimen que merece mayor pena si el móvil homicida es distinto¹⁰.

Considera Stampa que el gran mérito del penalista italiano es «haber separado, por vez primera, del impulso criminal el móvil *honoris causa*»¹¹: la madre que mata al recién nacido –expresión que da lugar a un sinfín de discrepancias doctrinales, que no son del caso analizar– impulsada por el ánimo de ocultar su deshonra, «no obra criminalmente: el honor y el pudor, que son elementos integrantes de la motivación de su conducta, impiden que se le otorgue a ésta semejante calificación»¹².

De esta manera, Feuerbach, a comienzos del siglo XIX, define el delito con las connotaciones que le hacen diferir el concepto del derecho antiguo, entendiendo por infanticidio «el homicidio que comete la madre contra su hijo ilegítimo recién nacido y capaz de vida, después de un previo embarazo oculto»¹³.

Valgan estas consideraciones doctrinales tan antiguas para justificar el porqué de la atenuación de la pena en aquellos casos en que la madre antepone el valor de su propia honra a la vida del infante.

Sin valorar la conveniencia o no de esta minoración, no se deduce que los autores recientemente citados, abanderados de la configuración moderna del delito, reclamasen la observancia de requisito alguno, salvo la necesidad del móvil ya explicado. Sobre la *causa honoris*, insistimos, se asienta todo el posterior desarrollo del delito de infanticidio. Sólo su presencia basta; para nada tuvieron en cuenta la situación emocional de la madre delincuente, ni muchísimo menos fundamentaron en ella la razón del privilegio

Este logro, ya conseguido doctrinalmente desde la pluma de tan afamados autores, va a plasmarse en textos legislativos, aunque, como advierte Carrara, teniendo que superar dos fases; una primera –códigos de mediados del siglo XIX– en la que el infanticidio continúa viéndose penado con la muerte, salvo que se tratara de ocultar el crimen cometido por la mujer ilícitamente fecundada, y una definitiva en que se considera un homicidio excusado¹⁴.

III. EL DELITO DE INFANTICIDIO EN LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES

Todas las doctrinas propuestas con la finalidad de lograr una menor gravedad en la pena del delito de infanticidio cristalizan en el auge codificador producido en Europa en el siglo XIX.

¹⁰ G. Romagnosi, «Génesis del derecho penal», Bogotá, 1956. pág. 526.

¹¹ J. M. Stampa Braun, *op. cit.*, pág. 54.

¹² *Ibidem*.

¹³ P. J. Feuerbach, «Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania», traducción al castellano de la 14.ª ed. alemana por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, 1989. pág. 178.

¹⁴ F. Carrara, *op. cit.*, pág. 268.

La codificación penal española no da la espalda a dichos logros humanitaristas, y en el primero de sus códigos, el de 1822, ya introduce una referencia al citado delito en su concepción moderna.

En concreto, y dentro de la regulación legal del parricidio, se incluía una atenuación, de tal manera que no sufrirían la pena capital

«las mugeres solteras ó viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle á luz en una casa de refugio, ni pudiendo esponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinte y cuatro horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que este sea á juicio de los jueces de hecho, y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción, y muger no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrira en tal caso la pena de quince á veinte y cinco años de reclusión y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito, y diez leguas de contorno».

Se deduce de este precepto, por lo demás transcrito literalmente del Proyecto elaborado un año antes de la publicación del código definitivo¹⁵, que el móvil de ocultar la deshonra fundamenta la redacción del artículo, si bien se utiliza una expresión de similar construcción sintáctica que la actual, como es «encubrir su fragilidad».

Además, destaca la presunción de legitimidad que el legislador establece para las mujeres casadas, quienes son injustamente excluidas del beneficio atenuatorio. Por fin, nada se dice sobre si el reo debe actuar emocionalmente alterado o no; tratar de preservar la honra, ser soltera o viuda, y gozar de buena fama anterior justifican la imposición de esta pena mitigada respecto al parricidio.

El código de 1848, en su artículo 327, configura ya el infanticidio como un delito especial privilegiado, dentro del capítulo segundo del título noveno del libro segundo, y constituyendo rúbrica aparte. Decía así:

«La madre que para ocultar su deshonra matara al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matara a un recién nacido incurrirá en las penas de homicidio».

Decir que la pena impuesta para el delito de homicidio era la de reclusión temporal, como se reconocía en el artículo 324 del citado texto legal, esto es, de doce a veinte años, mientras que la de prisión mayor establecida para la madre infanticida es de cuatro a seis años.

Con respecto a la redacción de 1822, este nuevo artículo presenta importantes novedades:

¹⁵ Proyecto de Código penal. *Diario de sesiones de las Cortes*, Ap. al núm. 54, 22 de abril de 1821, pág. 1210.

- En primer lugar se configura definitivamente el móvil delictivo tal y como llega a nuestros días: ocultar la deshonra. Nada aclara sobre el modo en que este fin perseguido deba ejecutarse.
- Aparición de un privilegio para los ascendientes maternos, que si bien no alcanza toda la extensión del establecido para la madre, constituye una innovación relevante, en tanto en cuanto amplía el radio de acción del efecto atenuatorio pretendido inicialmente por los doctrinarios humanitaristas del siglo XVIII.
- Se suprime la referencia al estado civil de la madre, de tal manera que cualquiera de ellas puede ser objeto activo del delito contenido en el artículo 327¹⁶.
- Se amplía, por último, el plazo dado por el legislador de 1822 para la observancia del delito, de tal manera que de las veinticuatro horas iniciales se le suman otras cuarenta y ocho.

El Código de 1850 mantiene, en su artículo 336, idéntica redacción; y el artículo 424 del de 1870 no varía la configuración del delito en lo que al móvil se refiere, aunque se observa alteración en la nomenclatura de las penas, y se reconduce la muerte del niño sin ánimo de preservación de la honra a los delitos de asesinato y parricidio.

El Código gubernativo de 1928 tampoco presenta variaciones destacables en la elaboración de su artículo 524, que dedica al infanticidio, dejando que sea el republicano de 1932 el que altere el contenido del citado delito en algunos aspectos concretos.

En la sistemática de este último Código, el artículo 416 se mantiene como figura autónoma, expresando que:

«La madre que por ocultar su deshonra matara al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión mayor en sus grados mínimo y medio»¹⁷.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, «cometieren este delito».

Como se observará en una primera lectura, el legislador republicano prefiere acogerse a la fórmula recién nacido¹⁸ para establecer el límite temporal dentro del

¹⁶ Viada y Vilaseca advierte lo acertado de este criterio en su obra «Código penal reformado de 1870», vol. III. 4.^a ed., 1890, pág. 60.

¹⁷ La Ley de 24 de enero de 1941, protectora de la natalidad contra el aborto, provoca, a su vez, la publicación de otra con fecha 11 de mayo de 1942 que perseguía una equiparación del infanticidio y el abandono de niños a la mayor severidad penal establecida para el aborto, de tal manera que las sanciones instauradas por el legislador de 1932 se verán agravadas en virtud de esta ley, y se podrá imponer una pena comprendida entre prisión menor, en grado medio, a prisión mayor en su grado mínimo.

¹⁸ Algunos autores, como Groizard y A. Gómez de la Serna, habían manifestado lo extenso del plazo de tres días establecido en el Código de 1848, y mantenido en sus sucesores, puesto que «en armonía con el principio en que este especial delito se basa, es mucho tiempo tres días para estimar

cual adquirirá virtualidad la figura atenuada, lo cual provocará una cierta diversificación en los criterios doctrinales al respecto¹⁹.

De otra parte, la pena para los abuelos maternos se equipara a la de la muerte, y se suprime el último párrafo tradicional, que establecía la pena correspondiente para el caso de que la misma acción prevista en el delito de infanticidio se realizase con móvil distinto al de ocultar la deshonra.

Pocas novedades presenta la regulación del infanticidio en el Código de 1944, que pena el delito con prisión menor, redacción que se traslada al texto revisado de 1963, y refundido de 1973, llegando hasta nuestros días.

Eso sí, después de haberse acometido varios intentos de reforma infructuosos, cuyo breve análisis presenta gran interés, en tanto en cuanto suponen una alteración en el fundamento de la atenuación para los infanticidas.

Así, el Proyecto de Código penal de 1980 propone, para la figura legal que nos ocupa, la siguiente redacción:

«La madre que matara a su hijo recién nacido, bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada, como reo de infanticidio, con la pena de prisión de tres a ocho años»²⁰.

Aclarar que la pena impuesta para el parricidio en el citado Proyecto estaría comprendida entre quince y veinte años (artículo 157)²¹.

Al margen de otras innovaciones cuyo estudio decidimos obviar, por no ser del caso (desaparición del privilegio para los ascendientes maternos o el cambio de sistemática utilizado en la ubicación del precepto transcrito), nos centramos en el desplazamiento operado a la hora de determinar la génesis del delito, de manera que, prefiriendo adoptar un criterio más fisiológico o psicológico, se abandona el tradicional móvil de la deshonra, de marcado carácter social.

Se ha pretendido, en consecuencia, que ya no sea «una periclitada concepción del honor la que desgaja esta figura de lo que sería un parricidio común, sino una consideración mucho más realista y acorde con el estado fisiológico de la madre y el medio sociológico actual»²².

Desgranando los fundamentos atenuatorios adoptados por este Proyecto, nos encontramos en primer lugar con el denominado estado puerperal. A él dedica-

que subsistan en toda su fuerza esas coacciones morales que impulsan a la madre a obrar y que atenúan su responsabilidad», en *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, vol. IV, Salamanca, 1891. pág. 476.

¹⁹ En este sentido, resulta aclaratorio J. M. Stampa Braun, «El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)», en *A.D.P.C.P.*, 1950. págs. 118 y ss.

²⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, I Legislatura, Serie A, núm. 108-I, 17 de enero de 1980, pág. 697.

²¹ *Ibidem*.

²² Memoria explicativa del texto Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, en «Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», Ap. a la colección *Cuadernos de Documentación*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pág. 44.

remos un breve estudio más adelante²³; no obstante, empecemos por remarcar el carácter fisiológico que la expresión presenta. Su contenido se completa acudiendo a lo que médicamente se entiende por tales crisis.

Más interés presenta en este momento el análisis de la intención de los redactores del proyecto al escoger la fórmula tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento.

Opina González-Cuéllar que «la referencia a las tensiones emocionales significa la producción de un estado de ánimo que provoca una conmoción orgánica, con la consecuencia del nacimiento del dolo de matar al recién nacido»²⁴, y Talón Martínez, por su parte, las identifica con los estímulos productores del arrebató, la obcecación o el estado pasional analógico previsto por el legislador en el art. 27.4 de Proyecto²⁵.

De tal manera que para los citados autores no sería aplicable las circunstancias atenuantes de arrebató u obcecación en la configuración novedosa del Proyecto. Como tampoco la admitía el Tribunal Supremo —enseguida analizaremos los considerados absurdamente desestimadores de las atenuantes aludidas— cuando el móvil era el que siempre perduró en los Códigos vigentes: la referida ocultación de la deshonra.

En nuestra opinión, esta alteración en la redacción del delito de infanticidio elaborada por el Proyecto de Código penal de 1980, aun novedosa en la forma, no presenta variación en cuanto a la posible eficacia práctica del precepto. El móvil de ocultar la deshonra, utilizados por los legisladores del siglo pasado para introducir en nuestro sistema punitivo el sentimiento humanizador de la pena que adornaba el resto de Códigos europeos, ve desvirtuada su naturaleza cuando la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera inapreciables las circunstancias atenuantes de arrebató u obcecación.

En este sentido —insistimos que desarrollaremos la cuestión dentro de este capítulo—, valgan como ejemplo dos sentencias, por lo demás, tremendamente ejemplificativas:

«Considerando que la Sala sentenciadora, al desconocer la eficacia legal que esta circunstancia —*se refiere al móvil de ocultar la deshonra*— debía ejercer para la calificación del delito, y al considerarlo como parricidio según el artículo 417, ha infringido éste, que a todas luces supone que la muerte del hijo por la madre, que es el caso de autos, no reconozca por móvil el evitar la deshonra, condición que entra como modificativa para la sanción penal del infanticidio.

²³ Sobre los primeros comentarios doctrinales que suscitó la posible inclusión de estos estados en el Código penal como una de las causas generadoras de infanticidio, Talón Martínez, «Delitos contra las personas», en «El Proyecto de Código Penal», número extraordinario de la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, págs. 81 y 82; y A. González-Cuéllar García, «Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código penal», *C.P.C.*, 1982, págs. 224 y 225.

²⁴ A. González-Cuéllar García, *op. cit.*, pág. 225.

²⁵ Talón Martínez, *op. cit.*, pág. 83.

»Considerando que este error lo hace más patente la apreciación de la circunstancia que como atenuante genérica se admite de haber obrado la procesada por estímulos tan poderosos que la produjeron arrebató y obcecación; pues no siendo otros esos estímulos que los del temor de ver menoscabada su honra, entran como elemento esencial por la ley expresada al describir el delito de infanticidio, razón por la cual aparece también infringido el artículo 9 en su circunstancia 7.»²⁶.

De idéntico contenido, una más reciente, que aduce:

«Que la reducida extensión de la pena con que el Código penal castiga el delito de infanticidio, en notable contraste con las que señala para los demás delitos contra la vida de las personas, obedece al profundo estado de perturbación que el legislador supone embarga el discernimiento a las víctimas de su propia deshonra y que los conduce a una situación de arrebató análogo a la que se define en el número séptimo del artículo noveno del mismo Código... sin permitir por ende la estimación de la referida atenuante...»²⁷.

En consecuencia, nada nuevo hubiera aportado la plasmación, en un texto penal con vigor, del artículo 159 propuesto por el Proyecto. Al identificarse el marcado carácter honroso del delito con el arrebató u obcecación, las *tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento* no tendrán sino el alcance que en su día adquirió el móvil *ocultar la deshonra*, siendo imposible superponerle atenuante pasional o emocional alguna.

De esta manera, estando ínsita la atenuante de arrebató en el delito de infanticidio, hay que otorgarle mayor eficacia que la que se aplicaría en cualquier otro delito contra la vida e integridad personal, pongamos por caso. Es decir, de acuerdo con las normas del Proyecto, matar al recién nacido supondría un delito de parricidio, y si concurriera como única circunstancia modificativa la atenuante de arrebató muy cualificada (lo cual no pretende ser sino un ejercicio de ficción jurídica, como bien sabemos), la pena sería de prisión de siete años y seis meses, a quince años; por el contrario, el infanticidio presenta una pena de tres a ocho años.

En consecuencia, el arrebató inherente al delito de infanticidio resulta ser, en la práctica, de naturaleza diferente al observado genéricamente, menos eficaz y relevante.

En fin, como parte de la doctrina ha acertado en expresar²⁸, el artículo 159 del Proyecto no acertó a corregir la ya desacertadísima evolución jurisprudencial que desvirtuó hasta límites extremos, con una interpretación gramatical incorrecta, la auténtica naturaleza del delito de infanticidio en su concepción moderna.

²⁶ S.T.S. 4-V-1880 (J. C. 3487).

²⁷ S.T.S. 17-I-1940 (R. A. 76).

²⁸ En este sentido, por todos, E. Orts Berenguer, «Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *C.P.C.*, 1981, pág. 262.

Reflejar, por último, un nuevo intento de fijar con rigor los márgenes precisos de este delito en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, donde se recoge la figura en el art. 143, dentro del título dedicado al *homicidio y sus formas*, en que se lee que «la madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada, como reo de infanticidio, con la pena de prisión de tres a ocho años»²⁹.

El ánimo inicial de tomar como base el Proyecto de 1980 se manifiesta en este artículo, que presenta como única novedad la supresión del entonces denominado *estado puerperal*, lo cual «ofrece la ventaja de no recurrir a un estado biológico difícil de precisar como fundamento del especial trato que se dispensa a este delito»³⁰.

Por lo demás, aclarar que ninguno de los intentos se transformó en posterior Derecho vigente, con lo que quedamos privados de la interpretación que el Alto Tribunal hubiera realizado de esas tensiones emocionales que no intentaban sino, en nuestra opinión, cerrar la puerta a otra posible minoración de pena para una figura que, respecto al parricidio, gozó desde 1848 de un excesivo margen de privilegio.

IV. ESTUDIO JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL MÓVIL

Como hemos explicado anteriormente, el delito de infanticidio, en su configuración moderna, iba a ser adoptado por la mayoría de las legislaciones.

Sin embargo, no todos los Códigos fundamentarán en idénticos argumentos el porqué de la atenuación, de tal manera que, en síntesis, se pueden establecer dos sistemas principales³¹: aquel que establece el eje de la minoración penal en el citado móvil de ocultar la deshonra y el que prefiere apoyarse en la alteración psicológica de la madre, fruto de su estado puerperal.

El primero de ellos ha recibido el nombre de sistema latino³², y el basado en consideraciones fisiológicas fue bautizado como germánico, y ello a pesar de que

²⁹ *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 3.ª ed., Madrid, 1985, pág. 49.

³⁰ E. Bacigalupo, «Los delitos de homicidio en el derecho vigente y en el futuro Código penal», en *Monográfico dedicado a la Propuesta del Anteproyecto del nuevo Código penal*, vol. I, 1983, pág. 334.

³¹ Así lo recogen en sus obras, entre otros, A. Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 422 y ss.; A. González Cuellar, «Proyecto de Código Penal», en *C.P.C.*, 1982, pág. 222. De igual manera, el Tribunal Supremo acoge esta diferenciación al afirmar, refiriéndose al infanticidio, que «el fundamento del mismo para la mayoría de las legislaciones es el referido propósito o móvil especial de evitar el desdoro, la deshonra..., pero hay también sectores doctrinales que estiman que el fundamento del benévolo tratamiento penal radica en la anormalidad psíquica producida por el parto o el estado puerperal». S.T.S. 30-XII-1974 (R.A. 5291).

³² Equivocadamente, según Quintano Ripollés, quien reclama la denominación de sistema español, al ser nuestro derecho, en 1822, el primero en adoptarlo, en *op. cit.*, pág. 422.

el Derecho penal alemán sólo lo admite jurisprudencialmente, y de ser el Código federal suizo el exponente más cualificado del citado sistema³³.

Que la tradición penal española ha adoptado siempre el primero de los sistemas lo demuestra el hecho de que la locución *ocultar la deshonra* ha presidido desde 1848 hasta nuestros días la regulación del infanticidio en nuestro Derecho codificado; no así en los proyectos de reforma, como sabemos.

Igualmente, la doctrina, de manera unánime, y con independencia de la valoración que, desde el punto de vista de la política criminal, merezca el trato privilegiado del delito, ha considerado que el móvil de ocultar la deshonra es «elemento imprescindible y definidor del infanticidio»³⁴; «condición indispensable»³⁵; «verdadera ratio *essendi* del delito»³⁶; incluso se ha reconocido que «la causa de honor posee eficacia creadora, es decir, da lugar a una figura autónoma»³⁷.

Todos estos testimonios, que pueden verse reforzados por otros muchos de parecido contenido³⁸, se ven perfilados por el desarrollo jurisprudencial, que también ha remarcado desde antaño el móvil honroso como fundamento más íntimo del delito que analizamos.

En efecto, para el Tribunal Supremo el móvil de ocultar la deshonra no es sino el «motivo esencial que cualifica el infanticidio»³⁹, o, lo que es lo mismo, el «elemento subjetivo que caracteriza esencialmente el delito de infanticidio y lo diferencia del parricidio»⁴⁰, hasta tal punto que será «imprescindible la certeza de que el impulso criminal obedeció al propósito único y exclusivo de ocultar su deshonra la culpable»⁴¹, ya que, en definitiva, «según se admita o no la concurrencia del requisito del propósito perseguido por la delincuente *pro conservatio ex estimationis et honoris*, así será la calificación jurídica que corresponderá a los hechos criminales que se relatan en el *factum* de la sentencia combatida»⁴².

Concluyendo que el referido móvil es el eje configurador del delito de infanticidio, como ha quedado suficientemente demostrado, ¿dónde radica la imposi-

³³ Como admiten, entre otros autores españoles, L. M. Díaz Varcárcel, «Infanticidio», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XII, Valencia, 1990, pág. 528.

³⁴ M. Cobo del Rosal, T. Vives Antón, Boix Reig, E. Orts Berenguer, Carbonell Mateu, «Derecho Penal. Parte especial», 3.ª ed., Valencia, 1990, pág. 528.

³⁵ S. Viada y Vilaseca, «Código Penal reformado de 1870», vol. III, 4.ª ed., 1890, págs. 59 y 60.

³⁶ F. Puig Peña, «Derecho Penal. Parte especial», 1988, pág. 387.

³⁷ J. M. Stampa Braun, «El objeto jurídico del infanticidio honoris causa», en *A.D.P.C.P.*, 1955, pág. 30.

³⁸ Así, entre otros, Sainz Cantero, J. M. «Derecho Penal II. Unidad didáctica I», U.N.E.D., Madrid, 1974, pág. 50; E. Cuello Calón, «Derecho Penal. Parte especial», vol. I, 1936, pág. 441; Groizard y A. Gómez de la Serna, «El Código penal de 1870 concordado y comentado», vol. IV, Salamanca, 1891, pág. 466; J. M. Luzón Cuesta, «Compendio de derecho penal. Parte especial», Madrid, 1987, pág. 262; F. Muñoz Conde, «Derecho Penal. Parte especial», 8.ª ed., Valencia, 1990, pág. 57; L. Rodríguez Ramos, «Compendio de Derecho Penal. Parte especial», 2.ª ed., 1987, pág. 40.

³⁹ S.T.S. 14-X-1987 (J. C. 229).

⁴⁰ S.T.S. 30-IX-1978 (R. A. 2952).

⁴¹ S.T.S. 5-II-1948 (R. A. 206).

⁴² S.T.S. 12-III-1981 (R. A. 1155).

bilidad de apreciar las atenuantes de arrebató u obcecación? ¿Qué interpretación hace el Alto Tribunal para llegar a tal conclusión? Trataremos de poner respuesta a estas interrogantes analizando el alcance que el móvil de ocultar la deshonra ha tenido en el delito de infanticidio.

Porque lo que queda claro del estudio jurisprudencial de dicha infracción criminal es que la interpretación realizada del móvil establecido por el legislador no ha podido ser más desafortunada. Son muy esclarecedoras las palabras de Queralt Jiménez, para quien «poco conceptos son tan vaporosos y, por tanto, tan apropiados para ser un cajón de sastre pretendidamente legitimador, como la pérdida de la honra»⁴³, y si, lejos de perfeccionar lo indeterminado de la expresión, se desvirtúa incluso su interpretación gramatical, el resultado no puede ser otro que el que estamos presentando.

La primera posibilidad que puede plantearse es que la fórmula adoptada por el legislador español no esté tan alejada del sistema germánico; esto es, que el móvil de ocultar la deshonra tenga una base fundamentalmente médica.

En consecuencia, el delito se cometería en el período que se conoce en los tratados médicos como puerperio, comprendido entre el momento del parto y la reanudación del ciclo menstrual⁴⁴, y como consecuencia única y directa del estado en el que la mujer se encuentra durante dicho lapso de tiempo.

En primer lugar, debemos desechar la posibilidad de que estos estados tengan como origen un estado patológico bien especificado, como psicopatías o trastornos mentales. Es lo que se conoce como psicosis puerperal propiamente dicha, y trae siempre como consecuencia una confusión mental⁴⁵.

Sin embargo, autores como Fernández Cabeza consideran que «no puede definirse la existencia de una relación causal evidente entre infanticidio y la mente anormal, debida exclusivamente a una psicosis de la generación»⁴⁶, al igual que otros autores que consideran imposible la presencia de una enfermedad mental concomitante al simple puerperio: en definitiva, no observan este período como una enfermedad, sino que ésta será anterior o posterior al alumbramiento, pero nunca su consecuencia⁴⁷.

⁴³ J. Queralt Jiménez, «Derecho Penal español. Parte especial», vol. I, Barcelona, 1986, pág. 41.

⁴⁴ Como manifiestan E. García Maañón y A. Basile, «Aborto e infanticidio (aspectos jurídicos y médico legales)», Buenos Aires, 1990, pág. 104.

⁴⁵ Es interesante la exposición que al respecto hace E. Regis, «Tratado de psiquiatría», traducción de la 4.^a edición francesa por César Juarros, Madrid, s/f, pág. 394 y ss. De igual manera, L. Garrido Guzmán también advierte la existencia de estas alteraciones puerperales, citando a Maldonado o Binder en «Aspectos criminológicos de la delincuencia de sangre. Estudio de doscientos delincuentes de sangre de la región canaria», 1974, pág. 51 y ss. Además, C. H. Vibert, «Manuel de medicina legal y toxicológica clínica y médico-legal», vol. I, traducción al castellano de Manuel Saforcada, 9.^a ed., s/f, pág. 521.

⁴⁶ J. Fernández Cabeza, «Los delincuentes *honoris causa* mentalmente anormales», en «Los delincuentes mentalmente anormales», *XI Curso Internacional de Criminología*, Universidad de Madrid, 1961-1962, pág. 259.

⁴⁷ Al respecto, G. Uribe Cualla y C. Uribe González, «Medicina legal, toxicología y psiquiatría forense», 11.^a ed, Bogotá, 1981, pág. 493, donde afirma que «ha sido abandonada la peregrina teoría

Sea como sea, y abandonando la posible polémica doctrinal que en psiquiatría podía desencadenarse al hilo de estas consideraciones, lo cierto es que si esta disminución intelectual, proveniente de una enfermedad mental, fuese el fundamento de la preservación del honor, no tendría razón de ser que se extendiese a los abuelos maternos, quienes ven atenuada su pena respecto al parricidio por idéntico móvil.

Dentro del amplio concepto de las crisis puerperales, podemos señalar también otra serie de estados que, sin presentar un cuadro patológico, son consecuencia del estado físico y psíquico en que la madre se encuentra en esos momentos, «expuestas a repentinos ataques, en los cuales el síntoma más marcado es la tendencia a matar a su hijo»⁴⁸.

Fue ya uno de los argumentos esgrimidos por Carrara para la defensa de la atenuación del infanticidio, quien señalaba que las fatigas propias del parto y la acumulación de sangre en el cerebro no hacían sino alterar el sistema nervioso de la mujer, con lo que los frenos inhibitorios quedaban aún más debilitados si cabe⁴⁹.

Es lo que de manera más científica describe Simonin al concluir que «en estado normal, la parturienta se encuentra en estado de deficiencia psicológica proporcional a los sufrimientos del parto, a las pérdidas de sangre, a las distocias y hasta al calor de la sala de partos»⁵⁰, de manera que «el estado mental de la parturienta sufre durante este trabajo conmociones tan fuertes que hay que maravillarse de que el resultado sea feliz en la mayor parte de los casos»⁵¹.

Estos efectos derivados del parto, más unánimemente reconocidos científicamente que los de fondo patológico, tampoco llenan la expresión *ocultar la deshonra* empleada por el legislador de 1848, y mantenida por sus sucesores. No sólo ya por el mismo argumento esgrimido en sede de psicosis puerperales –incomunicabilidad a los ascendientes de la madre–, sino porque establecería una peligrosa división entre las crisis puerperales que desembocan en un ánimo incontrolable de ocultar la deshonra, que se acogerían al actual artículo 410, y aquellas que, por tener que respetarse el espíritu del precepto, aún existiendo, son dirigidas hacia un fin distinto.

Además de todo ello, la doctrina⁵² y la jurisprudencia rechazan tal posibilidad. Así, la Sentencia de 22 de marzo de 1928 establece como eximente, en una causa

según la cual la mujer al dar a luz podía tener súbito desequilibrio de sus facultades mentales»; o C. Juarros, «Psiquiatría forense», Madrid, 1914, pág. 191, para quien «la locura no puede improvisarse».

⁴⁸ E. S. Taylor, «Tratado de medicina legal», vol. II, traducción al castellano de Luis Marco, Madrid, 1890, pág. 1034.

⁴⁹ F. Carrara, *op. cit.*, pág. 265.

⁵⁰ C. Simonin, «Medicina legal judicial», traducción de la 3.^a ed. francesa por G. L. Sánchez Maldonado, Barcelona, 1973, pág. 273.

⁵¹ Como, un tanto exageradamente, expone V. Mellusi, «Del amor al delito», vol. II (*Delinquentes por erotomanía psico-sexual*), versión castellana por la redacción de la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, Madrid, s/f, pág. 245.

⁵² M. A. Cobos Gómez de Linares, J. López Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos, «Manual de derecho penal. Parte especial I», Madrid, 1990, pág. 128; o A. Quintano Ripollés, *op. cit.*, págs. 430 y 431.

por parricidio cometido contra un recién nacido, «la fiebre puerperal, interruptora de la lucidez, serenidad y actividad que exigían el cuidado de la criatura y los desprendimientos y hemorragias propias del término de la estación»⁵³; o la desestima como incompleta en otra ocasión en que no consta como cierta «la existencia de un estado psíquico en la culpable, que, sin privarle totalmente de la razón, ofuscarse o sobreexcitarse a ésta, y como nada se dice, queda privado el Juzgador de casación de los argumentos jurídicos que pudieran servir de base para apreciar la atenuante alegada por la recurrente, al omitirse las condiciones requeridas para poder estimarle»⁵⁴.

En consecuencia, si en la práctica judicial se plantea si concurren o no alteraciones puerperales sin fondo patológico, será porque no fundamentan la atenuación que el infanticidio merece respeto al parricidio.

Podemos concluir, con López Gómez y Gisbert Calabuig, que el requisito de la causa *honoris* no es de índole biológica, razón por la cual la excluyen de su estudio médico-legalista⁵⁵.

Cabe en este momento de la exposición preguntarnos: ¿es el elemento pasional o emocional es el que cimienta la construcción legal del móvil infanticida en su concepción moderna?; en concreto, si el móvil de ocultar la deshonra, en definitiva, envuelve en su retórica a las atenuantes de arrebató u obcecación, por haber ya previsto el legislador que dicha causa del delito se encuentra investida de una alteración vivencial análoga a las establecidas en el art. 9.8 del Código Penal español.

En este sentido, lo cierto es que la figura de la infanticida pasional se encuentra en las exposiciones de algunos autores.

Resultará interesante destacar las conclusiones más significativas de algunos de ellos, como Mellusi que, tras establecer dicha categoría de delincuentes⁵⁶, describe con gran acierto su sintomatología:

«las emociones, actuando sobre el sistema nervioso de la mujer, y en su consecuencia sobre su corazón y la respiración, vienen a turbar la serenidad de la mente, así como la circulación turbada vendrá, a su vez, a influir sobre el sistema nervioso, produciendo otras turbaciones del corazón, de la respiración y de la mente, que presentan formas diversas, según la naturaleza fisiológica y psicológica de la mujer.

»Algún escrito demostró, con colores vivos y deslumbrantes, que la pobre muchacha engañada, abandonada y llevando en sus entrañas el fruto de un amor ilegítimo, no puede concebir ternura por el feto que nacerá, sino más bien rencor; este último adoptará la forma de *furor brevis* cuando se aproxima

⁵³ S.T.S. 22-III-1928 (J. C. 140).

⁵⁴ S.T.S. 15-II-1955 (R. A. 421).

⁵⁵ L. López Gómez y J. A. Gisbert Calabuig, «Tratado de medicina legal», vol. II, 1970, pág. 199.

⁵⁶ V. Mellusi, *op. cit.*, pág. 233.

el momento de dar a luz el testimonio de su culpa, de su vergüenza: y en aquel estado de exaltación, de terror, de enojo, ella se hará infanticida»⁵⁷.

Igualmente, para Bromberg el infanticidio tiene una «justificación emocional en la humillación y sentido de la culpabilidad social que experimenta la madre soltera»⁵⁸, además de «un significado específico anclado en el historial emotivo de la delincuente en cuestión»⁵⁹.

Tampoco falta en la doctrina penal española quien, como Bustos o Quintano, establecen el carácter emocional de la deshonra⁶⁰, en tanto en cuanto dicho carácter sería la única justificación para mantener en nuestra legislación el delito de infanticidio.

Sea como fuere, ya expusimos anteriormente que los Proyectos de reforma del Código penal poco a nada innovaron en la práctica la regulación de la citada infracción penal, puesto que el Tribunal Supremo negó siempre eficacia a las atenuantes contenidas en el art. 9.8, cuando de aplicarlas al artículo 410 se trataba.

Interesa añadir otros razonamientos elaborados al respecto por la Sala Segunda del mencionado Tribunal. Así, se puede leer en alguno de sus Considerandos:

«... en los datos consignados por el Tribunal sentenciador no constan antecedentes de los que pueda inferirse que concurrieran para la ejecución del hecho estímulos poderosos que produjesen arrebato u obcecación en la Raimunda, porque dado el que fija aquél para su calificación de que mediase la circunstancia de ocultar la deshonra, ésta es constitutiva del delito»⁶¹.

«El artículo 9, circunstancia 7, que se ha aplicado indebidamente, porque no siendo otros los estímulos de arrebato u obcecación que los del temor de ver menoscabada su honra, entran como elemento esencial por la ley al describir el delito de infanticidio»⁶².

«... no puede apreciarse en el presente caso como estímulo suficientemente poderoso para determinar el motivo de atenuación alegado por la recurrente, que al tratar ésta de matar al niño que dio a luz obrase bajo la presión del temor que la sobrecogió de su ama, de carácter violento, y esposa de su amante, se enterara de las relaciones y pudiera tomarse la justicia por su mano, tanto porque no consta hecho alguno probado en que fundar la razón de ese miedo, cuanto porque de la contradicción existente entre la afirmación de dicha pregunta y la contenida en la primera, respecto al móvil que impulsó a delinquir a Francisca Urrea, resulta evidente que no fue otro sino el de evitar su deshonra; y por estimarlo así el Tribunal *a quo*, aplicó la sanción penal del párrafo 1 del

⁵⁷ *Ibidem*, págs. 238 y 239.

⁵⁸ W. Bromberg, «Psicología de la delincuencia», Madrid, 1966, pág. 60.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ J. Bustos Ramírez, «Manuel de derecho penal. Parte especial», 2.^a ed., Barcelona, 1991, pág. 32.; y A. Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 435.

⁶¹ S.T.S. 11-VII-1874 (J. C. 2377).

⁶² S.T.S. 14-X-1887 (J. C. 229), ya referida por nosotros.

artículo 424 del Código, que hubiera correspondido de obedecer a otra causa la muerte de la criatura»⁶³.

«Que no cabe estimar la concurrencia en el hecho de autos de la atenuante de arrebato y obcecación número 8 del artículo 9 del Código Penal vigente, invocada por la condenada en el único motivo de su recurso, dado que la situación anímica de la que actúa para ocultar su deshonra es tenido en cuenta por la Ley para constituir la figura delictiva del infanticidio definida en el artículo 410 del mismo Código»⁶⁴.

Esta y otras argumentaciones parecidas⁶⁵ no hacen sino, como hemos podido comprobar, establecer una conclusión definitiva: el deseo de ocultar la deshonra nunca se manifestará de una manera reflexionada y fría, sino que traerá aparejada, por la propia naturaleza de las cosas, una reacción emocional o pasional.

Es decir, toda mujer (o sus ascendientes, no lo olvidemos) experimenta, cuando ha sido deshonrada y da a luz el resultado de su desgracia, los síntomas del delincuente pasional o emocional puro, sin que quepa, en el pensamiento inverterado del Tribunal Supremo, otra reacción psíquica posible. Es, en definitiva, una verdadera presunción *iuris et de iure* que no alberga la posibilidad de que con idéntico fin, ocultar las deshonra, el sujeto activo del delito premedite su acción, o simplemente la ejecute de manera impasible, sin sentir alteración vivencial alguna.

Si admitimos estos desatinados planteamientos, llegaremos a la conclusión de que aquellas personas que hayan ejecutado el delito deliberadamente, sin sufrir padecimiento alguno, sino incluso sintiendo la satisfacción de eliminar la causa de su posible degradación social, puedan verse amparadas por la genérica causa atenuatoria comprendida en el art. 410 de nuestro texto punitivo vigente.

La doctrina mayoritaria no ha entendido por qué no pueden apreciarse las atenuantes del arrebato u obcecación en el delito de infanticidio. Salvo Ferrer Sama⁶⁶, de manera directa, y Viada y Vilaseca, de modo más velado⁶⁷, existe una evidente homogeneidad doctrinal en este sentido, considerando la imposibilidad de apreciar las atenuantes del art. 9.8 una «restricción absurda»⁶⁸.

⁶³ S.T.S. 9-II-1899 (J. C. 75).

⁶⁴ S.T.S. 30-IX-1947 (R. A. 1129).

⁶⁵ En idéntico sentido, las Sentencias con fecha 30-XI-1927 (J. C. 111), 22-III-1969 (R. A. 1688), 15-III-1976 (R. A. 1154) y de 4-V-1880 (J. C. 3487) y 17-I-1940 (R. A. 76).

⁶⁶ Para el citado autor, sólo caben en el delito de infanticidio las atenuantes de embriaguez, menor edad y arrepentimiento, en «Comentarios al Código Penal», vol. IV, Madrid, 1956, pág. 291.

⁶⁷ *Op. cit.*, pág. 60. El autor critica la extensión hecha a tres días para ampararse en el delito, argumentando que el arrebato o la obcecación fundamentadores de la atenuación no duran más del mismo día del alumbramiento.

⁶⁸ J. Bustos Ramírez, *op. cit.*, pág. 35; de igual manera, entre otros, A. Arrojo de las Heras, «Manual de Derecho Penal. El delito», Pamplona, 1985, págs. 500 y 501; J. M. Sainz Cantero, *op. cit.*, pág. 50; F. Muñoz Conde, *op. cit.*, pág. 58; M. Cobo del Rosal, «Derecho Penal Español. Parte especial. Delitos contra las personas», 1968, pág. 292; C. Carmona Salgado, «La circunstancia atenuante de arrebato u obcecación», Universidad de Granada, 1983, págs. 101 y 102; o A. Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 468.

No podemos menos que abonarnos a esta postura mayoritaria. No son ni el arrebato ni la obcecación las causas por las que el legislador inauguró el delito de infanticidio en nuestro ordenamiento: cuando lo hizo ya existían las citadas atenuantes y hubiera sido una redundancia innecesaria. El requisito subjetivo, tan repetido en nuestra exposición, es pretender ocultar la deshonra que pudiera suponer para la madre el nacimiento de un niño ilegítimo, sin especificarse el estado vivencial del delincuente en el momento de realizar su acción punible.

Es decir, que la jurisprudencia se ha despegado lamentablemente del espíritu del delito que estudiamos. La antigua máxima *in claris non fit interpretatio* debería haber adquirido en nuestros juzgadores una virtualidad de la que no goza a la hora de analizar el delito de infanticidio. Ese «sentido propio de las palabras» al que refiere nuestro Código civil en su art. 3.1 nos invita a concluir que sólo hay infanticidio si unos determinados sujetos, en unos plazos más o menos precisos, matan a un recién nacido para ocultar la deshonra.

Todas las demás conclusiones jurisprudenciales son artificiales, y no dudamos provengan del excesivo privilegio que se otorgó a este delito, como si se buscara contrarrestar los abusos anteriores, y que impulsó a la doctrina española a poner en tela de juicio esta justificación respecto al parricidio⁶⁹.

⁶⁹ Ya para J. F. Pacheco la diferencia de pena entre parricidio e infanticidio «es un salto que no tiene ejemplo», en «El Código penal concordado y comentado», vol. III 5.ª ed., Madrid, 1881, pág. 35; al igual que P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán, «Elementos de Derecho Civil y Penal de España», vol. III, 8.ª ed., Madrid, 1869, pág. 348; más modernamente, A Ferrer Sama, *op. cit.*, pág. 281; A. Quintano Ripollés, «Comentarios al Código Penal», vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1966, pág. 750; J. A. Sainz Cantero, «La condición jurídica de la mujer en el Código penal Español», Escuela Social de Granada, 1975, pág. 233. Para F. Meléndez Sánchez, el delito de infanticidio contiene «un beneficio punitivo sin parangón en nuestro». «El infanticidio», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, U.N.E.D., 1992, pág. 515.