

# El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma

JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

Secretario Judicial

Alumno del Centro de Estudios Judiciales para ingreso en la Carrera Judicial

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. SUSTANTIVIDAD Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES: a) *El sujeto activo*. b) *El sujeto pasivo*. c) *Dinámica comisiva*.—III. ESPECIAL REFERENCIA AL MOVIL DE OCULTACION DE LA DESHONRA.—IV. OTROS PROBLEMAS: a) *Circunstancias de aplicación*. b) *La problemática de la participación*. c) *Infanticidio culposo*.—V. CRITICA Y CONSIDERACIONES FINALES (Anacronismo sociológico y futura configuración).

## I. INTRODUCCION

El objetivo básico de este trabajo se centra en dar somera noticia acerca de la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo, en torno a uno de los delitos contra la vida humana independiente más necesitado de revisión y cuya estructuración vigente se encuentra herida de muerte y en agonía irreversible.

Si es indiscutible que este tipo delictivo, cumpliendo unos fines claros iniciados con el Código penal de 1822, dio respuesta y cobertura a las exigencias político-criminales de una sociedad decimonónica con unos valores morales muy peculiares y determinados, también lo es, que hoy en día, por no conformarse con otros valores muy divergentes de aquellos enquistados en una sociedad democrática de fines del siglo XX —como en la actual española—, ha dejado de legitimar esa primigenia función criminógena que ha de ser sustituida lo antes posible.

Desde esta perspectiva, lo que se pretende con la acotación selectiva de aquella jurisprudencia es constatar el «agotamiento» de este tipo y los factores técnicos y sociológicos que reclaman esa «reconversión», en el marco de una política-criminal digna y más acorde

con los valores esenciales de un Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución de 1978, y que lógicamente sólo podrá materializarse con la venidera promulgación de un nuevo Código penal (1).

El fenómeno no nos es ajeno ni novedoso, por cuanto que, así como algunos tipos ya pasaron al baúl de los recuerdos por inadecuación evidente —baste recordar aquí la promulgación de las leyes de 26 de mayo y 7 de octubre de 1978 despenalizadoras del adulterio y amancebamiento—, otros, como el que hacemos objeto de este estudio, lo están a la espera, si no se desprende de alguno de sus elementos más esenciales y primitivos, ya que, también es obvio que la «acción de causar la muerte de un niño recién nacido» encontrará de cualquier forma acomodo en los textos penales, para ser castigado por el propio Estado.

En realidad, el análisis de dicha jurisprudencia ha partido de la conjugación de dos órdenes de factores: el primero hace referencia a su razonable nivel cuantitativo. Quiere con ello decirse que el número de sentencias examinadas, aun contando con la más vetusta, es comparativamente muy inferior a la cantidad que tan Alto Tribunal —desde mediados del siglo pasado— ha pronunciado acerca del homicidio, asesinato, parricidio... (por contar sólo con los que lo son igualmente contra la vida humana independiente).

Este dato, agudizado en los últimos años, nos pone sobre-aviso de que su comisión y posterior punición constituye una rareza, y viene a convertirlo en una especie de tipo delictivo «rara avis», y que claramente en el futuro serán aún menores las oportunidades de su enjuiciamiento en casación por el precitado Tribunal Supremo.

El segundo intenta extraer de la relación de tales resoluciones sus líneas programáticas y puntos más conflictivos —dogmáticamente hablando— que sirven para poner de manifiesto su carácter cuasi obsoleto, sin perder de vista que en dicha doctrina sentenciadora han incidido variables políticas legislativas distantes en razón a su sucesiva

---

(1) La acomodación del Derecho penal al nuevo sistema constitucional se viene verificando y aún exige un largo camino. La doctrina que por ella viene abogando ha dado lugar a una considerable producción científica. Cfr. BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977. BERGALLI y otros: *El pensamiento criminológico*, 2 tomos, Madrid, 1983. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Cambio social y Derecho penal*. En la obra colectiva *Estudios penales*, vol. I, Santiago de Compostela, 1977. LÓPEZ-REY ARROJO, M.: *La justicia penal y la política criminal en España*, Madrid, 1979. SÁINZ CANTERO: *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*, Granada, 1978. Varios autores: *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980. Varios autores: *Comentarios a la Legislación penal*, tomo I; *Derecho penal y Constitución*, tomo II; *El Derecho penal del Estado democrático*, «Edersa», Madrid, 1982-1983. Varios autores: *La reforma del Derecho penal*, número monográfico de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, etc.

regulación por códigos tan heterogéneos como los de 1822, 1848, 1870, 1932, el vigente, etc.

Aun en alguna medida, no rebasando los límites propuestos, se dará cuenta de la atención que los penalistas españoles han prestado a la figura, dejando constancia de las críticas —más técnicas que otra cosa hasta recientes tiempos— vertidas en puntos concretos de aquella corriente jurisprudencial. Como al final tendremos ocasión de comprobar, el Tribunal Supremo mantuvo una línea jurisprudencial coherente, en sus rasgos generales, pero claro está, siendo fiel reflejo de la conformación sociológica de aquellos tiempos, que, si bien, hoy puede discutirse su correspondencia con los actuales, no es óbice para mantener que correctamente vino a responder a los condicionamientos históricos de los que tampoco hubiera podido desviarse en gran manera, por impedírsele el propio mandato expreso de los textos legales.

Ha parecido conveniente fijar su desarrollo en unos pocos apartados que vienen a corresponderse con los aspectos dogmáticos y finalísticos más tradicionales, ya que no puede negarse que el infanticidio en su configuración legal patria siempre ha implicado la actuación de una serie de criterios ideológicos, hasta el punto de que, como ha puesto de relieve el profesor Quintano Ripollés (2) ha constituido un sistema propio muy definido y de gran pureza en el conjunto del Derecho comparado.

Una vez verificado dicho breve recorrido, anotando en algunos casos fragmentos de sentencias por constituir el medio más directo de conocimiento, se tratará de concluir, vista la coherencia o no coherencia de dicha doctrina, la necesidad de reflexionar acerca del nuevo enfoque de la figura y si tiene sentido mantenerla en sus coordenadas actuales. Desde nuestro modesto punto de vista, coincidente con la práctica totalidad de la doctrina penal española, parece llegado el momento de su desconfiguración como delito autónomo y la búsqueda de una alternativa más apropiada a las necesidades de la realidad social actual y a la letra de las propias normas constitucionales.

## II. SUSTANTIVIDAD Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Como es sabido, en un mayoritario sector de la doctrina española ha calado la consideración de que el infanticidio, a la luz de la propia vertebración técnica en los últimos Códigos penales, ha de considerar-

---

(2) Con buen criterio destaca que el llamado sistema latino de motivación, frente al germánico de alteración psíquica, encuentra su carta de naturaleza en la legislación española, que lo acogió casi en sus más profundas raíces. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I; *Infracciones contra las personas*, ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1962, pp. 422-423.

se como un verdadero delito autónomo, es decir, con sustantividad propia y como un tipo delictivo especial «sui generis», no meramente accesorio o forma accidental del homicidio y parricidio.

Esta concepción, como delito especial impropio y con plena autonomía frente a los demás delitos contra la vida humana independiente, tendrá no pocas repercusiones —como veremos— en muchos de los problemas básicos y fundamentales que en él subyacen, como son, por ejemplo, los de participación o codelincuencia, concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, etc.

Precisamente, la propia transcendencia que adquiere el elemento subjetivo del «móvil de ocultación de la deshonra de la madre» ha sido la que le ha llevado a tal cualificación de tipo especial impropio y autónomo y a su reconocimiento como figura propia creada por la doctrina legal y científica, negándose comúnmente que se trate de una simple y accesoria forma atenuada o privilegiada de conductas homicidas (3).

Esa parece ser también la postura del Tribunal Supremo, que aparece implícita en casi todas sus sentencias, cuando trata de deslindar los campos del parricidio y del infanticidio, cualificando al primero por la concurrencia de parentesco y al segundo por el originamiento de la muerte para ocultar tal deshonra, si bien, terminológicamente su posición no es todo lo clara que sería de desear. Así, por ejemplo, pueden consultarse las sentencias de 4 de mayo de 1880, 13 de octubre de 1893, 21 de octubre de 1902, 8 de mayo de 1959 (Aranzadi 1.772), 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768), etc. La más rotunda que hemos contrastado es la de 27 de enero de 1951 (Aranzadi 141), que llega a decir que «el legislador ha considerado que el infanticidio «honoris causa» constituye un delito especial y distinto del parricidio penado con grande atenuación porque humanamente pensando reconoce...». Sin embargo, el argumento básico en «pro» de este alineamiento lo proporciona la propia colocación sistemática de

---

(3) Sobre esta cuestión, cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, ed. «Ceura», Madrid, 1986, pp. 104-105. CHAVES Y CHAVES, C.: *El delito de infanticidio*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1953, pp. 9 y ss. DÍAZ-VALCÁRCEL, J. M.: *Infanticidio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix, S. A.», Barcelona, 1977, p. 500. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 5.<sup>a</sup> ed., Universidad de Sevilla, 1983, p. 40 (aun reconociéndole, de «lege ferenda» desea desaparezca como tal delito autónomo). PUIG PÉÑA, F.: *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, ed. «Revista Derecho Privado», Madrid, 1955, p. 408. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 408-438. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, ed. «Trivium», 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1985, p. 42. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1977, p. 57. Postura diversa en CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, t. II (parte especial), vol. II, 14.<sup>a</sup> ed., «Bosch», casa edit., Barcelona, 1975, p. 525 (habla de homicidio privilegiado por motivos específicos). DEL ROSAL, J.; COBO, M., y RODRÍGUEZ MOURULLO, R.: *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, t. I, Madrid, 1962, p. 285.

su régimen, pues, como por todos es conocido, el Código penal vigente le dedica un capítulo independiente (el segundo de su título VIII —Delitos contra las personas—, intitulado «Del infanticidio»; cosa, por otra parte, que no hace ni con el parricidio ni con el asesinato, que quedan embebidos (arts. 405 y 406) en el capítulo I, intitulado «Del Homicidio».

A su vez queda determinado su restringido alcance cuando el artículo 410 lo contempla, aseverando que: «La madre que para ocultar su deshonra mate al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito».

De sobra ha quedado resaltado en el precepto el propósito de atenuación punitiva que el legislador se propuso (prisión menor «versus» reclusión mayor), y a nadie se le oculta el fundamento histórico-legislativo de tal atenuación, de la que participaron y participan casi todos los ordenamientos a nivel de todo el Derecho comparado (4).

Sin entrar a valorar la validez del argumento de la colocación sistemática en el Código como base que coadyuva a la no consideración del infanticidio como subtipo privilegiado del parricidio por el móvil de la ocultación de la deshonra, o parricidio «honoris causa», lo que supondría estudiar en profundidad la problemática de la especialidad de los tipos en razón a sus elementos constitutivos, es lo cierto que, de la propia dicción legal puede descomponerse su estructura en los siguientes elementos básicos: a) habrá infanticidio cuando se cause la muerte de un niño recién nacido (sujeto pasivo y dinámica comisiva); b) además, resulta imprescindible que dicha muerte se ocasione por la propia madre o abuelos maternos de la víctima (sujetos activos); c) es fundamental que en ambos casos la muerte causada de propósito (elemento del dolo) por aquéllos, esté motivada y tenga un fin específico: ocultar la deshonra de dicha madre (no, por tanto, la de los abuelos o cualquiera otros parientes).

Dichos componentes son ratificados por toda la jurisprudencia y sirva como prototipo la de 1 de febrero de 1945 (Aranzadi 209) que verifica un examen completo de su tratamiento, en uno de sus párrafos se señala que «son elementos integrantes de este delito además que la muerte del hijo se cometa por la madre, o por los padres

---

(4) Para un estudio completo del movimiento histórico legislativo desenvuelto en este punto dentro de la Edad Moderna, como reacción al barbarismo y rigor con que eran castigadas las madres (por parricidio) que mataban a sus hijos recién nacidos, durante la Edad Antigua y Media, por todos, indispensable vid. STAMPA BRAUN, J. M.: *Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictus exceptus»*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1953, pp. 47 a 75, en especial 49 y 50 y 57 y ss.

de ésta, en el exclusivo fin de ocultar la deshonra de aquélla, que la víctima sea un recién nacido...».

Ahora bien, como no en todo caso es sencilla la interpretación de ambos párrafos de la norma, vamos a tratar de precisar en sus rasgos más genéricos los significados que a cada uno de ellos les da el Alto Tribunal, destacando los puntos más oscuros que precisamente hayan sido objeto de controversia. Por ello mismo habrá que dedicar una más cuidadosa atención al apartado referente a ese elemento subjetivo expresado en la frase «ocultación de la deshonra», al constituir la «ratio essendi» de la figura y, en definitiva, su misma «alma y ser».

### a) El sujeto activo

El artículo 410, al contener una figura cerrada, circunscribe el círculo de los sujetos activos del delito en los párrafos de que consta, en el primero sitúa a la madre y en el segundo (lo que lo hace más censurable hoy en día) a los abuelos maternos del recién nacido, esto es, al padre y a la madre de aquélla primera.

Sólo, pues, se consideran como sujetos activos éstos y no otros, y así lo ha resaltado convenientemente el Tribunal Supremo en numerosas sentencias antiguas, como la de 4 de mayo de 1880, 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 27 de febrero de 1893, 14 de marzo de 1893, 13 de octubre de 1893, 13 de julio de 1897, o más reciente la de 17 de enero de 1940 (Aranzadi 76), en la que justifica la atenuación para dichos abuelos «al apreciar en ellos un sentimiento más trascendental del deshonor, que por la madre infanticida y por su hijo doblemente les afecta, y porque el embarazo y consiguiente alumbramiento de aquélla son hechos totalmente ajenos a la voluntad de éstos, que se ven precisados a aceptarlos por el fatal imperativo de la desgracia...», por lo que a ellos sólo beneficia la atenuación. Por este motivo, y dejando a un lado de momento las modalidades codelincuenciales, los ajenos o terceros a la norma serían o autores de un asesinato o de un parricidio o si la muerte del niño la ocasiona su propio padre biológico, abuelos paternos, etc.; lo cual hoy ya no se presenta tan lógico desde el prisma de una absoluta equiparación de sexos a efectos jurídico-penales.

Se colocó así el ordenamiento español en un estadio intermedio al seguido por otras legislaciones, que van desde el polo de únicamente comprender en el tipo a la madre (ya conocido en España por el Código de 1822) al de ampliarlo a familiares aún más alejados en parentesco, como ha sido el ejemplo italiano (5).

---

(5) Asimismo, la sentencia de 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768) estableció, entre otras cosas, que: «...la calificación jurídica del hecho puede variar en razón del

Con respecto a la madre, obviamente, nos referimos a la que lo es por naturaleza o biológica, única que puede dar a luz un recién nacido y que puede ser afectada por la deshonra; en relación a los abuelos maternos resultará indiferente que lo sean naturales o legítimos en referencia al recién nacido; le causen la muerte de consuno o por separado, ya que, ni el precepto da base para restricción alguna en este punto, ni mucho menos podría consentirse a la luz de los nuevos enfoques del tema filiatorio (arts. 108 y ss. del Código civil) o teniendo en cuenta el mandato imperativo del artículo 14 de la Constitución, que no permite discriminación alguna por razón de nacimiento.

No obstante, como el precepto parece estar montado en consideraciones subjetivo-morales, podría plantearse alguna duda interpretativa, no sólo teórica, sino práctica acerca de la determinación y concreción, de si, en la frase «abuelos maternos» podrían quedar incluidos y amparados los abuelos maternos adoptivos, esto es, los padres adoptando plenamente de la madre del recién nacido víctima del ataque mortal de aquéllos. Dada la formulación genérica del artículo 410, caso de haberse ocasionado por éstos la muerte del neonato, con fin de ocultar la deshonra de su hija adoptiva, ¿serían reos de un delito de infanticidio o en su caso de asesinato?

A diferencia del parricidio, la propia especialidad y configuración desfasada del tipo origina una dificultad insuperable en la respuesta, por cuanto que los criterios civilistas no son directamente transplantables al campo penal.

Que el artículo 108 del Código civil exprese que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de tal Código, nada nos aclara ni menos nos obliga a una solución o respuesta afirmativa. A la vez, salvo error u omisión tampoco conocemos que el Tribunal Supremo haya resuelto un caso de igual índole, por lo que la cuestión no puede resolverse de un modo concluyente. Si nos atenemos a los propios criterios finalistas de la norma y a la realidad social a la que pretendiera satisfacer, nos llevaría a una interpretación lata y no rígida de la norma, puesto que vendría de justicia y equidad incluirlos. En efecto, no sería nada difícil comprobar que unos abuelos adoptivos, de forma contundente, cometieron el hecho delictivo por intensísima afección psicológica con causa en la ocultación de la «deshonra» de su hija adoptiva.

---

sujeto activo interviniente, transformando el asesinato en parricidio "in genere", si el que mata al recién nacido es su padre..., dándole una cualificación específica, en razón exclusiva de la próxima relación de parentesco existente entre la víctima y el culpable, circunstancia pues puramente subjetiva que viene a calificar el parricidio y dentro de ésta, este artículo, infanticidio que establece una atenuación privilegiada que se construye jurídicamente sobre una doble base: la personal del parentesco, restringida con carácter exclusivo a la madre y a los abuelos maternos...».

Si el legislador fue tan tajante al fundamentar el infanticidio en unos innegables imperativos éticos-sociales, si éstos concurren en los abuelos adoptivos unidos y provinientes de factores personales, tales como la adopción prematura, la convivencia plena y absoluta entre padres adoptantes y adoptada desde la más tierna infancia —incluso con desconocimiento para esta última de sus orígenes naturales—, los de consideración, estima y reconocimiento social y público como hija legítima en su entorno o ambiente, etc., sería farisaico y poco coherente con lo que el 410 tutela, o mejor dicho, tutela con menos rigor, negarles ese trato privilegiado a los abuelos adoptivos, cuando, a lo mejor, en ellos el móvil de la ocultación es más perceptible y patente.

Ello mismo podría predicarse de los abuelos paternos, si entendieran que el deshonor sexual con el nacimiento de un nieto, de los de antes, ilegítimo, afecta a la deshonra de la madre que lo tuvo, pero si bien es de reconocer que el argumento, por muy de justicia que sea, no puede acogerse por impedirlo de modo frontal el texto legal, que en su momento así quiso excluirlos.

Son estos motivos los que nos inducen a pensar que la temática habrá de clarificarse, aunque no tenga proyección de futuro, si es que de una vez por todas en la legislación próxima se elimina la sustantividad del delito, y sobre todo se basamenta en otras coordenadas político-criminales más actuales y reales, lo cual, llevará «per se» una restricción subjetiva total, para que, únicamente de atenuar el tipo se beneficie a la madre. Ello ocurrirá cuando se abandone el sistema latino y se acogan otros más objetivos, como el suizo, de las alteraciones psíquicas, o los mixtos, de las «tensiones emocionales», definitivamente desterrando problemas de ésta naturaleza en el provenir (6).

Al igual, no se hubieran conocido casos complejos como el recogido por la praxis jurisprudencial española y comentaristas, en atención a una curiosa sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1893. En ella se condenó por el delito de parricidio a un sujeto en el que concurría la doble circunstancia de padre, y a la vez abuelo materno de la víctima recién nacida, a la que causó la muerte atrozmente, al ser fruto de unas relaciones sexuales incestuosas con su propia hija.

---

(6) Tampoco se ha resuelto el problema de una manera definitiva y profunda en la doctrina española, y, por ello, si la relación de parentesco entre la víctima y el ofensor solamente puede derivarse de la consanguinidad, serían de aplicación al caso las palabras de las sentencias de 13 de julio de 1897 y 14 de mayo de 1893, en las que, deslindándose el infanticidio del asesinato, se afirma que: «...la muerte violenta de un recién nacido debe calificarse jurídicamente de asesinato con relación a las personas que no resulten ligadas con aquél en grado bastante a determinar el delito de parricidio, ya porque tal calificación viene atribuida en el último párrafo de este artículo...». Así también las de 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 27 de enero de 1902. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, *loc. cit.*



Con independencia de los áridos problemas dogmático-técnicos que la temática plantea, es lo cierto que el Tribunal Supremo no entró a despejarlos, al no apreciar la concurrencia del móvil de la ocultación de la deshonra, lo que nos ha privado —de haberlo apreciado— de poder conocer su postura ante aquéllos y ante el alcance verdadero que le da al 410 en colisión con el 405, pues, obligado a determinar con exactitud la norma aplicable, hubiéramos tenido su verdadera y auténtica postura en torno a la pretendida autonomía y especialidad del infanticidio sobre el parricidio (7). Asimismo, apreció la concurrencia de la alevosía, pero claro está en el delito de parricidio como independiente, diciendo que:

«Ya se entienda el recto y gramatical sentido del artículo sobre el parricidio, ya al espíritu que lo informa y a la congruencia que guarda con las prescripciones sobre infanticidio y la circunstancia de parentesco, no puede desconocerse que la muerte dada por un abuelo a su nieto, sea legítimo o ilegítimo, constituye parricidio, porque en ambos casos existen los mismos vínculos naturales que lo determinan y los propios elementos que los caracterizan y cualifican, y no cabe hacer distinción cuando la ley no distingue entre ascendientes y descendientes de una y otra clase...» y «...siendo el procesado culpable de haber dado muerte a una niña que dio a luz su hija soltera, enterrándola viva inmediatamente después de haber nacido, sin que este hecho lo realizara para ocultar la deshonra de la madre, es evidente que cometió parricidio con la agravante de alevosía...»

Para concluir este apartado, afirmamos que según nuestro Tribunal Supremo el artículo 410 especifica un tipo privilegiado para la madre y abuelos maternos (8), y que de «lege ferenda» sería deseable que sólo la madre —y cualificada por unos móviles o circunstancias más bien distintos a los vigentes— pudiese verse amparada por una atenuación singular en relación a los demás hechos punibles que tienen como objeto o bien jurídico protegido a la vida humana independientes (9) (La de 21 de octubre de 1094 indica que: «...el beneficio extraordinario concedido en éste artículo a la madre que por ocultar

(7) Lo que ha sido criticado por la doctrina y lo hizo en su momento polémico. Lógicamente para los mantenedores de su sustantividad habrá de sobreentenderse que de haberse probado el móvil, la solución correcta hubiera sido la de la aplicación del tipo del infanticidio. Para ello, por todos, cfr.: DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 298-299. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 449 a 453. En realidad, dicha sentencia no pudo entrar en el asunto al entender «a priori» que no quedó suficientemente probado el propósito de ocultación de la deshonra. También así, la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1942.

(8) Prácticamente todas las sentencias más modernas hacen a ello referencia, en mayor o menor medida. Cfr. 3 de junio de 1969 (Aranzadi 3.160), 18 de marzo de 1978 (Aranzadi 1.043), etc.

(9) Cfr. STAMPA BRAUN, J. M.: *El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa»* (Contribución al estudio de los delitos contra la vida), en «Anuario de Derecho Penal», abril de 1955, pp. 27 a 37.

su deshonra mata a su hijo menor de tres días, así como el de igual excepción concedido a los abuelos maternos que para ocultar el deshonra de la madre cometen este delito, excluye terminantemente, y así se establece en el párrafo 3.º (sic. se refería al incluido en el artículo 424 del Código de 1870, que pese a su posterior supresión, viene insito en el actual 410), a todos los demás que matan a un recién nacido, quienes, según los casos, incurren en las penas de parricidio o del asesinato...» y que «...la denominación de infanticidio sólo es en el orden penal aplicable a los que gozan de la atenuación privilegiada y meramente personal de un parentesco determinado con la víctima, y de ahí que el beneficio a los mismos otorgado no alcance a los extraños que con cualquier linaje de actos coadyuvan a la muerte de un niño..., siendo una excepción otorgada de modo preciso y taxativo a la madre y abuelos maternos exclusivamente...».

#### b) El sujeto pasivo

El elemento personal pasivo en este delito, por imperativo léxico de la norma, es el *niño-niña vivos recién nacidos*. Decimos vivos porque de nacer muertos podríamos, como mucho, hablar de un delito imposible, o quizá más correctamente, de un infanticidio putativo (la sentencia de 5 de mayo de 1977 —Aranzadi 2.189— manifiesta que: «...resulta necesario para que pueda cometerse que el niño haya nacido vivo, pues si matar es privar de la vida, matar a quien ya estaba muerto constituiría un delito absolutamente imposible...»).

Como elemento valorativo del tipo presenta una riqueza de matices tan estimable que ha dado lugar a una abundantísima discusión doctrinal y a una frecuente casuística judicial, puesto que, si bien es verdad que la fórmula «recién nacido» —recogida primeramente en el Código republicano de 1932 abandonando el criterio de fijación de plazos de los anteriores—, deviene integradora y omnicompreensiva, también lo es que ocasiona riesgos exegéticos mayores. Así, ¿qué ha de entenderse por «nacido»? y ¿por «recién»? El interrogante no es nada absurdo, sino muy trascendente, pues indica a la postre la determinación de los límites y diferencias entre el infanticidio y el aborto «honoris causa», y de los restantes delitos contra la vida humana independiente. En suma, se trata de una problemática común al infanticidio y esos otros tipos delictivos.

En este caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha podido ser uniforme, en parte, porque se ha visto mediatizada por los vaivenes históricos que el legislador patrio le ha endosado en cuanto al tema del instante a fijar como límite máximo, o sea, a partir del momento en que el nacido deja de serlo «recientemente».

Comenzando por la individualización de los límites mínimos (fijación concreta del momento en que puede hablarse de vida humana

independiente y ya no de dependiente), éstos alcanzan el culmen de su complejidad en los supuestos de muerte originada «in ipsu partu». Sobre ello, existen tantos criterios doctrinales casi como autores se han dedicado a estudiarlo, siendo todos ellos aprovechables y válidos, salvo algunos realmente extremos y que no pueden acogerse, ni pueden tener virtualidad en el derecho hispano (10).

La jurisprudencia más común, sin entrar en demasiadas filigranas jurídicas, ha entendido que «lo nacido» ha de referirse a lo que ya ha ocurrido, y que, por tanto, nacida será la criatura cuyo proceso de parto ha concluido y existe un absoluto desprendimiento del ser vivo del claustro materno (es vida ya extrauterina, sin importar tanto se haya cortado o no el cordón umbilical).

Estamos por consiguiente ante una tesis estricta que excluye los supuestos del llamado «feticidio» y que nos parece positiva en cuanto parte de una lógica irrefutable: el nacido no es asimilable al que está naciendo, el que está naciendo está en un punto temporal anterior al que ya nació.

Así lo deduce, por ejemplo, una antigua sentencia de 2 de abril de 1886 que ofrece una película gráfica muy expresiva, al significar que «la cortadura del cordón umbilical a raíz del abdomen hecha por la procesada, al dar a luz una niña (luego ya estaba desprendida) fue la causa determinante de la muerte de ésta, y constituye un medio adecuado para producirla, que demuestra la intención y malicia del agente al emplearla... (sic. por lo que está bien calificar y penar como delito de infanticidio el perpetrado...)» (11).

En cuanto a la frontera temporal por lo máximo, tras la cual el infanticidio deja de surtir sus efectos, debe destacarse que son muy vagas e imprecisas, y que a pesar de que pueda ser censurable la adopción apriorística de plazos de tiempo predeterminados (12), es

---

(10) Se ha tenido por nacido, al ser humano que aún no se ha desprendido del seno materno, al desprendido parcial, al total, pero una vez con o cortado el cordón umbilical, al que se encuentra en fase paritoria próxima al desprendimiento, al que comienza a respirar pulmonarmente, que lo deja de hacer placentariamente, etc. Cfr.: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, *loc. cit.* DÍAZ-VALCÁRCEL, J. M.: *op. cit.*, pp. 503-504 (para el que es un concepto extrapenal médico). CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, p. 524 (igual que el anterior). FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid, 1956, pp. 287 y ss. PUIG PENA, F.: *op. cit.*, p. 410. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 439 a 449. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, pp. 7-8 y 40-41. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M.: *op. cit.*, p. 57. STAMPA BRAUN, J. M.: *op. cit.*, *loc. cit. última*. Interesante también es la memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1943 en esta materia.

(11) Sobre la fijación de las fronteras entre infanticidio y «aborto honoris causa», otras sumamente interesantes son las de 11 de julio de 1874, 18 de febrero de 1889, 11 de julio de 1889, 7 de mayo de 1902, 11 de febrero de 1914, 18 de diciembre de 1952, 30 de mayo de 1959, 22 de enero de 1931, 9 de octubre de 1957, 16 de noviembre de 1892 y recientes de 26 de octubre de 1964, 31 de enero de 1973, 3 de diciembre de 1974, 28 de septiembre de 1975, 29 de octubre de 1976, etc.

(12) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 41 (quizá al partir de unos esquemas criminológicos diferentes su postura tenga más sentido de futuro, pero no pueda to-

lo cierto que el vocablo «recién» nos sugiere de antemano una idea de brevedad e inmediatez que a la postre ha de necesitar de unos límites más o menos concretos, que se sitúen en una esfera de proximidad temporal al segundo concreto de la producción del nacimiento.

En esta línea, la dirección marcada por nuestro Tribunal Supremo en las últimas décadas no es nada reprochable, no sólo en razón a su conexión con el método histórico (plazo de tres días fijado por el Código de 1870), sino porque una interpretación demasiado laxa chocaría con la propia esencia del móvil calificativo del delito, máxime cuando dadas las cotas culturales alcanzadas por la mujer hoy en día habrá que presuponer que con un coeficiente de inteligencia normal habrá tenido nueve meses (justos los del embarazo) para reflexionar acerca de la problemática que su deshonra en curso le va a acarrear, y caso de «deshacerse» de ella, lo hará por la vía rápida, y no a su conveniencia, pues entonces la benevolencia o benignidad del Código no sería tal, sino auténtica misericordia piadosa, a despecho de otras situaciones similares en el hombre...

Dos importantes sentencias —completadas por muchísimas otras— nos parece oportuno reflejar aquí. La primera, ya citada, es la de 1 de febrero de 1945 (Aranzadi 209) nos ofrece un cuerpo de doctrina claro al rezar que recién nacido... «quiere decir, gramaticalmente considerado en orden al tiempo, lo sea inmediata o muy poco tiempo después de su nacimiento, como así lo corrobora el examen de la legislación penal establecida en la casi totalidad de los países, en las que en su mayoría se emplea análogo concepto, sin cifrar el tiempo, y en la que lo hace, como ocurría en la nuestra anterior a la vigente, casi nunca llega a superar el de tres días desde el nacimiento, como consecuencia lógica que es de suponer que en ese plazo existe el suficiente tiempo para que la culpable pueda reaccionar del estado de excitación que va unido al parto y recuperar la reflexión y libertad necesarias (sic. ¿acaso no subyace aquí el sistema objetivo de las tensiones emocionales?) para decidir en conciencia entre el estímulo que la impulsa a realizar el mal de matar al fruto de su *seducción* para evitar con ello se haga pública su deshonra y padezca el honor de su familia y el de cumplir con el deber más acorde en toda conciencia honrada y que los lazos de la sangre notoriamente reclaman a toda madre de ser el amparo, ayuda y protección de su hijo, que en tan tierna edad le son imprescindibles para su vida...» (13).

---

marse abiertamente en el actual sustentado por el 410 vigente). DEL ROSAL-COBO-RODRIGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 303-304. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 447 a 449.

(13) De un modo confuso se vislumbra en esta resolución judicial los efectos del derecho suizo de la perturbación psíquico-fisiológica producto del parto (estado emocional y de excitación sobrevenido al parto), si bien no perturba ni deja sin efecto el tradicional móvil del honor, incluso familiar, que se ve así mancillado.

La segunda, de 30 de junio de 1952 (Aranzadi 1.408), justifica el giro dado por el Código de 1932 en relación al de 1870, matizando que la elección del legislador republicano de no fijar un plazo preordenado se fundó no en el deseo de restringir el concepto, sino el de flexibilizarlo cara a la práctica judicial, porque, cito textualmente: «...se creyó mejor que fuese el prudente criterio del Juzgador el que según las circunstancias de cada caso estimare si se daba o no ese elemento integrante de este delito, atendido el tiempo transcurrido, toda vez que así no viene obligado siempre a tener que respetar ese plazo de tres días, a pesar... de que la realidad hubiera demostrado que antes de transcurrir, ya el culpable podía darse cuenta perfecta y decidir en consecuencia... al no existir ningún otro elemento que contradiga el que ese término de tres días pueda estimarse como excesivamente largo, es indudable que concurre la característica esencial de que la víctima del delito fuese «recién nacido» en el sentido legal del precepto...» (14).

Por otro lado, no es requisito imprescindible para la comisión del delito la viabilidad o no viabilidad del nacido vivo, por no ser de aplicación los esquemas civilistas en el ámbito penal, y siguiendo a Quintano en el lugar antes citado, quizá sea más plausible —dado lo delicado del tema— adoptar una postura prudente que, por un lado, concilie que la actividad objeto de reproche jurídico se actúe «post partum» (mismo momento de finalización de la expulsión definitiva del feto, con lo que deja de ser tal, jurídicamente hablando), y que similarmente a como lo ha venido entendiendo la Jurisprudencia se evite retrotraer a momentos anteriores los efectos de la norma (téngase en cuenta que si el feto aún no es independiente, siempre hasta que no se desprenda, cabe la posibilidad de la frustración o su propia muerte natural a consecuencia del «schok» del parto mismo).

Desde la otra dirección también se desvirtuaría su naturaleza de delito contra la vida independiente, y se introducirían factores de inseguridad y poca certeza que en nada ayudarían a los Tribunales «a quo». Del mismo modo la pauta orientativa, como tal, de los tres días, aún criticable y rígida puede conjugarse y relajarse con la entrada en juego de otros factores emocionales y psíquicos, realmente manifestados en la agente (no tan admisibles en los abuelos maternos

---

(14) Tampoco se olvide que la sentencia de 1 de febrero de 1945 aplicó un fuerte corrector limitativo, al decir que no podía «...estimarse que la muerte dada a su hija por la procesada a los ocho días del alumbramiento integra el delito de infanticidio... porque el plazo de tiempo que presupone la frase «recién nacido» consignado, en el precepto penal no se le puede conceder la dilatada extensión de ocho días, dada su significación gramatical, y máxime al tener en cuenta que la anterior legislación penal, a la que substituyó la cifraba en tres días...». Otras más son las de 4 de mayo de 1880, 18 de febrero de 1889, 7 de mayo de 1902, 18 de junio de 1962 (Aranzadi 2.748), 5 de julio de 1946 (Aranzadi 895) y la más actual de 18 de marzo de 1978, que destaca la importancia que en este punto ha de jugar al arbitrio judicial.

que pudieren otorgar mayor margen temporal, pero nunca en exceso (lo que nos pone de manifiesto como, al tener que servir a un móvil como el de ocultar la «deshonra», se da pie a todo tipo de alternativas y confusiones...).

Sin embargo, esta misma temática se replanteará en un sistema de «tensiones emocionales», como el que de «lege ferenda» parece proclamarse, si bien se introducirán dosis de mayor objetividad al referirlo a las circunstancias fisiológicas del alumbramiento, en que las ciencias médicas y psíquicas podrán ayudar en mejor manera.

### c) Dinámica comisiva

La acción que se describe en el tipo del 410 es la de matar («matare...»), o causar la muerte del hijo o nieto —según los supuestos— recién nacido, mediante cualesquiera medio, modo y forma. Desde este punto de vista, sólo podemos dejar constancia en este punto de que el Tribunal Supremo ha sido testigo de las más variadas formas de ataque y violencia sobre estas vidas humanas incipientes, con apenas casos de acciones frustradas o en tentativa, como por otra parte, no podía ser distinto.

La mayoría de ellas —de índole activa— han consistido en provocar la asfixia de la víctima indefensa (ejemplo la de 19 de abril de 1881), y las de rotura del cordón umbilical sin ligamen posterior alguno, alcanzando el desangramiento, así como las inactivas por comisión de no auxiliar a la víctima con los cuidados en ese momento imprescindibles (sentencias de 26 de abril de 1886, 27 de febrero de 1924, 26 de junio de 1888, 6 de junio de 1933, 5 de febrero de 1941, 30 de septiembre de 1944, 12 de junio de 1957, 28 de mayo de 1963, 15 de enero de 1968, 18 de junio de 1962, 2 de marzo de 1969, 5 de julio de 1977, 18 de marzo de 1978, 30 de septiembre de 1978, y un largo etcétera), enterramiento vivos, y golpes, cuya simple lectura demuestra el ingenio —desgraciado en este caso— con que el ser humano logra quitarse de enmedio a otro.

En este apartado, y dado que caben las conductas omisivas propias e impropias (15), se hace ineludible ofrecer una mínima noticia

---

(15) La de 3 de junio de 1969 recoge la doctrina de que al resultado muerte «...puede llegarse tanto a medio de un dinamismo que represente el ejercicio de una acción positiva, como por una abstención o pasividad determinante del evento, pues resulta posible la comisión por omisión siempre que se apoye en el dolo de matar, y en el ánimo inequívocamente finalista de ocultar la deshonra y a la vez desencadenante del proceso causal ideal y materialmente que conduce al resultado y por fin la quieta actitud o inacción signifique la lesión de una obligación de actuar de la madre para con su hijo, que ilegítimamente proclame un «non facere quod debetur», y equivalga a la acción misma, supuesto este último en el que encajan indudablemente los supuestos de no prestación de debidos cuidados al recién nacido para que respire o para cohibir

o esbozo de los criterios que lo diferencian respecto del delito de abandono de niño recién nacido «honoris causa», contemplado y previsto en el actual artículo 488 del Código en vigor.

El Tribunal Supremo así lo ha hecho y ha tenido oportunidad de establecer las diferencias sustantivas entre ambos delitos. Como no podía ser menos había que reconducir la distinción al elemento intencional y volitivo de la culpabilidad, esto es, con base en el cualitativamente diferente ánimo doloso que acompaña a uno y otro tipo, amén de su propia naturaleza. Es incontestable que el infanticidio es un delito de lesión, de tendencia, que exige un «animus necandi» concurrente, mientras que el de abandono, al ser uno de los delitos de los llamados de «peligro» y no de lesión para el neonato, no exige, sino que excluye aquel dolo de matar al menos de modo y con carácter directo. Siendo un problema que se residencia en la culpabilidad, al fallar el «animus necandi», queda campo abierto para la apreciación del tipo «abandono», siendo también un delito privilegiado por el móvil de la ocultación, aquí mucho más debilitado, si bien, como se ha señalado, ha llegado a darse el contrasentido punitivo de que durante la etapa republicana, la mujer que con ese móvil abandonaba a su hijo recién nacido (aun aceptando el riesgo de prever que podía peligrar su vida) se le imponía la misma pena que a la mujer que, «honoris causa», mataba al recién nacido con firme propósito de hacerlo y alcanzar ese resultado (16) (de esta suerte el abandono del 488 por causa de honor habrá que replanteárselo en la dogmática, y acerca de sus perspectivas de supervivencia).

Enseña una sentencia de 11 de julio de 1874 que «...este delito se diferencia del de abandono de niños en que este último se caracteriza por la interrupción de los cuidados debidos..., que corre así la eventualidad de morir o no, mientras que en el infanticidio existe intención directa de matar, y por eso el abandono de un recién nacido con hemorragia del cordón umbilical y sin que se le prestara auxilio para poder respirar constituye este delito, pues tales hechos revelan intención de causar la muerte...». De contenido idéntico o análogo son las de 4 de octubre de 1877, 11 de febrero de 1892, 19 de enero de 1921, 20 de mayo de 1929, 14 de enero de 1946 (Aranzadi 55), 15 de enero de 1968 (Aranzadi 368), 3 de junio de 1969 (Aranzadi 3.160), 15 de noviembre de 1969 (Aranzadi 5.431), 15 de noviembre de 1977 (Aranzadi 4.336) y aún la más reciente de 30 de septiembre de 1978 (Aranzadi 4.336), que de forma muy sencilla proclama que «...en su forma omisiva se distingue del delito de abandono de niños

---

la hemorragia del cordón umbilical cuando genere el deseo querido...». Vid. BACIGALUPO, E.: *Delitos impropios de omisión*, ed. «Pannedille», Buenos Aires, 1970, edic. Argentina, pp. 165 a 173.

(16) Vid. PUIG PEÑA, F.: *op. cit.*, pp. 412-413. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, p. 459 (en el abandono hay un dolo eventual duplicado).

descrito en el párrafo 3.º del artículo 488 del referido Cuerpo legal punitivo en que mientras para que se produzca el primero resulta indispensable en el autor el dolo directo de causar la muerte del recién nacido, en el segundo, falta el «animus accidendi» necesario en todos los delitos contra la vida, existiendo tan sólo un dolo o propósito de abandonar el niño a su suerte, sin considerar que pueda morir por falta de asistencia o por lo menos sin querer que así ocurra por tratarse solamente de un delito de peligro y no de resultado...» (17).

### III. ESPECIAL REFERENCIA AL MOVIL DE OCULTACION DE LA «DESHONRA»

El «animus necandi» va casi indisolublemente unido, como es de presuponer, de otro «animus» o móvil, la finalidad de ocultar la «deshonra» de la madre y no de la familia, porque el precepto no la refiere, sino que la contradice.

Este móvil tan peculiar y castizo constituye la clave para un adecuado entendimiento de la sustantividad de este tipo delictivo, y hasta tal punto es esencialísimo —o lo era— que llevó al legislador a darle su propio campo, extrayéndolo de las conductas parricidas (es, pues, un móvil con una historicidad clara y con una existencialidad de superioridad de rango). Sin su concurrencia se viene abajo todo el entramado de su estructura típica, y no queda más que un desnudo delito de parricidio. Esta será la razón por la que al verificar su crítica anotaremos que si el móvil no existe, o aunque exista es ficticio o arcaico, no quedará más remedio que, o buscarle una alternativa, o no buscársela y suprimir la figura, aunque se conserve por expresiva la voz «infanticidio» (si las argumentaciones filosófico-jurídicas —hoy de moral social dominante— que propugnaron y facilitaron su alzamiento como categoría técnica individualizada, no pueden ratificarse ahora y han sido sepultadas por otras más modernas, se hundan los pilares jurídico-criminológicos en que tal móvil se ha venido sustentando).

Y no es una cuestión de mera escuela, pues la trascendencia que ostenta es relevante, al fundamentar una rebaja punitiva de dos grados, máxime cuando estamos manejando las mimbres de un bien jurídico tan sumamente sagrado como es el de la vida humana (no «spes homini»), lo que nos pone de manifiesto que esa inmaculada «honra» u «honor» de la mujer se ha venido estimando como una cosa muy seria y como un valor jurídico tan digno de estima y protección que

---

(17) Más incisiva aún es la de 24 de febrero de 1978 (Aranzadi 495), destacando aparte del elemento intencional en los casos más dudosos, las diferencias en el elemento material (en el delito de abandono un mero «non facere», en el infanticidio una omisión o acción occisiva en sus dos formas).



en el caso de marras se traduce en un aminoramiento punitivo de tal calibre.

Si su cualificación última reside en parámetros que ahora nos atrevemos a calificar como pseudoéticos y de convención o uso social, desde un enfoque dogmático penal, se concluye por la generalidad de los penalistas y jurisprudencia más reciente, que se trata de lo que técnicamente denominamos elemento subjetivo del injusto (18).

No se pretende aquí, ni mucho menos, debatir sobre ello, porque nos apartaría de nuestro objetivo primordial que no es otro que el de hacer hincapié en sus planos sociológicos, y en su conformación de móvil «tabú-arquetipo» indefinido que precisa aclarar su contenido para, a fin de cuentas, extraer unas mínimas conclusiones acerca de su imbricación en la vida ético social que discurre en el momento de redactar éstas líneas.

En este orden de ideas, ¿qué ha de entenderse por deshonra de la madre para que se justifique —plano de la culpabilidad— una privilegiación tan atenuatoria ante el hecho tan censurable —en principio— de la muerte de un ser tan indefenso como lo es el recién nacido? Lógicamente, de los términos en que está redactado el 410 nada se desprende, puesto que el Código penal no está para definir conceptos y menos como el de «honra», honor, «honestidad», etc. Entonces, habrá que acudir a otros puntos de referencias, el más seguro: el de la noción vulgar y «opinión común» de las gentes. ¿Quiere decirse, por tanto, que ésta presenta siempre la idea de algo inmoral, ilícito, ilegítimo, o al menos anti-social en el campo de lo sexual, de una concepción de un futuro neonato deceso que no se corresponde con lo que desea la sociedad?

La norma antedicha —a diferencia de otros ordenamientos— explícitamente ni implícitamente se atreve a plantearlo en estos términos. En consecuencia, estamos ante un valor metajurídico que tiene como fenómeno social una traducción jurídica en el campo del derecho penal, pero que, como por todos se da por sabido, también por

---

(18) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, pp. 525-526. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, p. 42. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 454 a 457. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.*, p. 58. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *op. cit.*, pp. 43-44. Por su parte, el profesor BAJO: *op. cit.*, pp. 103 y ss., se plantea la discusión de si el móvil antedicho es un elemento subjetivo a residenciar en la antijuricidad o en la culpabilidad, y frente a algunas opiniones desarrolla el problema hasta sus últimas consecuencias analizando las repercusiones que ello produce en los problemas que en el infanticidio provoca la participación, su comisión por imprudencia, y a las incongruencias y falta de justicia material a las que lleva la doctrina clásica. Asimismo, y desde un punto de vista material, vid. MIR PUIG, S.: *Los términos delito y falta en el Código penal*, en «Anuario de Derecho Penal», 1973, pp. 334-335. POLAINO NAVARRETE: *De los elementos del injusto*, Publ. Universidad de Sevilla, 1972, pp. 228, 229 y 243. MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los elementos subjetivos de justificación*, en revista-diario «La Ley», núm. 935, de 11 de mayo de 1984, pp. 1 a 9.

todos puede abandonarse, dada su condición subjetivizada y muy relativizada.

Por su lado, el Tribunal Supremo lo que ha intentado hacer —de la juricidad del concepto «a posteriori»— es llenar de alguna manera su contenido ya de por sí movedizo, diciéndonos qué personas —en su leal saber y entender— (pues, si bien interpreta el derecho, yo al menos le niego su legitimidad para interpretar la moral social, que es algo muy distinto) tienen o dejan de tener esa honra con arreglo a lo que el precepto legal da de sí. Ello le ha obligado a aceptar las pautas de comportamiento, de moralidad y de educación sexual, que externamente parecían acomodadas y propuestas como generalmente aceptadas socialmente. Su propio lenguaje en sus resoluciones así lo evidencia, siendo fiel espejo de la actitud y talante que en materia religiosa y moralidad sexual en los últimos 150 años ha caracterizado a la sociedad española, y en la mayoría de sus capas (19).

Desde otra perspectiva debe advertirse que no siempre ha podido verse tal doctrina limpia de criterios endógenos, y que justo es reconocérsele, en muchas ocasiones, no cargando las tintas en los meros exógenos de la estimación pública de la honestidad sexual femenina ha llamado la atención en otros factores de psicología más evolutiva y acorde con la propia problemática interior de dicho sexo, sobre manera, en un momento tal como el de alumbrar otro ser vivo.

Congruente con aquel «modus operandi» puede mencionarse inicialmente una sentencia de 23 de diciembre de 1946 (Aranzadi 1.440), la cual, aun reconociendo que la procesada casada (¡pero separada de su marido y haciendo «vida marital» con otro hombre!) mató a su hijo recién nacido, también pone sobre el tapete que lo hizo en un estado en que «por motivo del parto había sufrido una gran hemorragia y experimentaba las consecuencias anormales en que aquél se produjo» y que «padecía una disminución de sus facultades mentales que le impedía, pero tan sólo parcialmente, discernir en forma normal el carácter y gravedad de los actos realizados». Ahora bien, ello de nada sirvió ya que lo importante era el móvil legal, y en éste caso «...la conducta desordenada de la procesada, así como la vida marital que hacía con el otro procesado y el estado de embarazo de aquélla eran públicamente conocidos...», por lo que «...no concurre en el hecho la finalidad de ocultar la deshonor de la madre, requisito esencial del infanticidio...», estimando que cometieron parricidio; «...conforme al artículo 405, porque antes de salvaguardia del honor ha sido destrucción de la prueba viva de la conducta de la reo, censurable tanto en el aspecto moral y social como en el legal...» (al final

---

(19) Esclarecedoras son las reflexiones que con carácter general en relación a la familia y a la conducta sexual ha escrito PÉREZ RUIZ, C.: *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, «Tecnos, S. A.», Madrid, 1987, pp. 173 a 270.

el Tribunal Supremo se mete a censor pseudo-religioso como la propia frase última se encarga de recalcar...).

Por este último camino, si va a sacarle jugo la praxis jurisprudencial y sólo hasta hace pocos años con inversión de la carga de la prueba, pues era a la parte acusada a la que correspondía probar rotundamente su honestidad y honradez sexual, y no a la parte acusadora para desequilibrar el principio «pro reo».

Se ha exigido constantemente la prueba procesal y salvo alguna excepción aislada, ningún móvil de análoga significación podía tenerse en cuenta (la sentencia de 13 de octubre de 1893, al menos, se planteó esta vía, si bien, en el caso concreto, dado que el veredicto del Jurado no estimó la concurrencia de la ocultación de la deshonra ni «otro análogo», siendo apreciaciones de hecho que integraba en ese momento un verdadero elemento moral atribuido expresamente por la legislación juradista al Tribunal de hecho y no de derecho (no se entendía que era concepto jurídico como equivocadamente supuso el Tribunal de instancia) hubo de condenar a la recurrente en casación por parricidio).

Un repaso más o menos apretado de sus resoluciones nos brinda un amplio abánico de orientaciones que en una apretada síntesis vamos a intentar consignar a continuación. A este respecto es de citar la reiteradísima constante de negar la adherencia de dicho móvil a las mujeres que previamente a la comisión delictiva habían perdido la honra, por estar públicamente prostituidas, o como gustaba de decir el Tribunal Supremo por llevar vida impúdica, licenciosa, de desenfreno moral o mala conducta social. En este grupo numeroso se encuentran las de 30 de noviembre de 1927 (no alcanza la penalidad disminuida del 410 a las que atentaron a la «vida del infante con diversa mira, ni a las que viviendo la vida impúdica del deshonor públicamente conocido y alardeado que supone ser prostituta, delinquen de ese modo sin aquélla causa...»), incluidas las que sin ejercer tal «oficio» convivían maritalmente —como hemos visto— y de modo público con un hombre que no era su legítimo marido [además, sentencia de 7 de octubre de 1952 (Aranzadi 1746)]. En el mismo concepto estaban las madres solteras que cometían después la acción con un 2.º hijo y así lo confirman sentencias como la de 5 de febrero de 1948 (Aranzadi 206) (20).

---

(20) Alguno de sus párrafos señala: «...para calificar de infanticidio la muerte violenta del recién nacido causada voluntariamente por la propia madre es imprescindible la certeza de que el impulso criminal obedeció al propósito único y exclusivo de ocultar la deshonra de la culpable, mas cuando ésta es una mujer soltera anteriormente deshonrada por el alumbramiento de otro hijo que a la sazón contaba cuatro años de edad, el deseo de ocultar el segundo embarazo y el parto subsiguiente a su padre y a su hermana casada con quienes vivía, sin otros datos conocidos respecto a las relaciones familiares ni al comportamiento de la procesada dentro y fuera del hogar

No obstante, en este último supuesto, con posterioridad en el tiempo, el Tribunal Supremo suavizó el rigor de su doctrina, y mediante sentencias más cercanas matizó que aún en la madre que hubiera tenido partos anteriores de soltera, podría apreciársele su compatibilidad con los beneficios del 410, si quedaba probado que tal mujer trató de reconstruir su vida, intentando recuperar aun mínimamente la estima pública perdida, a la vez que, introduciendo factores de corrección, relativos y atinentes a circunstancias geográficas, sociológicas, laborales, etc.

Son de anotar para el caso las de 8 de mayo de 1959 (Aranzadi 1.772) (21), de 18 de marzo de 1978 (Aranzadi 1.043) y la más reciente de 12 de marzo de 1981 (Aranzadi 1.155), en la cual, de una manera decidida aplica el principio «pro reo» de una manera más armónica y sutil (es el caso de una soltera con dos hijos que posteriormente entabla un noviazgo conocido y público, con trabajo y anhelos de casarse, y que recuperando su reputación vuelve a quedarse embarazada y da muerte al niño producto del mismo; ante lo cual el Tribunal Supremo aprecia lo que denomina consideraciones de angustia y de temor al escándalo, amén de el riesgo de la pérdida de su trabajo y novio, concluyendo que «...aun cuando los móviles impulsores del delito no aparezcan claros y limpios de egoísmo, lo cierto es que en ellos late el deseo de que permaneciere oculto su tropiezo de ahora, para mantener el buen nombre difícilmente recuperado con su noviazgo..., y siendo como es imposible discernir con absoluta certeza hasta dónde llegaban en la ejecución de los hechos sus torpes intenciones y dónde comenzaba su deseo de evitar mancillada su estima, procede la aplicación del precepto sancionador más benigno...»).

Naturalmente, también el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta si la ilegitimidad de la concepción era públicamente conocida o no conocida, y así si era un hecho cierto el conocimiento del embarazo, no podía apreciarse el infanticidio, por la elemental razón de que nada había que ocultar a partir de esos momentos (sentencias de 20 de febrero de 1952 —Aranzadi 123— y 6 de noviembre de 1977 —Aranzadi 4.768—).

No se olvide que según la citada de 18 de marzo de 1978 ha de constar la certeza de que el impulso criminal obedeció al único y

---

doméstico, no puede estimarse equiparable a la causa de honor característica del delito según los términos literales del artículo 410 y es acertado el criterio de calificarlo de parricidio...) (idéntica en su contenido y apreciaciones son las de 15 de febrero de 1955 —Aranzadi 421— ó 20 de mayo de 1975 —Aranzadi 2.275—).

(21) Sentencia muy depurada en que hablaba de que el móvil siempre aparece mezclado con meras y puras motivaciones personales egoístas, lo que en definitiva trasluce una posición psicologista humana. La sentencia fue elogiada en su momento por DEL ROSAL, J.: *Valoración psicológica del móvil del infanticidio*, en «Anuario de Derecho Penal», 1959, pp. 585 a 589.

exclusivo propósito de ocultar la deshonra, y que en el caso de una madre soltera que ya tuvo dos hijos, si no cambian los factores ambientales, sociales, o de residencia de la culpable, no queda probado dicho ánimo «...aunque se oculte el embarazo, ni el nacimiento, porque si el hecho se oculta a la misma madre, bien pudiera ser por los problemas que el embarazo anterior y la primera niña le ocasionaron con su madre y su familia», en vista de lo cual se desestimó el recurso de casación al no existir datos en los hechos de «...haber siquiera iniciado un cambio de suyo largo y harto dificultoso de recuperar el honor sexual ya perdido...».

Ello tampoco ha impedido que con anterioridad la de 30 de junio de 1952 (Aranzadi 1.408) haya aplicado el tipo infanticida al abuelo materno que mató al nieto recién nacido para ocultar la deshonra de su hija, pese a que esta última llevaba vida deshonesta, con base en la no constancia para aquél de éstas circunstancias desfavorables. Por contra, no se ha localizado ninguna resolución que de modo directo afrontara el hecho de que los abuelos maternos causaran la muerte del recién nacido de su hija para ocultar su deshonra, dándose el evento de que tal hija no la consintiera y se opusiera, por entender que ninguna deshonra le afectaba y nada había que ocultar...

Si la ha habido contradictoria con sus propias directrices programáticas, al casar la de un Tribunal inferior, considerando infanticidio la muerte causada por una mujer casada a su hijo recién nacido, alumbrado a los cuatro meses de su casamiento y siendo conocido su embarazo por su marido con anterioridad al matrimonio. Aquí, desconociendo las consecuencias de la «ilegitimidad sexual» (puesto que el matrimonio la «legitimaba» la «honraba») extiende el radio de acción del móvil al entender que «...estaba temerosa de la deshonra que en la opinión pública podría resultar de la notoriedad del parto...» (STS 4 de marzo de 1880) (criterio sorprendente, porque si el hijo era producto de una relación que a posteriori no queda «desvalorada» y, precisamente, el matrimonio ha servido para lavar en público tal presunta deshonra —véanse los artículos 121 a 123 del Código civil antes de su reforma de 13 de mayo de 1981, legitimación por subsiguiente matrimonio— no aparece de modo real tal móvil).

Vista a grandes rasgos la respuesta jurisprudencial a los problemas más comunes que se han planteado, para terminar este apartado basta ratificar que el móvil, ya de por sí discutido, podía ofrecer un amplio margen de actuación y libertad subjetiva de apreciación al Tribunal, para decidirse sobre la concurrencia o no concurrencia del requisito de la «pro conservatio ex estimationis et honoris», lo que es reprochable máxime en uno de estos factores de componente sociológico agudizado.

#### IV. OTROS PROBLEMAS

##### a) Circunstancias de aplicación

En el presente epígrafe se pretende dar también un repaso rápido a una serie de cuestiones que el Tribunal Supremo ha dilucidado a la hora de la aplicación (en hechos punibles infanticidas) de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Realmente, mencionaremos tan sólo las menos pacíficas y más controvertidas sobre las que ha existido algún pronunciamiento jurisprudencial específico y claramente consolidado (22).

Comenzando por las agravatorias, contenidas en los actuales 16 números del artículo 10 de nuestro vigente Código penal, parece preciso significar las cuatro siguientes: alevosía, premeditación, abuso de superioridad y reincidencia, por ser éstas las que verdaderamente más margen de actuación «a priori» poseen, dadas las características del tipo, resultando superfluas o no problemáticas las restantes, como una simple lectura de las mismas nos sugiere.

La reincidencia no creemos ofrezca muchas dificultades aunque su rareza es tal que no nos hemos topado con casos de reiteración, con arreglo a la vieja terminología, pero de concurrir, su aplicación vendría a producir los efectos agravatorios consabidos.

En cuanto a la alevosía y ello es predicable del abuso de superioridad, nunca se ha estimado correcto aplicarla y que pueda operar como tal circunstancia independiente en el infanticidio, ya que, si el sujeto pasivo ha de ser un niño recién nacido, repugna aceptar que su muerte no sea siempre «per natura» alevosa, siendo corriente entender que está insita en el tipo y no puede producir una duplicidad de efectos. Al decir del Tribunal Supremo, esa es la dirección válida, y lo ha declarado en abundantísimas sentencias (incompatibilidad del artículo 410 en concurrencia con el 10.1.<sup>a</sup>), de las que recordamos las de 25 de noviembre de 1952, 9 de noviembre de 1955, 6 de noviembre de 1972, 18 de marzo de 1978, etc. Prácticamente, cualesquiera forma activa, modo y medio que tienda al aseguramiento de la muerte del recién nacido logrará su meta, puesto que este último es el prototipo radicalizado de persona más indefensa, y así es conculca la unánime opinión de la doctrina.

Mucho más dudoso es deducirlo respecto de la premeditación, por cuanto el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de modo efectivo e inmediato al efecto, y las tesis de los autores son divergentes (23),

---

(22) Para un análisis sintético individualizado de todas ellas, entre otros, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 463 a 468.

(23) Cft. DÍAZ-VALCÁRCCEL, J. M.: *op. cit.*, pp. 506-507. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 108-109.

si bien, aun llegando a sus últimas consecuencias en la finalidad del móvil que da vida a este delito, su no incardinación en coordenadas del todo emocionales o psíquico-patológicas, no excluye rotundamente para todo caso su estimación (24).

En relación a las atenuatorias del artículo 9 nada impide la concurrencia de la segunda (embriaguez no habitual), aunque no parezca muy seria, de la 3.<sup>a</sup> (menor edad) y de la 9.<sup>a</sup> (arrepentimiento espontáneo). La verdadera polémica se ha centrado en la actual 8.<sup>a</sup> («la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estímulo pasional de semejante entidad»), si se tiene en cuenta que existen dos posiciones irreductibles, la de su admisión y la denegatoria, por entender que el arrebató y la obcecación al comprender unos estímulos poderosos que vienen comprendidos en todos los estados emocionales, ha encontrado ya eco y acogida en la propia situación anímica que el móvil del 410 despliega en su seno. Frente a un amplio sector de penalistas que viene pronunciándose por la tesis compatibilizadora de esta atenuante con el tipo descrito en aquella regla (25), la jurisprudencia patria viene machacónamente decantándose por la negativa.

En este sentido, vamos a recoger una de las resoluciones que así lo expresa, por su significación de arquetipo resumido de tal doctrina. Es la de 15 de marzo de 1976 (Aranzadi 1.154) y dice así (26): «...la cuestión planteada en el único motivo del recurso ha sido ya resuelta Por esta Sala en diversas resoluciones, coincidentes todas ellas en afirmar que no cabe estimar la concurrencia en el hecho de autos de la atenuante de arrebató u obcecación del artículo 9 del Código penal..., dado que la situación anímica de la que actúa para ocultar su deshónra, sacrificando la vida del recién nacido, es tenida en cuenta por la Ley para construir la figura delictiva del infanticidio definida en el artículo 410 del Código penal, delito castigado con especial atenuación respecto a la grave penalidad del parricidio, según el artículo 405, que integrarían en otro caso, diferencia de trato basada

(24) ANÓN ONECA, J.: *Derecho penal. Parte general*, «Akal edic.», Madrid, 1985, pp. 396 a 401. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La premeditación*, «Bosh Casa Edit.», Barcelona, 1958, pp. 122 y 123, y la doctrina que allí cita. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Op. cit.*, pp. 463, 464 y 465.

(25) Creen que no es inherente al infanticidio tal atenuante, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus anotaciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de MEZGUER, Madrid, 1955, 3.<sup>a</sup> ed., t. I, pp. 157. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Op. cit.*, p. 42 (quien atinadamente pone de relieve que incluso cabe conjugar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio). DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 291 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *op. cit.*, p. 65. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *op. cit.*, loc. cit. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, loc. cit.; *duda*. DÍAZ-VALCÁRCCEL: *op. cit.*, p. 506, y se muestran contrarios CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, p. 528. FERRER SAMA, A.: *op. cit.*, p. 291.

(26) Otras son las de 14 de octubre de 1887, 7 de enero de 1940, 3 de octubre de 1947, 22 de marzo de 1969, 28 de junio de 1897, 30 de diciembre de 1974, 30 de diciembre de 1881, 20 de mayo de 1975 (aunque referida al parricidio).

precisamente en el estado de perturbación que el legislador supone embarga el discernimiento a las personas ofuscadas por la idea de la temida deshonra que las coloca en situación similar a la prevista en aquella genérica circunstancia de atenuación, pero obteniendo de ella mayores ventajas, atendida la escasa penalidad asignada al delito de infanticidio, permitiendo imponerla dentro de unos límites que nunca serían alcanzables mediante el normal juego de la repetida atenuante, caso de omitirse este delito en el repertorio delictivo...».

Ahora bien, la atenuante, aunque no tenga cabida en el infanticidio para el Tribunal Supremo, si la ha tenido para los casos de parricidio de recién nacido, cuando no ha habido probanza del móvil específico que cualifica al primer delito. Será por tanto en el parricidio donde el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de aplicar los efectos atenuatorios, o incluso exculpatorios (como reflejo del pristino fundamento del sistema germánico) de las situaciones patológicas del alumbramiento, en contraposición a su negación en el derecho hispano. Así una sentencia de 22 de marzo de 1928 declaró, acogiendo la ocasión que se le brindaba, que no hay parricidio ni aún por imprudencia, cuando se comete el hecho a consecuencia de perturbaciones producidas por la fiebre puerperal. De este modo se demuestra que con los preceptos de la parte general, hoy nos bastaría para resolver los problemas y es patente la innecesariedad del 410 (decía así: «ha lugar al recurso estimándose que la muerte del feto dado a luz de todo tiempo es una incidencia de las perturbaciones producidas por 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 gestación, no procediendo aceptar la imputación por imprudencia...»).

En consecuencia, si en este caso se hubiera probado el móvil de ocultación de la deshonra, además de tal fiebre puerperal, en lógica, el Tribunal Supremo hubiera tenido que aplicar el tipo infanticida admitiendo la concurrencia —según su intensidad— de la eximente de transtorno mental transitorio del artículo 8.1.<sup>a</sup> actual, o la incompleta o atenuante del artículo 9.1.<sup>a</sup>, si no quisiera desconocer las diferencias que el mismo sienta con la consignada en la 8.<sup>a</sup> del mismo artículo 9 (27)

---

(27) Las diferencias entre el transtorno mental transitorio como eximente y la atenuante de obcecación y arrebato han sido profundamente subrayadas en sentencias como las de 25 de marzo de 1974 (Aranzadi 1.451), 5 de marzo de 1977 (Aranzadi 947), 17 de diciembre de 1978 (Aranzadi 456) y 27 de octubre de 1980 (Aranzadi 3.387), por citar algunas.



## b) La problemática de la participación

Los complejos problemas de la participación en el delito alcanzan, como es archisabido, una agudización extrema en delitos tales como el asesinato y el parricidio. De idéntica forma ocurre con el infanticidio, por predicarse de su naturaleza una autonomía y una especialidad ya no tan evidente. No tiene demasiado sentido reproducir en estas líneas el intensísimo debate y esfuerzo doctrinal desarrollado en las últimas décadas por la doctrina española, para combatir precisamente los postulados jurisprudenciales.

La posición de los partícipes «extranei» en el delito de infanticidio, y la de los «intraanei» en referencia a la víctima, cuando no fueran ellos los autores materiales y directos del hecho punible, es algo que amén de su innegable trascendencia práctico-punitiva exige un atento cuidado dogmático.

Resumiendo dicho estado —cuya variedad de matices es además importante— puede afirmarse que conjuntamente con el parricidio (donde las dudas son similares) esa mayoritaria doctrina entiende que la responsabilidad penal del tercero o ajeno (no circunscrito en el círculo subjetivo del artículo 410), ha de enmarcarse en las reglas generales de la participación en nuestro derecho, concentradas fundamentalmente en los principios de unidad de título de imputación y de la accesoriedad.

Consecuentemente, esa responsabilidad viene subordinada a la del que ejecuta los estrictos actos de autoría material, y, por tanto, el «extranei» será inductor, cooperador, cómplice o encubridor —según la clase de su participación— de tal delito específico, en su caso de parricidio, o en su caso de infanticidio (28).

Ante ello el Tribunal Supremo se ha mantenido continuamente inflexible en su tesis de que el elemento pariente del Código penal

---

(28) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 110. CUELLO CALÓN, E.: *op. cit.*, pp. 527-528. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 315-316 —contraria a la dominante—. DÍAZ VALCÁRCEL: *op. cit.*, p. 503. FERRER SAMA, A.: *Op. cit.*, t. IV., pp. 284 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en derecho penal*, Secc. Publicac. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1966, pp. 265 a 287, donde desarrolla su conocida propuesta concretándola respecto al infanticidio en un cuadro sinóptico de las páginas 286-287. PUIG PEÑA, F.: *op. cit.*, p. 411 (parece adherirse a la posición del Tribunal Supremo). QUINTANO RIPOLLÉS: *op. cit.*, pp. 450 a 453. QUERALT, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Lib. «Bosch», Barcelona, 1986, pp. 39 y 40. QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 56 y ss y 65 y ss. RODRÍGUEZ DEVEASA, J. M.: *op. cit.*, pp. 59, 60 y 65. MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.*, pp. 45 a 47 —en las que recoge en apretada síntesis todas las posturas—. Sobre la incidencia de «lege ferenda», en general, cfr. CEREZO MIR, J.: *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en «Problemas fundamentales del Derecho penal», «Tecnos, S. A.», Madrid, 1982, pp. 333 a 347, y en especial GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A.: *Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto del Código penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», Madrid, 1982, pp. 226 y ss.

—en el caso del infanticidio: madre y abuelos maternos— no es comunicable a los terceros partícipes, por aplicación estricta del artículo 60 del mismo cuerpo legal. Rompe así el Tribunal Supremo la unidad de imputación, lo cual nos lleva a interrogarnos y cuestionarnos si realmente el mismo Tribunal ha considerado al infanticidio como un delito especial impropio, pues a ello atenta su posición antedicha, por no estimarlo hasta sus últimas consecuencias. Exponentes de esta postura y posicionamiento, son las sentencias de 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 14 de marzo de 1893, 1 de noviembre de 1893, 13 de octubre de 1893, 4 de mayo de 1880, 13 de julio de 1897, 27 de enero de 1902, 21 de octubre de 1904, 4 de noviembre de 1948 (Aranzadi 1.340), 23 de diciembre de 1949 (Aranzadi 190), 15 de diciembre de 1950 (Aranzadi 3.011), 7 de octubre de 1953 (Aranzadi 2.375), 5 de febrero de 1955, 30 de septiembre de 1976, 30 de abril de 1979, etc.

La de 6 de noviembre de 1972 (Aranzadi 4.768) nos afirma que: «...entonces surge el problema de la calificación y punición de la conducta de los extraños que intervienen en el delito... y la cooperación de extraños a la comisión del delito de infanticidio no desnaturaliza su pristina condición de asesinato, aliviada por causa de la familia y del honor respecto de la madre o padre de ésta intervinientes, que es como acertadamente se ha calificado de beneficio extraordinario y, por tanto, el que realiza actos que contribuyen a la consecución del hecho punible queda al margen de la relación personalísima de autora y recién nacido (estricta aplicación del artículo 60, cuando lo discutible es su aplicación) y recobra todo su sentido el hecho cometido con independencia del parentesco y los móviles del hecho, para encuadrarse, siendo extraño como en el caso presente, en el verdadero significado de muerte alevosa del recién nacido, esto es, un asesinato...» (si en el caso concreto de autos el «extraneí» hubiera sido el propio padre biológico de la víctima, se hubiera declarado que se trata de una muerte alevosa calificable de parricidio).

### c) Infanticidio culposo

Y, ¿es factible el infanticidio por culpa o imprudencia? ¿Se puede hablar de infanticidio imprudente? La pregunta para la generalidad de la doctrina tiene una respuesta categórica: no cabe ni es posible, en puridad de principios, la categoría del infanticidio culposo. Se opone a ello la propia cobertura finalista del tipo, ya que si el vocablo «ocultar» y el dolo exigible de matar han de conjugarse, tanto por un lado como por el otro, se proyecta un dolo bifronte que siendo reforzado es absolutamente incompatible con la ausencia de malicia que caracteriza y da vida al delito culposo (29). Si la actuación dolosa

(29) Vid. en general para un examen completo del «crimen culpae» en el derecho español y comparado y su estructuración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

(«se mata... para...») se acentúa en este tipo como elemento de la culpabilidad, y el móvil es un componente subjetivo de ese injusto, muy extremadamente podría admitirse la posible entrada en juego del artículo 565 del Código penal en la muerte del recién nacido (30).

Por su parte, la jurisprudencia se aviene y ratifica las directrices doctrinales acogiendo en resoluciones como las de 11 de julio de 1889, 30 de diciembre de 1924, 20 de mayo de 1929, 6 de junio de 1933 (Aranzadi 117), 30 de septiembre de 1944 (Aranzadi 995), a su vez recogidas en la más reciente de 28 de junio de 1980 (Aranzadi 3.064), que recuerda que: «en los delitos de tendencia, es decir, en aquellos en los que el legislador ha incluido en la descripción legal un elemento subjetivo del injusto, existe unanimidad en la doctrina el sostener que no es posible, en tales delitos, la ejecución culposa, ya que la preceptiva ausencia del dolo propia de esta forma de culpabilidad choca con la exigencia de un elemento psicológico finalista que en los mentados delitos de tendencia se impone inexcusablemente por el propio legislador al definir o formular el hecho punible, siendo perfectamente aplicable la doctrina acabada de exponer al delito de infanticidio, en el cual, exigiendo en el agente el tipo legal un elemento ético-psicológico «animus honoris causa» o intención específica de evitar la deshonra, tanto la doctrina como la legislación, así como la praxis jurisprudencial de todos los países enérgicamente rechazan la existencia de un infanticidio culposo...» (31).

## V. CRITICA Y CONSIDERACIONES FINALES (ANACRONISMO SOCIOLOGICO Y FUTURA CONFIGURACION)

El mutismo doctrinal en este punto no es general, pero tampoco es suficiente la atención de la misma hacia un sistema como el español del móvil de ocultación de la deshonra, que es hoy censurable de todo punto de vista, y no puede seguir descansando en tales presu-

---

NÚÑEZ BARBERO, R.: *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Secc. Publicac. Univ. de Salamanca, Salamanca, 1975, pp. 75 a 94 y 96 a 104; en relación al parricidio: DEL ROSAL, J.: *Parricidio culposo*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, 1948, pp. 71 y ss.

(30) Cfr. la doctrina es unánime en ello: BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 408. CUELLO CALÓN, E., p. 525. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO: *op. cit.*, pp. 310 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *op. cit.*, pp. 460 a 463, que califica de «despropósito jurídico» tal posibilidad, haciendo referencia al clásico ejemplo de Carrara como de imprudencia temeraria, pero no en referencia al artículo 410, sino del 407 (homicidio) o del 405 (parricidio); el contrapunto lo pone FERRER SAMA, A.: *Comentario...*, cit., t. IV, p. 291 (sus argumentos a favor son de justicia material).

(31) La mencionada de 20 de mayo de 1929 afinando aún más mantuvo que «es imposible legalmente que el infanticidio ejecutado por la madre para ocultar su deshonra pueda nunca estimarse cometido por imprudencia temeraria...», al igual que la de 11 de julio de 1889.

puestos tradicionales, habiéndose desaprovechado la oportunidad en la reforma parcial de 1983 en este sentido.

No se le puede negar su carga ideológica, cimentada en la repulsa moral y cuasi jurídica a las relaciones intersexuales no encauzadas con arreglo a pautas histórico-tradicionales, que no tienen el fervor del nuevo modelo pluralista de pensamiento en que hemos de desenvolvernos en estos momentos.

Asimismo, y a mayor abundamiento, fallan ya los principios utilitaristas y humanitarios que confluyeron en su surgimiento. Desde este prisma o modo de ver las cosas, se hace necesario concretar otros parámetros específicos que tengan la suficiente entidad para justificar una atenuación punitiva tan concreta de este delito. Por esta vía se reconduce a su primitiva naturaleza de forma «exceptus» homicida, con negación de la sustantividad que alcanza con apoyo en tales planteamientos ético-sociales, hoy falseados y que no pueden mediatizar el derecho fundamental a la vida, con esa atenuación con base en un opinable entendimiento de la honra, honor u honestidad sexual femenina no mayoritaria (prueba de ello es el reconocimiento institucional de institutos jurídicos, como el del divorcio, atribución de efectos a las relaciones de hecho intersexuales y extramatrimoniales, etc.) (32).

Ha quedado, pues, ese elemento esencial de la culpabilidad vacío o casi vacío en su contenido, al girar con carácter exclusivo en torno a esa honestidad sexual de la mujer, y ello, aunque lo hiciera como causa de atenuación, privilegiando incluso a otros sujetos a los que dicha honestidad sólo podía afectar de manera mediata. Pero, la honestidad como absorbente de relaciones sexuales lícitas, legítimas o admisibles no tiene ya ese amparo ético-social común de los ciudadanos y no casa bien con el espíritu y letra de diversas normas constitucionales.

En primer lugar, tenemos la citada constitucionalización del derecho a la vida humana del artículo 15 (33), así como del derecho de igualdad del artículo 14, que ponen de relieve el anacronismo de la figura.

---

(32) Vid. BAUER, F.: *El derecho penal sexual en la actualidad*, en «Sexualidad y Crimen», versión de la 3.<sup>a</sup> edic. alemana por E. Gimbernat, «Reus, S. A.», Madrid, 1969, pp. 13 a 26. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *el nuevo papel de la mujer en el Derecho*, en diario-revista «La Ley», núm. 373, de 12 de marzo de 1982, pp. 1 a 7, y núm. 375, de 16 de marzo de 1982, pp. 1 a 8. NÚÑEZ BARBERO, R.: *Consideraciones en torno al contenido del delito*, en «Revista de Derecho Judicial», núm. 50, 1972, pp. 35 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Notas sobre la futura protección penal de la familia*, núm. 1, vol. monográfico de la Rev. Fac. Dcho. de la Univ. Complutense.

(33) RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho a la vida*, en «Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978», t. II, «Edersa, S. A.», Madrid, 1984, pp. 298 a 330. SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. Garrido Falla, «Civitas, S. A.», 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1985, pp. 266 a 283.

Si «todos» tienen derecho a la vida, y, aunque parezca un sarcasmo, los recién nacidos más que nadie, porque están principiando a vivirla, no puede el derecho penal de un estado democrático, privilegiar penalmente unas conductas homicidas respecto de otras, tan sólo con apoyo en unas motivaciones morales de comportamiento sexual femenino, porque, entre otras cosas, el propio artículo 14 impide la discriminación (aún sea favorecedora) para unas personas respecto de otras, y mucho menos, por razón de nacimiento, «sexo» o cualquier otra condición o circunstancia social.

Si con arreglo al artículo 9.2 de la misma Carta magna corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, habrá de cuestionarse si de mantenerse el 410 no se le dice a las madres infanticidas que se comprende su problema de «la deshonra» y que no ha lugar a que los poderes públicos le den las condiciones necesarias del artículo 9.2 de la Constitución Española, para que tal deshonra se desvanezca. Así no creemos exagerado afirmar que el principio de igualdad hombre-mujer en los delitos contra la vida queda hoy desequilibrado, al permitirse que unas mismas conductas con un igual desvalor social sigan castigándose con desigual intensidad (mientras que la ley civil sigue los principios igualitarios de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales del hombre y de la mujer, etc.).

Precisamente, porque esa realidad social es más permeable y casi neutra ante situaciones de relación sexual no matrimonial esporádica, o ante uniones pre y extramatrimoniales de hecho (incluso por algunos grupos se habla de la libertad sexual como manifestación de la personalidad íntima humana, infraqueable a la observación o valoración de los terceros), la necesidad de la reflexión ni es gratuita ni desproporcionada.

Si es así y ello no implica el desconocer la existencia en esta sociedad postindustrial de grupos cerrados, para los que el reproche social se mantiene, y paradójicamente cimienta un menor castigo, habrá que partir de un condicionamiento ético-sexual de la mujer mucho más débil, lo que pugna con el mantenimiento de un subtipo privilegiado tal y como aún lo mantiene el Código, y se ha visto obligado a proyectarlo la jurisprudencia, según los rasgos generales que se han puesto de manifiesto. Por si fuera poco, la noción primigenia del infanticidio entra en crisis, si se la pone en relación con una coherente y seria política descriminalizadora del aborto, sobre todo para aquellos países que siguen un sistema indicativo de plazos. A este efecto resultaría farisaico no pensar que, salvo rarísimas excepciones, la mujer medianamente instruida, cuando ha querido «ocultar su deshonra» no ha acudido a prácticas abortivas (peligrosas o no, correctas o no, en eso ya no entramos) ilegales o legales, pero que, en todo caso, y aun a riesgo de ser sorprendidas, su castigo al quedar incardi-

nado la conducta en el artículo 414 del Código penal, como no podía ser menos, aún queda aminorado (pena de arresto mayor frente al infanticidio que es de prisión menor).

La eliminación de esos factores exógenos de coacción ético-moral tampoco tienen por qué llevar su absoluta erradicación y antagonismo, pero también es inexcusable situarlos en su término exacto, deshaciendo los tabúes que se les adhieren hasta el punto de sustantivizar una figura delictiva. Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede decirse que el «móvil» cualificador, entendido en toda su pureza había de alguna manera que sustentarlo, aun admitiendo y aunando con matices endógenos y psicológicos que se trasladaban en la mujer en tensiones emocionales y que, en algún punto, llegarían a conectar con los problemas patológicos del parto y sus derivaciones

No se trata, por tanto, de retrotraerse en la historia hacia periodos caducos de barbarie castigando con la muerte a la mujer infanticida, sino de situarse en un nuevo plano de convicciones y si en su caso se considerara necesario apoyar la supervivencia de una figura atenuada de homicidio en el concurso de otra serie de consideraciones político-criminales más objetivas y contundentes que justificaran esa privilegiación específica, que por otra parte tampoco sería imprescindible, pues siempre ha de contarse con los principios de la parte general del derecho penal, en particular, en lo que se refiere a las previsiones para la modificación de la responsabilidad criminal en base a las llamadas «atenuantes».

Es ese el gran tema a dilucidar para el futuro y el que habrá de ventilar el venidero Código penal. Una salida sería precisamente la de romper con la tradición histórica hispana y volver la mirada al mal llamado sistema «germánico», y construir la figura o diseñarla sobre las bases psicopatológicas o de raíz fisiológica (puerperio) que se materialicen y salgan al mundo exterior como tensiones provocadas por las circunstancias del alumbramiento.

Ahora bien, centrarse exclusivamente en fenomenologías de perturbación que a la madre infanticida pueda provocar el proceso gestatorio y subsiguiente parto, también presenta riesgos de artificiosidad y de compatibilidad y asimilación a las circunstancias atenuatorias previstas con carácter general.

La otra alternativa sería la de la desaparición absoluta del tipo y su terminología, castigando como parricidio las originarias conductas infanticidas, dejando jugar su natural papel a esas circunstancias, así como a las de exención total de responsabilidad criminal, en su caso (juego de la eximente 1.<sup>a</sup> del artículo 8 en relación con el 9.1.<sup>a</sup> o de la atenuante 8.<sup>a</sup> del artículo 9 que después de la reforma de 1983 ya recoge más claramente lo que se entiende por estado pasio-

nal) (34). Con arreglo a este esquema ¿qué impediría cualificar los hechos punibles de matar a un recién nacido como parricidio, con el concurso si fuere preciso, de tales circunstancias modificativas? No vamos a pronunciarnos rotundamente sobre la viabilidad o conveniencia mayor de uno u otro sistema o alternativa, pero, como posibilidad es innegable que ha de contarse con ella (35).

El proyecto mencionado en nota aparte mantenía el infanticidio no como figura sustantiva u autónoma destacada en capítulo aparte, sino como forma de homicidio atenuada, sin calificación distintiva sobre las restantes y con una justa restricción de su ámbito sólo derivable en la madre. Asimismo, destierra como elemento del tipo el móvil de ocultación de deshonestidad alguna, y lo sustituye por los supuestos del sistema germánico, objetivizados en las alteraciones del puerperio «in ipso partu».

En el mismo contexto se mueve la posterior propuesta de Anteproyecto de Código penal del Ministerio de Justicia de 1983, la cual, en su libro II —«De los delitos y sus penas»—, título I —«Del homicidio y sus formas»— recoge en su contenido la forma atenuada de homicidio de niños recién nacidos (36).

En definitiva, la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, de haber alcanzado vigor, hubiera trastocado el ordenamiento penal español, aunque hubieran subsistido problemas casi insolubles, como el de la estricta conceptualización y acotación temporal de la fórmula «recién nacido», pero innovando y modernizando respecto a otros derechos la fraseología «influencias del puerperio» por la de

---

(34) Vid. STS de 27 de octubre de 1980 (Aranzadi 3.887). Sostiene fundamentalmente que «...cuando la causa o fundamento de la perturbación anímica sea endógena sin privación total de la dinámica psíquica del agente o exógena con intensidad grave en la disminución mental, susceptible de valorarse en relación con la causa endógena no total, deberá estimarse el trastorno mental transitorio como eximente incompleta de la responsabilidad penal...» y «...cuando el motivo de la perturbación psíquica anímica sea necesariamente exógeno y la intensidad no tenga la entidad suficiente, para catalogarse con la efectividad de los supuestos anteriores, sino en grado inferior, la declaración modificativa de la responsabilidad penal corresponderá al estado pasional, y concretamente al recogido como arrebató u obcecación en el número 8 del artículo 9 del Código penal...».

(35) Es significativo que en la discusión parlamentaria del malogrado Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 («Boletín Oficial del Congreso de Diputados» de 17 de enero de 1980) se presentaron enmiendas por dos grupos políticos (P.C.E. y Minoría Catalana), proponiendo la supresión radical del delito. Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional*, en revista «La Ley», diario núm. 637, de 18 de marzo de 1983, pp. 1 a 8.

(36) Concretamente en su artículo 143 reza así: «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». La atenuación es todavía palpable, porque en el artículo 139 se castiga al homicidio simple con pena de prisión de 8 a 15 años, y al asesinato y parricidio con penas que van de los 15 a los 20 años.

«tensiones emocionales producto del alumbramiento», que es más técnica y ambivalente.

Por nuestra parte, entendemos modestamente que la propuesta que en este punto conlleva dicho Anteproyecto de 1983 puede resultar positiva, porque destaca con más fuerza en su lugar respectivo la aplicación de una específica atenuante, que no creemos desacertado comprenderla dentro de las denominadas cualificadas (37). Además, la propuesta de Anteproyecto de Código penal lleva una agravación punitiva respecto al artículo 410 vigente, pues mientras que éste pena con prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años), aquella pena con un límite mínimo superior (3 años) y con un máximo también muy superior (8 años). Tal expresión particular atenuatoria ayudaría a la valoración más concreta de los supuestos y puede servir para tener en cuenta todo el conjunto de complejas influencias tanto fisiológicas y emocionales que se derivan de un hecho tan particular, y a la vez universal, como el del parto, el cual puede venir acompañado de otras de proyección ético-social, de angustia económica, de estima vecinal en círculos muy cerrados e intransigentes, etc., que no tienen por qué vincularse necesariamente a los históricos criterios de honestidad o deshonestidad sexual (38). En definitiva, serán los movimientos sociales los que le irán ofreciendo pautas de interpretación al futuro legislador, con ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia, a las que corresponde coadyuvar en la tarea de hacer más compatible el «ius puniendi» del Estado, con una sociedad libre, más justa, solidaria y humana.

---

(37) Sobre las cuales, existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, por ejemplo, de 6 de febrero de 1963 —Aranzadi 438—, 14 de noviembre de 1966 —Aranzadi 4.919—, 17 de marzo de 1967 —Aranzadi 1.190— y 10 de octubre de 1980).

(38) Sería de interés que el Tribunal Constitucional tuviera la ocasión de pronunciarse acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 410 del Código penal sobre la base de la vulneración del principio de igualdad, cuando es el padre el que verifica la muerte de acuerdo con la madre y para ocultar la deshonra de ambos... No tenemos noticia de que hasta ahora lo haya hecho. El profesor Quintano en su Tratado, pp. 430, 431, 435 y 436, ya de modo magistral hace 25 años, abogaba precisamente por la solución del «estado pasional emocional», criterio que ha prevalecido en los redactores de la mencionada propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983. En general, cfr. BACIGALUPO, E.: *¿tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?* en diario-revista «La Ley», de 8 de junio de 1982, pp. 1 a 3.