

EL DELITO DE UXORICIDIO

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER
CONSTITUITUR**

INDICE

EL DELITO DE UXORICIDIO

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**
 - I. DERECHO ROMANO.**
 - II. DERECHO MEDIEVAL CASTELLANO. INTRODUCCIÓN.**
 - III. EL FUERO JUZGO.**
 - IV. EL FUERO REAL.**
 - V. LAS PARTIDAS.**
 - VI. LOS ORDENAMIENTOS CASTELLANOS BAJOMEDIEVALES.**
 - ORDENAMIENTO DE ALCALÁ (1348). ORDENAMIENTO DE TORO (1505).**
- 3. LA TIPIFICACIÓN DEL UXORICIDIO EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES.**
 - I. CÓDIGO PENAL DE 1822.**
 - II. CÓDIGO PENAL DE 1848.**
 - III. CÓDIGO PENAL DE 1870.**
 - IV. CÓDIGO PENAL DE 1928.**
 - V. CÓDIGO PENAL DE 1932.**
 - VI. CÓDIGO PENAL DE 1944.**
- 4. TIPOLOGÍA CONCEPTUAL DE DELITOS CONTRA LA VIDA.**
 - I. HOMICIDIO.**
 - 1. INTRODUCCIÓN.**

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.
3. TIPO PENAL.
4. ELEMENTOS OBJETIVOS.
 1. ACCIÓN.
 2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO.
 3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD.
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

II. EL HOMICIDIO DOLOSO.

III. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE.

IV. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.

V. FORMAS IMPERFECTAS.

VI. ASESINATO

1. NATURALEZA JURÍDICA.
2. CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS ACTIVO Y PASIVO.
3. TIPO SUBJETIVO.
4. CIRCUNSTANCIAS.
5. ALEVOSÍA.
6. POR PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA.
7. ENSAÑAMIENTO.
8. PARTICIPACIÓN.
9. PENALIDAD.

VII. ABORTO

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

2. **CONCEPTO, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SUJETOS.**
3. **TIPOS DELICTIVOS**
 1. **ABORTO COMETIDO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.**
 2. **ABORTO COMETIDO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EMBARAZADA FUERA DE LOS CASOS LEGALES.**
4. **SUPUESTOS PERMITIDOS POR LA LEY.**
5. **ABORTO POR IMPRUDENCIA.**

VIII. INFANTICIDIO.

1. **CONCEPTO.**
2. **NATURALEZA.**
3. **REGULACIÓN NORMATIVA.**
4. **ELEMENTOS.**

IX. PARRICIDIO.

X. UXORICIDIO.

XI. EL DELITO DE ADULTERIO.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1870.

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 1887.**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 1887.**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 1887.**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ENERO DE 1888.**

**5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE
FEBRERO DE 1888.**

6. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN

El Uxoricidio era un delito que constituía un total y auténtico privilegio al hombre en defensa de su honor, por lo que podía matar, lesionar a su esposa sorprendida en flagrante adulterio o a la hija menor mientras viviera en casa paterna y fuera sorprendida en análogas circunstancias.

El derecho histórico ha conocido la figura del uxoricidio honoris causa, que suponía la exención o atenuación de la pena para el marido que matase a la esposa sorprendida en adulterio. El Ordenamiento de Alcalá llegó incluso a exigir, para obtener esta prerrogativa, que se diera muerte a los dos adúlteros, sin impunidad en caso de que muriera uno solo. El tratamiento privilegiado del uxoricidio en adulterio, que había desaparecido en el Derecho Penal español en 1932, fue restablecido por el Código Penal de 1944 mediante la excusa absolutoria o la atenuación extrema que dispuso, según los casos, su artículo 428: "el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena". La reforma penal de 1963 suprimió este privilegio.

PALABRAS CLAVES

Parricidio, homicidio cualificado, asesinato, adulterio, amancebamiento, orden familiar, ascendientes, descendientes, legítima defensa, honoris causa, deshonor, venganza privada, privilegio, impunidad, excusa absolutoria, obcecación, atenuante, in fraganti, inexigibilidad de otra conducta.

EL DELITO DE UXORICIDIO

1. INTRODUCCIÓN

Uxoricidio es el asesinato de la esposa por parte del marido. Del latín uxor (esposa), cida - caedere (matar - asesino).

La conducta de adulterio, que hoy sólo tiene relevancia en el ámbito civil, hasta 1978 fue constitutiva de delito. Delito que algunos autores, especialmente durante el siglo pasado, estimaban de suma gravedad; así, Viada, entendía, en el año 1890, que: «El adulterio es, sin duda alguna, el más grave de todos los delitos contra la honestidad, pues es el que más grande perturbación causa a la familia, y por ende a la sociedad». Siguiendo esta línea, Vizmanos y Álvarez Martínez consideraban que pocos delitos llevaban consigo más funestas consecuencias que el adulterio.

La pauta que permitirá comprender cuál era el relieve que se le otorgaba a este tipo será el análisis de la figura del uxoricidio, delito que hoy no deja de asombrarnos, tanto por sus características como por lo prolongado de su duración, ya que no fue derogado hasta 1963.

El uxoricidio, de hecho, era una atenuante de los delitos de homicidio y lesiones, aplicable al marido, en relación a la esposa, o padre, en relación a la hija, que atacara a los amantes que eran sorprendidos in fraganti. El resultado de aplicar esta atenuante era la conversión de las penas establecidas para los delitos de homicidio y lesiones graves por la de destierro, y la exención de pena en caso de que las lesiones fueran leves.

El adulterio por parte del hombre era considerado amancebamiento. La ley de 11 de mayo de 1942, consideró punible tanto el adulterio como el amancebamiento y así pasó al Código Penal de 1944, que en su artículo 449 establecía que: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". En el artículo 452 se recoge que para que haya delito hace falta que: "El marido tuviera manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella". Lo que significa que la mujer es castigada como delincuente, y en cambio, una "desliz" del hombre no era ningún delito.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I. DERECHO ROMANO

La Lex iulia de adulteriis coercendis, que es sin duda el punto de partida del tratamiento penal del adulterio en nuestra cultura, y que nos conduce al año 18 a. C. Lo primero que hay que tener en cuenta es que esta ley se inserta en un programa más amplio de moralización de las relaciones conyugales iniciado por Augusto con la Lex iulia de maritandis ordinibus, dictada en el mismo año. No sin una dura oposición por parte del patriciado, con estas leyes el emperador asumía para el Estado el control de las relaciones conyugales y el castigo de las infracciones. En la época de Augusto el adulterium lo cometía tanto el hombre como la mujer que estando casados mantenían relaciones fuera el matrimonio. Adulter, en masculino, aparece usado tanto para designar al amante (casado o no) de una mujer casada como al hombre casado que mantenía relaciones extramaritales, aunque no en todo tipo de estas relaciones. Ahora bien, la ley de Augusto va a criminalizar sólo algunos casos concretos de este tipo de relaciones, que son los que preocupan al legislador. El adulterio que castigaba la legislación augústea se refiere concretamente al cometido por la mujer casada que mantuviera relaciones extramaritales y por el varón, (casado o no) que mantuviera relaciones con mujer ajena. En ambos casos, lo que se sanciona es el fraude y el engaño,

respecto a la posible descendencia, que sufre el marido. En ningún caso el varón casado podía ser acusado por su mujer de cometer este delito por mantener relaciones extramaritales, aunque según cómo y con quién las tuviera podía incurrir en otros tipos delictivos. Por lo tanto, el tratamiento penal del adulterio en la legislación de Augusto no se aplicaba simétricamente a ambos sexos, mientras que en la esfera de lo civil la infidelidad del varón casado sí podía usarse como argumento para que una mujer obtuviera el divorcio.

En cuanto a la acusación contra la mujer adúltera, la legislación de Augusto establecía que sólo podía ser presentada en primera instancia por el padre o el esposo, siendo inexcusable en el segundo caso que la mujer fuera repudiada y se procediera al divorcio. La inclusión del padre como parte acusadora parece indicar que la falta cometida, además de afectar a la legitimidad de la descendencia, afectaba al honor de la familia de la mujer. Si transcurrido un plazo de sesenta días desde la constatación del adulterio el marido no presentaba acusación, podían plantearla terceras personas, en este caso inculcando también al marido, porque el consentimiento de las relaciones adúlteras de su mujer le convertía también en delincuente según la citada ley. Otro aspecto importante relativo a la acusación es que se presentaba por separado contra la mujer adúltera y contra su amante.

En cuanto a las penas impuestas por adulterio, la legislación de Augusto tampoco era simétrica frente al hombre y la mujer. La mujer adúltera perdía la mitad de su dote y un tercio de sus propiedades, quedando además relegada a la categoría de probosa, que la equiparaba a las prostitutas y le impedía volver casarse con hombre libre. Por su parte, el hombre acusado de adúlterar con mujer casada perdía la mitad de sus bienes y era condenado además al exilio.

También la legislación romana preveía el posible final sangriento de un caso de adulterio, estableciendo una casuística en la que el padre o el marido de una mujer adúltera podían dar muerte a ésta y a su cómplice sin incurrir en homicidio, aunque este tema entraba en la legislación sobre el homicidio y tuvo fluctuaciones en el tiempo.

El padre podía dar muerte a su hija adúltera y a su amante sin incurrir en homicidio sólo si los sorprendía en pleno acto carnal, en el hogar paterno o el conyugal y acababa con la vida de ambos en el mismo acto. El marido, por su parte, podía acabar con la vida del amante de su mujer siempre que fuera de categoría inferior y lo hiciera tras sorprenderlo en pleno acto y en el hogar conyugal.

II. DERECHO MEDIEVAL CASTELLANO

INTRODUCCIÓN

En la Edad Media el matrimonio era una relación asimétrica. No se trataba de un contrato suscrito por dos seres humanos en pie de igualdad, sino de un vínculo establecido entre dos personas de diferente sexo claramente jerarquizadas. El varón, considerado superior a la mujer en su calidad, siguiendo a San Pablo, era definido asiduamente como «caput mulieris» o cabeza de la mujer, y su palabra, la masculina, podía tener, por tanto, mayor peso y valor probatorio.

III. EL FUERO JUZGO

En el título IV del Libro III del Fuero Juzgo, De los adulterios e de los fornicios, lo primero que llama la atención es la falta de definición del delito de adulterio, ya que se comienza hablando de casuísticas concretas sin una aclaración previa de lo que debe entenderse por adulterio, y el término se aplica a situaciones muy diversas. Veamos algunos ejemplos de esta diversidad:

“Si la mujer faze adulterio con otro seyendo casada con el marido.

Si algún omne fiziere adulterio con la mujer ajena por fuerza [...]. Más si el adulterio fuere fecho de voluntad de la mujer...”

En este caso parece entenderse que el adulterio se produce con independencia de la voluntad de la mujer. Es decir, en caso de violación ésta no incurriría en delito, pero

el hecho consumado no dejaba de ser considerado un adulterio. En el Fuero Juzgo el concepto de adulterio se amplía y diversifica, aplicándose a una variedad de situaciones que van más allá de la ruptura voluntaria de la fidelidad conyugal; y que se equiparan, grosso modo, a otro tipo de relaciones sexuales consideradas no lícitas, por lo que no es extraño que en algún artículo se empleen los términos adulterio y fornicio como sinónimos.

La acusación de adulterio debe ser promovida por el marido afectado, aunque se admite la acusación por parte de los hijos legítimos, si los hubiere, o de los parientes más próximos del marido, considerando que por artes mágicas la mujer puede tener ganada la voluntad de su esposo impidiendo que éste pueda mover la acusación. Llegado el caso, la justicia real puede intervenir sin acusación de parte ante un adulterio notorio que no haya sido denunciado.

El castigo establecido para la mujer adúltera y su amante consiste en ser entregados al marido ofendido para que haga de ellos su voluntad, sin establecer límites ni formas. Los bienes de ambos pasarían a ser propiedad del marido afectado, salvo que los culpables tuvieran hijos legítimos, en cuyo caso son éstos los que recibirían dichos bienes.

El marido que mata a su mujer adúltera y al hombre con quien ha cometido el adulterio queda exento de la pena por homicidio. El artículo no especifica con rotundidad que deba sorprenderlos en el domicilio conyugal, aunque sí parece deducirse que se perdona el homicidio siempre que se haya dado muerte a ambos. El padre que mata a una hija que ha cometido adulterio queda exento de la pena por homicidio, pero sólo si el acto se ha producido en la casa paterna.

Podemos apreciar ciertos paralelismos entre el concepto y tratamiento del adulterio en el Fuero Juzgo y la tradición del derecho romano, pero no tanto una trasposición al pie de la letra. Las coincidencias se centran en la criminalización de la mujer casada que comete adulterio hacia su marido, mientras que no se considera parte ofendida a la esposa en el caso inverso. Bastantes similitudes hay también, aunque con

algún matiz, en cuanto a la exención de la culpa por homicidio en el caso de que el padre o el marido de una mujer adúltera acabaran con la vida de ésta y de su amante, teniendo siempre en cuenta que no debe entenderse esto como aplicación de la pena de muerte a los adúlteros, sino como un eximente en caso de homicidio.

Sin embargo, el tema de la pena legalmente impuesta a los adúlteros sufre un cambio importante. Estaba más regulada en la ley de Augusto y, además, en ningún caso se dejaba en manos del marido a los amantes adúlteros. En el Fuero Juzgo, sin embargo, quedan a disposición del marido los cuerpos de los acusados, dejando la puerta abierta a que su fin sea la muerte. Si bien la criminalización del adulterio sigue siendo un tema de derecho público, en el momento del castigo parece imponerse el carácter privado de la falta, lo que concuerda más con algunas costumbres germánicas mencionadas por Tácito que con la tradición romana posterior a la legislación de Augusto.

Otra diferencia entre el Fuero Juzgo y la tradición romana es el hecho de que en el primero no se establece distinción entre el castigo de la mujer adúltera y su amante, ya que ambos son puestos a disposición del marido ofendido. La ley de Augusto, por el contrario, establecía un castigo distinto para cada uno.

En cualquier caso, el contenido del Fuero Juzgo hay que verlo más como ejemplo de la tradición jurídica creada en la época tardorromana, mediante la mezcla de Elementos clásicos, germanos y cristianos, que como exponente de la realidad del siglo XIII en que se vertió al castellano.

IV. EL FUERO REAL

Redactado en 1255, en el inicio del reinado de Alfonso X, el Fuero Real es un texto legal concebido, según algunos autores, «como elemento finiquitador del sistema tradicional castellano basado en el juego del albedrío [...] y al mismo tiempo, como elemento unificador y renovador del derecho de Castilla»

Nació para ser concedido a numerosas villas y lugares con el objetivo de imponer una mayor unidad en la aplicación del derecho. Tenía como referencia cercana el Fuero Juzgo, pero éste no era más que una versión castellana de las leyes del vetusto Liber Iudicorum, por lo que ahora se podía aprovechar la ocasión para dar entrada a algunas ideas nuevas ausentes del derecho tradicional castellano, o retocar otras.

En cuanto al delito de adulterio se refiere pocas novedades encontramos. Por una parte, se mantiene el concepto penal del adulterio establecido en el Fuero Juzgo: es un delito que sólo comete la mujer casada y el varón que mantiene relaciones ilícitas con ella.

En cuanto a la presentación de querrela contra la mujer adúltera se introducen matices. Si bien se afirma que «todo home la pueda acusar», ahora se añade explícitamente que «si el marido no la quisiere acusar, ni quiere que otro la acuse, ninguno no sea rescivido por acusador». La justicia real renuncia por tanto a actuar contra la mujer adúltera a no ser a petición de su marido; lo cual ahonda el carácter de delito contra parte y no contra la moral pública, y nos aleja aún más que el Fuero Juzgo de la concepción del adulterio como pecado.

Respecto a la pena impuesta por adulterio, en el Fuero Real se mantiene en esencia lo estipulado en el Fuero Juzgo: tanto la mujer adúltera como su amante deben ser puestos a disposición del marido ofendido con sus bienes. Sin embargo, surge una aparente contradicción entre las leyes primera y segunda del título sobre los adulterios, que no es más que establecer una gradación del castigo en función del estado de la mujer.

Se comprueba que la potestad de que el marido acabe con la vida de los reos tras la sentencia se concede sólo en caso de que el matrimonio se haya consumado (marido y mujer casada). Si la pareja sólo estaba desposada, se veda expresamente al esposo la potestad de acabar con las vidas de los reos cuando le sean entregados por la justicia.

También se establece en el Fuero Real la exención de la pena por homicidio tanto para el marido como para el padre, o el hermano y parientes más cercanos en caso

de ser huérfana, si sorprenden a los adúlteros en el hogar familiar. Sin embargo, la novedad es establecer que «pueda matar al uno dellos, si quisiere, e dexar al otro».

En cuanto a la posible vigencia del Fuero Real, se ha hablado sobre la resistencia a su aplicación en muchas ciudades y villas a las que fue otorgado. Además, como en muchos casos era un Fuero supletorio para completar los fueros locales existentes, se duda de que su aplicación práctica fuera importante. Ahora bien, la política de concesión de este fuero a tantas villas castellanas, en algunos casos como Fuero principal, nos debe hacer pensar que, independientemente de su aplicación práctica, debió ser un texto de gran difusión en cuanto a su conocimiento, lo que tendrá una enorme importancia de cara a asentar algunas concepciones sobre el delito de adulterio que pasarán a los grandes textos legales de los siglos venideros.

V. LAS PARTIDAS

Un texto legal mucho más rico que el Fuero Juzgo y el Fuero Real, y más relacionado con el contexto ideológico, cultural y jurídico del siglo XIII, es sin duda el de las Partidas de Alfonso X (ca. 1256-1265), que además incluyen importantes razonamientos sobre la consideración de los hechos delictivos y la finalidad de las penas. Suele considerarse este corpus legal muy influenciado por el Derecho Romano, y a la vez imbuido por la moral cristiana, lo que provocaría en algunos momentos una cierta equiparación, aparente al menos, entre delito y pecado. Desde luego, respecto al adulterio no existe la menor confusión por parte del redactor. Entrando en el tema nos centraremos en el título XVII de la Séptima Partida, el dedicado específicamente a los adulterios, considerados «uno de los mayores yerros que los homes pueden fazer».

La primera ley del título sobre los adulterios consiste precisamente en definir este delito, explicando incluso su etimología y quién puede cometerlo y denunciarlo:

«Adulterio es yerro que home faze yaciendo a sabiendas con mujer que es casada ó desposada con otro [...] dixeron los sabios antiguos que maguer que el home

que es casado yoguiese con otra muger [...] que no le puede acusar su muger ante el juez seglar [...] por muchas razones: la una porque del adulterio que faze el home non nasce daño ni deshonra a la suya; la otra porque del adulterio que fiziese su muger con otro finca el marido deshonorado [...], ca si se empreñare de aquel con quien fizo el adulterio verníe el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernía a la muger del adulterio quel marido fiziese con otra...»

Frente a la polisemia del término adulterio que veíamos en el Fuero Juzgo, ahora encontramos una clara definición penal de este delito, que sólo puede ser imputado a la mujer casada y al varón con el que cometa el acto. Ahora bien, el texto deja claro que también el marido que mantiene relaciones extraconyugales comete pecado de adulterio, aunque en este caso no comete un delito contra su mujer y, por tanto, no puede ser acusado por ésta «ante juez seglar». Por supuesto, esto no anula la posible denuncia de la mujer contra el marido ante un tribunal eclesiástico, que podría tratar el caso desde otro punto de vista.

En definitiva, este concepto de adulterio lo sitúa en el ámbito de los delitos contra la persona, ya que atenta, como la injuria, contra una honra que, en este caso, es patrimonio exclusivo del varón. Además, encontramos la justificación de esta concepción penal del adulterio en los «*sabios antiguos*», que a tenor de las mencionadas leyes de Augusto podemos situar muy bien en el contexto de la tradición romana; aunque dichas leyes no hayan sido de modo directo la fuente de esta interpretación.

No es la moral lo que intenta defenderse al criminalizar el adulterio sufrido por un varón casado; es su honra y su linaje; por no hacer una interpretación más materialista y considerar que, en cierto modo, también se intenta proteger la propiedad de la descendencia legítima.

Por si quedara alguna duda, el final de esta ley deja bien claro que no es el pecado de adulterio lo que castiga el legislador, y que tampoco sigue el criterio de la Iglesia a la hora de abordar este comportamiento: «... *et esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund juicio de santa eglesia non sería así*».

En cuanto a la acusación contra la mujer adúltera, las Partidas difieren notablemente de la legislación augústea y del Fuero Juzgo. Recordemos que en aquellos, aunque el marido o el padre de la mujer adúltera tenían la prioridad para denunciar el delito, en determinadas circunstancias se permitía la acusación por parte de otros miembros de la familia, y llegado el caso incluso se aceptaba la acusación por parte de personas ajenas a la familia, o la actuación de la justicia de oficio. En las Partidas, por el contrario, sólo se permite denunciar el delito al marido o a los familiares directos de la mujer: padre, hermano o tíos. En definitiva, sólo a las personas que pueden sufrir deshonra por el comportamiento de la mujer. Se prohíbe expresamente que cualquier otra persona pueda presentar acusación por adulterio, y se establece que, si la familia directa quisiera «consentir, et sufrir, et callar su deshonra», nadie debía entrometerse. Una vez más, la lógica típica de un delito contra la persona, y no contra la moral. Por el contrario, en la legislación de Augusto sobre el adulterio también incurría en delito el marido que no denunciaba el adulterio de su mujer.

Pasando a las penas impuestas por adulterio, las Partidas son asimétricas respecto al varón y a la mujer. Para la mujer se establece que «*debe ser castigada et ferida públicamente con azotes, et puesta et encerrada después en algund monasterio*», quedando sus bienes en propiedad del marido. Para el varón que cometa adulterio con mujer ajena se establece la pena de muerte, aunque no se menciona el método a emplear. Claramente, la pena se endurece notablemente frente a la legislación romana, pero su aplicación se reserva a la justicia pública, y no al marido, como en el Fuero Juzgo. Desde luego, el castigo de la mujer tiene más puntos en común con la tradición germánica citada por Tácito que con cualquier otra de las que se han mencionado, y tal vez la influencia que menos se deja sentir en esta pena es la cristiana.

Como la legislación augústea y el Fuero Juzgo, las Partidas, contemplan la posibilidad de que el adulterio se convierta en móvil de un homicidio, por lo que se regula en qué casos éste puede ser excusable, para evitar que sirva para encubrir otro tipo de móviles.

El marido puede matar al hombre que comete adulterio con su mujer si lo sorprende en pleno acto «*en su casa o en otro lugar*»; pero se le niega este eximente si dicho hombre es «*su señor o home que lo hobiese fecho libre, o si fuese otro home honrado et de grand lugar*», en cuyo caso sólo cabría recurrir a la justicia. Sin embargo, se establece claramente que «*non debe matar la muger*». Contra ésta sólo se permite la actuación por la vía legal.

Por su parte, el padre de la mujer adúltera puede matar a ésta y a su amante si los sorprende en su casa o en la de su yerno, con la salvedad de que sólo es excusable el homicidio si acaba con la vida de ambos en el mismo acto. Caso de matar sólo a uno de ellos se le inculparía por homicidio.

En caso de cometer el homicidio fuera de estos supuestos, tanto el padre como el marido debían ser castigados, aunque la constatación del adulterio consumado se tendría en consideración como atenuante del castigo, ya que «*non es guisado que reciba tant gran pena como los otros que facen homicidio sin razón*». En cualquier caso, las penas por este tipo de homicidios se gradúan en función del rango social de las partes. Si el homicida es de rango inferior al muerto, quedaría condenado a servir perpetuamente «*en las labores del rey*». Si son de igual rango se establece un destierro por cinco años «*en alguna isla*». Si el homicida es de rango superior al muerto el destierro sería por menos plazo, «*segunt alvedrío del judgador*». En resumen, en cuanto al delito de adulterio las Partidas, aun manteniendo importantes conexiones con el Fuero Juzgo y el Derecho Romano clásico, parecen beber de fuentes más amplias; pero no creo que pueda considerarse que el tratamiento penal de este comportamiento en concreto se haya dejado influir mucho por las concepciones cristianas ni por el concepto de «*pecado*». No es la ofensa al sacramento matrimonial lo que preocupa al legislador, y de ahí la enorme disimetría que se establece entre la mujer adúltera, delincuente que ha de ser juzgada y castigada por la justicia seglar por la ofensa que comete contra su marido, y éste, que en caso de cometer adulterio sería considerado un pecador (cuya penitencia quedaría en manos de la Iglesia) y en el peor de los casos podría ser acusado por su mujer por este hecho sólo en un proceso de separación.

La justificación teórica que dan las Partidas sobre el acto delictivo que comete la mujer adúltera, aunque no se exprese en otros textos legales, refleja a buen seguro el punto de vista más extendido entre los grupos dominantes de la época sobre las relaciones de género dentro del matrimonio. La mujer casada pasaba a ser entendida casi como un bien del esposo, cuyo uso le estaba reservado. Ante una relación tan desigual, la infidelidad conyugal no podía plantearse, a efectos de derecho penal, de un modo simétrico.

VI. LOS ORDENAMIENTOS CASTELLANOS BAJOMEDIEVALES. **ORDENAMIENTO DE ALCALÁ (1348). ORDENAMIENTO DE TORO (1505)**

En el reinado de Alfonso XI se inicia una línea clara de avanzar hacia una mayor homogeneización de la justicia penal y un mayor control de la misma por parte de la monarquía. El ordenamiento de Alcalá de 1348, entre otras cosas, es un intento, mucho más práctico que el Fuero Real, y menos estético que las Partidas, de avanzar hacia una justicia penal territorial identificada con la figura del monarca.

El Ordenamiento de Alcalá es claro y conciso sobre el adulterio. En cuanto a la concepción de este delito, aunque no se expone porque tal vez ya no fuera necesario hacerlo, se mantiene la idea de que sólo lo cometen las mujeres casadas y sus amantes, como en los tres grandes códigos precedentes.

En cuanto al castigo se prefiere el modelo establecido en el Fuero Real, que entronca con el *Liber Iudiciorum*, y se abandona la idea de las Partidas de imponer expresamente la muerte como pena para el varón y los azotes públicos y la reclusión de por vida para la mujer. La monarquía del siglo XIV se inclina por dejar al marido la palabra final, entregarle el cuerpo de los reos y abrir la posibilidad de que acabe por sí mismo con sus vidas a modo de verdugo: «*Et si los acusare a amos a dos, o a qualquier dellos, que aquél contra quien fuere judgado que le metan en poder del esposo, que faga del e de sus bienes lo que quisiere*».

El dejar abierta la posibilidad de dar muerte a la mujer desposada es una novedad respecto al Fuero Real que sirve de modelo en este artículo, y que nos retrotrae a la formulación preexistente en el *Liber Iudicorum*, que no establecía distinción entre mujer casada y desposada. Incluso se intenta dar una explicación lógica y racional a esta opción:

«Contiéndose en el fuero de las leys que si la mugier que fuere desposada fiçiere adulterio con alguno, que amos a dos sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos, más que los non pueda matar. Et porque esto es exemplo e manera para muchas dellas façer maldat e meter en ocasión e verguença a los que fueren desposados con ellas, porque non pueden casar en vida dellas...».

Sin duda este argumento concuerda con las dificultades estipuladas en las Partidas para conseguir el *divortium ad vinculum*, única forma de disolución del matrimonio que permitía volver a contraer nupcias.

Encontramos la decisión de Alfonso XI de modificar lo que venía siendo norma habitual en los diferentes Fueros castellanos, de acuerdo con la cual se disponía que la adúltera fuese entregada al esposo con su cómplice, para que le sirvieran como esclavos, pero sin poder matarlos. Claro está que eso dio lugar a que los amantes continuaran su relación bajo el techo del marido, y como eso no se podía permitir el rey Alfonso y en su virtud en las Leyes de Alcalá se dispuso que "de aquí en adelante", el marido que hubiese cumplido los 14 años, desposado por "palabras de presente" con mujer, que tuviese los doce 12, podría matar o hacer matar a la esposa y al amante, sorprendidos cometiendo adulterio, a condición de no dejar en vida a una de las partes. Curiosa condición por cierto la de obligar a la muerte necesaria de los dos amantes. Si el marido no lograba descubrir la infidelidad "en el acto" siempre podía demandar a su propia esposa ante el Juez quedaba el recurso de acudir al juez, sin necesidad siquiera de llamar a juicio al supuesto amante. La esposa habría de probar su inocencia, sin que la sirviesen de excusa los adulterios del marido. Si no resultaba convincente podía ser

castigada a ser dada al marido ella y sus bienes para que éste hiciese lo que se le antojara con ella y con ellos.

TITOL XXI.
DE LOS ADULTERIOS E DE LOS FORNICIOS

LEY PRIMERA

De la mugier desposada que façe adulterio, en que pena cae; et que la mugier casada y desposada non pueda desechar al marido, o al Esposo de la acusacion, por decir que fiço adulterio.

Contienese en el fuero (I) de las leys, que si la mugier que fuere desposada, fiçiere adulterio con alguno, que amos à dos sean metidos en poder del Esposo, asi que sean sus siervos, mas que los non pueda matar; et porque esto es exemplo é manera para muchas dellas fàçer maldat, é meter en ocasion e verguença á los que fueren desposados con ellas, porque non pueden casar en vida dellas, por ende por tirar este yerro tenemos por bien, que pase en esta manera de aquí adelante; que toda mugier que fuere desposada por palabras de presente con ome, que sea de edat de catorce annos compridos, é ella de doce acabados, é ficiere adulterio, si los el Esposo fallare en uno que los pueda matar por ello si quisiere à amos à dos, asi que non pueda matar el uno, è dejar al otro, pudiéndolos matar à entrambos. Et si los acusare à amos à dos ó à qualquier dellos, que aquel contra quien fuere juzgado, que le metan en poder del Esposo, que faga del é de sus vienes lo que quisiere. Et que la mugier non se pueda escusar de responder à la acusacion del Marido, ô del Esposo, por decir que quiere probar que el Marido, ó el Esposo cometió adulterio

LEY II

De los que façen yerros çón. alguna mugier de casa de su Sennor, que pena

debe aver

Algunas veçes acaesce que los que viven con otros se atreven façer mal de fornicio con las barraganas, o con las parientas, o con las sirvientas de aquellos con quien viven , è destó suele venir muerte de los Sennores, è otros males è dannos. Por ende establescemos è mandamos, que qualquier que fiçiere maldat de fornicio con la barragana conocida del Sennor, ô con doncella, que tenga. en su casa, è con cobijera de la Sennora de aquellos que la han, ô con parienta de aquel, con quien viviere morando la parienta en casa del, Sercnor, ô con la ama que criare su fijo, ô su fija, en quanto le diere, leche, quel maten por ello. Et la que este, yerro fiçiere, que sea puesta en poder de aquel con quien viviere que le dè la pena que quisiere tambien muerte corno otra. Et el que fiçiere tal maldat, con la sirvienta de casa que non sea de, los sobre dichos, que den à cada uno dellos cien. açotes publicamente por la Villa; et si fuere fijo dalgo el que este yerro fiçiere con la sirvienta como dicho es ô ella fuere fijodalgo, que yaga vn anno en la cadena. Et qualquier dellos que non fuere fijodalgo, que le den los dichos cient açotes. Et si qualquier destes que viviere con otro, se desposare, ô casare con la hija, ó con la parienta que tenga en su casa aquel con quien viviere sin su mandado, que el que este yerro fiçiere que; sea echado del Regno para siempre, è tornare, que la justicia lo mate et ella sea desheredada .è aya sus vienes su, pariente mas propinco, è esto que lo pueda acusar el Padre, è la Madre, ô aquel ô aquellos, con quien viviere qualquier destes sobredichos. Et si aquellos con quien viviere non lo acusaren, que lo pueda acusar qualquier de los parientes mas propincos fasta tercer grado; pero si el Padre, ó la Madre, è el. Sennor con quien viviere, la perdonare que la non pueda acusar otro.

Poco sabemos de la aplicación práctica en los primeros tiempos de lo estipulado en el Ordenamiento de Alcalá, pero en general se puede afirmar que en lo tocante al adulterio se mantuvo literalmente en cada uno de los siguientes grandes textos normativos en materia penal, desde las Ordenanzas Reales (u Ordenamiento de Montalvo) compiladas en 1484 en época de los Reyes Católicos, hasta la Novísima Recopilación promulgada en 1805 en época de Carlos IV. En el ínterin, otras dos grandes compilaciones adoptaron en su mayor parte la formulación sobre el adulterio establecida en Alcalá, las Leyes de Toro de 1505 y la Nueva Recopilación de 1567.

Sin embargo, las Leyes de Toro contienen un interesante añadido para los casos en que el adulterio servía de eximente si el marido daba muerte a los amantes adúlteros. Si optaba por esta vía extrajudicial, expresamente consentida como en Alcalá, el marido no podría reclamar la dote de la esposa ni los bienes de su amante:

«El marido que matare por propia autoridad al adúltero y la adúltera, aunque los tome in fraganti delicto y sea justamente hecha la muerte, no gane ni tome la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare por autoridad nuestra justicia».

Sin duda, debía haberse estado produciendo una extensión en la práctica de lo establecido en caso de muerte tras sentencia judicial (los bienes pasaban al marido). Se sigue perdonando la muerte extrajudicial de los amantes a manos del marido, pero sólo en unas estrictas circunstancias (muerte de ambos, sorprendidos en pleno acto carnal y en el hogar conyugal) y aclarando que esta opción anulaba la posibilidad de adquirir los bienes de los fallecidos.

La introducción de esta aclaración en 1505, que parece un intento de frenar, sin prohibirla, la violencia extrajudicial de los varones, ¿obedeció a un incremento de los casos de homicidio amparados en la eximente de adulterio? ¿Era una manera de reforzar la idea de que la justicia penal debía estar sometida a la autoridad regia? ¿Una vía de obtener ingresos para las arcas reales? Difícilmente podremos constatarlo con datos. Lo que sí parece claro es que el marido que acababa con la vida de la mujer adúltera y su amante en circunstancias distintas a las permitidas por la ley debía ser procesado penalmente por homicidio. En cualquier caso, también se había convertido en norma que, si en el juicio se probaba el adulterio cometido por las víctimas, este hecho actuaría como atenuante, moviendo al juez a aplicar una pena menor a la establecida para otro tipo de homicidios. Es más, incluso esa pena atenuada era ampliamente susceptible de ser perdonada por los monarcas mediante la concesión de un perdón, previa prestación de servicios militares o de pagar una suma.

3. LA TIPIFICACIÓN DEL UXORICIDIO EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES

I. CÓDIGO PENAL DE 1822

Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, fue ley el Proyecto de Calatrava en tiempos ya críticos. Dos días antes había ocurrido el famoso levantamiento de la Guardia Real, favorecido, según se dice, por el propio monarca, y aplastado fácilmente por los constitucionales. Un mes después se constituía la regencia rebelde de Seo de Urge! y en seguida menudearon los alzamientos episódicos por todas partes. Al hundirse el régimen político que lo trajo al mundo, sucumbió, pues, el apenas nacido, volviendo a imperar la situación anterior; o sea la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos¹.

Art.612: Los que maten á un hijo, nieto o descendiente suyo en línea recta, o a su hermano o hermana, o a su padrastro o madrastra, o a su suegro o suegra, o a su entenado o entenada, o a su yerno o nuera, o a su tío o tía carnal, o al amo con quien habiten, o cuyo salario perciban; la mujer que mate a su marido, o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente, con premeditación, con intención de matar, y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. Exceptuáanse las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que este sea a juicio de los jueces de hecho, y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrirá en tal caso la pena de quince a

¹ José Antón Oneca, “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, págs. 263-278

veinticinco años de reclusión y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito, y diez leguas en contorno.

En él se formaba un grupo heterogéneo con los sujetos pasivos que podían ser: los descendientes en línea recta, los hermanos, los padrastros, los suegros, los hijastros, los yernos, las nueras, los tíos carnales, los amos con quienes habitaban o de quienes percibían un sueldo, y los cónyuges. Como se puede apreciar se respetaban todos los parientes, a excepción de los padres adoptivos, que se tenían en cuenta en las Partidas. Se mezclaban vínculos consanguíneos, afines e incluso vinculaciones salariales y por último se añadía a los cónyuges equiparándolos a las otras personas que no tenían un vínculo demasiado cercano. Cuando mediaba premeditación, voluntad e intención de matar, y conocimiento de la persona a la que se daba muerte, este delito era penado como un asesinato del art. 609, considerándose infame al autor además de imponerle la pena de muerte. La pena de infamia constituía una agravación respecto a la señalada para el simple homicidio.

Art. 613: Los que maten a su padre o madre, o a su abuelo u otro ascendiente en línea recta, voluntariamente, sabiendo quién es, y con intención de matarle o herirle o maltratarle, son parricidas, e infames por el mismo hecho, y sufrirán la pena de muerte en los términos prescritos contra el parricidio, aunque no resulte más premeditación, o aunque preceda alguno de los estímulos que la excluyan según el art. 607.

Art. 607: En el homicidio voluntario se supondrá haber premeditación siempre que el homicida mate a sangre fría y sin causa, o con el fin de cometer u ocultar otro delito, o sin ser movido por alguno de los estímulos siguientes: Primero: por una provocación, ofensa, agresión violencia, ultraje, injuria o deshonra grave que en el acto mismo del homicidio se haga al propio homicida, o a otra persona que le interese; en cuyo caso se comprende así el que mate por esta provocación, como el que por ella promueva en el acto una riña o pelea de que resulte la muerte del ofensor. Segundo: por un peligro o ultraje o deshonra grave que fundadamente tema el homicida, en el acto mismo del homicidio contra si propio o contra otra persona que le interese. Tercero: por el robo, incendio, invasión escalamiento o asalto de una propiedad que el homicida vea

cometer en el acto mismo del homicidio. Cuarto: por el deseo de precaver o impedir cualquier otro delito grave que en el acto mismo del homicidio se esté cometiendo o se vaya a cometer contra la causa pública. Quinto: Por el de sujetar en el propio acto del homicidio, o cualquiera otro delito grave, y vaya huyendo, y no quiera detenerse. Sexto: en los padres, amos y demás personas que tengan facultad legítima para castigar por si a otros, se excluye también la premeditación cuando se excedan en el castigo por un arrebatado del enojo que les causen en aquel acto las faltas o excesos graves que hayan cometido las personas castigadas.

El parricidio stricto sensu se encontraba recogido en el art. 613. Se denominaba expresamente «parricidio» a la muerte de los consanguíneos restringidos en línea recta ascendente: padre, madre, abuelo u otro ascendiente en línea recta. Lo mismo que en el art. 612 se requería el conocimiento del lazo consanguíneo que unía al autor con la víctima. La voluntad del acto y la intención de matar formaban parte del tipo. No era necesaria la premeditación, cuando ésta parecía un requisito esencial en los delitos de este capítulo. No cabía la exclusión de la pena aunque hubiere precedido provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave... del art. 607.

Art. 619: El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta o descendiente en línea recta, o en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas, será castigado con un arresto de seis meses a dos años, y con un destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas en contorno. Si la sorpresa no fuere en acto carnal, sino en otro deshonesto aproximado o preparatorio del primero, será la pena de uno a cuatro años de reclusión, y de cuatro a ocho de destierro en los mismos términos.

Art. 620: El que incurra en igual delito respecto a una hermana suya, o a su nuera o entenada, o al que encuentre yaciendo o en acto deshonesto con alguna de ellas, sufrirá en el primer caso del artículo precedente una reclusión de dos a cinco años, y un destierro de cuatro a ocho en los términos expresados; y en el segundo una reclusión de cuatro a ocho años, y un destierro de seis a diez, como queda prevenido.

El art. 619 contenía una atenuación de la pena en el caso de que alguno matase a la hija, la nieta o descendiente en línea recta o a la propia mujer cuando eran sorprendidas en acto carnal con un hombre, e igualmente al seductor. El acto era considerado como un homicidio voluntario castigado con la pena de arresto de seis meses a dos años y destierro de dos a seis años. Si el homicidio se producía cuando sólo eran sorprendidos en otro acto deshonesto o preparatorio del acto carnal la pena era más dura: uno a cuatro años de reclusión y de cuatro a ocho años de destierro.

Los plazos de prescripción de los delitos se recogían en los arts. 171 a 178. Puntualizaba el art. 178: En la demanda o proceso, sea de oficio o por acusación, en que se haya llegado a dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción contra lo sentenciado. El art. 620 contenía también una atenuación de la pena cuando en los mismos casos que en el art. 619 alguno matase a su hermana, a su nuera o entenada o al que encontrase yaciendo o en acto deshonesto con alguna de ellas. Incurría en igual delito sufriendo, en el caso de sorprenderlos yaciendo, una pena de reclusión de dos a cinco años y destierro de cuatro a ocho y, si el acto sólo fuere deshonesto, una reclusión de cuatro a ocho años y un destierro de seis a diez años.

Estos artículos rompen con la tradición de la excusa absolutoria del uxoricidio de la mujer sorprendida en adulterio así como del parricidio de las descendientes descubiertas en las mismas o parecidas circunstancias.

En este Código, se puede decir que el parricidio restringido a la línea ascendente es castigado con gran dureza a consecuencia de la fuerte repulsa social que provocaba este delito. También lo es la muerte de los descendientes, los cónyuges y otros parientes, pero sus autores no son considerados expresamente parricidas y son penados como asesinos. Además se consagra la inexcusabilidad del delito siguiendo el Código napoleónico, cuyo título II del libro II es encabezado por el homicidio y seguido por sus formas agravadas del asesinato y parricidio.

II. CÓDIGO PENAL DE 1848

En el Código de 1848 y su Reforma de 1850 el parricidio está recogido en el título IX («Delitos contra las personas») en su capítulo I bajo el epígrafe «Homicidios» en el art. 332 en el de 1848 y en el art. 323 en 1850 sin variación alguna en su redacción.

Art. 332 (323 en el C. p. 1850): El que mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida:

1.º Con la pena de muerte si concurriere la circunstancia de premeditación conocida, o la de ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido.

2.º Con la pena de cadena perpetua a la de muerte si no concurriere ninguna de las dos circunstancias expresadas en el número anterior.

Este delito que en el código anterior se encontraba en dos artículos quedó reducido a uno sólo. Decía el art. 332 que eran parricidas los que matasen «a su padre, madre o hijo, legítimos, ilegítimos o adoptivos o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge». Podemos apreciar que respecto de la legislación anterior se restringía el número de parientes quedando fuera los hermanos, padrastros, suegros, yernos, nueras, tíos carnales, todos los ascendientes y descendientes no legítimos más allá del primer grado y los patronos. Tratándose de padres e hijos no hacía diferencia entre los legítimos, los ilegítimos y los adoptivos, pero respecto del resto de los ascendientes o descendientes sólo estaban incluidos los legítimos. Para los ascendientes, descendientes, hermanos y afines no comprendidos en este artículo era de aplicación el homicidio con la agravante 1.º del art. 10.

Cuando el código decía «ilegítimos», referido a padres e hijos, significaba que no habían nacido éstos de legítimo matrimonio, por lo que comprendía a los adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres o nacidos de ramera. La introducción del vínculo de la adopción entre padres e hijos se hizo siguiendo el modelo francés. La inclusión del cónyuge fue estimada necesaria por la Comisión redactora que consideraba fortalecer así el vínculo del matrimonio. Se suprimió la equiparación al asesinato en la muerte de los descendientes con lo que se les ponía en el mismo plano que sus padres.

Desapareció el requisito de conocer el vínculo parental en el momento de dar muerte para poder castigar los hechos como parricidio y no como homicidio. Esta supresión provocó el planteamiento de problemas en cuanto al error y la coparticipación de terceras personas sin los vínculos marcados por la ley. Cuando se desconocía la relación de paternidad, de filiación, o de matrimonio, no podía haber responsabilidad de la acción que se cometía, por lo que debería castigarse como un homicidio. Sin embargo cuando se ignoraba la relación de parentesco venía en aplicación el párrafo tercero del art. 1: «El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender»

A diferencia de los códigos de Francia y Nápoles que tenían un artículo donde afirmaban que el parricidio nunca podría ser inexcusable, el Código de 1848 admitía la aplicación del art. 8 que recogía las circunstancias que eximían de responsabilidad criminal.

Se castigaba al parricida: «1.º Con la pena de muerte si concurriese la circunstancia de premeditación conocida, o la de ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido». Nos encontramos en este caso con una pena única e indivisible, que nos sugiere que se ha recogido específicamente la forma de mayor gravedad del delito, considerando que la pena de muerte era el grado máximo de la pena que se podía imponer si lo comparamos con el caso recogido en el número 2.º: «Con la pena de cadena perpetua a la de muerte si no concurriere ninguna de las dos circunstancias expresadas en el número anterior». Así podríamos considerar que el grado máximo de la pena sería de aplicación cuando concurrieran las agravantes de premeditación o ensañamiento y se podría, con la falta de agravantes o la existencia de atenuantes, rebajar la pena hasta el grado mínimo que sería la cadena perpetua. Se clasifica como parricidio cualificado por la premeditación o el ensañamiento al recogido en el número primero. Para la imposición de la pena había que contar con el art. 68 que impedía el doble cómputo de las agravantes incluidas en el tipo, el art. 70 que regulaba los casos en que se imponía una sola pena indivisible y cuando la pena estaba compuesta de dos indivisibles. Pese a la influencia del Código francés de 1810 la

ejecución de la pena de muerte en España era menos feroz. En Francia el art. 13 del Código disponía que el condenado a muerte por parricidio fuese conducido al patíbulo en camisa, con los pies desnudos y la cabeza cubierta con un velo negro, que fuese expuesto en lugar de la ejecución mientras se leía la sentencia y que después se le cortase la mano derecha antes de darle muerte. La mutilación de la mano fue suprimida por ley de 28 de abril de 1832. El 26 de agosto de 1850 España y Francia firmaron un convenio de extradición en el que una de las causas de ésta era el parricidio.

El Código de 1848 no incluía en el parricidio la muerte del hijo recién nacido por la madre para ocultar su deshonra, sino que pasaba a ser un tipo privilegiado y tener un trato independiente como infanticidio en el art. 336 que además incluía a los abuelos maternos. Pacheco censuró el privilegio desmesurado de este delito.

Art. 336: «La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

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

El art. 339 (348 en el Código de 1850) volvía a la excusa semiabsolutoria para el marido que matase a su mujer sorprendida en adulterio o al adúltero, siendo condenado sólo a la pena de destierro. Además este mismo castigo era impuesto al padre que en las mismas circunstancias matare a la hija menor de 23 años que viviere con él y a su seductor.

Art. 339: El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a esta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas».

Aunque en líneas generales en este Código el parricidio queda restringido a un menor número de personas que en el anterior seguimos ante un tipo agravado por la culpabilidad que exige conocimiento de las circunstancias por el que actúa.

III. CÓDIGO PENAL DE 1870

El dictamen de la comisión de las Cortes constituyentes sobre la reforma del Código Penal, presentado en 10 de junio de 1870, y aprobado con la adición propuesta por el Diputado Señor Romero Girón y otros, el 17 del mismo mes, no duda en aceptar el proyecto «que no solo mejora nuestro Código Penal, sino que le pone en armonía con la Constitución del Estado, y con las demás leyes y reformas verificadas desde octubre de 1868».

El delito de parricidio figuraba como independiente en el capítulo I «Parricidio» del título VIII «Delitos contra las personas», del Libro II, art. 417 del Código.

Art. 417: «El que matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge, será castigado como parricida con la pena de cadena perpetua a muerte».

Esta independencia tanto del parricidio como del asesinato parece significar la ruptura con el género homicidio dándoles sustantividad propia respecto a los delitos que con ellos pudieran estar relacionados. El parricidio no es una clase dentro del género de los delitos contra las personas, es sólo una especie, como es otra el asesinato». Esta opinión se apoya en la nueva sistemática adoptada por el legislador.

Era parricida el que mataba a su padre, madre o hijo, legítimos o ilegítimos, a sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge.

El parentesco en el parricidio y las «circunstancias» del asesinato eran presupuesto esencial de cada tipo y no circunstancias agravantes del homicidio. Eran

circunstancias necesarias para la existencia del tipo del delito. Si hubieran sido verdaderas circunstancias agravantes serían compensables con las posibles atenuantes con lo que se rompería el tipo. Por tanto la conclusión era que el parentesco en el parricidio era un elemento esencial del tipo.

Se suprimió el parentesco por adopción, el calificativo «legítimo» para los ascendientes y descendientes, los subtipos y la pena de muerte como pena única. El Código seguía dando un trato igual al parentesco legítimo y al ilegítimo entre los padres y los hijos. Quedó excluido el hijo adoptivo que no guardaba relación de consanguinidad con los padres adoptantes y que se consideraba como menos pariente que el legítimo o ilegítimo, llegando algunos comentaristas a afirmar que «el parentesco, debe tener por origen el matrimonio legítimo. No el puramente civil derivado de la adopción». Los ascendientes y descendientes no iban acompañados del calificativo «legítimo» por lo que se plantearon dudas sobre si debían entenderse como incluidos tanto los legítimos como los ilegítimos, de los que hacía caso omiso el anterior Código de 1850. Se mantuvo la equivalencia de estos parientes aunque hubo algunos que pidieron una diferenciación de trato entre los ascendientes o descendientes legítimos y los ilegítimos.

STS de 07/02/1888. Considerando que los hechos determinantes de la participación de los culpables acusados por un delito cualquiera deben apreciarse, para graduar su importancia y transcendencia, de una manera concreta, ó sea con relación al hecho punible; y que apreciada así la intervención de Eduarda Nebot en la tentativa de envenenamiento de Vicenta Sancho, mujer de Salvador Taus, es evidente que el acto de comprar la sustancia tóxica, realizado por la Eduarda, y de entregársela después á Salvador Taus para, que envenenase con ella á la Vicenta, según tenían concertado, son actos de participación directa en el delito, ya en el sentido del núm. 1.º, ya en el 3.º del art. 13 del Código, por el fin á que iban encaminados, por ser necesarios para el fin propuesto, y porque cada uno de los penados ejecutó así los que pudieron dentro de su respectiva situación: Considerando que la circunstancia esencial del delito de parricidio consiste en la relación de un parentesco determinado existente entre el ofensor y la persona ofendida, cuya circunstancia, por ser meramente personal y subjetiva, no

transciende á las terceras personas en quienes no concurre, según expresa y terminantemente se consigna en el art. 80 del Código, y según tiene ya declarado esta Sala en sentencias anteriores: Considerando que la Audiencia de Castellón ha incurrido en error de derecho al calificar como tentativa de parricidio los hechos ejecutados por Eduarda Nebot, no revistiendo, como no revisten, respecto de ella, otro carácter que el de tentativa de asesinato

El art. 417 también abarcaba al cónyuge, aunque algunos comentaristas como Groizard no parecían estar de acuerdo ya que consideraban que «el parricidio es el homicidio del padre o de la madre, ejecutado por el hijo», aunque en sentido lato incluyera a los demás parientes citados en el artículo. Y seguía diciendo el insigne jurista respecto del conyugicidio: «En hora buena que la muerte de los descendientes y del cónyuge se castigue con mayor rigor que el homicidio del extraño y aun que el homicidio de cualquier otro próximo pariente. Admitimos que se haga de ella un delito especial, un delito cualificado de homicidio; pero no hay razón de principios que abone, ni indicios de conveniencia que legitimen el que sean con el mismo rasero medidos los que tales hechos consuman y los que atentan contra la existencia de sus padres», aduciendo que siempre son más fuertes «los afectos que engendra la naturaleza y la sangre que los que crean las pasiones, los contratos, los intereses y las leyes». El Código de 1870 prescindía de los casos en que concurría premeditación conocida o ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido, que el Código anterior castigaba con la pena de muerte como pena única.

Siendo de índole subjetiva la circunstancia de parentesco no podía afectar más que a las personas en que concurría por lo que un extraño que fuere coautor de un delito de parricidio debía ser considerado como autor de homicidio.

Cuando en el parricidio concurría una circunstancia del art. 418 (alevosía, precio o promesa remuneratoria, por medio de inundación, incendio o veneno, con premeditación conocida, con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido), el cómplice extraño debía ser penado como cómplice de asesinato.

STS de 27/01/1902. Considerando que sólo comete el delito de parricidio, según el artículo 417 del Código penal, el que matare á su padre, madre ó hijo, sean legítimos ó ilegítimos, ó á cualquiera de sus ascendientes ó descendientes, ó á su cónyuge, y que siendo esta circunstancia cualificativa de índole puramente subjetiva, sólo puede afectar, como tiene ya declarado este Supremo Tribunal, á las personas en quienes concurra, al tenor de lo dispuesto en el art. 80 del propio cuerpo legal: Considerando que por no existir ninguno de los grados de parentesco antedichos entre la ofendida y Teresa Alsina Nierga y Mariano Galcerán Torrent, la participación de estos dos procesados, en concepto de cómplices, no puede serlo con respecto al delito de parricidio, sino al de Asesinato: Considerando que dada esta calificación del hecho punible en lo que á uno y otro de los referidos procesados atañe, por haberse realizado por medio del veneno, no cabe apreciar esta circunstancia genérica de agravación, al efecto de aumentar la pena del delito, por haberla expresado ya la ley al describir y penar este último, con arreglo á lo dispuesto en el art. 79 del propio Código: Considerando, por lo tanto, que al calificar y penar el Tribunal sentenciador á los procesados Teresa Alsina Nierga y Mariano Galcerán Torrent, como cómplices del delito de parricidio frustrado, en vez del de asesinato de igual grado, y al apreciar respecto de los mismos la circunstancia agravante del veneno, ha incurrido en los errores de derecho y cometido las infracciones legales que el Ministerio fiscal recurrente le atribuye.

Sin embargo se declaró en sentencia de 9 de noviembre de 1882 que el extraño que intervenía como encubridor del delito después de cometido el parricidio debía ser condenado como encubridor de parricidio y no de homicidio.

STS de 9/11/1882. En sus considerandos se establece que el encubridor debe ser siempre castigado con una pena inferior en dos grados á la señalada para el autor del delito en que interviene, aunque no tuviere las relaciones de parentesco con la víctima, que el autor, y que en buena doctrina no es posible calificar de distinta manera al autor que al encubridor, al que deberá imponerse la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley al delito consumado. Considerando que el art. 69 del Código penal dispone que á los encubridores de un delito consumado habrá de imponerse la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado: Considerando que con ser

éste el de parricidio, de que trata el art. 417, á él y no á otro ha de referirse la penalidad señalada al encubridor, conforme al texto expreso del mencionado artículo 69 y á la índole propia del acto punible en la persona del mismo, que sin participar del delito en lo necesario y adecuado á su consumación, con conocimiento de la perpetración interviene con posterioridad á su ejecución del modo que lo verificó Ramón Bagues: Considerando que al referir, por el contrario, la Sala sentenciadora el acto de encubrimiento á un delito diferente del que califica y pena en la persona de su autora, ha infringido los artículos 417, 16 y 79 del Código penal, que el Ministerio fiscal invoca, autorizándose así el presente recurso conforme á los números 4.º y 5.º del art. 849 de la Compilación general reformada.

El Tribunal Supremo, en la participación de un extraño en un delito especial, se inclinó por la aplicación del art. 80, que decía que las atenuantes y agravantes que consistían en una disposición moral del delincuente o en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal sólo servirían para atenuar o agravar la responsabilidad de los autores, cómplices o encubridores en quienes concurrieran.

Algunos penalistas no estaban de acuerdo con esta solución que consideraban demasiado simplista y estimaban que para poder dilucidar el tema de la participación en un delito especial había que partir del postulado de que la participación no es la realización del hecho propio, sino la intervención en un hecho ajeno. Habría que distinguir entre delitos especiales impropios (que presuponen un delito común que experimenta una cualificación al ser realizados por una determinada esfera de autores) y los propios. Así el partícipe de un delito especial propio debía responder como partícipe del delito especial, mientras que en el delito especial impropio, aunque también debería responder lo mismo que el anterior, cabría la discriminación de manera expresa en la ley o por deducción del sentido concreto del tipo y responder como partícipe del delito común. Otros penalistas propugnaban la ruptura del título para los que tomaban parte directa en la ejecución y la subsistencia del mismo título de imputación para los casos de inducción, cooperación necesaria y mera complicidad.

Este Código castigaba el parricidio con la pena de cadena perpetua a muerte, nos encontramos con una suavización de la pena respecto del Código anterior, ya que se suprimía la aplicación de la pena de muerte como pena única en determinados casos, y se dejaba al arbitrio del juez establecer el mayor o menor rigor de la pena según las circunstancias que concurrieran. La pena de muerte se ejecutaba «en garrote sobre un tablado», veinticuatro horas después de notificada la sentencia, de día, con publicidad, pero no en días de fiesta.

Art. 102: «La pena de muerte se ejecutará sobre un tablado. La ejecución se verificará á las veinticuatro horas de notificada la sentencia, de día, con publicidad, y en el lugar destinado al efecto, o en el que el Tribunal determine, cuando haya causas especiales para ello.

Esta pena no se ejecutará en días de fiesta, religiosa o nacional».

En esta época ya no se hacían distinciones para la ejecución del garrote que era igual para todos los reos. La ejecución era pública, el sentenciado debía vestir una ropa negra y era conducido al patíbulo en un carruaje o carro destinado al efecto. El cadáver quedaba expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, momento en que se entregaba a los parientes y amigos para que hiciesen el entierro sin pompa.

Art. 103: «Hasta que haya en las cárceles un lugar destinado para la ejecución pública de la pena de muerte, el sentenciado a ello que vestirá ropa negra, será conducido al patíbulo en el carruaje destinado al efecto, o en carro donde no lo hubiere».

Art. 104: «El cadáver del ejecutado, quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer en la que será sepultado, entregándolo a sus parientes o amigos para este objeto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa».

En el art. 424 se consideraba la muerte del hijo menor de tres días por la madre, para ocultar su deshonra, o por los abuelos maternos por la misma causa, como un infanticidio, que era un tipo privilegiado respecto del parricidio.

Art. 424: «La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare á un recién nacido incurrirá en las penas del homicidio».

La madre sólo sufriría prisión correccional en sus grados medio y máximo, y los abuelos prisión mayor, sufriendo en cualquier otro caso las penas de homicidio en vez de las de parricidio.

La jurisprudencia apreció la existencia de parricidio cuando el padre ilegítimo mató al hijo recién nacido (sentencia de 13 de julio de 1897), o cuando el abuelo mató al recién nacido habido con su propia hija sin que constase que deseaba acuitar la deshonra de la madre (sentencia de 27 de febrero de 1893), o cuando la madre dejó de alimentar al hijo entre los seis y diez días de su nacimiento produciéndole la muerte (sentencia de 17 de febrero de 1892), o cuando el padre ilegítimo abandonó al recién nacido ocasionándole la muerte (sentencia de 19 de enero de 1921).

STS de 19/01/1921. Considerando que la contestación afirmativa a todas las preguntas del veredicto, dictado en el presente proceso, no deja lugar a duda alguna sobre el hecho de haber ocasionado el procesado Trinidad Prieto, voluntariamente, la muerte de la niña nacida viva, como consecuencia de sus relaciones ilícitas con Joaquina Sutil, sacándola del lado de ésta y dejándola abandonada en condiciones tales que desde luego podía asegurarse su fallecimiento inmediato: Considerando que la realización de tales hechos constituyen el delito de parricidio que define el art. 417 del Código y que acertadamente calificó la sentencia recurrida, porque el homicidio de la niña intencionalmente producido se cualificó por la relación de parentesco filial que, aun con la consideración de ilegítimo, afirmó el Jurado en su veredicto, sin que fuera necesario, como en el primero de los motivos del recurso se pretende, que se hiciera otro género de declaraciones en el orden civil, sobre la paternidad del inculpado, porque el Tribunal sentenciador, dentro de sus facultades, privativas y al efecto único de la

repulsión, pudo hacer e hizo lo indispensable para estimarlo incurso en el delito mencionado, ya que de tal modo va unida a la esencia del delito esta especial circunstancia, que sin afirmarla no tendría aquél existencia legal: Considerando, en orden al segundo motivo del recurso, que dada la anterior calificación, no cabe buscar en el art. 501 del mismo Cuerpo legal otra a ella diferente, porque, aunque alguno de sus requisitos pudiera estimarse indicado al caso presente, excedería su aplicación el hecho de merecer por la forma de haberse producido, una calificación de mayor gravedad, que con acierto ha sido tenido en cuenta en la sentencia contra que se recurre.

El marido que mataba a la mujer sorprendida en adulterio o el padre, que en las mismas circunstancias, mataba a la hija menor de veintitrés años que vivía en la casa paterna, solamente eran castigados con la pena de destierro, salvo que hubieren promovido o facilitado la prostitución de las mujeres.

Art. 438: «El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres, respecto de las hijas menores de veintitrés años y sus corruptores mientras aquellas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas».

Aunque no existía una exención nos encontramos ante una notable minoración de la pena lo mismo que en el Código anterior. El Tribunal Supremo exigía que, para aplicar el art. 438, el uxoricidio tuviera lugar en el mismo momento del flagrante adulterio (sentencias de 21 de enero de 1902 y 23 de abril de 1904), en cualquier otro caso podía apreciar las atenuantes de arrebató y obcecación y de vindicación de ofensa (sentencia 30 de septiembre de 1879).

STS de 21/01/1902. Considerando que la disminución de responsabilidad que el citado artículo establece, en razón a la honda perturbación que al ánimo del marido agraviado ha de llevar naturalmente la presencia de actos que sin culpa suya refluyen en su deshonor y envuelven la mayor afrenta que se le puede inferir, no alcanza al que por otros medios se cerciora de la infidelidad de su cónyuge, ni, por consiguiente, á quien, como el procesado recurrente, ejecuta la muerte de la esposa que supone culpable, por haberla sorprendido escribiendo una carta de significación, sin género alguno de duda, muy grave y bastante á producir poderoso estímulo de arrebató, pero que no es dable equiparar al adulterio, sin faltar al precepto de la ley y sin olvido de consideraciones de orden aún más elevado y fundamental, toda vez que la interpretación extensiva á que aspira la representación de José Hervás, á más de ser incompatible con los términos precisos del antes citado art. 438, sancionaría el principio de la venganza privada, que nuestra legislación penal no admite ni en ésa ni en ninguna clase de delito: Considerando con respecto á los motivos segundo y tercero del mencionado recurso que para que exista la propia defensa, bien de la persona ó bien del derecho del que alega esa excusa, se requiere que preceda inmediatamente agresión ilegítima, que se determina según constante jurisprudencia de esta Sala en armonía con la significación propia de las palabras de que el legislador se vale para expresar el concepto por un hecho actual ó inminente de fuerza que ponga en peligro la integridad personal ó un derecho con ella inmediatamente relacionado, y no á otros actos que, aun siendo ofensivos y aun punibles, no encierran riesgo de aquella clase, y de conformidad con esta doctrina, no cabe estimar en favor de José Hervás, como circunstancia atenuante especial, la de haber obrado, al matar á Dolores Mateos Mora, en defensa de un derecho, pues falta el requisito esencial, al que están subordinados los demás que expresa el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal de la agresión ilegítima, ya que si bien la carta que Dolores estaba escribiendo era una ofensa al honor y al indiscutible derecho de su marido, no envuelve acto alguno de fuerza que pudiera legitimar el empleo de medios violentos para rechazarlo, sin que, por otra parte, sea lícito convertir los estímulos pasionales, por graduados que sean, en circunstancias de exención completa ni incompleta de la responsabilidad, porque con ello se desnaturalizarían las reglas de ineludible observancia establecida por el legislador para la estimación de los accidentes del delito: Considerando por lo que hace relación al cuarto y último motivo, que

tampoco es de apreciar en favor de José Hervás la circunstancia de propia defensa en lo tocante á las lesiones menos graves que causó á Emilio Mateos, puesto que aun cuando la pregunta duodécima del veredicto afirma que se vio obligado Hervás á causar al Emilio las heridas que éste sufrió para repeler la agresión de que era objeto por su parte, no se consignan, cual debiera, los hechos en que dicha agresión consistiese, dato de capital importancia, que la negativa del Jurado á la novena pregunta hacía en este caso más necesario: Considerando, por lo expuesto, que el Tribunal sentenciador ha hecho recta aplicación de las disposiciones legales que sirven de fundamentó á su fallo, sin que, esto sentado, adolezca la sentencia reclamada de los errores de derecho que en el recurso se alegan.

STS de 23/04/1904. Resultando que la expresada sentencia, dictada en 23 de Noviembre último, contiene el siguiente veredicto: A la primera pregunta. "Benito Ruiz Rey, ¿es culpable de haber inferido á María del Carmen Gallego Ruiz con una navaja una herida penetrante de pecho en la parte posterior del cuarto espacio intercostal izquierdo, que interesó las partes blandas, la pleura, el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, el pericardio y la aurícula izquierda, mortal de necesidad, que le produjo una abundante hemorragia que determinó la muerte casi instantánea, producida, no sólo por toda la hoja de dicha arma, sino también parte del mango, cuyo hecho tuvo lugar la tarde de 20 de Enero del corriente año de 1903, en la casa núm. 7 de la calle de Pavía, de Jerez de la Frontera, donde vivía la mencionada María del Carmen Gallego? Sí»; A la segunda. "Benito Ruiz Rey, ¿estaba casado legítimamente con María del Carmen Gallego desde el 12 de Septiembre de 1897.-Sí» A la tercera. "Benito Ruiz Rey, antes de realizar los hechos que se refieren en la primera pregunta, ¿tenía sospechas de la infidelidad de la mujer, motivando que en una determinada ocasión se separaran, durante la cual vivió la María del Carmen con José Izquierdo González, y reconciliados después ambos esposos, se reunieron y vivían en la mencionada casa de la calle de Pavía, donde el Benito iba á ver á su mujer dos veces en semana, siendo una de ellas la tarde en que se desarrollaron los hechos sangrientos?-Sí» A la cuarta. "Dicha tarde, ¿fue objeto de su visita darle dinero á la casera del alquiler de la habitación, en que su mujer vivía, y al sentir ésta la llegada de aquél salió á su encuentro en el patio de dicha casa, y entrando los dos en la habitación, vio en ella sentado á José Izquierdo González, vestido

totalmente y con corrección, saludándole y ofreciendo éste á aquél un cigarro, le rehusó, saliendo de la habitación el procesado, que á poco volvió, y dirigiéndose con una navaja sobre su mujer, que estaba sentada á la puerta de dicha habitación, y ante cuya, actitud se levantó y huyó, la alcanzó, descargando el golpe que le ocasionó la muerte á que se contrae la primera pregunta?-Si: A la quinta. "Jobo Izquierdo González, ¿frecuentaba la casa de María del Carmen Gallego, unas veces solo y otras acompañado del procesado?-Sí» A la sexta. "Benito Ruiz Rey, al descargar el golpe de navaja contra María del Carmen Gallego Ruiz, ¿obró con arrebato y obcecación, producido por la presencia de José Izquierdo cuando se presentó á ver á su mujer y pagar á la casera?-Sí» A la séptima. "Al herir Benito Ruiz Rey á su mujer María del Carmen Gallego Ruiz, ¿lo hizo súbitamente, valiéndose de medio ó forma con tendencias á asegurar el éxito sin riesgo para su propia persona, por la defensa que pudiera hacer la ofendida?-No» A la octava. "En el momento en que se desarrollaron los hechos expresados en la primera pregunta, ¿estaban revueltas las ropas del lecho de María del Carmen Gallego, precediendo en la ligera conversación que ambos tuvieron, palabras licenciosas de la mujer que acreditaban claramente haberlos sorprendido en adulterio, y que le exasperaron hasta el punto de obrar en la forma que lo hizo?- Sí: A la novena. "La vagina y cuello uterino de la María del Carmen Gallego Ruiz, la encontraron completamente limpia los médicos que practicaron la autopsia, sin residuos de semen ni leucorrea ni nada en la cavidad cervical de la matriz?-Si» Resultando que la Sección de derecho condenó á Benito Ruiz Rey á la pena de cadena perpetua, indemnización y costas, como autor del delito de parricidio, comprendido y castigado en el art. 417 del Código penal, con la circunstancia atenuante de haber obrado con arrebato y obcecación.

Resultando que á nombre del procesado se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 5.º del art. 849 de la de Enjuiciamiento criminal, citando como infringido el art. 438 del Código penal, porque los hechos constituyen el delito especial que define y pena este artículo: Resultando que en el acto de la vista el Sr. Fiscal impugnó el recurso. Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Gonzalo de Córdoba: Considerando que para aplicar la atenuación privilegiada del art- t (culo 438 del Código penal no basta que el marido conozca la infidelidad de su mujer- que es cuanto á lo sumo podría deducirse de la pregunta octava-, sino que es condición

indispensable que la mate ó cause legiones graves en el acto mismo de sorprenderla en el adulterio; y como de los hechos afirmados en el veredicto no consta que así sucediese, la sentencia no contiene el error de derecho ni comete las infracciones legales invocadas en apoyo del recurso.

STS de 30/09/1879. Resultando que José Terol y Torregrosa contrajo matrimonio con Catalina Serrano Bascuñána, de diez y siete años de edad, viviendo en la mayor armonía por espacio de dos años, en que marchándose aquél a, trabajar á la ciudad de Zaragoza, donde permaneció como dos meses, la Catalina se entregó á una vida licenciosa, enterándose de ello el marido á su regreso, así como de que había cambiado de domicilio y vendido los muebles, por lo que vivía separado de ella desde entonces, lo que no impidió que por varias personas supiese que la Catalina paseaba con diferentes sujetos, viéndola en los bailes del Ramillete y en la taberna á altas horas de la noche, en compañía de algunos hombres: Resultando que en la noche del 30 de Abril de 1878, después de concluir su trabajo el José Terol, fue á buscar á su mujer con ánimo de reprenderla por su conducta, no hallándola en la casa en que vivía; pero al retirarse la encontró en la calle del Oso, acompañada de un sujeto que al verle huyó, reuniéndosele Valentín García, María Casado y otros dos más, principiando el Terol por reprender al García, por lo que se decía de público con su mujer, y también á ésta, en cuya disputa la Catalina, lejos de tranquilizarle, le sobreexcitaba con sus palabras y ademanes, contestándole en tono agrio, y diciendo la María: "En todo caso, la mujer es la culpable, que el hombre es libre para buscar,» hubo de concluir de excitar la imaginación del Terol, quien sacando una navaja y excitando á los demás á que le imitasen, infligió una lesión incisa y punzante á la Catalina, de la que falleció al día siguiente: Resultan do que la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid declaró que el hecho de autos constituye el delito de parricidio, siendo autor responsable el citado Terol, con las circunstancias atenuantes 5.º y 7.a del art. 9.º, de haber procedido en vindicación de una ofensa grave y la de estímulos poderosos que debieron producir arrebató y obcecación, sin ninguna agravante; Considerando que al tenor de los números 3.º y 5.º del artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se entiende infringida la ley cuando se comete error de derecho al hacer la calificación del delito ó falta que realmente constituyan los hechos que se declaren probados en la sentencia, ó cuando el error

consiste en la designación del grado de la pena, según la calificación de las circunstancias que en el hecho concurren y nazcan de los hechos también probados: Considerando que el primer fundamento del recurso se hace descansar en un supuesto de hecho que abiertamente contradice la sentencia recurrida, pues para que pudiera tener aplicación el art. 438 del Código que se cita, sería preciso que constase el hecho fie que José Terol hubiese sorprendido en adulterio á su mujer, y en el acto la matase, y no que, como realmente aparece, la muerte se cause fuera de semejante acto y en la calle, donde con otras personas se encontraba aquella: Considerando que el segundo motivo de casación por supuesta infracción del art. 9.º, circunstancia 3.a del Código, carece asimismo del fundamento ante la demostración de la eficacia que el arma empleada y sitio del cuello lesionado tuvieron para producir la muerte á las pocas horas en la casa misma de socorro, donde fue de primera intención asistida: Considerando que, la infracción, también alegada, del artículo 82, regla 5.a, supondría el caso muy diferente del que la Sala sentenciadora ha juzgado, de tratarse de delito á que la ley señale penas de tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forme un grado; pero no cuando la pena se compone de dos indivisibles, cual aquí acontece tratándose de parricidio, en cuyo caso el Tribunal ha de proceder conforme a las reglas del art. 81, con acierto aplicado por la Sala sentenciadora, aunque haciendo uso de la facultad discrecional equitativa a que le autoriza el art. 2.º del Código penal : Considerando, por tanto, que no autorizan este recurso los ya mencionados casos 3." y 5." del art. 798 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni se han infringido los artículos del Código penal que se citan.

Frecuentemente la jurisprudencia apreció imprudencia temeraria en vez de parricidio cuando el padre llegaba a matar al hijo excediéndose en la corrección de un mal comportamiento pero sin intención de causarle la muerte (sentencia de 13 de junio de 1887) o, en el caso de admitir un parricidio apreció circunstancias atenuantes muy calificadas (sentencia 25 de abril de 1884) llegando incluso a usar la facultad de proponer al Gobierno que rebajase la pena.

STS de 13/06/1887. Declarado procesado Juan Lavandera, aparece que estando comiendo éste con su hijo Bonifacio el mencionado día, le reprendió porque se ensuciaba la ropa con la comida; y como no le hiciera caso y siguiera manchándose, se levantó para pegarle con una vara, refugiándose el niño en el cuarto de la vecina Justa Escobar González; pero perseguido por el padre, volvió á la habitación de éste y se refugió debajo de un catre, y resistiéndose á salir de allí para continuar la comida, como aquél quería que hiciese, le tiró la indicada vara, agujereándole el cráneo con una de sus puntas, y saliendo en seguida al pasillo comenzó á gritar y á quejarse por haber muerto á su hijo, á quien está igualmente probado que nunca maltrató y quería entrañablemente.

Tercero. Probado que, de la diligencia de autopsia y del informe dado por los facultativos en el acto del juicio oral, se deduce de un modo terminante que la lesión causada al niño Bonifacio era mortal de necesidad, y que debió inferirse con la vara de autos y no con el tornillo del catre, como supuso el procesado; pues, aparte de estar manchada de sangre la vara y no el tornillo, no teniendo éste apenas un centímetro de longitud y siendo de más de dos la profundidad de la herida, aparece como indudable que ésta se causó con la vara, como lo demostraba la sangre de que estaba manchada, añadiendo los peritos, en el acto del juicio oral, que sólo habiéndole dado con la vara en el punto del cráneo que le dio, no osificado por completo todavía, fue como pudo causarse una lesión de tanta entidad, que de pegarle en otro sitio del mismo cráneo hubiera sido relativamente insignificante. Resultando que calificados los hechos expuestos como constitutivos de un delito de parricidio, del que aparecía responsable, en concepto de autor, Juan Lavandera Alvares, con las circunstancias atenuantes 3.º y 7.a del art. 9.º del Código penal, la repetida Sala le condenó á la pena de doce años y un día de cadena temporal, accesorias y costas, sin perjuicio de hacer aplicación del párrafo segundo del art. 2.º del citado Código, por parecer excesiva la pena, dado el grado de malicia con que ejecutó el hecho el procesado. Considerando que el delito especial de imprudencia temeraria que define el art. 581 del Código penal se caracteriza principalmente por la falta de malicia con que obra el agente al realizar un acto productor de cualquiera de los que tienen sanción en el libro segundo del Código, si al ejecutarlo prescinde de la más vulgar previsión exigible á todo el que con pleno conocimiento ejecuta un acto: Considerando que, según los hechos declarados probados en la sentencia, no puede atribuirse al recurrente Juan Lavandera la intención dolosa de

producir la muerte á su hijo sino sólo la de corregirlo, lo cual es un acto perfectamente lícito en el padre, y si le causó la muerte al arrojar debajo de la cama, para que el hijo saliese, la vara que tenía en la mano, el parricidio que por ello resultó no fue con malicia ni intención de causarlo, sino por consecuencia del acto imprudente realizado por el padre, sin calcular las funestas consecuencias, que, por remotas que éstas fueran, debió preverlas: Considerando que, por lo tanto, la Sala sentenciadora, al penar el hecho como parricidio voluntario, ha cometido error de derecho é infringido las disposiciones legales que se citan como fundamento del recurso.

STS de 25/04/1884. Resultando que á eso de las diez de la noche del día 14 de - Octubre último, el joven soltero de veintidós años, Francisco Alfonso, que hacía dos ó más meses que había desertado de la casa paterna para habitar en la de Petra Aceituno, mujer de desfavorables antecedente y con quien mantenía relaciones amorosas, se presentó en unión de su tío Manuel Luengo, frente á la puerta de la casa de su padre José Alfonso de Saz; preguntándole éste que á qué iba allí, entonces Pedro Ruiz, que se hallaba presente, los invitó á ir á la taberna, como en efecto fueron, bebiéndose José Alfonso, que acudió después, una copa de vino, y saliéndose á seguida se fueron hacia la casa de José Alfonso, el cual requirió á su hijo Francisco para que entrase, diciéndole que no había allí ningún perro que le mordiese, á lo que contestó el Francisco que no entraría aunque hubiese allí monedas de cinco duros: que penetrando al fin, subieron á la habitación alta el padre, el hijo y Manuel Luengo, y en ella procuró obsequiarle con lo que tenía: que tratando de marcharse el Francisco, se opuso á ello su padre, exhortándole para que permaneciese allí, y como le dijese el Francisco que se iba á su casa, le repuso aquél "¡con que tienes casa.!"» replicándole el Francisco "sí, señor, que la tengo, y me caso con ella,» con cuyo motivo, exasperado José Alfonso, cogió un palo que había llevado su hijo Francisco, y le dio con él un golpe en el lado izquierdo, dirigiéndole además otro que alcanzó un poco á Manuel Luengo, al tiempo de interponerse para calmarlo, y por último otro tercero que dio al Francisco como en la cabeza, de cuyas resultas comenzó á quejarse, saliéndose solo á la calle, mientras el Luengo se quedó reconviniendo al José por su proceder; y marchándose á muy poco rato el Luengo detrás del Francisco, le oyó quejarse allí cerca, viéndolo tendido en la calle y sin contestarle, y permaneciendo á su lado hasta tanto que acudió la Autoridad,

que ya lo encontró cadáver, habiendo determinado la muerte del Francisco la interna hemorragia producida por la rotura y heridas halladas en distintas direcciones y diversos puntos de la víscera del bazo, que se consideran mortales de necesidad, siendo producidas dichas lesiones por agentes extraños al difunto, á pesar de no aparecer signo alguno externo, ya por la elasticidad de las paredes del vientre, que permiten ceder a la violencia, ya por la estructura del órgano lesionado, de suyo esponjosa, y más aumentada esta cualidad por las condiciones patológicas de hipertrofia que la autopsia demostró á causa de las fiebres palúdicas que el difunto había sufrido, que elevándole y aproximándole más dicha víscera á la superficie no pudo sustraerse á la acción del golpe, como pudo verificarse en condiciones distintas, ó sea habiendo estado el bazo en su estado normal: cuyos hechos se declaran probados: Resultando que concluyendo el Sr. Fiscal calificó el hecho de delito de parricidio, y de autor al procesado, con la concurrencia de las dos circunstancias calificadas de no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo y la de haber obrado por estímulo tan poderoso que naturalmente le produjo arrebató, sin ninguna otra agravante; y pidió que se le impusieran quince años de cadena, interdicción civil durante la condena é inhabilitación absoluta, abono de 1.500 pesetas á la madre del interfecto, por vía de indemnización de perjuicios, y al pago de las costas procesales: solicitándose, por el contrario, por la defensa la exención de responsabilidad criminal del procesado, ó en otro caso, que se considerase el hecho como un delito de imprudencia temeraria con la concurrencia de tres circunstancias atenuantes: Resultando que aquel Tribunal, calificando el hecho como delito de homicidio, ejecutado por imprudencia temeraria, condenó á José Alfonso Saz á la pena de dos años de prisión correccional, accesoria, indemnización y costas: Considerando que comete delito de parricidio el padre que mata, á su hijo por acción de su libre voluntad fuera de las condiciones de exención de responsabilidad criminal establecidas en el art. 8 del Código Penal: Considerando que para la responsabilidad criminal se gradúa y determina por sus resultados naturales, aun cuando excedan del propósito del agente, porque la discordancia entre la intención y el propio hecho, solamente sirve para disminuir la penalidad normal, correspondiente al cometido: Considerando que la imprudencia punible excluye toda malicia en la acción ejecutada con respecto á las consecuencias producidas, y consiguientemente intención de causar mal por el medio imprevisto á cuya virtud se realiza, surgiendo dicha

imprudencia, en sentido jurídico, de un desvío final involuntario en la dirección impresa con libertad al acto, que causa daño sin ánimo de ocasionarle: Considerando que los golpes de palo dados por José Alfonso á su hijo por manifiestos impulsos, en limitado grado disculpables, excedieron de la moderación lícita á la corrección paterna; y dirigidos libremente á producir su mal, fue uno de ellos causa eficiente de la muerte de Francisco Alfonso: Considerando que la Audiencia sentenciadora, confundiendo el concepto jurídico del delito de imprudencia con los motivos concretos de atenuación de responsabilidad, ha concedido á éstos en realidad un mérito impropio de su carácter al diversificar por ellos, desnaturalizándole un delito que si ciertamente no estuvo en la intención del procesado, á lo cual el núm. 3.º del art. 9.º del Código penal no otorga otro valor que el de circunstancia atenuante, resultó á su pesar de acto personal excesivo, y en su consecuencia ilegítimo, de acto consciente como ejecutado por movimiento de la libre voluntad, aunque se hallara influida por la irrespetuosidad del hijo, y esta situación de ánimo valga para degradar la pena, conforme al núm. 7.º del citado artículo, y de acto directo, incompatible por su índole y esencia con la calificación jurídica consignada en la sentencia recurrida, que por todo ello contiene las infracciones legales, sobre que principalmente se funda el recurso deducido por el Ministerio fiscal, comprobantes del error de derecho atribuido;

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

El parricidio se encontraba en los arts. 521 a 523 que formaban el contenido del capítulo III (Del parricidio) del título VII (Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas) del libro II (Delitos y sus penas). Entre el Código de 1870 y el de 1928 existieron varios proyectos de Código Penal. Así el de 1880 que en su art. 422 no contenía variaciones en el tipo ni en la pena respecto al Código de 1870. El proyecto de 1882 en su art. 420, aunque no contenía variaciones en el tipo, si variaba en la pena que era de reclusión perpetúa a muerte.

En el Código de 1928 seguía conservando el parricidio un capítulo independiente, pero estaba situado detrás del homicidio y del asesinato que también se

recogían en sendos capítulos separados. El Código de 1928 distinguía el parricidio propio de ascendientes, descendientes y cónyuge en su art. 521, del impropio de hermanos, padres e hijos adoptivos y afines en línea recta, así como de los que hubieren criado y educado al culpable o los criados y educados por el culpable del art. 522.

El art. 521 decía que era parricida el que mataba a su padre, madre, hijo, ascendientes o descendientes, tanto legítimos como ilegítimos todos ellos, o a su cónyuge, e imponía la pena de veinticinco años de reclusión a muerte.

En este Código los calificativos de «legítimos» e «ilegítimos» se aplicaban también a los ascendientes y descendientes del culpable con lo que se ponía fin a la polémica surgida con la legislación anterior, en la que no se especificaba la calidad de los ascendientes y descendientes por lo que unos estimaban que estaban incluidos los ilegítimos y otros no. El cónyuge quedaba incluido al mismo nivel que el parentesco de consanguinidad. Surgió entre los penalistas la polémica sobre el igual trato que sufrirían los hijos legítimos y los ilegítimos, pues había quien estimaba que si los hijos ilegítimos no tenían ni social ni civilmente los mismos derechos y que incluso en algunos casos era imposible el reconocimiento por estar prohibido por la ley civil (por ejemplo: los hijos incestuosos o los adulterinos), no parecía justo que sufrieran una agravación de la pena por dar muerte a un padre ilegítimo cuya paternidad no era reconocida civilmente. En algunos supuestos la filiación debía ponerse en claro a través de una dificultosa investigación de la paternidad. En otros, al no existir los requisitos de la ley civil para el reconocimiento forzoso por el padre o la madre y no haber reconocimiento voluntario, la filiación debía basarse en conjeturas.

No parecía viable que una condena por parricidio se basase en probabilidades que hicieran suponer la condición de hijo natural. Había quien opinaba que los Tribunales de lo Criminal no tenían competencia para pronunciarse sobre el tema, sin embargo el Tribunal Supremo declaró que cuando se tratase de un delito de parricidio podían resolver sobre esta cuestión civil tan íntimamente ligada al delito perseguido (sentencia de 13 de julio de 1897).

En cuanto a la participación del extraño en el delito, el art. 150 consideraba que el parentesco era una condición subjetiva por lo que sólo afectaba en los que concurría y el extraño sólo podía ser castigado como coautor, cómplice o encubridor del delito que resultase sin la concurrencia de la agravante. La calificación del delito cometido por el partícipe es un «problema de técnica» que «queda aclarado en el párrafo segundo del art. 150», el conocimiento de parentesco que el codelincuente tuviera con la víctima debe siempre presumirse, mientras no conste lo contrario».

El art. 522 tipificaba el parricidio de los hermanos, de los padres adoptivos, de los que hubiesen criado y educado al culpable, de los hijos adoptivos, de los que hubiesen sido criados y educados por el culpable y de los afines en línea recta, imponiendo la pena de dieciocho a veinte años de reclusión.

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

En cuanto a los hermanos la ley no distinguía entre los consanguíneos, de doble vínculo, y los uterinos, de un solo vínculo. Debían considerarse incluidos las dos clases. El vínculo de la adopción parecía merecer menor estima que el vínculo de consanguinidad puesto que la muerte de padre, madre o hijo adoptivos merecía menor pena que en el caso de los legítimos o ilegítimos, dieciocho a veinte años de reclusión en el primer caso y veinticinco años de reclusión a muerte en el segundo. Qué debía entenderse por crianza y educación podía dar lugar a interpretaciones dispares. Normalmente la persona que cría a un niño debe alimentarlo, vestirlo y cuidarlo hasta que el niño pueda valerse por sí solo, de tal modo que el niño moriría sin estas atenciones. En cuanto a la educación habría que delimitar a que tipo se refiere, pues parece impensable que quedasen aquí incluidos los maestros del colegio o incluso los catedráticos de enseñanza superior. Parecía que el precepto aunaba crianza y educación naciendo de las dos un lazo afectivo similar al familiar, es decir alguien que hubiera suplantado el rol de los padres como podría ser el tutor o la nodriza.

Si comparamos las penas de los arts. 522 y 520.

Art. 520: «El asesinato será castigado con la pena de veinte años de reclusión a muerte».

Deducimos que quien mataba a un hermano o a su padre adoptivo, etc., alevosamente o por precio, promesa o recompensa, era acreedor a una pena máxima de veinte años de reclusión, mientras quien mataba con las mismas características a una persona extraña era penado con veinte años de reclusión a muerte por asesinato. El legislador quiso hacer una diferencia entre la muerte de los parientes del art. 521 y los descritos en el 522, pero no se fijó en que en estos últimos la pena por su muerte con determinadas circunstancias era inferior a la señalada en el asesinato. Proponía Jaramillo que se añadiera al art. 522 el siguiente párrafo: «Lo dispuesto en el párrafo anterior, no tendrá lugar cuando en el hecho hayan concurrido las circunstancias, o alguna de ellas, señaladas en el art. 517, en cuyo caso se sancionará el hecho como asesinato, sin perjuicio de la apreciación de la circunstancia de parentesco», de tal modo que el parricidio sólo fuere aplicable en la muerte de los hermanos, padres o hijos adoptivos, educandos, educados, criadores y criados, o afines en línea recta cuando sin la concurrencia de la relación del 522 constituyese un homicidio simple.

Por primera vez venía dentro del parricidio la muerte del cónyuge sorprendido en flagrante adulterio, que en códigos anteriores se encontraba en un capítulo independiente y preveía sólo la muerte de la mujer por el legalmente protegido marido.

Art. 523: «A quien sin estar separado legalmente ni de hecho de su cónyuge, sorprendiere a éste en actos de adulterio, salvo el caso de que, aunque fuera tácitamente, lo hubiere consentido, y en el acto matare o hiriere a cualquiera de los adúlteros o a ambos, se le impondrá por el Tribunal una pena inferior a la señalada por la ley que estime adecuada, a su prudente arbitrio, al cual podrá también decidir si la condena ha de dejar de ser inscrita en los Registros de antecedentes penales».

El art. 523 dejaba al prudente arbitrio del Tribunal la pena a imponer, en cualquier caso inferior a la del parricidio, al que mata a su cónyuge sorprendido en actos

de adulterio, siempre que no estuvieren separados, ni legalmente ni de hecho, y no hubiese consentido, ni aun tácitamente, en el adulterio. Esta pena inferior podía entenderse hasta el límite mínimo de duración de la pena, dos meses y un día, pero no debería variar su naturaleza y ser de reclusión en caso de muerte del cónyuge o prisión cuando hubiere lesiones. También quedaba al arbitrio del Tribunal el que la pena se inscribiese en los Registros de antecedentes penales, de esta manera no quedaba publicidad del hecho sexual ilegítimo. Este precepto trataba en un plano de igualdad a ambos cónyuges, así pues podía considerarse una conquista feminista, que algunos tradujeron como el acceso de la mujer al adulterio sin temor a las represalias del marido. Otros propugnaron la supresión de este artículo por considerar que el hecho quedaba cubierto con la causa de justificación de defensa legítima de la honra.

Los Tribunales además de la pena principal debían acordar exigir caución de conducta al provocador o al inductor sin resultados del delito comprendido en el art. 521. La caución de conducta era una medida de seguridad de las enumeradas en el art. 90.

El infanticidio, como tipo privilegiado, estaba localizado en el art. 524, en el capítulo IV, y castigaba con la pena de seis meses a cuatro años de prisión a «la madre que por ocultar su deshonor matare al hijo que no haya cumplido tres días» y con la pena de cuatro años a ocho de prisión a «los abuelos maternos que para ocultar la deshonor de su hija cometieren» el mismo delito. Añadía además que el que matase a un recién nacido sin concurrir las circunstancias anteriores incurría, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato.

En este Código además de una variación sistemática importante nos encontramos con un contenido considerablemente aumentado del delito de parricidio que rompe con la línea simplificadora emprendida por el Código anterior. Ha ampliado demasiado el delito introduciendo vínculos que no son de sangre.

V. CÓDIGO PENAL DE 1932

El delito de parricidio se encontraba en el Libro II (Delitos y sus penas), título IX (Delitos contra la vida y la integridad corporal), capítulo primero (Homicidio), art. 411.

Este Código rompía con el sistema del anterior. Volvía a la simplificación del Código de 1870, dejando reducido el parricidio a un solo artículo aunque enclavado bajo la rúbrica de «homicidio». Lo mismo el parricidio que el asesinato pierden su autonomía por capítulos quedando englobados en el mismo que el homicidio. Si comparamos el art. 413, el homicidio, con el 412, el asesinato, y el 411, el parricidio, apreciaremos que en este conjunto de delitos contra la vida humana independiente el homicidio no es el género y los otros las especies en este caso agravadas por características de antijuricidad o de culpabilidad, pues mal podía afirmarse que el homicidio era delito básico cuando el cambio de título se producía. El parricidio conservaba su independencia frente al homicidio y al asesinato no siendo un mero homicidio cualificado. La agravación era creada por razones de culpabilidad, lo que impedía aplicar el tipo del parricidio en casos de error cuando se desconocía que se mataba a una de las personas enumeradas en el art. 411, aunque aplicando el mismo razonamiento en el caso de la muerte de un extraño creyendo que es un pariente se podría llegar a la conclusión de que el sujeto era culpable de parricidio lo que parece imposible ya que sólo se habría cometido un homicidio. Si la figura hubiera sido creada por razones de antijuricidad, más objetiva, por el simple hecho de la existencia de alguna de las relaciones del art. 411 habría que condenar por parricidio, aunque se hubiera producido un error. Para soslayar este problema del error venía en aplicación el art. 50 que daba las pautas a seguir en los casos en que el delito ejecutado fuese diferente del que se quería ejecutar.

Art. 50: «En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes:

1º Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste, en su grado máximo, la pena correspondiente al segundo.

2° Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste, también en su grado máximo, la pena correspondiente al primero.

3° Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o delito frustrado de otro hecho si la Ley castigare estos actos con pena mayor, en cuyo caso se impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado».

En el art. 411 eran castigados como parricidas los que mataban a sus padres, a sus hijos, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, tanto legítimos como ilegítimos, o a su cónyuge.

Art. 411: «El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado como parricida con la pena de reclusión mayor»

Los calificativos de «legítimos» e «ilegítimos» estaban referidos a los padres, hijos, ascendientes y descendientes, con lo que se aclaraba expresamente las clases de parientes que había que tener en cuenta. Se suprimía la mención al vínculo de la adopción, a los hermanos, a los afines en línea recta, a los educadores y criadores, y a los educados y criados. Además desaparecía la pena de muerte y al parricida se le castigaba con la pena de reclusión mayor que duraba de veinte años y un día a treinta años. Se suscitaba el problema de la coparticipación de un extraño no ligado a la víctima por vínculos de parentesco. El Tribunal Supremo aplicaba el Art. 65, en los casos de coparticipación de sujetos no parientes condenándoles por homicidio y rompiendo así el título.

Art. 65: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices, o encubridores en quienes concurrieren...».

Se podría también argumentar que el art. 411 decía que quien mátese a su padre, madre... era parricida pero como el extraño no mataban a su pariente sólo se producía un homicidio del art. 413.

Art. 413: «Es reo simple de homicidio el que, sin estar comprendido en el art. 411, matare a otro, no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo anterior.

El reo de homicidio será castigado con la pena de reclusión menor».

En este Código desapareció la atenuación privilegiada del delito de uxoricidio por adulterio. Pero los Tribunales apreciaban, en el delito de parricidio cometido por el que sorprendía al cónyuge en flagrante adulterio, como muy calificada la atenuante de arrebató y obcecación, con lo que aplicaban la regla 5.^a del art. 67.

Artículo 67: «En los casos en que la pena señalada por la ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:...

5° Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias...».

Rebajando en dos grados la pena, que impuesta en su grado mínimo, quedaba reducida a seis años y un día de prisión mayor. En sentencia de 21 de abril de 1933 se apreció las atenuantes de arrebató y obcecación, vindicación de ofensa grave y arrepentimiento espontáneo. Sin embargo la sentencia de 28 de marzo de 1932 rechazó la posibilidad de apreciar la atenuante de legítima defensa del honor cuando el marido mató a la mujer al verla salir de una casa de citas, pues consideró el Tribunal Supremo

que faltaba la agresión ilegítima que hubiera podido precisar la forma violenta que empleó el marido.

STS de 21/04/1933. El procesado Francisco Entrena Fernández, el día 13 de enero de 1931 realizó el hecho de disparar dos veces una pistola contra Concepción Utrera Olea, encontrándose ambos a la espalda del Hotel Príncipe de Asturias, hoy Miramar, de esta capital, causándole, como consecuencia de los disparos, una herida en el lado izquierdo de la cara, y otra en la boca, que ocasionaron la muerte de Concepción, a los pocos momentos? Sí. Segunda: ¿El procesado Francisco Entrena Fernández era esposo legítimo de la interfecta Concepción Utrera Olea, al ocurrir los hechos a que se contrae la anterior pregunta, por haberse celebrado entre ambos matrimonio en 28 de agosto de 1928? Sí. A la tercera: ¿La ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta se llevó a efecto como a las once y media de la noche? Sí.. A la cuarta: ¿La ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta se llevó a efecto después de que el procesado había concebido el propósito de matarla con motivo de las negativas de ella a volver a unirse con él y vivir en Granada, y a tal fin preconcebido cogió una pistola que no era de su propiedad, con la que vino a Málaga desde Granada, donde se encontraba? No. A la quinta: ¿ha ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta se llevó a efecto cuando el procesado y la interfecta, su mujer, se encontraba en una sombra donde aquél la había acercado y ante tas negativas de ella de irse a Granada, rápidamente, y sin que ella se diese cuenta y no pudiera, prevenirse para su defensa, sacó la pistola con la que le hizo los dos disparos a menos de diez centímetros de distancia? No. Sexta: ¿El procesado Francisco Entrena Fernández, una vez realizado el hecho a que se refiere la primera pregunta marchó a Granada, donde se presentó a las Autoridades a las once de la mañana del día 14 de enero de 1931, antes de que dicho procesado hubiese sido citado o perseguido como presunto culpable del delito? Sí. Séptima: ¿La ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta se llevó a efecto en el momento en que el procesado exponía a la interfecta, la necesidad de que la explicara su conducta, pues le habían dicho que olvidaba sus deberes de esposa, a lo que contestó Concepción: sí, es cierto; me gusta vivir y más, ante cuya respuesta, estimada por el marido como una confesión de adulterio y propósito de incidir en la, culpa,

disparó contra ella el arma? Sí. Octava. ¿La ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta se llevó a efecto la misma noche en que el procesado llegó de Granada a esta capital, y después de haber hablado con un amigo suyo, llamado Torreblanea, quien le expuso las noticias que tenía sobre la conducta de la interfecta que, según sus informes, era deshonesto? Sí. Novena: ¿Por el contrario de lo expresado en las preguntas anteriores tercera, cuarta, quinta, séptima y octava, la ejecución del hecho a que se refiere la primera pregunta, se llevó a efecto en el momento en que el procesado sorprendió a su mujer, Concepción Utrera, yaciendo con un individuo? No. Décima: ¿Al realizarse los hechos a que se refiere la primera pregunta se encontraban legalmente separados o separados de hecho, por acuerdo mutuo, los cónyuges Francisco Entrena Fernández y Concepción? No: Resultando que la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de parricidio, previsto y penado en el artículo 417 del Código penal de 1870, con la concurrencia de las circunstancias atenuante quinta y séptima del artículo noveno, a la pena de cadena perpetua, que por vía de indulto tácito y conforme al Decreto de 15 de abril de 1931, se reduce a la de veinticinco años de reclusión temporal, accesorias, indemnización a los herederos de la víctima, con exclusión del procesado, de 10.000 pesetas, y a las costas procesales. Considerando que es principio de derecho que el vigente Código sancionador acoge en sus artículos segundo y 24. en la primera disposición transitoria, el de la retroactividad de las leyes penales, en cuanto favorezcan al reo y requerido en forma este Tribunal; para su aplicación, en el presente caso es de estimar el recurso en su primer motivo, ya que el artículo 411 del citado Cuerpo legal, inspirado éste en general, en un criterio de benignidad, señala al delito de parricidio la pena de reclusión mayor en toda su extensión, notoriamente más benévola que la que le asignaba el Código anterior en su artículo 417 y procede, por tanto, al sancionar el delito de autos, aplicar al precepto actual, de acuerdo con lo interesado por el recurrente: Considerando que un detenido estudio de la circunstancia atenuante octava del artículo noveno del Código de referencia, revela en su contenido varios elementos, uno genérico, constituido por los impulsos de arrepentimiento espontáneo y varios específicos, formados por las diferentes modalidades de la actuación del reo, que el citado precepto detalla, efectos de aquellos impulsos y contrastados con la expresada norma ilegal los hechos que el Jurado afirma al contestar a la pregunta sexta del veredicto, resulta; obligada la aceptación del segundo motivo del recurso y la de 5a

expresada circunstancia, en favor del procesado, porque, dictada la sentencia durante la vigencia, del Código de 1870, no hubo posibilidad de que al Jurado fuera sometido como demento he hecho el genérico mencionado, ni pudo, por tanto, dicho Tribunal popular, pronunciarse sobre tal extremo, pero juzgando la pregunta y su contestación afirmativa, por el contenido general de todas las demás del veredicto se ofrece racionalmente como indudable, en el caso de autos que la representación del procesado espontánea, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y efecto de un noble impulso de arrepentimiento: Considerando que la calificación de los motivos de atenuación a los efectos de una degradación extraordinaria de la responsabilidad depende de variedad de circunstancia, tanto de las que afectan al elemento psicológico del culpable como de los que hacen relación a la forma de perpetración del delito, graduando su valor jurídico en presencia de los accidentes morales y materiales de la infracción y mereciendo en general el concepto de muy calificadas aquellas circunstancias que procedan de un impulso pasional legítimo de carácter tan acentuado que ejerzan en el ánimo del reo influencia de una intensidad superior a la que solamente pueda constituir un motivo genérico y común, y esto sentado, es indudable la estimación, en concepto de muy calificada, la atenuante de arrebató y obcecación que el Tribunal a quo acogió como ordinaria, ya que los hechos que el Jurado afirma al contestar a la pregunta séptima habían de producir racionalmente en el: espíritu del procesado una perturbación de extraordinaria violencia, que excede de los simples estímulos a que alude el artículo noveno, número séptimo del vigente Código penal : Considerando, en consecuencia, que procede acoger el recurso por los tres motivos en que se apoya.

Desapareció del Código la pena de muerte, a la que podía ser acreedor el parricida en el código anterior. El día que se discutió en las Cortes, el mantenimiento de esta pena fue apoyado por el presidente de la Comisión Jurídica Asesora, pero la Cámara rechazó la pena de muerte, si bien quedaba la posibilidad de restaurarla por razones especiales a través de una ley excepcional. Otra novedad en este Código es que se suprimió la perpetuidad de las penas privativas y restrictivas de libertad así como en las inhabilitaciones y suspensiones. Al parricida se le imponía la pena de reclusión

mayor cuya duración era de veinte años y un día a treinta años. Era una novedad el que se abonara en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa, según el art. 33. El delito de parricidio prescribía a los quince años y la pena de reclusión mayor a los treinta y cinco. Quince años después de la extinción de la condena, podían los reos no reincidentes ni reiterantes pedir la cancelación de la inscripción de la condena en los Registros de antecedentes penales, más si el rehabilitado cometía un nuevo delito del mismo título la inscripción recuperaba su vigor. El Código de 1932 restringía notablemente el número de sujetos pasivos del parricidio, y los añadidos calificativos «legítimos» e «ilegítimos» salvaban posibles discusiones de los prácticos, pues estaba claro que se referían a todos los parientes expresados en el art. 411.

VI. CÓDIGO PENAL DE 1944

El delito de parricidio se encontraba en el Libro II (Delitos y sus penas), título VIII (Delitos contra las personas), capítulo primero (Del homicidio), art. 405.

Art. 405: «El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de reclusión mayor a muerte».

Este nuevo Código Penal era un texto refundido que conservaba el sistema, la estructura y las definiciones del Código de 1848 con algunas modificaciones que lo adaptaban al nuevo Estado y a los nuevos tiempos. Que el parricidio se encontrara bajo la rúbrica genérica del homicidio hizo que continuase la polémica entre los estudiosos sobre su independencia y sustantividad respecto del delito de homicidio. Para algunos el parricidio era una modalidad del homicidio «agravada de forma específica por la relación de parentesco entre el sujeto activo y el pasivo», otros consideraban que el parricidio conservaba una sustantividad propia, ya que suponía «una maldad tan íntima, eficaz e insoslayable» que considerarlo como un homicidio cualificado o agravado por el parentesco le parecía «un exceso de sintetismo». En esta línea estaba la

Jurisprudencia, otros consideraban que el homicidio era el género y el parricidio una especie agravada, siendo el infanticidio una especie privilegiada. El enfoque de este tema importaba en la cooperación de un extraño en el delito. El Tribunal Supremo hacía una aplicación directa del art. 60.

Art. 60: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren...».

La no ruptura del título para el extraño suponía extender la agravación del parricidio a personas en las que no concurría el parentesco y la ruptura del título «constituía el quebrantamiento del principio fundamental en materia de participación, cual es el de la unidad del título de responsabilidad».

El Tribunal Supremo no rompía el título para los encubridores pero sí para el resto de los copartícipes no parientes, así en las sentencias de 27 de enero de 1902 y 23 de octubre de 1925 el copartícipe respondía sólo de homicidio.

STS de 27/01/1902. Consigna el veredicto siguiente: A la pregunta primera. Juan Massot Fagés, ¿es culpable de haber remitido á esta ciudad desde Vilopíns, donde habitaba, el día 15 de Agosto del año último, y por mediación de una persona de su confianza, una caja de cartón conteniendo un dulce, llamado vulgarmente "brazo de gitano», en el que había puesto una gran cantidad de ácido arsenioso, y dirigida á Joaquina Massó Moy, que habitaba en esta ciudad, con el propósito de causar á ésta la muerte?- Sí. A la pregunta segunda. Teresa Alsina Nierga, ¿es culpable de haber cooperado á la realización de los hechos expuestos en la anterior pregunta, siendo la que trajo á esta ciudad la caja en ella referida, constándole su contenido y objeto, y dejándola en el restaurant de la estación con encargo de que la llevaran á su destinataria?-Sí. A la pregunta tercera. Mariano Galcerán Torrent, ¿es culpable de haber cooperado á la realización de los hechos narrados en la pregunta primera, sabiendo que había en la caja en ella referida y el destino que iba á dársele, escribiendo de su puño y

letra el sobre, puesto en la misma con el nombre y señas del domicilio de la destinataria, al objeto de evitar que la Joaquina Massó al recibir la caja con el dulce concibiera sospechas si hubiese escrito el sobre su marido? - Sí. A la pregunta cuarta. ¿Practicó Juan Massó Fagés todos los actos que debían producir como resultado la muerte de Joaquina Massó, y sin embargo no la produjeron por causas independientes de su voluntad? - Sí. A la pregunta quinta. Teresa Alsina Nierga, ¿practicó por su parte todos los actos que debían producir como resultado la muerte de Joaquina Massó, y sin embargo no la produjeron por causas independientes de su voluntad? - No. A la pregunta sexta. Mariano Galcerán Torrent, ¿practicó por su parte todos los actos que debían producir como resultado la muerte de Joaquina Masaó, y sin embargo no la produjeron por causas independientes de su voluntad? - No. A la pregunta séptima. En la fecha á que se refiere la pregunta primera, ¿estaba Joaquina Massó Moy casada en legítimo matrimonio con Juan Massó Pagés? - Si: Resultando que la Audiencia condenó á Juan Massó como autor, y á Teresa Alsina y Mariano Galcerán como cómplices del delito frustrada de parricidio, con la circunstancia agravante de parentesco en cuanto al primero, y la también agravante de haberse servido de veneno para cometer el delito. Considerando que sólo comete el delito de parricidio, según el artículo 417 del Código penal, el que matare á su padre, madre ó hijo, sean legítimos ó ilegítimos, ó á cualquiera de sus ascendientes ó descendientes, ó á su cónyuge, y que siendo esta circunstancia cualificativa de índole puramente subjetiva, sólo puede afectar, como tiene ya declarado este Supremo Tribunal, á las personas en quienes concurra, al tenor de lo dispuesto en el art. 80 del propio cuerpo legal: Considerando que por no existir ninguno de los grados de parentesco antedichos entre la ofendida y Teresa Alsina Nierga y Mariano Galcerán Torrent, la participación de estos dos procesados, en concepto de cómplices, no puede serlo con respecto al delito de parricidio, sino al de Asesinato: Considerando que dada esta calificación del hecho punible en lo que á uno y otro de los referidos procesados atañe, por haberse realizado por medio del veneno, no cabe apreciar esta circunstancia genérica de agravación, al efecto de aumentar la pena del delito, por haberla expresado ya la ley al describir y penar este último, con arreglo á lo dispuesto en el art. 79 del propio Código: Considerando, por lo tanto, que al calificar y penar el Tribunal sentenciador á los procesados Teresa Alsina Nierga y Mariano Galcerán Torrent, como cómplices del delito de parricidio frustrado, en vez del de asesinato de igual grado, y al

apreciar respecto de los mismos la circunstancia agravante del veneno, ha incurrido en los errores de derecho y cometido las infracciones legales que el Ministerio fiscal recurrente le atribuye.

STS de 23/10/1925. Resultando probado, y así se declara, que el procesado Juan de la Horra, marido legítimo de Cesárea Balbás, con la que convivía en el pueblo de Mambrilla de Castejón, la cual estaba enferma, padeciendo de neurastenia con ataques histeriformes, harto de soportarla por las molestias que producía y gastos que ocasionaba, en cuya idea abundaba su hermana legítima la procesada Crisanta, hermana política, por tanto, de la víctima, decidieron ambos matarla, y de común acuerdo ambos hermanos aprovecharon la tarde del día 23 de Agosto de 1923, en que los hijos del matrimonio estaban ausentes de la casa, para realizarlo, y llevándolo a ejecución golpeó Juan a su mujer Cesárea repetidas veces con una mano de almirez en la cabeza, causándole gravísimas heridas, y la Crisanta, con un punzón o destornillador, otras heridas; mas como la muerte por ambos deseada no se verificaba con la prontitud y rapidez que anhelaban, rodearon el cuello de la víctima con la cuerda de una tralla, y sujetando el uno la cabeza y tirando el otro de la cuerda, lograron entre los dos la estrangulación, causa principal de la muerte de la prenombrada Cesárea; acto seguido, lavaron las manchas de sangre, mudáronla de ropa, la llevaron a la cama, cubrieron su cabeza con el propio pañuelo de la Crisanta, a fin de ocultar las lesiones de dicha parte, y hecho todo ello, el Juan a manifestar al Médico que su mujer acababa de fallecer de un ataque nervioso, el cual, al reconocer al día siguiente el cadáver y observar las lesiones, dio parte al Juzgado. Las ropas, manchadas de sangre de la víctima, metidas en un saco, las escondieron en un rincón de la cuadra, tapadas con paja, donde fueron halladas en el reconocimiento que la Guardia civil hizo en la casa del Juan el día 29, así como dos cordeles, uno de cáñamo y otro de esparto, siendo hallada la tralla propiedad de Juan en casa de su hermana la procesada Crisanta»: Resultando que dicho Tribunal condenó a Juan de la Horra Ramos y Crisanta de la Horra Ramos, como autores del delito de parricidio y homicidio, respectivamente, comprendidos en los artículos 417 y 419 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, respecto al primero; del artículo 10 del Código penal respecto a la segunda, a la pena de cadena perpetua y accesorias de interdicción civil a Juan de la Horra Ramos,

y a la de diez y siete años, cuatro meses y un día de reclusión temporal, accesorias de inhabilitación absoluta temporal en toda su extensión, a Crisanta de la Horra Ramos. Considerando que ninguna expresión de la sentencia recurrida acredita fuese inesperada la agresión a Cesárea Balbás y sí sólo hija de un concierto entre su marido y hermana afín para matarla, y que utilizaron para ello la ocasión de estar ausentes los hijos del matrimonio, empleando cada cual los medios a su alcance para consumar el delito, y como no está acreditado fuese inesperado el ataque, queda sólo la ventaja numérica de ser dos los agresores, y esta circunstancia no engendra la alevosía ni justifica la procedencia del recurso del Ministerio fiscal: Considerando que no realizado acto alguno por parte de la agredida contra sus agresores no es motivo de atenuación de la responsabilidad de éstos, que pudiera producir en los mismos arrebatos y obcecación las molestias y gastos que independientemente de su voluntad a causa de su enfermedad, les proporcionaba, y en el presente caso además tal supuesto es incompatible con el previo concierto de matar de los reos: Considerando que como las circunstancias modificativas de responsabilidad tienen que descansar en hechos tan claros como el determinante de la culpa, y si por las consideraciones anteriores se demuestra que ni el recurso del Ministerio fiscal ni el del defensor de los procesados se apoyan en actos positivos para fundamentar las que los recurrentes alegan, se impone desestimar ambos recursos.

Era reo de parricidio el que mataba a su padre, madre o hijo, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge. Se conservó la misma definición que en el Código anterior pero se introdujo una modificación en la pena que pasó a ser la de reclusión mayor a muerte, restaurando la pena de muerte que había desaparecido en el Código de 1932.

La jurisprudencia exigía el conocimiento de la relación parental para aplicar el art. 405, así la sentencia de 7 de junio de 1960, si había error sobre la víctima y se mataba a un pariente pensando que era un extraño no cabía la comisión de un parricidio pues faltaba la voluntad de agredir a un pariente.

STS de 7/6/1960. Los procesados en ésta causa Cesar y Carmela, entablaron relaciones ilícitas en el año 1957 las que duraron aproximadamente año y medio, durante los cuales cohabitaron ambos frecuentemente, unas veces en el domicilio del primero y otras en el de la segunda, habiendo quedado embarazada la Carmela ., quien vivía en compañía de su padre anciano de 73 años y una hermana imbécil, los cuales desconocían dichas relaciones, así como el estado de preñez de la hija y hermana respectivamente, aunque en el pueblo se rumoreaba hallarse embarazada la Carmela, que a todo trance trataba de ocultar tal situación a familiares, convecinos y amigas, lo que hizo presente al otro procesado, poniéndose de acuerdo los dos para no decir que el autor del embarazo era aquél, con el fin de evitar disgustos y peleas, entre los hermanos de la Carmela y el Cesar, así como defender su honra la primera; el día 17 de abril de 1958, la procesada se sintió enferma por la tarde, con síntomas de parto, soportando las molestias y dolores a presencia de su padre y hermana referidos, cenando todos juntos para acostarse más tarde, presentándose el Cesar el día siguiente 18 por la mañana sobre las 10 horas, en que el padre de la Carmela había salido de su domicilio al campo para dedicarse durante todo el día a las faenas agrícolas diciéndole aquella, que se encontraba mala con dolores de parto, contestándole el Cesar que no se iba de la casa y que le ayudaría, pues el parto había que ocultarlo cerrando él mismo la puerta, dando a luz un niño de término a las primeras horas de la tarde del mentado día 18 para lo cual la Carmela se sentó en una silla mientras el Cesar . la auxiliaba, cogiéndola y sujetándola, cayendo al suelo con vida el recién nacido, que fue recogido por el último, viendo la Carmela como aquél lo sacaba de la habitación después de cortar con unas tijeras el cordón umbilical mientras decía "que eso no se podía saber", diciéndola más tarde que había puesto un trapo al cuello a la criatura para matarlo y que lo había enterrado en la cuadra en un rincón, donde efectivamente fue hallado el cadáver, envuelto en un trozo de camisa y con una trenza que circundaba por completo el cuello con fuerte presión; a presencia del Cesar la Carmela se limpió y como se encontrasen por el suelo la placenta, fue recogida por la misma y enterrada en un rincón del patio de la casa, marchándose el Cesar por las puertas traseras del domicilio que cerró metiendo las llaves por debajo de dichas puertas al mismo tiempo que decía a la parturienta "limpia eso que ya es hora de que venga tu padre", dedicándose aquella a asear la habitación y oponerla en orden, llegando al poco tiempo su referido padre, una parienta y un

hermano con los que hizo vida normal, b) Sobre mediados del mes de marzo del mentado año 1958 y alrededor de las 10 de la mañana, se presentó Milagros , hermana del procesado Cesar en el domicilio de la Carmela, quien entregó a la última, envuelto en un papel unos polvos que debía tomar en un vasito pequeño de vino en ayunas durante nueve días, previo colocar el vasito al sereno durante toda la noche con el fin de abortar o matar la criatura, siendo el contenido del citado papel polvos de azafrán, por sus propiedades farmacológicas, considerados como abortivos, los cuales no fueron ingeridos por la gestante a quien preguntó la Milagros varios días después si los había tomado, quien no ignoraba el estado de embarazo de la Carmela, sin que se haya probado tuviere intervención en estos hechos el procesado Cesar. RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos, los del apartado a) del delito de parricidio que prevé y sanciona el artículo 405 del Código Penal , un delito de infanticidio del artículo 410 del citado Cuerpo legal y un delito de inhumación ilegal del artículo 339 del mentado Código; y los del apartado b) son constitutivos del delito del artículo 411 núm. 2.º por provocación de aborto de los que eran responsables criminalmente en concepto de autores, del delito de parricidio y del de inhumación ilegal el procesado Cesar, Carmela del delito de infanticidio y Milagros del de provocación de aborto. CONSIDERANDO que a la misma solución adversa ha de llegarse en cuanto a la viabilidad del tercero de los motivos articulados, porque en su fundamentación tampoco se respetan los hechos que se declaran probados en la sentencia de la Audiencia, porque mientras en ésta se afirma que el recurrente tuvo relaciones ilícitas con su coprocesada durante año y medio aproximadamente y en éste tiempo cohabitaron frecuentemente y como fruto de aquellas relaciones quedó la mujer embarazada, lo que hizo saber al recurrente, poniéndose ambos de acuerdo para no decir que el autor del embarazo era él para evitar disgustos entre los familiares, y cuando llegó el momento del parto, con el fin de ocultarlo, se encerró en la casa con la paciente, la auxilió en el trance y realizó con el recién nacido los actos que se detallan anteriormente, en la fundamentación de éste motivo se dice que no consta que el procesado fuera el padre del niño y se niega que tuviera conciencia de su paternidad, negaciones que están en contradicción con las premisas "de facto", y en oposición a los más elementales principios de la lógica, porque si el procesado no hubiera estado en la creencia de que el niño que dio a luz la otra procesada era hijo suyo, no puede

explicarse porque trató por todos los medios a su alcance de ocultar el embarazo y el parto, y hasta llegó a dar muerte a la criatura, cuando entre él y la madre no existía ninguna relación de próximo parentesco que pudiera explicar, aunque nunca justificar, su punible actuación, por todo lo que, si se da como probado que el procesado recurrente era el padre del recién nacido, y que tenía conciencia de su paternidad, y a pesar de este conocimiento le privó de la vida voluntariamente, concurren todos los elementos subjetivos y objetivos que exige el artículo 405 del Código Penal para que surja la figura delictiva del parricidio, puesto que existe la doble malicia, o dolo duplicado del que mata, sabiendo que a quien mata es un hijo suyo, ya sea legítimo o ilegítimo, toda vez que el precepto citado expresamente incluye en este tipo penal ambas relaciones parentales. CONSIDERANDO en cuanto al cuarto de los motivos alegados, que el hecho de que la víctima del delito fuera un niño recién nacido, no puede reputarse, como sostiene el recurrente que la alevosía esté ínsita en el delito de parricidio para los efectos de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 59 del Código Penal, porque éste precepto se refiere solamente a los casos o supuestos en que el delito enjuiciado y la circunstancia que haya de apreciarse estén tan íntimamente unidos que no pueda existir el uno sin la otra, es decir, que para que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal se estime como inherente al delito, es preciso que aquella se encuentre tan ligada al hecho punible, que sin ser concurrencia carezca éste de posible realidad, y como según los términos literales del artículo 405 de nuestro ordenamiento penal sustantivo, el delito de parricidio está cualificado exclusivamente por la próxima relación de parentesco existente entre la víctima y el culpable, y por tanto puede cometerse y de hecho se comete sin la concurrencia de la alevosía, en los casos en los que como en el presente concurre ésta circunstancia agravatoria, puesto que como reiteradamente ha declarado esta Sala, al dar muerte a una criatura, por la sola razón de su edad, es siempre un acto alevoso, tiene necesariamente que producir los efectos naturales en la imposición de la pena como circunstancia agravante genérica, y al haberlo apreciado así el Tribunal "a quo" no ha infringido los artículos citados y tampoco, por indebida aplicación la circunstancia primera del artículo 10 del mismo Cuerpo legal, por lo que también tiene que ser desestimado éste motivo del recurso. CONSIDERANDO por último, que en las premisas "de facto" de la sentencia recurrida, no hay elementos bastantes para poder estimar en favor del procesado la circunstancia

atenuante 8.º del artículo 9.º del Código Penal , porque es reiterada la doctrina de ésta Sala, que la obcecación, lo mismo que el arrebató, tienen que provenir de actos injustos, inmotivados o de naturaleza análoga, realizados por la víctima, capaces de alterar la inteligencia y desviar la voluntad del culpable en dirección punible, y no es posible sostener que en el caso de autos concurrieran estas circunstancias, y tampoco que la actuación del procesado obedeciera a estímulos legítimos y no reprobables, porque el quitar la vida a un recién nacido, máxime si el autor de la muerte es su progenitor, repugna a toda conciencia honrada, y va contra todo principio de moral, por todo lo que tampoco puede ser acogido el quinto y último motivo del recurso.

El Tribunal Supremo marcó un límite al infanticidio y aplicó la norma del parricidio cuando la muerte del hijo se producía varios días después de su nacimiento, incluso cuando la muerte se producía por omisión (sentencias de 1 de febrero de 1945 y de 18 de octubre de 1962).

STS de 18/10/1962. Primer Resultando Probado y así se declara que la procesada Mónica, de cuarenta y ocho años, viuda, con ocho hijos legítimos, dos de los cuales ya están casados en Castro del Río, pueblo de su residencia, durante los primeros meses del año 1960, y con anterioridad desde el fallecimiento de su esposo, vino manteniendo relaciones sexuales con diferentes individuos, fruto de las cuales fue que a finales de julio de aquel año quedase embarazada, estado que si bien a ella no le agradaba que se hablase de él, era sobradamente conocido por el vecindario, sin que conste lo fuera por sus hijos. La mañana del 5 de abril de 1961, sobre las once horas, encontrándose la procesada en su domicilio con sólo su hijo Mariano, de veintiún años de edad, sintió los primeros síntomas de parto y fuese al segundo patio de su vivienda, donde a horcajadas sobre un cubo de los ordinariamente empleados para la limpieza dio a luz un feto varón, a término, vivo, que cayó sin sufrir el más mínimo daño sobre el fondo del cubo, ocupado ya por el líquido amniótico y al que siguió a continuación la placenta y gran cantidad de sangre, aproximadamente unos 600 centímetros cúbicos, constitutivo de fuerte hemorragia. Rápidamente procedió a ligarle el cordón umbilical, con el hilo que previa y anteriormente tenía preparado, y como sintiese mareos y sensación de pérdida de la consciencia, colocó al niño sentado sobre el fondo del cubo

con la espalda apoyada sobre el plano inclinado de su pared y la cabeza descansando sobre su borde, quedando aquél en posición fácil de sostenerse inmerso hasta la línea de sus mamas en la masa licuosa formada por el líquido amniótico, el placentario y la sangre. Fuese a su habitación, donde tenía preparada la ropa para el recién nacido, y sin duda debido a la gran pérdida de sangre sufrida, cayó sin sentido a la entrada de aquélla, de donde fue recogida y llevada a la cama por su hijo Mariano, desconocedor de lo ocurrido. Volvió en sí a la hora, aproximadamente, del desvanecimiento, y en vez de comunicar rápidamente el alumbramiento a fin de que recogiesen al niño, bien a las vecinas o parientes que acudieron a prestarle auxilio, disminuidas sus facultades intelectuales y volitivas por el fuerte estado anémico consecuente y su abundante pérdida de sangre y prolongado desvanecimiento, silenció aquel hecho durante varias horas por la presencia de su hijo mayor, desconocedor del embarazo, y a pesar de saber perfectamente, por los múltiples alumbramientos que había tenido, las consecuencias fatales que suponía para el recién nacido dejarle completamente desvalido en la forma y circunstancias que lo había colocado, como ocurrió, muriendo a las pocas horas de nacer. Más tarde, y cuando pudo moverse y no ser vista, volvió al corralón, comprobando que el niño estaba frío, recogiendo el cubo y guardándolo en su departamento de la mesa de noche de su habitación sin decir nada a nadie hasta el día 9, en que comunicó al médico que había tenido un niño muerto. RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de parricidio, previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autora la procesada Mónica, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental. CONSIDERANDO que el único motivo del recurso apoyado en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia como infringido por indebida aplicación el artículo 405 en relación con el primero, ambos del Código Penal, y debe prosperar, pues es cierta la muerte del niño y la maternidad de la recurrente, pero no sólo no aparece la voluntad de cometerse el delito, sino que hay elementos suficientes que demuestran que no deseaba la muerte del recién nacido, y así aparece ligado el cordón umbilical con el hilo que previa y anteriormente había preparado, la colocación del niño sentado sobre el fondo del cubo, con la espalda apoyada sobre el plano inclinado de su pared y la cabeza descansando sobre su borde, quedando aquél en posición fácil de mantenerse inmerso hasta las líneas

de sus mamas en la masa formada por el líquido amniótico, el placentero y la sangre, unido a que la recurrente tenía preparada ropa para el recién nacido, y todos estos elementos demuestran que la voluntad era contraria al fallecimiento de la criatura. CONSIDERANDO que la sentencia recurrida afirma que sin duda debido a la gran pérdida de sangre sufrida como consecuencia del parto, cayó sin sentido, que se rehízo a la hora, aproximadamente, del desvanecimiento, silenció el hecho del parto hasta que no se retiraron las personas que la acompañaban y -no prestó el auxilio que el recién nacido precisaba, y esta conducta encaja perfectamente en el párrafo primero del artículo 565 del Código Penal, pues es una omisión voluntaria, pero no dolosa que produce la muerte del niño al no prestarle los auxilios necesarios, y que era presumible por persona que ha tenido varios hijos y debe conocer los cuidados que necesitan en el tiempo siguiente a su nacimiento.

Igualmente el vínculo matrimonial se consideraba vigente aunque hubiera una separación de hecho (sentencia de 4 de octubre de 1960).

STS de 4/10/1960. Resultando que el procesado Humberto, unido en matrimonio canónico con Inés, el día 24 de marzo de 1955, venía sosteniendo con ésta frecuentes altercados, que agudizaban el carácter impulsivo y agrio del procesado, hasta el punto que durante cuatro años de matrimonio y después de ser objeto de malos tratos, hubo dicha Inés de buscar refugio con sus tres hijos en casa de los padres, si bien y después de reconciliarse con su marido volvió aquélla al domicilio conyugal. La última vez que salió de éste fue unos quince días antes de producirse los hechos de autos, y durante los cuales ante la necesidad de atender a su propio sustento y al de sus tres hijos, buscó y consiguió trabajo, colocándose al servicio de unos extranjeros que tenían instalado, en la feria de esta ciudad, un despacho ambulante de venta de salchichas y vino, al sitio de "La Enramadilla". Y siendo sobre las once horas de la noche del 22 de abril de 1959, último día de feria, paseando el procesado por el ferial, encontró inopinadamente a su mujer en el citado puesto ambulante, despachando vino y salchicha, entre los hombres que lo atendían, produciéndole este hecho una súbita y fuerte excitación de celos, que le llevaron a procurar saliese aquélla del puesto para proponerle la reanudación de sus relaciones conyugales, y cuando hubo conseguido que Inés abandonando el

establecimiento ambulante, momentáneamente le siguiese, la llevó hasta el puente de "La Enramadilla", mostrándole allí su deseo de normalizar la vida matrimonial, pero al escuchar su negativa, expresada en la frase "no quiero nada contigo", exasperándose sus celos, ya despiertos, sufrió en su ánimo una perturbación que le privó del normal dominio de sí mismo y exclamando: "¡me tienes loco y te voy a matar!", sacó una navaja de pequeñas dimensiones, pero de hoja fina en forma de estilete, cuya adquisición no se ha podido determinar, y rápida e inesperadamente, sin que pudiera darse cuenta Josefa de la inminencia de la agresión, sacó la navaja, que tampoco consta que llevase abierta en el bolsillo, dándole un golpe con ella en la región umbilical, causándola herida penetrante, con salida de masas intestinales, marchando por su pie la víctima hacia la Casa de Socorro, hasta caer desvanecida, siendo auxiliada por una pareja de Policía Armada, que la llevó en un taxi para que le fuese prestada asistencia médica en dicho Centro, y gracias a la rapidez de la intervención quirúrgica, pudo salvarse la vida de Inés, que tardó en curar cuarenta y dos días, con necesidad de asistencia médica e impedimento para su trabajo todos ellos, sin quedarle defecto ni deformidad. El procesado se presentó una hora después de realizado el acto en la Comisaría de Policía, cuando los Agentes de la Autoridad estaban formulando la denuncia, confesando el hecho cometido, cuyas consecuencias ignoraba, entregando la navaja y otros objetos de ella, manifestando había encontrado todo unos días antes. Hechos probados. RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de parricidio, en grado de frustración, previsto y castigado en el artículo 405 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el procesado Humberto, concurriendo la circunstancia agravante de alevosía, 1.º del artículo 10 del Código citado, y las atenuantes de arrebató y obcecación. CONSIDERANDO que es doctrina acogida por esta Sala que el resultado de la acción no basta por sí solo para determinar la naturaleza jurídica de la misma, sino que es preciso examinar en los delitos de tipo doloso las circunstancias concurrentes al acto y aquéllas que le precedieron para saber qué es lo que se propuso el agente al realizar la transgresión, y de este modo aplicar la Ley penal de acuerdo con el querer malicioso del culpable; y de aquí que cuando se hiere a una persona con instrumento adecuado para producir la muerte, en región tan vulnerable como el vientre, y el acometimiento se produce después de la negativa de la víctima a acceder a los deseos

del agresor -no importa que fueran legítimos- y acompañado de la frase "me tienen loco, te voy a matar", el ánimo homicida del agente se pone de manifiesto con aquella manera de obrar, ya que si su propósito hubiese sido causar otro mal, hubiese acometido con las manos o de cualquier otra manera, como pudo hacerlo fácilmente, dada la inferioridad física de la ofendida -la propia esposa del culpable- y la intimidación que naturalmente tenía que producir en la mujer el verse agredida por su esposo; ánimo homicida que todavía resalta más de la relación de hechos probados, donde aparece que los cónyuges vivían separados por los malos tratos que el marido daba a su mujer y que el acometimiento tuvo lugar después de una fuerte excitación de celos, al verla atender a unos hombres en un despacho de salchichas y vinos, donde se había colocado para atender a su sustento y el de sus hijos; pues rota la vida conyugal, ocupada la mujer en trabajos que al marido causaron esa excitación y opuesta aquélla a volver con su esposo, el ataque de éste en el vientre con una navaja de hoja fina en forma de estilete, no podía tener más finalidad que la de quitarle la vida, como así dijo al agredirla -"te voy a matar"-, no lográndolo por la rapidez con que fue asistida en la Casa de Socorro; concluyéndose de lo expuesto que al aplicar la sentencia recurrida el artículo 405 del Código Penal y no hacer aplicación del 420, estuvo ajustada a Derecho y el primer motivo de casación que se invoca por supuesta infracción de estos preceptos no puede ser acogido. CONSIDERANDO que al consistir la alevosía, según el artículo 10 del Código Penal, en el empleo de medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurar la ejecución de los delitos contra las personas, sin riesgo para su autor de la defensa que pudiera hacer el ofendido, el elemento característico de esta circunstancia descansa, no en la preparación de esos medios o formas de ejecutar, sino en su utilización en el momento mismo de cometer el delito; por eso tiene declarado esta Sala que esta circunstancia no es incompatible con la de arrebato u obcecación, ni va embebida en la premeditación; teniendo sustantividad propia, en cuanto Jurisprudencia Criminal el delito rápidamente concebido y ejecutado puede realizarse de una manera alevosa; y el premeditado, a su vez, puede o no ser alevoso, según las formas que se utilicen en su ejecución, que a veces son distintas de las concebidas por el culpable al preparar el delito; y al ser, por tanto, la circunstancia que se examina una forma especial de ejecución sin riesgo para el que ejecuta el acto punible, hay que estimarla en quien acomete rápida e inesperadamente a su víctima, sin que ésta pueda darse cuenta de la

inminencia de la agresión, como se declara en los hechos probados; porque en estas circunstancias no se podía reaccionar frente a un ataque no esperado, y el agresor pudo acometer sin riesgo alguno para él; y al entenderlo así la sentencia recurrida aplicó rectamente la circunstancia 1.ª del artículo 10 del Código Penal , haciendo inviable el segundo motivo de casación, articulado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto al «ius corrigendi» paterno con resultado muerte no podía reputarse lícito (sentencia de 13 de abril de 1982).

STS de 13/04/1982. Resultando probado y así se declara, que en Valencia, la procesada María , de mayor edad penal, de estado civil soltera, dio a luz como consecuencia de ayuntamientos carnales con otros tantos progenitores 3 hijos, Miguel Ángel nacido el 27 de febrero de 1972, Camila nacida el 25 de octubre de 1973 y María José nacida el día 1 de octubre de 1975, manteniendo dicha prole con el dinero que obtenía trabajando en diversas «Whisquerias» de esta capital, y a tal efecto, en el año 1975, la procesada colocó a Miguel Ángel y Camila , en casa de Montserrat para que los mantuviese a cambio de cierta cantidad semanal, viviendo con imprudencia la procesada, la cual, a dar a luz a María José llevó a ésta igualmente a casa de Montserrat, que cuidó y educó a los menores, que eran visitados por su madre una vez a la semana, permaneciendo esta situación, hasta, aproximadamente, finales de 1978 o principios de 1979, en que la procesada, ayudada económicamente por el progenitor de su hija menor, recogió a sus hijos y constituyó el domicilio familiar en la vivienda correspondiente a la puerta NUM000 del inmueble número NUM001 de la calle DIRECCION000 , de esta capital; desde el momento en que la procesada comenzó a convivir con sus hijos, surgió una situación de rechazo entre la procesada y su hija Camila provocando una situación de desprecio y rebeldía en ésta, para con la madre y de animadversión de la madre para con la hija citada, así las cosas, la procesada descubrió que Camila era objeto de tocamientos deshonestos consentidos por parte de sujetos de sexo contrario y actora de prácticas onanísticas, en las que fue sorprendida varias veces por su madre la procesada María, la que preocupada por el comportamiento de su hija Camila y por la precocidad sexual que evidenciaba, intentó corregir sus inclinaciones, mediante castigos que eran

inadecuados por lo violentos y que no consiguieron otra cosa que abrir más el surco de incompreensión existente entre madre e hija y aumentar la rebeldía en la hija y la violencia en los castigos aplicados por la madre, a la hija, golpeando por los motivos más insignificantes a la citada menor con las manos y con los pies, en todas las partes del cuerpo, recluyéndola en casa, sin llevarla al colegio, lo que motivó que la dejara encerrada casi permanentemente en el domicilio y le suministrase escasa comida, todo lo cual determinó que en momento no precisado, pero comprendido entre los días 20 y 21 del mes de julio de 1980, la procesada golpease, reiteradamente, con instrumento no identificado, con el deseo de corregir a su hija Camila que como consecuencia, sufrió vómitos y desvanecimientos, falleciendo el día 22 del citado mes y año por causa de haber producido la citada acometida, hemorragia interna, por lo que la procesada, al acontecer el óbito, llamó al médico del servicio de urgencia para que certificase la muerte, alegando que el traumatismo externo que presentaba el cadáver se debía a un accidente de circulación por lo que el referido facultativo comunicó al Juzgado de guardia las circunstancias que concurrían y, practicada la autopsia, se observó intensa contusión palpebral en lado izquierdo. La referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del que resultó parricidio, comprendido en el artículo 565, párrafo primero, en relación con el 405 del Código Penal, siendo autora la procesada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. CONSIDERANDO que, durante muchos años, este Tribunal, por una parte, aplicaba la doctrina sintetizada en la frase «causa causae est causa causati», extendiéndola incluso al problema de la culpabilidad, y, por otra, estimaba que no podía haber delito culposo en tanto en cuanto el acto inicial no fuera ilícito, aplicando, por consiguiente, la que algunos denominan «funesta» teoría del «vérsate in re illicita», o, según otro texto, «versanti in re illicita imputatur omnia quae sequitur est delicto», habiendo llevado, ambas teorías, a que, este Tribunal en la década de los cincuenta, tratando de eludir estos condicionamientos y de aplicar soluciones culposas, considerara acto ilícito el empujar a una persona que se hallaba en el borde del rellano de una escalera, el lanzar, contra un hijo pequeño, un pesado cayado de pastos o el separar a puntapiés a 2 personas enzarzadas en riña. Pero, posteriormente, este Tribunal, además de separarse, en muchas ocasiones, de la doctrina de la «conditio sine qua non» y regirse por las de causalidad eficiente o de la causación adecuada, exigiendo

que, el resultado, sea la consecuencia natural del comportamiento del agente y de su acción, ha admitido -véanse sentencias de 8 de junio de 1933, 17 de diciembre de 1958, 21 y 23 de mayo y 27 de diciembre de 1962, 7 de diciembre de 1964, 15 de noviembre de 1969, 8 y 22 de febrero, 6 de octubre, 13 y 15 de noviembre y 13 de diciembre de 1972, 11 de diciembre de 1973, 11 de marzo, 26 y 29 de abril, 21 de mayo y 28 de octubre de 1974, 31 de enero, 11 de febrero y 4 de abril de 1975 y 26 de enero de 1977 - que, siendo el acto inicial no sólo voluntario sino malicioso, es decir, hallándose patente la ilicitud inicial, puede, sin embargo, entenderse concurrentemente una hipótesis de infracción culposa, siempre y cuando, claro está, por una parte, se detecte la presencia tanto del elemento normativo -infracción del deber objetivo de cuidado- como del elemento psicológico -imprevisibilidad de lo que era previsible, punible y evitable-, y, por otra, la discordancia o divergencia entre lo querido por el agente y el resultado sea de tal magnitud que se produzca una desviación intencional y una disociación tan abismal entre lo deseado y lo obtenido que no sea posible atribuir dicho resultado al agente y a su intención sin incurrir en exasperación de la causalidad y en aplicación inmoderada de la doctrina versarista. CONSIDERANDO que, el denominado «ius corrigendi», o derecho de corrección paterna tuvo exagerada significación en el derecho romano, donde el «pater familias» tenía un derecho de vida y muerte sobre los hijos sometidos a su potestad, destacando, en el medievo, el Fuero de Llanes que eximía de responsabilidad a padres y maestros que hirieren a sus hijos o discípulos «por razón de aprender o de corregir» aunque muriesen, y las partidas, que reputaban homicidio culposo al acusado por el padre o maestro extendiéndose en el derecho de corrección. Pero, modernamente, entendida la patria potestad más como una función o posición jurídica que como un poder, e instituía en beneficio de los hijos y no en provecho de los padres, a la luz del último párrafo del artículo 420 del Código Penal y de los artículos 155 y 171 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, -el primero de los cuales asigna a los padres la facultad de corregir y castigar moderadamente a los hijos, mientras que el segundo les priva de la patria o potestad, o la suspende, cuando traten a sus hijos con dureza excesiva-, es imposible sostener que el derecho de corrección es omnímodo e ilimitado, manteniendo, la doctrina y la jurisprudencia, que debe cohonestarse con las normas de cultura imperantes y con las reglas pedagógicas comunes, y que, si bien podrá exonerar de responsabilidad criminal

en los casos de malos tratos o de lesiones leves-véase sentencia de 13 de febrero de 1978 -, no podrá operar en los casos de lesiones graves - véanse sentencias de 5 de noviembre de 1884, 26 de noviembre de 1901, 13 de marzo y 4 de junio de 1912 -, y, en lo que atañe a la muerte jamás podrá justificarse ni reputarse acto lícito la producida excediéndose el progenitor en el derecho de corrección, si bien a la hora de calificar tales hechos, y de decirse por una solución u otra, la cuestión no es resuelta de modo uniforme e idéntico sino que aparece impregnada de relativismo al compás de las circunstancias del caso - lugar, tiempo, modo antecedentes, personalidad del sujeto activo y del pasivo, etc. y de la dosis de infortunio, mala fortuna, intervención del lado adverso o de la fatalidad que hayan podido intervenir en el caso, oscilando o pendulando, dichas soluciones, entre el parricidio culposo, - véanse vg. Sentencias de 13 de junio de 1887, 15 de noviembre de 1973 y 7 de abril de 1975 -, el preterintencional -Sentencias de 25 de abril de 1884 y 21 de febrero de 1978 - y el doloso, bien sea con dolo directo, bien con dolo eventual. Debiéndose destacar, por último, que si bien el reputar tales hechos -muerte del hijo- homicidio culposo o parricidio culposo, es indiferente a efectos punitivos, no lo es el estimarlos constitutivos de parricidio preterintencional o de homicidio preterintencional, existiendo, respecto a ésta última distinción, dos teorías antagónicas: la primera de ellas, cuyos argumentos no son desdeñables, exige, el parricidio, un dolo doble o duplicado, pues es preciso que, el agente, no sólo obre con «animus necandi» pues es preciso que, el agente, no sólo obre con «animus necandi» sino además con la intención de matar a una persona concreta y determinada y que es pariente suyo incluido en el artículo 405 del Código Penal , es decir, con dolo con destinatario concreto, cuyo dolo se encuentra ausente tanto en el parricidio culposo como el parricidio preterintencional, hipótesis en las que el sujeto activo no desea matar al sujeto pasivo sino, y en el último caso, herirle lesionarle; mientras que, la segunda teoría, mantenida por las sentencias de este Tribunal de 19 de diciembre de 1871, 5 de mayo de 1880, 13 de julio de 1887, 23 de diciembre de 1947, 18 de octubre de 1962, 28 de septiembre de 1964, 15 de noviembre de 1969, 7 de abril de 1975 y 21 de febrero de 1978 -, sostiene que, en tales casos, se trata de parricidio preterintencional y no de homicidio de la misma naturaleza puesto que, la relación parental, no obra en dicho parricidio como un elemento subjetivo del injusto típico sino como una característica del sujeto pasivo que debe ser captada por el sujeto activo, pero que

no impide la comisión culposa o preterintencional una vez que, el agente, conoce el ligamen familiar que le enlaza con la víctima y también le consta, o puede constarle, que su comportamiento antijurídico puede desencadenar causalmente la muerte del pariente comprendido en la enumeración del artículo 405 del Código Penal. CONSIDERANDO que, en el caso presente, y puesto que la madre extramatrimonial de la víctima - niña de seis años de edad- se excedió, mejor diríase, rebasó o desbordó ampliamente todos los límites del derecho de corrección, está claro que su conducta no era lícita «ab initio» y, por tanto, con la teoría clásica que aún aflora en algunos fallos de este Tribunal, y se halla impregnada de versarismo, es totalmente insostenible la tesis culposa mantenida por la Audiencia de instancia, tesis que tampoco puede prevalecer sobre la base de la teoría moderna que admite la culpa siempre que lo deseado por el agente esté muy lejano del resultado, toda vez que, en el relato fáctico de la sentencia recurrida, se insertan datos que revelan que si, la acusada, no obró con «animus necandi», su intención, inferida de tales datos, lejos de discordar, profunda y abismalmente, del resultado letal, se halló muy próxima a él, pues, dicho «factum» destaca, que, la acusada, sentía animadversión respecto a su hija, dándose un mutuo y recíproco rechazo entre ambas, aplicándole castigos, inadecuados por lo violentos, para corregir inclinaciones de la hija que juzgaba perversas, golpeando a la menor por los motivos más insignificantes, con las manos y con los pies, en todas partes del cuerpo, recluyéndola en casa, sin asistir al colegio, dejándola encerrada en el dicho domicilio de forma casi permanente y suministrándole escasa comida, hasta que, entre los días 20 y 21 de agosto de 1980, con el deseo de corregirla -dice piadosamente la sentencia de instancia-, la golpeó reiteradamente con instrumento no identificado, y de modo tan brutal, despiadado e inmisericorde, que, tras vómitos y desvanecimientos, la infeliz niña falleció, intentando la madre -cuya conciencia de culpabilidad era manifiesta- explicar lo ocurrido, al facultativo que al efecto llamó, y justificar los poli-traumatismos visibles en su hija, fingiendo que había sufrido un accidente de circulación, siendo los referidos traumatismos, los siguientes: «intensa contusión palpebral en lado izquierdo, contusión alargada en pericráneo fronto-temporal en el lado izquierdo, 6 contusiones del tamaño de una moneda de pesetas, de las actualmente en curso legal en la región anterior al tórax, 13 contusiones de la misma índole en la cara anterior del abdomen, 6 contusiones de la misma índole en ambos antebrazos, una moradura más extensa en la región

inguinal derecha, y en el dorso contusión del mismo tamaño ya descrito, en región lumbar derecha, otra en lado izquierdo del tamaño algo mayor, dos más pequeñas en región central y otra mayor en la región sacra; se apreció hematoma en sábana subtegumentaria en el lado izquierdo de la bóveda craneal con hemorragia cerebral; en la cavidad abdominal todas las vísceras se hallaban bañadas en sangre, que ocupaba prácticamente todo el interior del abdomen, apareciendo rasgada la celda renal izquierda y el riñón con una pequeña fisura al borde del pedículo y, por último, rotura de la vena renal». CONSIDERANDO que, si, el «animus occidendi», permaneciendo en lo más recóndito e infranqueable del intelecto humano, no puede conocerse sino a través de los actos exteriorizativos de esa intención y que sean de naturaleza objetiva, no cabe duda de que, en este caso, y tal como se revela el «factum» de la sentencia impugnada, el dolo de muerte, sea directo o eventual, se transparenta, fluye y aflora en dicha narración, pero, constreñido, este Tribunal, por los límites que, el Ministerio Fiscal recurrente, ha establecido para su impugnación casacional, y no siendo posible rebasarlos ni excederlos, forzoso es admitir su tesis preterintencional, según la cual la madre no tuvo propósito de matar a su hija, dándose una hipótesis de parricidio de la naturaleza antecitada, conforme a la cual, la acusada, se propuso golpear y herir bárbaramente a su hija causándole lesiones, pero sin que su intención fuera producirle la muerte, dándose así la divergencia entre lo subjetivo -intención- y lo objetivo -resultado- que caracteriza a ese «tertium genus» equidistante de la culpa y del dolo, así como el «plus in effectu» y el «ultra propositum», la cual, por más que sea, en este caso, heterogénea, determinará tan sólo la aplicación del artículo 9, número cuarto, del Código Penal, y no la del artículo 50 del mismo Cuerpo legal, no sólo por la excesiva benignidad que compartiría la solución prevista en éste último precepto, sino porque, no constando la duración de las lesiones que se proponía causar la acusada ni las secuelas resultantes de las mismas, es de imposible operancia. Procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la estimación conjunta de los tres motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, todos ellos al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, el primero, por indebida aplicación del artículo 565 del Código Penal, el segundo, por inaplicación del artículo 405 de dicho Cuerpo legal, y, el tercero, por inaplicación de la circunstancia cuarta del artículo 9 del mentado Cuerpo legal, procediendo igualmente,

casar y anular la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 22 de junio de 1981.

La pena de muerte se ejecutaba dando garrote al reo. La pena de reclusión mayor duraba de veinte años y un día a treinta años. Vuelve a incorporarse en el art. 428 el uxoricidio excusable del marido que mataba a su mujer sorprendida en adulterio, así como del padre que mataba a su hija, menor de veintitrés y que vivía en la casa paterna, cuando era sorprendida en análogas circunstancias, siempre que ni el marido ni el padre hubieren facilitado o promovido la prostitución de sus mujeres o hijas. Este parricidio sólo estaba penado con el destierro.

Art. 428: «El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas penas son aplicables en análogas circunstancias a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas».

Se veía este parricidio privilegiado como la supervivencia de una venganza privada por la ofensa recibida por el marido o el padre y no como una defensa del honor que ya estaba mancillado cuando se producía la muerte. Además esto suponía una tremenda injusticia para la mujer, que si mataba al marido sorprendido en flagrante adulterio, era castigada con la pena de reclusión mayor a muerte cuando el marido en las mismas circunstancias sólo era acreedor al destierro.

La jurisprudencia sólo aplicaba este tipo privilegiado a los casos en que la muerte se producía en el momento de sorprender a la mujer en flagrante adulterio que no dejaba lugar a dudas ni suposiciones.

El texto refundido del Código de 1963 no aportaba ninguna modificación a la figura del parricidio. Por Decreto de 24 de enero de 1963 desapareció el privilegiado uxoricidio por adulterio, pues la Ley de bases 79/1961, de 23 de diciembre, en su base octava, ya no lo consideraba necesario.

Ley 79/1961, base 8.^a: «Se suprimirá el art. 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del art. 8.º, o de las atenuantes quinta, sexta y octava del art. 9.º».

La Constitución española de 1978 abolió la pena de muerte en su art. 15 lo que repercutió en la penalidad del parricidio en las reformas posteriores del Código Penal. Igualmente fueron tenidas en cuenta las modificaciones de filiación que por Ley 11/1981, de 13 de mayo, se introdujeron en el Código Civil. El Código Penal reformado por Ley Orgánica 8/1983 contiene el parricidio en el Libro II (Delitos y sus penas), título VIII (Delitos contra las personas), capítulo primero (Del homicidio), art. 405: «El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor». Se sigue manteniendo al parricidio bajo la rubrica genérica «Del homicidio» con lo que continua la polémica sobre su independencia frente al homicidio simple. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, publicado el 17 de enero de 1980, parece zanjar las disensiones integrando al parricidio en un capítulo con la denominación de «Del homicidio y sus formas» por lo que el legislador haría del parricidio simplemente una forma del homicidio agravada por el parentesco. En esta nueva redacción del delito de parricidio se suprimen al «padre, madre o hijo», englobándolos simplemente entre los ascendientes y descendientes, y los calificativos de «legítimos o ilegítimos» para armonizar el Código Penal con el Código Civil. Al lado de los parientes consanguíneos se sigue conservando al cónyuge, equiparando el parentesco de consanguinidad en línea recta y el parentesco por matrimonio.

El Tribunal supremo admitió la comisión culposa del parricidio, en la sentencia de 14 de noviembre de 1980.

STS de 14/11/1980. Resultando probado, y así se declara, que el acusado Jesús Ángel, de veintiocho años de edad, el que psiquiátricamente está considerado con personalidad impulsiva pero sin que padezca enfermedad mental alguna, quien en su juventud vivió con su abuela Angelina en la casa que ésta poseía en el Barranco de Santos, de esta ciudad, el día 17 de enero de 1979, sobre las dieciocho horas, fue a visitarla haciéndole unos encargos, y después de verificados los mismos sostuvo una discusión con la anciana (de setenta y cuatro años), pues ésta le recriminaba que no la atendía por vivir amancebado con una mujer casada que era puta, llegando a las manos, y el acusado, fuertemente excitado, cogió a la abuela por el cuello, apretando fuertemente, cayendo ésta al suelo, y en la creencia de que la había matado, con el propósito de simular un suicidio, decidió anudarlo fuertemente un cable de televisión al cuello, lo que, según: dictamen de autopsia, causó la muerte por asfixia debido a la constricción del cuello por lazo con fuerza externa, por estrangulamiento; una vez realizado lo anterior, se marchó, cerrando la puerta con un candado desde fuera y llevándose el resto de mil pesetas que le había entregado la abuela para unos encargos, un reloj y un paraguas; al día 19 siguiente fue descubierto el cadáver y detenido el acusado el día 20, reconociendo ante la Policía lo que realizó, recuperándose en su poder lo sustraído. RESULTANDO que la referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de parricidio, previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal y de una falta de hurto, del artículo 587, número 1, del mismo Código. CONSIDERANDO que una primera y necesaria referencia a lo sucedido con ocasión de la visita del acusado Jesús Ángel al domicilio de su abuela permite señalar en los hechos dos momentos: al primero corresponde la discusión que ambos mantuvieron, al reprocharle la anciana en tono áspero su vida desordenada, llegando a las manos, y siendo en el curso de esta violenta y mutua actitud cuando el acusado le apretó fuertemente en el cuello, cayendo al suelo con pérdida de sentido, y, seguidamente -en un segundo momento de la acción-, en la creencia de que la había matado y llevado por la idea de simular un suicidio, le anudó un cable de televisión al cuello, causando la muerte a la interfecta por asfixia a consecuencia de la constricción

del lazo; y sobre estos hechos, con una consideración muy simplista de lo acaecido, el Tribunal Provincial levanta la hipótesis de un parricidio doloso consumado, intuyéndose -porque todo razonamiento está ausente- que la voluntad de matar pertenece al primer momento del suceso, siendo la muerte real del segundo episodio el resultado previsto y querido, de suerte que aquel deseo de simular un suicidio se presentaba como un matiz más del "animus occidendi» que inspiraba la conducta global del agente; en definitiva, venía a hacerse aplicación de la fórmula del "dolus generalis», a la" que se acogía en la vista del recurso de casación la acusación pública en un plausible esfuerzo por dotar de ropaje jurídico a la calificación penal aceptada en la instancia. CONSIDERANDO que los casos del llamado "dolus generalis» no son otra cosa que aplicaciones del principio de que todo antecedente es decisivo -como colaborador- en el resultado, entendiéndose que éste no hubiera sobrevenido si se suprimiese "in mente» el primer acto intencional, siendo un expediente propiciado por la doctrina del pasado siglo para obviar las dificultades que ofrecía el enjuiciamiento de ciertas situaciones fácticas de compleja relación causal; pero exigencias derivadas del principio de culpabilidad, que es capital en el derecho penal moderno y que podía resultar malparado, obligan a profundizar en el tema del nexo causal, y concretamente en la relación que guardan la primera acción del sujeto y el resultado mortal; y al proyectar la atención sobre aquélla para indagar la existencia del "animus necandi» del que arranca la construcción jurídica de la sentencia impugnada, y que es tarea siempre difícil por tratarse de un elemento psíquico que yace -como ha dicho alguna resolución de esta Sala-- en el secreto hontanar de las intenciones humanas, los signos externos que de algún modo traducen la disposición anímica del agente y que debe tener en cuenta el juicio axiológico del Tribunal advierten que las, relaciones anteriores entre el acusado y su abuela no denotan animosidad o resentimiento alguno que permita deducir el propósito de llevar las cosas hasta el último e irreparable extremo sino revelan -al contrario- un estado de convivencia y estrecha familiaridad que llevó a la anciana a ciertas recriminaciones, con algún exceso verbal justificado por la tutela moral que a veces se atribuyen los mayores, provocando con ello un tono desabrido en la discusión que desembocó en mutua violencia, circunstancia en que el acusado -hombre impulsivo, joven y de mayor corpulencia-, sin control de sus fuerzas, presionó sobre el cuello de la víctima produciendo su desvanecimiento; todos estos actos, anteriores unos y otros coetáneos,

disipan el ánimo de matar, y la reacción posterior hay que achacarla más al obnubilamiento que le produjo la muerte aparente y a un súbito sentimiento de culpabilidad, no siendo posible, en definitiva, aceptar la tesis del "dolus generalis» que tiene como punto inicial el dolo de muerte, y al quedar penalmente desvalorizado este primer momento de la acción, el centro de gravedad de lo acontecido se traslada al segundo acto o episodio en el que resultó muerta la anciana, por efecto de maniobras idóneas, mas no guiadas del propósito de matar, pues la propia sentencia impugnada afirmaba, con carácter de hecho probado, que el sujeto actuó "en la creencia» de que la había matado, y es precisamente esta creencia -" errónea», porque en realidad no estaba muerta- en donde radica toda la sustancia penal de los hechos. CONSIDERANDO que el conocimiento del agente -elemento intelectual del dolo- debe abarcar las circunstancias jurídicamente relevantes del hecho y el desvalor ético-social del mismo que tiene expresión en la antijuridicidad, y al desconocimiento o desconocimiento equivocado de dichos extremos corresponde la diferenciación clásica entre el error de hecho y el error de derecho, traducidos en la dogmática penal moderna, con ciertas matizaciones, a los llamados error de tipo y error de prohibición, los cuales, sin referencia en nuestro derecho constituido, la tienen "de lege ferenda» en el Proyecto del Código Penal, que distingue con cuidadosa técnica entre el "error sobre un elemento integrante de la infracción penal» y la "creencia errónea de estar obrando lícitamente», en ambos casos con eficacia excluyente de la responsabilidad siempre que el error o falsa creencia fueren probadas e invencibles, y al formarse en este caso la voluntad del sujeto con error sobre una circunstancia esencial del hecho: la creencia de que actuaba sobre una persona muerta, es llano que debe ser excluida su responsabilidad a título de dolo, pero no eximido de "toda» responsabilidad, porque su error ha sido consecuencia de grave imprevisión al no tomar las elementales precauciones que para cerciorarse de la muerte de la víctima pertenecen a la común experiencia, imprevisión de la que arranca su responsabilidad por culpa de un error vencible. CONSIDERANDO que las precedentes argumentaciones centran el complejo problema que suscitan los hechos y sirven de punto de partida y apoyo para la subsunción en la norma penal, y a éste propósito, la conducta contemplada en el primer acto o secuencia del suceso, del que resulta la inexistencia de una posible lesión corporal, pues el desvanecimiento pudo tener origen psíquico o deberse a una momentánea falta de riego cerebral sin lesión

somática alguna, no pasó de ser un maltrato de obra de los previstos en el artículo 585, 1, del Código Penal , sin riesgo de incurrir en incongruencia, puesto que las faltas no necesitan pretensión acusatoria formal; debiendo llevarse la acción con resultado mortal del segundo episodio al tipo de imprudencia punible, en grado de temeraria, que define el párrafo 1 del artículo 565 del mismo texto legal, aplicable en principio a todos los tipos delictivos que no contengan un elemento subjetivo en su descripción - sentencia de 27 de marzo de 1980 -, estando admitida la hipótesis del parricidio culposo -artículo 565 en relación con el 405 - en una antigua doctrina jurisprudencial, que no sin alguna inflexión y las reservas de cierto sector doctrinal, se acepta con bien fundada argumentación en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1975 y en la muy reciente de 4 de julio de 1980, calificación delictiva que tiene un autorizado precedente en la sentencia de 17 de junio de 1969, relativo a un supuesto semejante, y a la que no puede oponerse la ilicitud del hecho originado porque, según criterio jurisprudencial vigente, se trata de restar campo de aplicación a la arcaica doctrina del "versari in re ilícita», no es requisito que exijan las fórmulas legales de la imprudencia punible, además de que en este caso los malos tratos iniciales están casualmente desconectados del resultado letal, y el dolo ausente de todo el decurso de la acción que produjo la muerte; y esta doble aseveración impide hacer del delito culposo un "minus» que situaría los hechos en la colindancia de la preterintencionalidad, a cuyo ámbito llevó hechos de análoga significación la sentencia de 12 de febrero de 1957, cuando realmente constituyen un "aliud» donde se dan cita los elementos psíquico y normativo en que encarna el delito de imprudencia; todo ello conduce a la estimación del único motivo admitido del recurso, que alega la infracción por aplicación indebida del artículo 405 del Código Penal en relación con el artículo 1 del mismo texto por la vía del número 1 debiendo dictarse segunda sentencia, que acoja las nuevas triplicaciones penales con observancia de los artículos 901 y 902 de la citada Ley procesal.

Según la jurisprudencia es posible la comisión por omisión (sentencias de 12 de febrero de 1892, 19 de enero de 1921, 17 de diciembre de 1985, 12 de julio de 1991 -de la A.P. Palma de Mallorca-, 24 de julio de 1992, 31 de marzo de 1993).

STS de 19/01/1921. Considerando que la contestación afirmativa a todas las preguntas del veredicto, dictado en el presente proceso, no deja lugar a duda alguna sobre el hecho de haber ocasionado el procesado Trinidad Prieto, voluntariamente, la muerte de la niña nacida viva, como consecuencia de sus relaciones ilícitas con Joaquina Sutil, sacándola del lado de ésta y dejándola abandonada en condiciones tales que desde luego podía asegurarse su fallecimiento inmediato: Considerando que la realización de tales hechos constituyen el delito de parricidio que define el art. 417 del Código y que acertadamente calificó la sentencia recurrida, porque el homicidio de la niña intencionalmente producido se cualificó por la relación de parentesco filial que, aun con la consideración de ilegítimo, afirmó el Jurado en su veredicto, sin que fuera necesario, como en el primero de los motivos del recurso se pretende, que se hiciera otro género de declaraciones en el orden civil, sobre la paternidad del inculpado, porque el Tribunal sentenciador, dentro de sus facultades, privativas y al efecto único de la repulsión, pudo hacer e hizo lo indispensable para estimarlo incurso en el delito mencionado, ya que de tal moda va unida a la esencia del delito esta especial circunstancia, que sin afirmarla no tendría aquél existencia legal: Considerando, en orden al segundo motivo del recurso, que dada la anterior calificación, no cabe buscar en el art. 501 del mismo Cuerpo legal otra a ella diferente, porque, aunque alguno de sus requisitos pudiera estimarse indicado al caso presente, excedería su aplicación el hecho de merecer por la forma de haberse producido, una calificación de mayor gravedad, que con acierto ha sido tenido en cuenta en la sentencia contra que se recurre.

STS de 17/12/1985. Resultando probado y así se declara que la procesada Lidia, soltera, mayor de edad, a principios del año 1982 residía en Madrid, no teniendo trabajo ni domicilio fijo, habiendo dejado al cuidado de sus padres una hija menor de edad, y entregando en Madrid para su adopción en un establecimiento benéfico a otro hijo. En verano de dicho año fijó su residencia en la localidad de Fuenlabrada, en el piso NUM000. B, bloque NUM001 de la calle DIRECCION000 de dicha localidad, vivienda que le había cedido por unos días el propietario de la misma Octavio, al que conoció en un bar. En aquellas fechas la procesada estaba embarazada, lo que ella negaba, y en un día no establecido, pero dentro de los primeros de septiembre del citado año, encontrándose sola la procesada se produjo el parto y como no deseaba que viviese lo

que iba a nacer, adoptó una postura pasiva, no prestando asistencia al mismo -que vivió una hora- cuyo fallecimiento se produjo debido a una anoxia cerebral y síncope cardial. La procesada tiene una personalidad neurótica con escasa dotación intelectual, lo que unido al trauma que le produjo el parto junto a sus fracasos amorosos tenía rebajada su conciencia, por lo que tiene una imputabilidad muy disminuida, pero no anulada. 2. La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de parricidio comprendido en el artículo 405 del Código Penal, considerando autora del mismo a la procesada, con la concurrencia de la atenuante de eximente incompleta de enajenación mental transitoria. En el motivo cuarto del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 405 del Código Penal, fundamentándolo en que no existía en la recurrente ánimo de matar encontrándonos ante una imprudencia con resultado de muerte; como si de los hechos probados de la sentencia recurrida no apareciera destacado con toda evidencia ese dolo directo de muerte que guiaba a la procesada, al dejar desasistido al hijo recién nacido en las circunstancias que se dicen en ellos, sin haber requerido la asistencia de facultativo ni antes ni durante el parto, ni después del mismo para que asistiera al recién nacido, al que ni siguiera ató el cordón umbilical, adoptando respecto del mismo una actitud pasiva sin prestarle ningún cuidado y asistencia de los que ella era conocedora por ser ya madre de dos hijos, por lo que no aparece del relato de hecho, como alega la recurrente, el delito culposo, sino delito de comisión por omisión que es equivalente a la acción, por la seguridad, dadas las condiciones y soledad en que se produjeron los hechos, sola en la casa que habitaba, que necesariamente había de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre, por lo que concurren en el hecho los elementos objetivos, la muerte de un recién nacido, siempre alevosa, y el elemento subjetivo, intención de matar, por lo que procede desestimar, también este motivo de casación. Por último, no procede estimarse el motivo sexto del recurso en el que, también, al amparo del número primero del artículo 849, se denuncia la indebida aplicación del número tercero del artículo 586 del Código Penal pues como acaba de decirse, estamos ante un delito de parricidio doloso, no culposo como se pretende degradar la responsabilidad penal en este motivo.

STS de 12/07/1991. El día 29 de mayo de 1987, el procesado don Rosendo, salió del Caserío " DIRECCION000 " de Orio, en el vehículo matrícula MC-....-Y , propiedad de don Juan Alberto, primo carnal del primero, dirigiéndose al Caserío "Macazaga" para recoger unos conejos, lo que efectuaron, continuando ambos al barrio de San Pedro, de Aya, y cuando ya se encontraban próximos al Caserío "Hendaia", se produjo una discusión o riña entre ambos, durante la cual el procesado golpeó con un palo 3 ó 4 veces la cabeza de don Juan Alberto, sin que se haya acreditado que éste intentara acometer previamente a aquél, quedando don Juan Alberto malherido por lo que el procesado, con ayuda de su madre y tío, colocaron a la víctima sobre un colchón, dirigiéndose el procesado al bar "Olaetxe" desde donde llamó a la también procesada doña Ana, esposa del herido, que se encontraba en el Caserío " DIRECCION000 ", a la que requirió para que viniera pronto, acudiendo doña Ana en un vehículo de su vecino, al que hizo volver al llegar a la proximidad del Caserío "Héndaia", introduciendo ambos procesados en el vehículo al herido y dirigiéndose al Hospital de la Cruz Roja de San Sebastián, conduciendo don Rosendo el vehículo y deteniéndose Poco después en lugar inmediato a un montón de troncos de pino apilados, donde, después de comprobar ambos que la víctima aún vivía, descendieron los dos, apartándose algo doña Ana y tomando don Rosendo una rama de pino con la que golpeó repetidamente la cabeza de don Juan Alberto, y dando varios golpes seguidamente en el lateral del vehículo para aparentar la producción de un accidente, efectuando lo cual siguieron ambos hasta el Hospital de la Cruz Roja de San Sebastián donde el herido ingresó ya cadáver, alegando aquéllos que habían sufrido un accidente.» Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado don Rosendo, como autor responsable de un delito de asesinato, con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía, como cualificativa, y que debemos condenar y condenamos a la procesada doña Ana, como autora responsable de un delito de parricidio. El tercer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alude a la aplicación indebida del artículo 1 del Código Penal, en tanto en cuanto no concurrió en la procesada el requisito de dolo, y ello por ser ajena a la producción de la muerte de su marido. A tenor del artículo 1 del Código Penal, según la redacción imprimida en la Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio, de reforma urgente y parcial de aquél, son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o

culposas penadas por la ley, sustituyéndose la referencia a las acciones y omisiones "voluntarias», contenida en la redacción del precepto anteriormente a su reforma, por la exigencia del "dolo» o de la "culpa» como únicos fundamentos de la responsabilidad penal; se trata así de desterrar de nuestro sistema punitivo todo vestigio de responsabilidad objetiva, enseñoreándose, de modo inequívoco, el principio de culpabilidad como faro iluminador de cualquier enjuiciamiento penal, lo que supone, aparte del abandono de cualquier manifestación del "versan in re ilícita», la acentuación de un régimen de garantías propio de un Estado de Derecho. Ello torna exigente y minuciosa la actividad judicial en orden a la constancia suficiente de los factores de conocimiento y voluntad integradores del dolo, el primero como advertencia actual de los hechos constitutivos de la infracción criminal y de sus circunstancias objetivas, con representación, en su caso, del curso causal y del resultado, elemento intelectual extensible, asimismo, a la significación antijurídica no formal, pero sí material, del comportamiento, conciencia de enfrentamiento a determinados intereses jurídicamente protegidos, factor volitivo, el segundo, traducido en el querer de los resultados directamente perseguidos, de los necesariamente ligados a la acción realizada o al resultado propuesto, y de aquéllos que, representados como de probable consecuencia, sin ser directamente queridos, se aceptan para el evento de que se originen, elemento de voluntad surgido libremente, sin causas que eliminen la soberana decisión del agente. Cuarto: Dada la vía casacional de que se hace uso, se impone el más absoluto respeto a los hechos probados, cuya intangibilidad ha de ser mantenida, entendiéndose comprendidos entre aquellos cuantos elementos fácticos se recogen en los fundamentos jurídicos que, aún desplazados sistemáticamente del apartado correspondiente, vienen a integrar el "factum» según doctrina pacífica y harto reiterada de esta Sala. De todo ello bien claro resulta el conocimiento y conciencia en el obrar, que presidió la actuación de doña Ana. Y ello no sólo exteriorizando su deseo o voluntad de conseguir la muerte de su esposo, sino realizando actos de los que inequívocamente se desprende aquélla y que supusieron la realización del papel o actuación que le venía asignado y, en todo caso, la plasmación de una cooperación de valor inestimable y necesario para la consecución del resultado propuesto. A ellos se ha hecho referencia en el fundamento precedente y, de modo particular, se insistirá sobre los más relevantes en el que subsigue. Se impone la desestimación del motivo.

Cabe también el dolo eventual (sentencia de 30 de junio de 1988, 13 de abril de 1993), que excluye la atenuante de la preterintencionalidad (sentencia de 24 de abril de 1984).

STS de 30/06/1988. La referida sentencia estimó que los indicados hechos probados eran constitutivos de un delito de parricidio en diferentes grados, uno consumado y otro frustrado, previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, y es responsable criminalmente en concepto de autora, la acusada Inmaculada; y contiene el siguiente fallo: «Que debemos absolver y absolvemos a Everardo de los delitos de parricidio de los que viene siendo acusado y debemos condenar y condenamos a Inmaculada como autora responsable de un delito de parricidio consumado y otro de parricidio frustrado ambos ya definidos sin la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. La Defensa de la recurrente estima que ésta no obró con dolo, como lo establece la sentencia recurrida, sino con culpa. Tal afirmación se basa en que tanto el Ministerio Fiscal en su acusación, como la sentencia admiten que la procesada acudía al domicilio donde se encontraban sus hijos con asiduidad para atenderlos en la medida que su personalidad, con deficiencias y en progresivo deterioro, como consta en el informe forense, se lo permitía, y había venido sucediendo de esta manera, sin que tuviera lugar ningún evento perjudicial conocido, máxime cuando el otro procesado absuelto también acudía con harta asiduidad al domicilio conyugal para atender a los hijos, por los que sentía cariño». Consecuentemente, afirma la Defensa, el hecho ocurrió «por pura imprevisión y estando (la procesada) en la idea de que su esposo cumpliría las funciones antes mencionadas». Es decir, «no hubo intención de matar, y si una imprevisión grave en el cumplimiento de sus obligaciones de madre». El motivo debe ser desestimado. El dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tiene caracteres que, si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización

del tipo en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del «dolo» es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado ya esta Sala en las S.T.S. de 25-4-88 (Rec. n.º 943/87), en la que se sostuvo que «en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido el conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción». En el caso de los delitos de «comisión por omisión», o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción. Sobre la base de estos conceptos se debe dar respuesta a la cuestión planteada en este recurso. Tercero: El comportamiento de la procesada presenta todos los elementos que caracterizan a la forma más grave de los delitos de omisión, es decir, al «dolo» de la omisión. La acusada tuvo, en primer lugar, conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, dado que fue ella misma la que encerró a los niños en el piso en el que fueron encontrados. Por las mismas razones, supo que, en tales condiciones, los niños no tenían la posibilidad de acceder a alimento alguno y que, en consecuencia, dependían para su subsistencia de la alimentación que ella misma les debía proporcionar. Asimismo, no cabe duda de que la procesada tuvo conocimiento de su capacidad de acción, es decir de la posibilidad de alimentar y cuidar de los niños por sí misma. Es indudable que pudo haber concurrido al piso en que los niños se encontraban y haberles proporcionado alimentos para subsistir. En los hechos probados no consta que la procesada haya

carecido de medios para alimentar a sus hijos y si hubiera sido así, es evidente que tuvo también la posibilidad de intentar ante terceros lograr lo necesario para alimentarlos. Por último, no ofrece tampoco la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. En tanto dicho deber proviene en parte del artículo 154, 1.º Código Civil y en parte del deber general de protección que incumbe a los padres frente a los hijos, el «dolo» requiere que la procesada haya sabido del vínculo que la unía a los niños y de la situación de peligro en la que estos se encontraban. Ambas circunstancias fueron conocidas por la procesada, ya que sabía que carecían de alimentos y, dado el tiempo transcurrido, no pudo ignorar que sus hijos corrían peligro de morir. Estas consideraciones privan de toda fuerza de convicción al argumento de la Defensa que sostiene que la procesada pensó que el padre de los niños se ocuparía de ellos. Al no haber intentado que esto fuera realmente así (p. ej. comunicándole al padre la situación de aquéllos), el comportamiento de la recurrente sólo exterioriza una total indiferencia y un verdadero abandono de sus hijos a una suerte segura. Sin duda, es posible pensar que la recurrente no haya deseado, acaso, la muerte de los niños, pero, dadas las circunstancias en las que omitió proporcionarles alimentos, sabiendo que tampoco podrían lograrlos por sí mismos, es imposible negar que tomó en serio la probabilidad de su muerte y no obstante ello omitió impedirla. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que si la procesada hubiera abandonado a sus hijos en la calle, éstos seguramente hubieran corrido menos peligro que encerrados en una habitación del piso, sin luz y con las «ventanas y contraventanas totalmente cerradas». Por lo tanto, si se negara que obró en una forma equivalente el dolo directo, será, de todos modos, imposible negar que al menos lo hizo con un «dolo» eventual. Por lo tanto, se dan todos los elementos que permiten afirmar la equivalencia de la omisión de la recurrente con el comportamiento doloso activo. Comprobado todo ello, se debe descartar necesariamente las tesis del delito culposo postulada por la defensa.

STS de 13/04/1993. Como se deriva del contenido de la sentencia y de la impugnación, obvio resulta que el tema del recurso queda circunscrito, en definitiva, a dilucidar si se está en presencia de un delito doloso (cuando menos "eventual") de parricidio o de uno con resultado de muerte, cometido por culpa. En dicho trance es

necesario partir del obligado y escrupuloso respeto a los hechos declarados probados (artículo 884.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al no haberse deducido impugnación por el cauce del número 2º del artículo 849 de la expresada normativa procesal. En este sentido conviene resaltar como el "factum", tras narrar el "carácter colérico, propenso a irritarse con violencia y facilidad" del procesado, así como las "agresiones" que había llevado a cabo con anterioridad al día en que acaeció el luctuoso suceso tanto en la persona de su esposa (incluso cuando se encontraba embarazada de su hijo menor) como en la de sus hijos Melisa (que ingresó en establecimiento sanitario el 30 de Abril y el 2 de Mayo de 1.989, ambas por lesiones leves) y Jorge (tres o cuatro días antes del sábado 15 de Septiembre de 1.990), describe que llegado dicho día 15, "en que hallándose el acusado, sobre las 15,30 horas, junto a su esposa e hijo Jorge (a la sazón de <<nueve meses>>), mientras aquella preparaba el café y como el niño estaba llorando y por estar en período de dentición, le pidió a su esposo que diera agua al niño y lo tranquilizara, lo que así hizo, entrando a continuación en la habitación del niño llevándolo en los brazos, y entornando la puerta, y después <<de dejarlo en la cuna, de forma brutal e inhumana golpeó a su hijo en la frente y en el ojo izquierdo, causándole lesiones contusas>> con infiltración hemática en el ángulo externo de ambos párpados del ojo izquierdo y con infiltración hemática y tumefacción en la región frontal a nivel de la línea media, de alrededor de cinco por cuatro centímetros de superficie de forma ovalada con diámetro mayor en sentido vertical..., observándose al abrir la cavidad craneal un hematoma en la cara interna de la región frontal y sobre la línea media, y, otro redondeado de alrededor de dos centímetros de diámetro en la región parietal derecha, lesiones que originaron al niño <<un traumatismo craneoencefálico, que provocó una hemorragia cerebral y su fallecimiento>> minutos después". Continúa el relato diciendo que "casi inmediatamente de que el acusado con semblante pálido salió de la habitación... y se marchó a la estación, entró la esposa en ella y ya <<el niño estaba agonizando>>, yendo a la cocina a por un paño mojado para ver si se reanimaba y poder llevarlo al médico, pero cuando volvió <<estaba morado, frío y muerto>>... la que inmediatamente después de comprobar el estado de su hijo, se dirigió a la estación donde estaba el acusado y le preguntó lo que había hecho con su hijo, a lo que este, quedándose parado, respondió <<ya nos la hemos cargado>>. Sigue el "factum" exponiendo como el acusado <<recriminó>> a su mujer por haber dejado sólo al niño y

como vueltos ambos al domicilio (cada uno por su lado) el imputado dijo a su mujer fuera a buscar al médico, el que llegó y cuando comprobó la muerte del niño, <<conocedor de los malos tratos que el acusado causaba a su familia>>, dirigiéndose a él dijo <<vosotros tenáis que ser>>. Cuando el médico se marchó de la vivienda, la abandonó también el procesado, colocándose unas <<gafas que ocultaban sus ojos llorosos>> y termina la narración fáctica indicando como al localizarle la Policía en el Campo de Fútbol y preguntarle un Policía Local ¿si sabía lo que había hecho?, contestó <<que con su hijo hacia lo que le salía de los cojones>>. En el fundamento jurídico 2º, la sentencia de instancia recoge que <<los golpes, en adecuada relación causal, ocasionaron la muerte del niño>>, pero entiende que no existe base suficiente para determinar que el acusado aceptara la muerte de su hijo y ello en razón a que los golpes no eran mortales de necesidad ni tampoco a juicio de los forenses se podía afirmar que lo hubieran sido en la mayoría de las ocasiones. Ciertamente no todo resultado letal se ha de corresponder necesariamente con la presencia del homicidio (en el caso parricidio), ya que en la dinámica de la acción conducente a la originación del resultado letal resalta el factor de causalidad, el nexos lógico entre el acto específico del sujeto activo y la consecuencia mortal lamentada, aparte del elemento de culpabilidad que permita el reproche del agente, bien a título de dolo (directo o eventual), constante de intencionalidad que le anime, bien a título de culpa, en que la voluntad se centra en el acto imprudente, pero lo que si es cierto y aparece evidente que la menos ilustrada de las personas no puede por menos que representarse como "muy probable" que golpear "de forma brutal e inhumana" en la cabeza de un niño de nueve meses que se encuentra en su cuna puede ocasionarle la muerte, máxime cuando la agresión se produce desde un plano superior -cual en el supuesto acaeció- utilizando el acusado sus miembros superiores, igual da lo hiciera con el puño cerrado o la mano abierta y dirigiendo los golpes contra la frente y ojos del niño, es decir no nos encontramos ante un acto aislado y esporádico que aleatoriamente recae en una zona vital, sino ante varios golpes (como se complementa el dato "fáctico" en los fundamentos jurídicos de la sentencia censurada) propinados con una dinámica perfectamente controlable por el acusado y que se dirigen concretamente a la cabeza de un niño de nueve meses que se encuentra acostado. De lo expuesto precedentemente y de los hechos recogidos en la narración histórica, sin ningún género de duda se deduce la existencia en el procesado de un "dolo

eventual" y nunca de una "conducta imprudente", incompatible con él, ya que sin entrar en polémicas doctrinales acerca de la discutida figura del dolo eventual en cuanto a su fundamento, lo cierto es que de los datos tomados en cuenta por la sentencia censurada y a los que acabamos de hacer referencia, resulta clara y nitidamente como el procesado, representándose el resultado de la muerte de su hijo como de "muy probable originación" con los "brutales e inhumanos" golpes que le propinó en su frente y ojos, aunque directamente no quiso dicho resultado, le prestó su aprobación y aquiescencia para el supuesto de su posible producción, como efectivamente acaeció, sin refrenar sus impulsos criminales, aún surgidos al filo de su personalidad colérica y violenta. Ratificando dicha conclusión, la doctrina de la Sala contenida, entre otras, en las SS. de 17 de Octubre de 1.989, que aprecia la existencia del dolo eventual y afirma "es de conocimiento común que un golpe fuerte en la sien puede ser mortal, zona de la cabeza que tanto por la conmoción cerebral, como por la proximidad de vasos sanguíneos importantes es vulnerable con grave peligro para la vida", y de 18 de Junio de 1.991, que aprecia el ánimo homicida cuando los golpes se dirigieron a zonas vitales donde contundieron con intensidad. El propio fundamento jurídico 3º de la sentencia de instancia alude a la representación que el procesado tuvo que tener del resultado letal al decir que "necesariamente tuvo que prever el resultado mortal que podía derivar de su conducta". No obstante la "probabilidad" del resultado y el consentimiento de la dinámica delictiva, se encaja la conducta desarrollada por el procesado en la culpa, la que requeriría que no hubiera habido tal representación en la mente del acusado, aun siendo una acción voluntaria, espontánea y consciente. En conclusión la acción llevada a cabo por el procesado de golpear de forma voluntaria y consciente en la cabeza de su hijo, de nueve meses, haciéndolo de forma <<brutal e inhumana>> en la frente y ojo izquierdo, causándole las lesiones que en el "factum" se describen con detalle, que originaron a la criatura un <<traumatismo craneo-encefálico>>, que provocó una <<hemorragia cerebral>> y su <<fallecimiento>>, sólo cabe tipificarse como constitutiva de un delito de <<parricidio>>, previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal, puesto que concurren todos y cada uno de los elementos precisos para la apreciación y nacimiento a la vida jurídica de dicha figura, esto es privación de una vida humana, realizada voluntariamente contra alguna de las personas que, ligadas por vínculos de consanguinidad, taxativamente recoge el precepto punitivo; voluntad

homicida, a título de "dolo eventual, y nexo o relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado permanente de muerte. En consecuencia y de lo anteriormente dicho, se deriva la estimación del único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

STS de 24/04/1984. La referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de parricidio previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal, siendo autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas en la responsabilidad criminal; y contiene la siguiente parte dispositiva: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Luis Francisco, como autor responsable de un delito de parricidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, á la pena de veinte años y un día de reclusión mayor. CONSIDERANDO que, la preterintencionalidad, "tertium genus» equidistante del dolo y de la culpa, como una tercera forma de culpabilidad, en algunas legislaciones extranjeras, en el Código Penal español tenía un tratamiento complejo, pues partiendo de un precepto matriz y genérico párrafo tercero del artículo 1 de dicho Código- más adelante se hallaban dos concreciones distintas de la figura dicha, una de ellas en la circunstancia cuarta del artículo 9 del Código citado y, la otra, en el artículo 50 del mismo. A la vista de las sentencias de este Tribunal, de 4 de abril, 14 y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1974, 17 de marzo, 11 de octubre y 17 de noviembre de 1975, 29 de enero y 11 y 21 de octubre de 1977, 6 de abril de 1978, 12 de marzo de 1979, 1 y 15 de junio de 1981, 17 de noviembre y 22 de diciembre de 1982, 30 de mayo de 1983 y 28 de marzo de 1984 , entre otras muchas, así como de las opiniones de la doctrina científica, lo característico, de la referida institución, es la discordancia entre un elemento o factor o objetivo del delito - el resultado- y otro requisito subjetivo del mismo -la intención-, de tal modo que, aquél, sobrepasa, rebasa o excede, o va más allá, de lo querido y pretendido por el agente, produciéndose un "ultra propositum» o "plus in effectu»; debiéndose añadir, para la adecuada resolución de esta impugnación: 1.º) que la citada doctrina científica, así como esta Sala, distinguen dos clases de preterintencionalidad, la homogénea y la heterogénea, habiendo situado, la citada doctrina, a la primera modalidad, en el número 4 del artículo 9 del Código Penal, y, a la segunda , en el artículo 50 de dicho cuerpo legal, coincidiendo, la jurisprudencia, con este tratamiento doctrinal, salvo en lo que

concierno al homicidio consecutivo a lesiones intencionales, en cuyo supuesto, pese a la heterogeneidad de las infracciones involucradas, este Tribunal, condicionado casi siempre por las sentencias de los Tribunales inferiores y por los límites del planteamiento casacional de la cuestión, suele enclavar, el referido supuesto, en la circunstancia 4.^a del artículo 9.^o, decisión no tan desacertada como puede parecer a primera vista si se repara en que, la heterogeneidad, es más aparente que real puesto que, al fin y al cabo, el homicidio no es más que una intensificación o culminación de lo que, en principio, no pasó del terreno de lo meramente vulnerante o atentatorio a la integridad corporal, tal como, v.g., declararon Las Partidas al decir "las heridas camino son de muerte»; 2.^o) que si se pretende la aplicación de la referida atenuante como muy calificada -regla 5.^a del artículo 61 del Código Penal -, no es posible, ni técnicamente aceptable, como sostiene el recurrente, obtener las consecuencias, en orden a la aplicación de la pena, acudiendo al derogado artículo 50 del referido cuerpo legal, puesto que se puede aplicar, según los casos, uno u otro precepto, pero de ninguna manera fundiéndolos para unos efectos e independizándolos para otros; 3.^o) que, el dolo eventual, es incompatible con la preterintencionalidad, debiéndose entender que concurre dicha figura, la cual intermedia o péndula entre el dolo directo y la culpa consciente o con previsión, cuando el agente se representa el resultado no querido, no sólo como posible, sino como probable y, a pesar de ello, no vacila en proseguir el "iter» de su comportamiento antijurídico -teoría de la representación-, o acepta un resultado no deseado, tolerando y admitiendo las consecuencias no queridas de sus actos -teoría de la voluntad o de la aceptación del resultado-, o, finalmente, creyendo que, dicho resultado, no se produciría, habría procedido del mismo modo aunque hubiera tenido la seguridad de la producción del mismo, pues, en definitiva, le es indiferente -teoría del sentimiento o de la indiferencia-; y 4.^o) que, en la indagación de si, el resultado, excedió de la verdadera intención del agente, no se puede adoptar un método "ad intra» puesto que, el intelecto humano, es infranqueable, subyaciendo, las intenciones, en lo más recóndito del mismo, sino que se ha de proceder "ad extra», esto es, analizando y valorando los actos, de naturaleza objetiva exteriorizativos de dicha intención, atendiendo no sólo a los medios de ejecución, como sostenía otrora este Tribunal, sino también a las palabras, circunstancias o hechos, de toda índole, que precedieron, acompañaron o subsiguieron a la dinámica comisión rodeándola y

aureolándola. CONSIDERANDO que, en el caso controvertido, partiendo del menor vigor físico -no intelectual ni orgánico-, respecto al del varón, de los individuos pertenecientes al sexo femenino, del alcoholismo, extenuación, anemia profunda y precario estado anímico, y físico de la después interfecta -lo que era perceptible para cualquier persona y conocía perfectamente el procesado-, el relato fáctico de la sentencia de instancia es sumamente elocuente respecto al comportamiento del dicho acusado y a su presunta intención pues consigna: que, el 31 de octubre de 1980, fue tratada, en el Hospital a la citada mujer, de traumatismos cráneo-facial y en la mano izquierda, causados por la actitud violenta de su marido que no comprendía la depauperación y la adición ética que padecía su mujer, ni trataba de ayudarla, cooperar en sus tareas domésticas o demandar auxilio ajeno, que, el 30 de noviembre siguiente, se volvió a presentar, la, citada mujer, en el centro de asistencia dicho, con hematomas en ambos ojos, múltiples contusiones en cara y boca y fractura del tabique nasal, lesiones que le había producido el procesado y que, la víctima, no denunciaba y trataba de disimular gracias al gran afecto que profesaba a su marido; y que, en fechas posteriores a las reseñadas, el acusado, prosiguió absteniéndose de toda comprensión y ayuda, mientras no regateaba ausencias de! hogar y relaciones con amigos, multiplicando "violentas palizas» administradas a su consorte, culminando, el martirio y el calvario, de la infeliz mujer, en marzo de 1982, cuando, anémica, apenas alimentada y en deficiente situación, física y anímica, el 25 de dicho mes, el acusado, el que, habiendo salido del trabajo a las 13 horas no regresó al domicilio conyugal hasta las 22 horas del mismo día, al hallar a su consorte acostada, le golpeó con las manos, produciéndole hematomas en diferentes partes del cuerpo, volviendo a golpearla fuertemente sobre las diez horas del 27 siguiente, sábado, y, a las 17 horas, al disponerse a salir para presenciar un partido de fútbol, volvió a golpearla dejándola ensangrentada, alarmando con ello a una hija del matrimonio de siete años de edad y a las vecinas, y no contento con ello, al regresar sobre las 19,30 horas y encontrarla encamada "por consecuencia de los malos tratos precedentes», "prescindiendo de toda consideración y asumiendo las consecuencias previsibles de su acción», le dio varios fuertes puñetazos en la cara derribándola al suelo y propinándole tres patadas, marchándose seguidamente y acostándose cuando volvió sin preocuparse en absoluto del grave estado de su cónyuge ni avisar al médico ni tratar de que se le prestara

asistencia facultativa, cuyo médico, el 1 de abril siguiente, llamado por las vecinas, ordenó el inmediato internamiento, de la ofendida, en un centro hospitalario, donde, al ingresar, se le diagnosticó politraumatismo, etilismo crónico y malnutrición, falleciendo el día 2 de dicho mes por paro cardiorespiratorio y shock cerebral, derivados, por una parte, de edema agudo pulmonar generalizado, y por otra, de enarenado hemorrágico a nivel de sustancias blanca y gris, zonas necróticas producidas por contusiones hemorrágicas en región occipital, con cerebro congestivo y edematoso, todo ello como consecuencia de los traumatismos ejercidos por el procesado sobre la persona de su mujer, entre Cuyos traumatismos destacan hematomas en cadera derecha, cresta ilíaca del mismo lado y región facial derecha, edema, con hematomas, en fosa ocular también derecha, contusión en región occipital y hematoma con edema que saltó el cuero cabelludo del periostio; infiriéndose, de todo lo narrado, que, el acusado, aunque se admitiera que no obró, en ningún momento, con decidido propósito de matar a su consorte, con sus repetidos malos tratos, con sus porfiadas palizas y con los consecutivos traumatismos -particularmente graves y vulnerantes dado el estado de postración y de extenuación de la mujer que él conocía perfectamente-, evidenció que, olvidando lo prescrito en los artículos 66 y 67 del Código Civil , los que disponen la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges y el respeto y la ayuda mutuos, así como el deber de protección recíproca que señalaba el antiguo artículo 57 del mentado Código -véase Ley de 2 de mayo de 1975 - y el de proteger a la mujer, que imponía el texto primitivo del citado cuerpo legal, golpeaba, bárbara y sistemáticamente, a su esposa con las consecuencias letales evidentes, fácilmente previsibles y que, el acusado, sin ningún género de dudas, previo, sin que ello le hiciera desistir de su inhumano y desalmado proceder, abusando de su mayor poder físico, de su ascendiente sobre ella y del afecto que, la misma, le profesaba pese a la relatada tiránica conducta, pudiéndose concluir, como lo hizo el Tribunal de instancia, entendiéndose que, el acusado, obró, al menos, con "dolus eventualis», representándose el mortal resultado como probable, aceptándolo, tolerándolo y admitiéndolo y, finalmente, siéndole indiferente que, su mujer, falleciera o no a consecuencia de los malos tratos infringi2 de modo tan brutal, porfiado e inmisericorde, debiéndose subrayar, como colofón de tan escalofriante y execrable suceso: a) que, como ya se ha dicho, donde hay dolo eventual y así se verifica y acredita, no puede concurrir ni admitirse la atenuante de preterintencionalidad, y que,

en definitiva, esta atenuante, no podría nunca estimarse como muy calificada pues, el resultado, estuvo tan cerca de la intención, incluso directa, del agente, que no es posible valorar positivamente la intensidad y eficacia sobre la acción culpable que caracterizan a esa superatenuante tal como destacaron las sentencias de este Tribunal de 12 de noviembre de 1874, 18 de noviembre de 1880, 23 de octubre de 1884, 6 de junio de 1892, 13 de marzo de 1896, 24 de abril de 1908, 6 de abril de 1911, 9 de junio de 1926, 14 de julio de 1945, 9 de abril y 1 de diciembre de 1960, 6 de febrero de 1963, 14 de noviembre de 1966, 17 de marzo de 1967, 10 de abril y 16 de octubre de 1968, 3, 15 y 20 de abril de 1970, 19 de febrero de 1971 y 17 de noviembre de 1977; y b) que es cierto que, la sentencia de este Tribunal, de 19 de diciembre de 1871, admitió el parricidio culposo en un supuesto de malos tratos del marido a la mujer ocasionándole la muerte, pero también lo es, por una parte, que los hechos que determinaron dicha doctrina no fueron los mismos, ni tenían la menor semejanza, con los que han servido de basamento a la resolución que se está dictando, y, por otra que, sin necesidad de acudir a la doctrina de "versare in re illicita» ni a negar toda posibilidad de quehacer culposo cuando el acto inicial es antijurídico, es innegable que, en tan remoto fallo, latía un a modo de "ius corrigendi» o de "ius puniendi», ejercitado por el marido respecto a su mujer, tan arcaico y desfasado que habría que retroceder hasta más allá de la era cristiana -"compañera te doy y no sierva»- para encontrar algún fundamento a semejante facultad. Procediendo, en armonía con todo lo expuesto, la desestimación del único motivo del recurso basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de preterintencionalidad descrita en el número 4.º del artículo 9, como muy calificada, así como del artículo 50 del referido Código.

Donde sí se aprecia la preterintencionalidad es en el exceso del derecho de corrección que nunca debe justificar la muerte de un descendiente sentencias de 13 de abril de 1982 y 25 de septiembre de 1984).

STS de 25/09/1984. Resultando probado, y así se declara que, el procesado, Inocencio, de 21 años de edad y casado con Pilar tenía de dicho matrimonio (además de un hijo de unos dos años) una niña de dos meses y medio de edad, llamada Filomena, viviendo todos ellos en la localidad de Lugo de Llanera y, en la noche del 16 al 17 de

abril de 1981, como quiera que la niña llorase, lo que excitaba al procesado, primero fue atendida por la madre, que le dio un biberón; sin lograr que se callara y, después de que el procesado la acunase sin lograr tampoco acallarla, irritado por ello y presa de excitación, se levantó de la cama y golpeó a la niña con la mano, tanto en las nalgas como en la cara, produciéndole hematomas en ambas mejillas y diversos traumatismos craneales, que obligaron a que fuese internada en la Residencia Sanitaria de Oviedo el día 18, dónde fue operada, con apertura de la cavidad craneal, para tratar de evitar la muerte, a consecuencia de la hidrocefalia muy pronunciada que presentaba, con fractura en región interparietal que parte de la fontanela mayor y se extendía hasta la región frontal y otra en región parietal derecha. El procesado es un muy ligero psicópata, de tipo irritable, que, normalmente tiene íntegras sus facultades intelectivas y volitivas, pero en momentos de excitación puede verse afectada ligeramente la capacidad de querer, circunstancia que concurría en el momento de golpear a su hija. RESULTANDO que la referida sentencia, estimó que los indicados hechos probados, eran constitutivos de un delito de parricidio previsto y penado en el artículo 405 del Código Penal, siendo autor el procesado. CONSIDERANDO que la figura penal de la preterintencionalidad se presenta "prima facie», con gran simplicidad, pues su concepto se deduce simplemente de su significado semántico, -más allá del propósito o intención-. Sin embargo en su aplicación práctica ha originado largas discusiones entre los autores, y diversas soluciones en las legislaciones. Omitiendo exposiciones doctrinales y consideraciones de derecho comparado, puede llegarse a estas conclusiones: En primer lugar que más que un tercer grado de la culpabilidad, o grado mixto en la misma, se configura como una alianza o consorcio de dolo en la conducta inicial y de culpa en el resultado finalmente causado. Que esta integración de culpa en la figura, elimina de tal delito preterintencional toda calificación por el resultado o de cualquier otra suerte de responsabilidad objetiva. En definitiva en la estructura de esta forma delictiva aparece un primer hecho doloso, generalmente de escasa gravedad criminológica, seguido de un hecho consecuencia -delito mucho más grave- no querido pero previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente). Finalmente se precisa de un nexo causal entre el primer hecho y el segundo. CONSIDERANDO que en nuestro derecho, hasta la Ley Orgánica 8/1983, la preterintencionalidad era tratada en dos preceptos distintos, en los que se recogían las dos formas de preterintención estudiadas

por la doctrina: la homogénea, en la que los delitos, el propuesto y el ejecutado pertenecen al mismo tipo (ejemplo típico las lesiones del artículo 420 del Código Penal), se regulaba, y regula, en el artículo noveno circunstancia atenuante cuarta, y la llamada preterintencionalidad heterogénea, que parte del supuesto de que el delito propuesto y el realmente ejecutado son de distinta calificación (como las lesiones iniciales que producen la muerte), supuesto contemplado en el artículo primero párrafo tercero y castigado en el artículo 50 (cuando el mal ejecutado era distinto del que se había propuesto el culpable se castigaba con el grado máximo del primer delito menos grave). Sin embargo la Jurisprudencia aplicó con frecuencia a esta preterintención heterogénea la penalidad de la homogénea, a pesar de su incorrección técnica, buscando una mayor armonía entre culpabilidad y pena, aplicando en ocasiones la atenuante cuarta como muy calificada. La profusión con que los Tribunales de instancia adoptaron este mecanismo punitivo, y las características formalistas del recurso de casación, aconsejaron a esta Sala aceptar tal solución. CONSIDERANDO que en el presente recurso se contempla un caso de preterintencionalidad un tanto "sui generis». Según el Resultando de hechos probados, el procesado -ligero psicópata de tipo irritable- como su hija de dos meses y medio, no cesara de llorar, no obstante un biberón que le dio la madre, "después de que el procesado la acunase sin lograr tampoco acallarla, irritado por ello y presa de excitación, se levantó de la cama y golpeó a la niña con la mano, tanto en las nalgas como en la cara, produciéndola hematomas en ambas mejillas y diversos traumatismos craneales que obligaron a que fuese internada en la Residencia donde fue operada con apertura de cavidad craneal, para tratar de evitar la muerte a consecuencia de la hidrocefalia muy pronunciada que presentaba con fractura en región interparietal que parte de la fontanela mayor y se extiende hasta la región frontal y otra en región parietal derecha». Lo primero que se advierte en este relato fáctico es que faltan esas dos etapas, o estadios sucesivos típicos de la preterintencionalidad heterogénea: un acto doloso de escasa trascendencia criminal que provoca, por la sobrevenida de circunstancias, al menos previsibles, un mal muchísimo mayor, sino, que la conducta inicial -por la descripción de las lesiones transcritas, realmenté mortales de necesidad, pues ni siquiera la intervención quirúrgica inmediatamente practicada, pudo evitar la muerte- fue, sin solución de continuidad, la determinante del fatal desenlace en el caso enjuiciado como ocurre normalmente con la preterintención

homogénea, no es factible fijar esa posible duración de las primeras lesiones. Por otro lado repugna considerar tal conducta como imprudente, pues es obvio para cualquier persona normalmente constituida psíquicamente, que una niña de dos meses y medio, es un ser frágil y delicado, indefenso, que debe ser tratado con exquisito cuidado; la previsibilidad, posibilidad y probabilidad de la producción de los resultados, acercan la conducta del procesado al límite con el dolo eventual, para hacerle totalmente responsable Sólo la concurrencia de esa anormalidad psíquica, que la sentencia acoge como atenuante, con eficacia sobre la razón del procesado y su voluntad, ha permitido a la Sala de instancia, con acierto, apreciar la atenuante cuarta del artículo noveno, como muy cualificada, pues no aparecen hechos concluyentes para afirmar que el padre quiso matar a su hija. Por otra parte, el acogimiento del recurso, sería prácticamente irrelevante a los efectos de penalidad, pues admitida la culpa como temeraria, incardinada en el artículo 565 párrafo segundo, la pena sería la de prisión menor. Virtualmente igual a la impuesta.

Es esencial el error sobre el parentesco para que los hechos sean calificados como homicidio o asesinato, pero no como parricidio (sentencias de 19 de marzo y 19 de diciembre de 1888, de 22 de octubre de 1897, de 8 de abril de 1911, de 15 de octubre de 1942).

4. TIPOLOGÍA CONCEPTUAL DE DELITOS CONTRA LA VIDA

I. HOMICIDIO

1. INTRODUCCIÓN

El homicidio es matar a una persona. En la definición clásica de Carmignani, "homicidium est hominis caedes ab homine iniuste patrata", esto es, la muerte de un hombre por otro hombre realizada injustamente.

El Código Penal define en un sentido amplio el término homicidio como delito contra la vida humana independiente al incluir la regulación legal del homicidio en el

titulo I, bajo esta rubrica abarcando la misma diversos delitos tales como el homicidio, el asesinato y participación en el suicidio. En sentido estricto se halla recogido en el artículo 138 del Código Penal el cual dispone "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años."

La acción por tanto, de matar a otra persona, describe el delito de homicidio; no obstante, si se utilizaren determinados medios para ejecutar la acción de matar a otra persona, (como la alevosía, precio promesa o recompensa o ensañamiento aumentando deliberadamente el dolor del ofendido, previsto en el artículo 139 y 140 del Código Penal), estaríamos en presencia de un delito de asesinato; en los supuestos donde la acción de matar se produzca sobre un determinado sujeto pasivo, por ejemplo el Rey, estaríamos en presencia de un delito específico denominado delito contra la corona. De lo anterior debe deducirse que el propio Código Penal sienta en el artículo 138, una tipicidad naturalista y no estrictamente jurídica.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto material en el delito de homicidio es la persona viva. No puede pues constituir el objeto material ni un ser no nacido ni una persona muerta. En el primer caso estaríamos ante la figura del aborto y, en el segundo supuesto daría lugar a un delito imposible por falta de objeto, sin perjuicio de lo discutible de su admisión. De la propia definición del homicidio, queda perfectamente reflejado el bien jurídico protegido: la vida humana independiente. Se considera que la vida es el bien más preciado del que gozamos los humanos y su tutela constitucional y penal es máxima.

La Constitución en su Título I, Capítulo II, sección I bajo la rubrica de los derechos fundamentales y libertades públicas reconoce en su artículo 15 CE "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física". La cuestión más importante que se plantea en torno a la determinación del bien jurídico protegido, en el delito de homicidio, está en concretar desde cuando y hasta cuando se protege la vida humana. La determinación del momento en que comienza la protección penal, En el caso del delito de aborto la protección penal se otorga a la vida humana dependiente del feto, que no es persona sino una esperanza de persona "nasciturus" que está destinado a nacer pero que

no ha nacido todavía. En el delito de homicidio se puede concretar que el espacio jurídico cubierto lo es desde el nacimiento hasta la muerte. Es decir, otorga protección a la vida humana independiente de la persona viva. Es preciso entonces definir estos dos límites.

El Código Penal de 1995 al tipificar el homicidio refiriéndose a la muerte de "otro" no resuelve las discusiones acerca del límite mínimo en el objeto del delito de homicidio. Se protege la vida humana fisiológicamente considerada, al hombre, no la persona en sentido jurídico. En el delito de homicidio el límite mínimo no se identifica con el inicio de la existencia del ser humano, que surge con su concepción, sino que hay que situarlo en un momento posterior que coincide con su nacimiento.

No ha sido pacífica la posición de doctrina y jurisprudencia a la hora de interpretar los textos legales en orden a la determinación del límite mínimo del objeto material en el delito de homicidio. Existe coincidencia en afirmar que el objeto material de protección se inicia con y desde el nacimiento, las discrepancias surgen a la hora de precisar ese momento delimitador siendo variadas las posiciones acerca de cuando se ha iniciado el nacimiento.

La teoría legal considera que la protección de la vida humana comenzará en el momento del nacimiento, exigiendo para considerar nacido al feto que concurren los requisitos del artículo 30 del Código Civil es decir que el hubiera nacido con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. El concepto de hombre no podrá concretarse a efectos de protección penal de la vida humana independiente conforme a la regulación legal del momento del nacimiento, pues según nuestra tradición jurídica no era preciso que concurrieran los requisitos del artículo 30 del Código Civil para reputar al feto nacido; téngase en cuenta que hasta la reforma del art. 30 Cc operada por la Ley 20/2011, era preciso que el feto tuviera forma humana y viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Tampoco se resuelve la confusión desde un punto de vista doctrinal, toda vez que las tesis son múltiples acerca de la determinación del límite mínimo a partir del cual deberá otorgarse protección al ser humano independiente. En síntesis las tesis más seguidas sitúan este momento en los dolores del parto, la expulsión total o parcial del cuerpo de

la madre, cesación de respiración fetal o posibilidad de respiración pulmonar, y otros incluso con la separación del claustro materno evidenciada con el corte del cordón umbilical. Dicha discusión carece en parte de vigencia a la vista del contenido actual del art. 30 del Código Civil.

Respecto al momento en el que se determina la muerte, frente el criterio de la muerte cerebral que recogía el Real Decreto de 22 de febrero de 1980, primero el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulaban las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos, y en la actualidad el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad que deroga el anterior, establecen que el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas. Una vez producido este cese irreversible, se considera que la persona está muerta. La exigencia de vida excluye del objeto material del homicidio al cadáver, al hombre sin vida en otras palabras. La acción ejercida sobre un cadáver con ánimo de matar constituirá un delito imposible por falta de objeto.

3. TIPO PENAL

El Título I del Libro II del Código Penal lleva por rúbrica «del homicidio y sus formas». Bajo esta denominación el Código recoge en varios artículos una serie de delitos que son los siguientes: artículo 138 CP, el homicidio; artículo 139 CP, el asesinato; artículo 142 CP, el homicidio imprudente; y, artículo 143 CP, la inducción y la cooperación al suicidio, así como la eutanasia.

El artículo 138 del Código Penal el dispone "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años".

De la anterior regulación, se torna necesario el examen de los elementos del delito de homicidio, así deben distinguirse los elementos objetivos del delito (acción,

sujetos activo y pasivo y relación de causalidad) y elementos subjetivos del delito (la culpabilidad).

4. ELEMENTOS OBJETIVOS

1. ACCIÓN

La acción típica aparece configurada por el verbo "matar", es decir, privar de vida a otra persona, tanto puede realizarse la acción en sentido estricto, siendo indiferente el medio o medios empleados, (salvo que se trate de algunos de los constitutivos de asesinato anteriormente enumerados) pudiendo ser violentos o no, (disparos, puñaladas, veneno entre otros) o mediante una omisión (cuando el sujeto tenga un específico deber de actuar, derivado de un mandato jurídico, como en el caso de un socorrista respecto a los bañistas o la madre respecto el deber de cuidado de su hijo, que obligan a este a garantizar la no producción del resultado injusto).

2. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

El sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona. Tampoco plantea problemas en los supuestos de sujeto pasivo único, puede serlo cualquier hombre vivo, aunque el homicidio del Rey y las demás personas que enumera el artículo 485 CP, o el de un Jefe de Estado extranjero (artículo 605 CP), constituyen delitos específicos. La propia muerte (suicidio) no es punible.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Entre el acto del sujeto activo y el resultado debe mediar una conexión de manera que el resultado, la muerte, sea consecuencia del obrar del sujeto. Las diversas teorías existentes en torno a la base de la relación de causalidad o nexo entre la acción y el resultado se concretan en: la teoría de la equivalencia de condiciones, de la causa próxima, de la causa adecuada, de la relevancia típica, etc. Todas ellas eran criticables y necesitaban correctivos que impidieran sus excesos. Actualmente la

teoría de mayor acomodo en nuestro Ordenamiento Jurídico se centra en la imputación objetiva que, tiene en consideración los criterios de creación o incremento del riesgo, exigiendo que el resultado sea producto del riesgo creado o incrementado por la acción realizada por el sujeto. Esta teoría ha dado lugar a la aparición de una serie de reglas que determinan cuando un resultado es imputable objetivamente a la acción del sujeto. El Tribunal Supremo actualmente utiliza la doctrina de la imputación objetiva, en ocasiones como versión renovada de la teoría de la causalidad adecuada.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS

La culpabilidad. La muerte de una persona puede producirse mediante una acción dolosa (homicidio doloso) o una imprudente (homicidio imprudente). Junto a estas dos modalidades ha de examinarse, aunque separadamente, la hipótesis del llamado «homicidio preterintencional». El homicidio previsto en el artículo 138 CP, que estamos examinando, es el homicidio doloso.

II. EL HOMICIDIO DOLOSO

El dolo supone conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal, es decir, el sujeto activo realiza una acción dolosa cuando conoce y quiere la realización del tipo penal, en este caso, del homicidio, o bien, conforme a las teorías más modernas, es suficiente con afirmar que el sujeto conocía que realizaba una acción que generaba un peligro jurídicamente desaprobado que afecta al objeto protegido (en este caso la vida humana o bien que conoce los elementos del tipo objetivo), para concluir que el sujeto obra dolosamente.

Por tanto, comete un homicidio doloso quien quiere matar a otra persona y a ese fin ordena su acción. El elemento esencial del delito de homicidio doloso es "el animus necandi" o intención de matar, que sirve para distinguir la acción cometida del delito de lesiones, en las que el sujeto activo quiere causar daño en la salud física o mental de otro sujeto pero no causarle a muerte. Naturalmente que la intención real

del sujeto activo: matar o simplemente lesionar, pertenece a su fuero interno. Si este niega la intención de matar, ello no significa que el Tribunal no pueda condenar por delito de homicidio, pues el órgano jurisdiccional podrá deducir el "animus necandi" con criterios objetivos externos de la acción (la existencia de amenazas o simples resentimientos entre el autor y la víctima) coetáneos a la acción (medios empleados para realizar la agresión, región del cuerpo afectada por la agresión) y posteriores a la acción misma (palabras o actitud del sujeto ante el resultado producido). De estos criterios, como mas demostrativos de la verdadera intención del sujeto activo, el Tribunal Supremo ha considerado: la zona del cuerpo de la víctima atacada y el arma o instrumento empleado para el ataque con idoneidad bastante para producir el resultado letal (Sentencia 14 de junio de 1998).

La doctrina del Tribunal Supremo ha utilizado indistintamente las teorías del dolo directo, el indirecto, el eventual, el de consecuencias necesarias, estableciendo como criterio unitario que dentro del dolo ha de entenderse comprendido no solo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él (dolo directo), sino también el representado como probable y sin embargo consentido (dolo eventual), (Sentencia de 11 de mayo de 1994). En virtud del concepto de dolo que se maneje, mayor o menor ámbito de aplicación tendrá el dolo eventual.

STS de 11/05/1994. Constituye la esencia de todo delito imprudente la existencia de una acción u omisión voluntaria (pero no intencional) de un resultado tipificado como delito, de una relación de causalidad entre aquella y éste, y, finalmente, de la consiguiente reprochabilidad, dimanante de la previsibilidad y evitabilidad del mal producido por parte de un hombre normal (v. s^a de 22 de mayo de 1.992). Como tiene declarado también esta Sala, toda imprudencia presupone la ejecución de un acto descuidado (v. s^a de 27 de septiembre de 1.968), y, en todo caso, exige una desvinculación entre la voluntad del agente y el resultado de su acción (v. STS de 27 de diciembre de 1.962). El delito doloso, por su parte, está integrado por dos elementos fundamentales: el intelectual o cognoscitivo (conocimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate) y el volitivo o intencional (consistente en querer o aceptar el resultado de la acción). El resultado puede ser

directamente querido o simplemente aceptado. En este último caso, nos encontramos con el denominado "dolo eventual". No ha sido unánime la posición de la doctrina - justo es reconocerlo- en orden a aceptar que esta última modalidad del dolo sea suficiente para la comisión de los delitos dolosos. La mayoría de la doctrina, sin embargo, así lo estima, al igual que la jurisprudencia. Y, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 1.986 declara que "en el concepto de dolo a que se refiere el art. 1 del Código Penal ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 17 de octubre de 1.934, 18 de marzo de 1.980 y 6 de febrero de 1.988. Como es bien sabido, existe una "zona de la duda" -así denominada por la doctrina- integrada por el "dolo eventual" y la "culpa con previsión", que se asemejan en que en ambos supuestos el autor no busca el resultado, y se diferencian en que en el "dolo eventual" el resultado se acepta o se tolera, y en la "culpa consciente" se rechaza (el autor confía en que el resultado no se producirá; en otro caso no habría actuado). En el presente caso, la necesidad de que el acusado se representase el resultado de su acción era patente (lo hubiera sido igualmente para cualquier persona normal). Todo el mundo sabe -por la experiencia común- que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia. Esta Sala ha calificado como delitos de homicidio doloso (con dolo eventual) supuestos similares al de autos (v., entre otras, las sentencias de 3 de octubre de 1.987 y 24 de octubre de 1.989). El desarrollo de los acontecimientos el día de autos pone de manifiesto que el acusado tenía suficiente consciencia sobre el alcance de sus actos. No puede alegar desconocimiento de las consecuencias naturales de los mismos, y la misma falta de resistencia de la víctima constituye un dato más -sobradamente elocuente- al respecto. El propio informe médico-forense en el que el recurrente pretende fundamentar su recurso constituye un firme apoyo de la sentencia recurrida. En efecto, en el mismo se dice que la víctima tenía sendas equimosis en ambas sienes, difíciles de valorar en cuanto al objeto causal (que debió ser contundente y sin bordes), siendo posible que, sobre todo el localizado en sien derecha, haya originado una conmoción cerebral, capaz de aturdir a la víctima e impedir su propia defensa. Si bien se admite también la posibilidad de que tales

equimosis puedan deberse a la acción de la cabeza contra algún objeto que la rodeara. En el propio informe, se dice que en este tipo de muertes (asfixia mecánica por compresión a nivel cervical; por estrangulamiento) "la muerte sobreviene transcurrido un plazo de tiempo variable entre 5 y 10 minutos"; citando la opinión de Simonin, según el cual "la pérdida de conocimiento se produce en 8 ó 10 segundos", concluyendo: 1º) que se trata de una muerte violenta; 2º) que su causa inmediata es asfixia mecánica; 3º) que su causa fundamental es estrangulación; 4º) que, para producir la muerte por el mecanismo antes citado, es preciso mantener la compresión cervical durante, al menos, cinco o diez minutos; 5º) que su etiología es homicida; 6º) que con mayor probabilidad la estrangulación fue a lazo, sin poder descartar totalmente la estrangulación a mano; y 7º) que la muerte debió producirse entre ocho y nueve de la mañana del día que fue hallada. Por todo lo dicho, es manifiesto que el motivo carece de fundamento y no puede prosperar.

III. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE

Evidentemente la muerte de otra persona puede cometerse por imprudencia, al haber el sujeto infringido el deber objetivo y subjetivo de cuidado que era exigible.

El Código Penal distingue dos figuras de homicidio imprudente atendiendo a la gravedad o no de la imprudencia. De esta manera el artículo 142 del Código Penal castiga aquellos casos en que la muerte del sujeto pasivo pueda imputarse al agente a título de imprudencia grave. Así:

Homicidio imprudente. (Imprudencia grave). El artículo 142.1 CP dispone:

«1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación

del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».

Homicidio imprudente (imprudencia menos grave): previsto en el artículo 142.2 CP, que señala que "el que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses".

IV. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

En el Código Penal no existe ninguna figura delictiva con este nombre. La denominación de homicidio preterintencional, ha sido acuñada por la jurisprudencia al delimitar supuestos donde la culpabilidad del agente no encuadra en ninguno de los supuestos de dolo o imprudencia, como en los casos en que el sujeto activo queriendo lesionar a otra sin embargo produce su muerte, esto es, la causación de lesiones dolosas que conducen a la muerte no querida del lesionado. El sujeto activo no tiene pues, intención de matar sino de lesionar.

En la actualidad, el Tribunal Supremo estima que los supuestos de homicidio preterintencional han de ser examinados distinguiendo el acto inicial doloso y el resultado producido. El acto inicial constituye un delito doloso de lesiones (el sujeto

activo tiene intención de lesionar) y, con relación al resultado (la muerte de otra persona) debe en primer lugar establecerse el nexo de unión con el obrar del sujeto, bien mediante la aplicación de alguna de las teorías causales, bien mediante la tesis de la imputación objetiva, ya que si no puede establecerse esta imputación del resultado, el sujeto activo responderá únicamente por el acto inicial doloso (el delito de lesiones). En el caso de que quepa hacer la imputación objetiva del resultado, la responsabilidad del sujeto respecto de éste (de la muerte) será de carácter imprudente. La muerte dará lugar entonces, a una infracción imprudente y ésta se graduará (temeraria o simple) en función de las condiciones que concurren y conforme a los criterios generales seguidos en orden a la graduación de las imprudencias.

V. FORMAS IMPERFECTAS

El homicidio admite las formas imperfectas de tentativa acabada e inacabada. No obstante, su distinción en la práctica puede resultar complicada, precisamente por la dificultad de determinar en qué momento se ha recorrido ya el iter criminis. ¿Un disparo que no alcanza el blanco, y no reiterado, es una tentativa acabada o inacabada? La cuestión ha dado lugar a una casuística jurisprudencial, no exenta de contradicciones.

En ocasiones, en la práctica, resulta problemática la distinción entre un homicidio intentado y unas lesiones consumadas. El homicidio intentado produce lesiones en el sujeto pasivo (salvo que no le alcance), por lo que en ambos casos la realidad objetiva es idéntica. La distinción desde el punto de vista del derecho positivo es sencilla: en uno y otro caso existe distinto dolo. En el homicidio intentado el sujeto activo actúa con ánimo de matar (*animus necandi*), mientras que en el delito de lesiones se encuentra excluida de ésta intención, el sujeto actúa con ánimo de lesionar (*animus laedendi*). La distinción, pues, se encuentra en el dolo del autor y la forma de aprehenderlo es acudiendo a una serie de circunstancias objetivas cuya conjunción pueda revelárnoslo por vía indirecta.

La Jurisprudencia considera que es preciso atender básicamente:

1. A los antecedentes del hecho y las relaciones existentes entre el sujeto activo y pasivo;
2. La ocasión elegida;
3. El arma o instrumento utilizado;
4. La naturaleza de la herida o zona del cuerpo al que se dirige el ataque;
5. La reiteración en los golpes o insistencia en el ataque;
6. E incluso, el estado en que queda la víctima cuando cesa la agresión. Se trata de indicaciones que pueden servirnos para conducirnos a la intención del sujeto activo. En realidad se trata de indicios de los que se deduce el dolo del autor.

VI. ASESINATO

En el Derecho Romano la Lex Cornelia de sicariis et veneficiis, ya hacía referencia a la muerte realizada por precio o mediante veneno. Sin embargo, el término asesinato tiene su origen en la Edad Media, y deriva de la voz árabe "haxxaxin" o consumidores de hachís, nombre que recibían en la época de las Cruzadas los miembros de una secta de fanáticos musulmanes que, bajo el efecto de la citada droga, se dedicaban a asaltar y saquear los campamentos de los cristianos. La figura del asesinato ya se recogió en el Código Penal español de 1822 y ha estado presente en todos los Códigos Penales posteriores.

1. NATURALEZA JURÍDICA

Tradicionalmente han venido coexistiendo varias posturas sobre su naturaleza. Unos estiman que el homicidio es el delito básico, mientras que el asesinato es un mero tipo agravado del homicidio, sin sustantividad propia, de tal manera que los

elementos del asesinato (alevosía, ensañamiento y precio, recompensa o promesa) tienen la consideración de circunstancias modificativas de la responsabilidad (al igual que las del artículo 22 del Código Penal). La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia vienen entendiendo, al contrario, que el asesinato es un tipo de delito autónomo frente al homicidio, de tal forma que las circunstancias contempladas por el artículo 139 del Código Penal son elementos constitutivos del delito de asesinato y no meras circunstancias agravantes. La adopción de una u otra postura no tiene solamente un carácter teórico, sino que despliega efectos sobre las consecuencias derivadas del error sobre los elementos agravantes, sobre la comunicabilidad a los partícipes (se examina más adelante en el apartado referido a la participación) y sobre la aplicación de las reglas del concurso; así como en el ámbito procesal, en la aplicación del principio acusatorio y de la regla contenida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (la denominada "tesis").

2. CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Independientemente de la postura que se adopte sobre su naturaleza jurídica, lo que no está sometido a discusión es que tiene una serie de elementos comunes con el delito de homicidio, como son el bien jurídico protegido (la vida humana independiente), la conducta típica (matar), y los sujetos activo y pasivo (cualquier persona, sin que el tipo exija ningún requisito especial para el autor o para la víctima).

3. TIPO SUBJETIVO

El dolo del autor debe abarcar tanto sobre la conducta típica (matar a otro) como sobre las circunstancias específicas del artículo 139. No cabe la comisión imprudente. ¿Es posible el dolo eventual? La gran mayoría de la doctrina entiende que no es posible dado que las circunstancias del asesinato exigen dolo directo. Aunque algunos autores defienden que el autor puede actuar con dolo directo

respecto a la circunstancia constitutiva del asesinato, y en cambio con dolo eventual frente al propio resultado de matar.

4. CIRCUNSTANCIAS

El artículo 139 del Código Penal establece que: "será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1. Con alevosía.
2. Por precio, recompensa o promesa.
3. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.
4. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra."

Además de ello, el artículo aclara que "cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior".

Frente al anterior Código, han desaparecieron dos circunstancias del asesinato: en primer lugar, ejecutar el hecho por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo, que en el régimen actual podrán ser considerados como alevosos en su caso y, en segundo término, la premeditación, dada su difícil concurrencia en la práctica a la vista de su generalizada concurrencia en los delitos dolosos.

El artículo 140 introduce una modalidad agravada del tipo a través de la Ley Orgánica 1/2015:

- "Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad."

- "Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima."

- "Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal."

En estos casos se le impondrá una pena de prisión permanente revisable, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

5. ALEVOSÍA

Está legalmente definida en el párrafo segundo artículo 22.1 del Código Penal, según el cual "hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

El fundamento de la agravación de la pena radica en un mayor desvalor de la acción, y ello por cuanto la utilización de los citados medios, modos o formas determinan una mayor peligrosidad objetiva de la acción.

De forma tradicional, la jurisprudencia viene distinguiendo tres tipos de asesinato con alevosía: proditorio, cuando la acción va precedida de trampa, emboscada o acechanza; sorpresivo, cuando tiene lugar un ataque súbito e inesperado; y por desvalimiento, cuando el autor se aprovecha de la especial situación de desamparo o indefensión de la víctima, como ocurre con los niños, ancianos, enfermos, personas privadas de sentido o dormidas, embriagados, narcotizados o en situación semejante. La situación de indefensión puede crearse por el propio autor del delito, o bien éste puede aprovecharse de la creada por otra persona, siempre que concurren los elementos objetivo y subjetivo.

Es una circunstancia de carácter mixto en la que concurre un elemento objetivo y otro subjetivo: es preciso emplear medios o formas destinados a asegurar el

resultado; y es necesario que los mismos sean buscados de propósito por el autor para lograr la finalidad pretendida. Ambos elementos son exigibles en todo supuesto, aunque resulta problemática la concurrencia del subjetivo en el supuestos del desvalimiento: mientras la jurisprudencia ha venido aplicando la alevosía en estos casos, los autores exigen que el sujeto haya buscado o seleccionado de propósito la persona desvalida para garantizar la falta de defensa de la víctima, mientras que si aquél se encontró con la situación sería aplicable la circunstancia agravante genérica del abuso de superioridad.

La jurisprudencia suele excluir la alevosía en casos de riña o pelea, porque considera que todos los participantes en ella pueden esperar un ataque de los demás intervinientes. Sin embargo, está flexibilizando este criterio admitiendo que pueda aparecer alevosía en estos supuestos, valorando las circunstancias del caso concreto, como puede ocurrir cuando se utiliza de forma sorpresiva un arma de fuego o un arma blanca de gran dimensión.

6. POR PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA

El fundamento de la mayor penalidad estriba en un mayor reproche de la acción, debido a que el autor mata para obtener una ventaja económica o material.

Existirá precio cuando concurra dinero efectivo o cualquier cosa con valor pecuniario (por ejemplo una joya). La recompensa es una ventaja material distinta del precio, como puede ocurrir en los casos de obtención de un empleo o de una promoción profesional. Hay promesa en los supuestos de pago diferido en el tiempo, es decir, el ofrecimiento de un precio o recompensa que será abonada tras la comisión del delito.

No basta con la concurrencia del precio, la recompensa o la promesa, sino que éstos deben ser el motivo que ha determinado el nacimiento de la resolución de cometer el delito: quien estaba decidido a cometer el delito con anterioridad a la existencia o promesa de la ventaja material no es autor de asesinato por esta circunstancia.

Esta agravación es aplicable a la persona que mata "por" precio, recompensa o promesa. Pero, ¿qué ocurre con la persona que ofrece la ventaja material?. La doctrina entiende que deberá ser penado como inductor o cooperador necesario de un delito de homicidio, pero no de asesinato, habida cuenta que esta circunstancia de agravación solamente resulta de aplicación al autor material; aunque la jurisprudencia en alguna ocasión ha considerado que sí que es posible la inducción o la cooperación necesaria al asesinato.

7. ENSAÑAMIENTO

Una tercera circunstancia consiste en matar "con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". Su fundamento radica en la mayor gravedad de la conducta, habida cuenta de la producción de males a la víctima innecesarios para la comisión del delito.

Para que concurra esta circunstancia es necesario, en primer lugar, un elemento objetivo consistente en la realización de actuaciones que produzcan realmente un incremento del sufrimiento o dolor de la víctima; por ello, no concurrirá cuando el autor actúe sobre personas ya muertas (por ejemplo el descuartizamiento de un cadáver) o sobre personas que, por estar inconscientes, no pueden sufrir dolor. Y, en segundo término, un elemento subjetivo consistente en que el sujeto activo tenga el propósito de aumentar inhumanamente el mencionado sufrimiento.

8. PARTICIPACIÓN

Si se admite que el asesinato es un delito autónomo frente al homicidio, los partícipes en el delito (inductores y cooperadores necesarios) responderán por asesinato cuando hayan tenido conocimiento de la circunstancia constitutiva del asesinato en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

En cambio, si se estima que es una forma agravada de homicidio, resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 65 del Código Penal: la alevosía y el

enseñamiento, como circunstancias objetivas, son comunicables a los partícipes que tengan conocimiento de ellas; mientras que actuar por precio, recompensa o promesa, en cuanto circunstancia personal y subjetiva, no es comunicable al partícipe.

9. PENALIDAD

Si concurre únicamente una de las circunstancias del artículo 139 del Código Penal, la pena prevista es la de prisión de 15 a 25 años. Si concurren dos circunstancias del artículo 139 anteriormente mencionado, se impondrá la pena de su mitad superior. Por último, si concurren las circunstancias establecidas en el artículo 140 del CP se le impondrá la pena de prisión permanente revisable según la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

VII. ABORTO

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema del aborto ha suscitado, en los últimos tiempos, polémicas enconadas, en las que teólogos, sociólogos, médicos, políticos, juristas y asociaciones feministas, entre otros, aportan posiciones ideológicas de muy diversa consideración y que en algunos casos son diametralmente opuestas. Existen dos posiciones fundamentales: los que entienden que hay un conflicto entre dos bienes jurídicos distintos: el de la vida del producto de la concepción, y el del derecho de la mujer a elegir ser madre. Y, una segunda posición, son los que consideran que no existe tal conflicto de intereses: unos porque hacen una protección a ultranza de la vida del feto y otros porque entienden que el derecho de la mujer a elegir es irrenunciable y está por encima de cualquier otro derecho, incluido la vida.

No obstante lo cual, sí podemos afirmar que la polémica sobre la incriminación del aborto se basa, esencialmente, en la existencia de ese conflicto de intereses: El derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y el derecho a la vida. A partir de

esta premisa las soluciones legislativas dadas en el derecho comparado son muy diversas, aunque podríamos encuadrarlas en tres grupos: 1º) Países en los que no se permite el aborto, posición muy minoritaria. 2º) Países en los que se permite la interrupción voluntaria del embarazo, despenalizándose el aborto cuando éste se produce por razones éticas (embarazo por violación), terapéuticas (grave peligro para la vida o salud de la embarazada) o eugenésicas (graves taras física o psíquicas del feto). A esta regulación legal se le denomina el sistema de las indicaciones. 3º) El llamado sistema de los plazos; en virtud del cual se puede interrumpir libremente el embarazo en las primeras semanas, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos formales. Algunos de los países que siguen este sistema prohíben que puedan acogerse a este derecho las extranjeras no residentes, y ello es así con el fin de evitar lo que se ha denominado el "turismo abortivo".

2. CONCEPTO, BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SUJETOS

El aborto es, según reiterada jurisprudencia, la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, bien cuando se le priva de la vida intrauterina, dentro todavía del claustro materno, bien cuando se llega al mismo fin con el empleo de medios que provoquen la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad.

La discusión sobre el bien jurídico protegido no ha tenido el mismo desenlace que la definición de aborto. Parece que si el aborto es un delito contra la vida humana dependiente, el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus, al que el Tribunal Constitucional protege como un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85). Ésta parece ser la postura más común. Ahora bien, también se ha llegado a decir que el bien jurídico protegido es la esperanza de vida, la vida o salud de la madre, e incluso el interés demográfico.

Sujeto activo del delito lo puede ser cualquiera que realice el supuesto de hecho contemplado en la norma, incluido la mujer embarazada. Y, en cuanto al sujeto pasivo, dependerá de lo que se considere sobre cuál es el bien jurídico a proteger. Si se entiende

que el bien jurídico protegido es la esperanza de vida o el interés demográfico del Estado, el sujeto pasivo será la Comunidad o la Sociedad. Si, entendemos, por otro lado, que es la salud de la madre, será ésta el sujeto pasivo. Y, en último lugar, si consideramos, que el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus, éste sería el sujeto pasivo. Hay una posición doctrinal que entiende que éste no es el sujeto pasivo sino el objeto material del delito.

Podemos afirmar después de un estudio en profundidad de todas las posturas existentes, que el sujeto pasivo es el nasciturus y que el objeto material del delito; es decir, el objeto sobre el que se comete el acto ilícito, es el producto de la concepción vivo. El término "producto de la concepción" es el proceso fisiológico del embarazo y el concepto "vivo" hace referencia a la viabilidad intrauterina del producto de la concepción.

El perjudicado por el delito, que en modo alguno debe confundirse con el sujeto pasivo, aunque en algunas ocasiones pueda coincidir, puede ser la madre, cuando se haga sin su consentimiento, y el padre. En ningún caso, al Estado se le puede dar la cualidad de perjudicado del delito.

Otro de los problemas fundamentales derivados de esta figura delictiva es el de los límites máximos y mínimos. En el primer caso, sirve para saber cuándo es un delito de aborto, o cuándo es un delito de homicidio o asesinato por la muerte del recién nacido.

En el caso de los límites mínimos, éstos sirven para saber si la conducta es impune o por el contrario, se sanciona como delito de aborto. Existen, al respecto, dos teorías: la de la fecundación, en la que se entiende que existe delito de aborto cuando se interrumpe el embarazo una vez producida la fecundación del óvulo. Y, la teoría de la anidación, en la que se considera que existe delito de aborto cuando el óvulo está fecundado y anidado.

En lo que respecta a los límites máximos la posición dominante es que no hay aborto cuando la muerte del feto se produce después de la expulsión total del claustro materno. Algunos autores hacen referencia al corte del cordón umbilical o a la

respiración pulmonar autónoma, como el momento que delimita que un mismo acto pueda ser calificado como aborto o como asesinato: antes es aborto, después es asesinato.

Por lo tanto, la protección de la vida humana dependiente -delito de aborto- cesa cuando se produce la total expulsión del claustro materno y se inicia la respiración pulmonar autónoma, a partir de cuyo momento, comienza la protección de la vida humana independiente, a través de los delitos de homicidio y asesinato. No coincide, en consecuencia, la protección penal de la vida humana independiente con el concepto de persona de los artículos 29 y 30 del Código Civil, anticipándose la protección penal.

3. TIPOS DELICTIVOS

1. ABORTO COMETIDO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

El Artículo 144 del Código Penal 1995 dispone que: "El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño".

En este caso nos encontramos ante un tipo penal denominado "delito pluriofensivo", toda vez que no sólo atenta contra la vida humana sino también contra la libertad de la mujer ya que se realiza el aborto sin su consentimiento. Es necesario que la persona que comete el aborto conozca el estado de embarazo de la mujer y actúe en consecuencia, con la intención de interrumpirlo, provocando la muerte del feto. Se trata de un delito de aborto cometido sin el consentimiento de la mujer embarazada, equiparándolo a estos efectos cuando el consentimiento se ha obtenido de forma viciada (violencia, amenaza o engaño), como lo demuestra el hecho de que la pena es la misma en ambos supuestos. En este último caso, sobre todo cuando ha habido violencia o

amenaza, la sanción penal debería ser mayor por cuanto afecta a otros bienes jurídicos como la libertad o la integridad física. En este supuesto, no se contempla el tema de los plazos, ni de las indicaciones, ya que el único tema a ser tenido en cuenta es la ausencia de consentimiento de la mujer, o que éste haya sido viciado.

2. ABORTO COMETIDO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EMBARAZADA FUERA DE LOS CASOS LEGALES

a) Causado por terceros

El Artículo 145.1 del Código Penal 1995 se encuentra redactado según la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y dispone que: "El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando se realice fuera de establecimiento acreditado".

b) Causado por la mujer

El artículo 145.2 del Código Penal 1995 establece que: "La mujer que produjere su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, fuera de los supuestos legales, será castigada con una multa de seis a veinticuatro meses".

c) Supuesto agravado: a partir de 22 semanas

El artículo 145.3 del Código Penal 1995 establece que: "En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de las veintidós semanas de gestación."

4. SUPUESTOS PERMITIDOS POR LA LEY

En los artículos anteriores, se hace referencia a los supuestos permitidos por la ley. En el artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se recogen cuáles son los requisitos comunes:

- a) Que se practique por médico especialista o bajo su dirección.
- b) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado.
- c) Que se realice con consentimiento expreso y escrito de la embarazada, o de su representante legal. Si bien, en el caso de urgencia vital podrá prescindirse del consentimiento expreso.
- d) En el supuesto de mujeres de 16 y 17 años, se requiere el consentimiento exclusivo de la mujer.

Sus padres o tutores, o al menos, uno de ellos deberán ser informados de la decisión de la mujer.

Se establece la excepción de este requisito, cuando exista riesgo fundado de conflicto grave familiar, peligro de violencia intolerable, amenazas, coacciones, malos tratos o desamparo.

1) Interrupción del embarazo a petición de la mujer

Hay que destacar que éste es un supuesto acasual, es decir, que no se requieren unas causas determinadas, sino simplemente el cumplimiento de una serie de requisitos, especificados en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010. Así se habla de la interrupción del embarazo a petición de la mujer, dentro de las catorce primeras semanas, con los siguientes requisitos:

- Información a la embarazada sobre sus derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.
- Transcurso del plazo de tres días desde la información anterior.

2) Aborto despenalizado terapéutico

Recogido en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, que establece que se podrá efectuar un aborto excepcionalmente por causas médicas, si concurren los siguientes requisitos:

a) Que se produzca dentro de las primeras veintidós semanas del embarazo y que exista riesgo para la vida o la salud de la embarazada.

- Para ello debe constar un dictamen emitido por un médico distinto al que va a practicar la intervención.

- En caso de urgencia por riesgo vital se podrá prescindir del dictamen.

b) Que se produzca dentro de las primeras veintidós semanas, siempre que tenga carácter eugenésico.

Deben existir los dictámenes de dos médicos especialistas distintos al que va a practicar.

Este supuesto exige que las taras que padezca el feto sean de tal magnitud o gravedad que justifiquen la realización del aborto.

Con la existencia de estos supuestos, desaparece la indicación ética -embarazo de la mujer a consecuencia de un delito de violación-, que se reconduce al aborto sin causa durante las primeras catorce semanas de gestación.

3) Aborto producido en los casos legales, incumpliendo los requisitos

El artículo 145 bis del Código Penal 1995 ha sido introducido por la Ley Orgánica 2/2010 y establece que "será castigado con multa e inhabilitación especial el que, en los casos legales practique un aborto:

- Sin comprobar que la mujer recibe la información prevista.

- Sin haber transcurrido el periodo de espera desde la información.
- Sin contar con el dictamen cuando sea exigible.
- Fuera del centro sanitario acreditado.

En este caso, el juez puede imponer la pena superior."

En todo caso, se impondrá la pena superior en el caso de aborto practicado a partir de las veintidós semanas.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

5. ABORTO POR IMPRUDENCIA

El Artículo 146 del Código Penal 1995 dispone que: "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto."

En los supuestos delictivos de los artículos 144 y 145 del Código Penal 1995 se exige un comportamiento doloso por parte del sujeto activo; es decir, que la persona que comete el aborto, sea la mujer embarazada o un tercero, tiene que tener conciencia y voluntad de lo que hace. Sin embargo, en el tipo penal del Artículo. 146 el comportamiento de la persona que comete el delito debe ser imprudente y nunca doloso, ya que en caso contrario se sancionaría conforme a los artículos precedentes.

VIII. INFANTICIDIO

1. CONCEPTO

La definición legal del infanticidio nace con la primera regulación de este tipo delictivo que acogió el Código Penal de 1822, deduciéndose de la misma que, cometen infanticidio, la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, y los abuelos maternos que para evitar la deshonra de la madre llevaren acabo este delito.

La doctrina ha acuñado el término Infanticidio, tanto desde un punto de vista estricto al referirse a la muerte del recién nacido por causa de honor, como desde un punto de vista amplio designando a todo atentado contra la vida del menor a través de lesiones llevadas a su extremo que causaran la muerte del menor.

2. NATURALEZA

La violencia hacia los niños se ha manifestado de formas muy diferentes, siendo el maltrato físico, el infanticidio, solo una de ellas, puede que no la más frecuente, junto con el maltrato emocional, negligencia, abandono, explotación laboral, abuso sexual entre otras. Si bien el infanticidio se consideró como un delito "sui generis", distinto del homicidio, parricidio o el asesinato, lo cierto es que su naturaleza es idéntica a la de aquellos, al tratarse de un delito contra la vida, cuyo objeto de protección será la vida humana independiente, desde su comienzo (o lo que es igual, desde el momento en que el feto se convierte en ser humano, existiendo diversas teorías acerca de la fijación de este límite que delimitara la frontera entre el aborto o delito contra la vida humana dependiente y el homicidio, infanticidio, asesinato, parricidio o delitos contra la vida humana independiente), hasta el término de la misma, con la muerte del ser vivo (el criterio mayoritario doctrinal, para considerar a una persona muerta será la ausencia de actividad cerebral).

En el delito de infanticidio el inicio de la protección a la vida humana comenzara, una vez el hijo haya nacido, (no bastando con que haya comenzado a desprenderse del claustro materno, sino que debe haber concluido el parto).

3. REGULACIÓN NORMATIVA

El Infanticidio encuentra su redacción originaria en el Código Penal de 1822 (artículo 612), donde se exceptuaba de la pena señalada para los parricidas a "las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras al nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que este sea a su juicio, de los jueces, de hecho, y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción y mujer no corrompida y de buen fama anterior la delincuente".

Por su parte el Código Penal de 1848 en su artículo 327, extendió el beneficio al abuelo materno y amplió a tres días el término de veinticuatro horas del anterior texto penal. Añadiéndose que fuera de estos casos el que matare a un recién nacido incurriría en un delito de homicidio.

El Código Penal de 1870 en su artículo 424 modificó el criterio anterior disponiendo que "Fuera de estos casos, (madre o abuelos maternos) el que matare a un recién nacido incurrirá según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato".

La redacción del infanticidio que otorga el Código Penal de 1973 procede del Código Penal de 1932, acogiendo la misma, en el Libro II, Título VIII, Capítulo II, como un tipo delictivo independiente, dispone así el artículo 410: "la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor, en la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

Actualmente el infanticidio no encuentra cabida como tipo delictivo independiente, en el Código Penal de 1995, habiendo sido erradicada dicha figura penal de su articulado, respondiendo al cambio de las repercusiones sociales que tiene para la mujer soltera la maternidad, abandonando así el sistema de tomar la causa de honor como criterio diferencial del infanticidio, toda vez, ni tan siquiera, a día de hoy las circunstancias locales influyen en la justificación del móvil de ocultar la deshonra, habida cuenta que se ha minorado la antigua tensión que colocaba a la madre entre

elegir que se hiciera pública su deshonra y la muerte del hijo recién nacido, generalmente mayor en áreas rurales que en la ciudad, al ser la vecindad más estrecha y por tanto de mayor dificultad en cuanto a la ocultación del recién nacido.

La muerte del recién nacido deberá encontrar así punición en el artículo 139 del Código Penal de 1995, bajo la figura penal de "asesinato", habida cuenta que en cualquier supuesto de causación de la muerte del recién nacido, independientemente del autor del mismo, (su progenitora, abuelos maternos o un tercero) se aprecia alevosía, es decir la utilización un medio de ejecución inherente al asesinato, toda vez que, el autor emplea medios que aseguran sin riesgo para su persona la ejecución de la muerte, estos medios son fruto de la incuestionable indefensión que ostenta la víctima del delito (recién nacido).

El móvil empleado en la comisión del delito de infanticidio "evitar la deshonra de la madre", suprimido íntegramente, por las razones anteriormente expuestas, solía ser consecuencia o producto de una crisis incubada a lo largo del embarazo, o de una reacción primitiva, de diferentes grados de intensidad. Actualmente este podrá encontrar una traducción legal en nuestro texto penal a través de la aplicación de circunstancias atenuantes o eximentes, (Trastorno mental transitorio), en caso de quedar acreditada su concurrencia en la comisión del hecho punible (asesinato), tales como las crisis que acompañan al parto (fiebre puerperal o depresión post-parto), que podrían asemejarse a la eximente de trastorno mental transitorio.

4. ELEMENTOS

En el delito de infanticidio, se exigía la concurrencia de determinados elementos para su existencia; Así:

- a) La acción. Consistía en causar la muerte a otro, mediante acción u omisión.
- b) El sujeto activo. Tenía que ser la madre, o un abuelo materno, siendo indiferente que la madre sea soltera, casada o viuda y que su relación parental de que se trata sea legítima o ilegítima.

c) El sujeto pasivo. Era el recién nacido, exigiendo expresamente el texto legal que este haya nacido es decir, haya concluido el parto, debiendo producirse la muerte poco tiempo después del nacimiento, sin que exista el anterior límite de tres días desde su nacimiento dejando así mayor margen de arbitrio a los Tribunales en relación con las circunstancias del caso, y por ello el recién nacido equivale al niño de pocos días de vida.

d) El elemento subjetivo. Consistía en la intención del sujeto activo de causar la muerte del recién nacido, con el propósito de ocultar su deshonra, por lo que no se admitía la existencia de infanticidio cuando la muerte del recién nacido por el sujeto activo se produjo de manera imprudente, ya que la muerte culposa del recién nacido es incompatible con el ánimo de ocultar su deshonra. La muerte culposa del recién nacido habría de calificarse de homicidio por imprudencia. Tampoco podrá apreciarse el supuesto de infanticidio cuando la preñez era conocida, o la mujer era de mala fama, ya que sería incompatible con la evitación de la deshonra del sujeto activo.

Respecto a los grados de ejecución del delito, el infanticidio se consumaba con la muerte del recién nacido, admitiéndose la tentativa y la frustración.

IX. PARRICIDIO

El parricidio es aquel delito por el que un sujeto provoca la muerte de otro con el que tiene determinados lazos familiares. Se trata de un delito contra la vida de las personas, y en el que el antiguo Código Penal distinguía entre homicidio, infanticidio, parricidio y asesinato. El primero consistía en la muerte de un sujeto; el segundo se producía cuando esa muerte se provocaba a un recién nacido; en el tercero, la muerte se causaba a uno de los familiares que la norma contemplaba, como luego expondremos; y, el último, es un homicidio agravado, cuando se emplean determinados medios para producir la muerte de otra persona (alevosía, ensañamiento, precio; etc.).

Con el nuevo Código Penal desaparecen todas estas figuras delictivas, con excepción de las dos básicas: el homicidio y el asesinato. La relación de parentesco se contempla pues como una circunstancia agravante de tipo genérico y no está ínsita en la norma penal del homicidio.

La regulación del parricidio estaba prevista en el Título VIII del Libro 2, cuyo enunciado era "los delitos contra las personas", Capítulo I, bajo la rúbrica de "el homicidio", concretamente en su artículo 405 del Código Penal, que disponía lo siguiente: "el que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor".

La única especialidad que tenía este precepto, con respecto al homicidio, era que el sujeto pasivo tenía que ser descendiente, ascendiente o cónyuge, con lo que a su vez quedaba también delimitado el sujeto activo. Por lo tanto, los elementos delimitadores de carácter objetivo y subjetivo del tipo penal del parricidio eran los mismos que los del homicidio, con la salvedad de que los sujetos activo y pasivo estaban limitados a la relación de parentesco que en la norma se contemplaba. La imposición de una pena mayor en el parricidio que en el homicidio, estaba justificada por el plus de culpabilidad del sujeto activo al atentar contra la vida de un familiar. Es evidente que ese comportamiento merece un mayor reproche penal, por lo que el parricidio operaba como un homicidio agravado.

Para poder apreciar esta norma, y sancionarse como parricidio, no como homicidio, era necesario que existiera en el momento de la muerte del cónyuge la afectio maritales; es decir, que vivieran juntos y tuvieran cierta relación sentimental. La Sala 2ª del Tribunal Supremo entendió, desde el Pleno de 18 de febrero de 1994, que la situación de separación de los cónyuges, aún solo de hecho, debía determinar la exclusión de la aplicación del antiguo artículo 405 del Código Penal en los casos de muerte causada por uno de ellos al otro, sobre la base de que, al haberse producido un deterioro importante de la relación matrimonial, ya no hay suficiente fundamento para justificar un reproche superior de la conducta del autor y no ser posible presumir una mayor culpabilidad frente a la exigencia, más adecuada, de atenerse a una culpabilidad real.

En la actualidad, con la nueva regulación que hace el Código Penal de 2005, sólo existen dos tipos penales relativos a la muerte de una persona: el homicidio y el asesinato. Esto no quiere decir que no contemple la posibilidad de que el homicidio se produzca en el seno de una relación familiar y se agrave la responsabilidad penal. Lo que se ha hecho es que esa relación de parentesco no esté prevista como un elemento más de la norma penal, formando parte del supuesto de hecho, sino que se contemple como agravante genérica, siendo el tribunal en cada caso concreto y en función del delito cometido, el que le dé el alcance y el contenido que estime adecuado a esa relación de parentesco. Por ello, se contempló el parentesco como una circunstancia mixta modificativa de la responsabilidad criminal, la cual podía agravar o atenuar la responsabilidad criminal del delincuente. El artículo 23 del Código Penal dispone que: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

X. UXORICIDIO

La muerte causada a una mujer por su marido se tipificaba como parricidio en el artículo 405 del Código Penal de 1973, que castigaba al que matare "a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge". Se trataba de un homicidio cualificado por el vínculo familiar o matrimonial existente entre el autor del ilícito y su víctima. El Código de 1995 suprimió como tipos autónomos el infanticidio y el parricidio y optó por mantener únicamente dos figuras básicas: el homicidio y el asesinato (artículos 138 y 139 CP 1995). La relación de parentesco que cualificaba al parricidio se contempla ahora, pues, como una agravante genérica, con base en la circunstancia mixta modificativa de la responsabilidad criminal establecida en el artículo 23 del Código Penal.

El derecho histórico ha conocido, por otro lado, la figura del uxoricidio honoris causa, que suponía la exención o atenuación de la pena para el marido que matase a la esposa sorprendida en adulterio. Como recuerda José Augusto de Vega, el Ordenamiento de Alcalá llegó incluso a exigir, para obtener esta prerrogativa, que se diera muerte a los dos adúlteros, sin impunidad en caso de que muriera uno solo.

El tratamiento privilegiado del uxoricidio en adulterio, que había desaparecido de nuestro derecho en 1932, fue restablecido por el Código de 1944 mediante la excusa absolutoria o la atenuación extrema que dispuso, según los casos, su artículo 428: "el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna".

El uxoricidio por honor desapareció del Código penal de 1944 por disposición de la base octava de la Ley de 23 de diciembre de 1961, que en la Exposición de Motivos se justificaba indicando que para llegar al mismo resultado bastaba emplear las circunstancias eximentes y atenuantes.

El Decreto 168/1963, de 24 de enero, Texto revisado del Código Penal, derogó el uxoricidio honoris causa.

El uxoricidio, de hecho, era una atenuante de los delitos de homicidio y lesiones, aplicable al marido o padre que atacara a los amantes que eran sorprendidos in fraganti. El resultado de aplicar esta atenuante era la conversión de las penas establecidas para los delitos de homicidio y lesiones graves por la de destierro, y la exención de pena en caso de que las lesiones fueran leves. Esto permite deducir que la ofensa inferida al marido a través del delito de adulterio se consideraba suficientemente grave como para «autorizarle» a tomarse la justicia por su mano. Vizmanos y Álvarez Martínez expresan: «El hombre ofendido en lo más caro á su

honor y á sus afecciones, que mata a los causantes de su deshonra, digno es de que no se le confunda con el homicida voluntario á quien no movió tan extraordinario impulso»; luego los autores atemperan el rigor de estos comentarios sosteniendo que la exención de pena resulta una medida excesiva. En 1963, el delito es derogado de forma definitiva (su regulación había encontrado un paréntesis durante la vigencia del Código de 1932). No obstante, ello no obedeció al convencimiento de la injusticia de este superprivilegio otorgado al marido -al parecer tan gravemente injuriado-; simplemente, la Ley de Bases entendió que el tipo resultaba redundante, pues la finalidad que perseguía se podía lograr mediante el juego de los principios generales.

Así, la Ley de Bases indicó la posibilidad de aplicar la legítima defensa en los supuestos propios de uxoricidio, olvidando que para que esta eximente pudiera aplicarse el ataque al bien jurídico debería ser actual, con lo cual era necesario que los amantes continuaran en la misma actitud luego de ser descubiertos. La legítima defensa no puede ser utilizada para apoyar simples venganzas como lo constituyen las acciones aquí planteadas.

El legislador olvidó que el artículo 428 operaba con un radio de acción que no coincidía con el comprendido por atenuantes o eximentes, puestas en relación con los tipos específicos que en su caso fueran procedentes; de otra forma, no hubiera tenido el menor sentido su instauración, y ésta tuvo razón, dentro de la lógica interna del Código. La necesidad de atenuar la pena en caso de que haya mediado un estímulo externo que cause exaltación es innegable, pero el adulterio no es más que una de las tantas situaciones que pueden dar lugar a este arrebató. Lo importante en estos casos será demostrar que la alteración de las percepciones se ha producido, y no la comprobación mecánica de que ha mediado el adulterio. La figura del uxoricidio no hacía más que establecer una «presunción de obcecación» en un caso concreto, la que perduró en la codificación más por reminiscencias de legislaciones anteriores que por necesidades técnicas.

El hecho de que el Código penal de 1822 permitiera al marido injuriado decidir, -dentro de ciertos límites-, la pena a imponer a los adúlteros, es un vestigio del antiguo *ius puniendi* que le correspondía en la época medieval. Las viejas leyes consideraban al adulterio como causa suficiente y necesaria para justificar la

exaltación, ello demuestra la importancia que la sociedad y las leyes le reconocían al honor.

La relación familiar o de parentesco ha constituido tradicionalmente “una clave de comprensión, esencial y recurrente -aunque, a veces, aparentemente contradictoria-, del contenido del Derecho penal español”. Y es que si en ocasiones la relación entre el delincuente y la víctima sirve para fundamentar o agravar la responsabilidad criminal del primero, en otros supuestos actúa precisamente en sentido contrario, atenuándola o excluyéndola. Esta dualidad de efectos del parentesco en la parte especial del Código penal tiene igualmente reflejo en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues la circunstancia mixta de parentesco puede agravar o atenuar la responsabilidad “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito” (art. 23 CP). La fundamentación de la especial consideración de la relación familiar es muy distinta según la naturaleza del delito o de la circunstancia de que se trate, variando también en relevancia que se otorga a los motivos del delincuente. En cualquier caso, en la evolución de esta regulación se observa claramente que el ámbito familiar es resistente a la intervención estatal, tradicionalmente vista como una injerencia ilícita en la vida privada de los miembros de la familia, quedando a disposición de éstos la resolución de ciertos conflictos. Poco a poco se ha ido superando esta tradicional política de no intervención de la que, no obstante, quedan no pocos vestigios en el Derecho penal. Piénsese en la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 23 CP o en las causas personales de exclusión de la pena contenidas en los arts. 268 y 454 CP. Por ejemplo, en el caso de la exención de pena por la comisión de ciertos delitos patrimoniales no violentos entre parientes, recogida en el art. 268 CP, se afirma mayoritariamente que el fundamento reside “en la conveniencia de no llevar al proceso y Derecho penal conflictos acaecidos en el íntimo ámbito de la familia, pues la intervención del sistema represivo estatal no serviría más que para complicar la posible solución del conflicto y añadir otro: la comparecencia de la familia en el proceso. La cuestión es más discutida en el caso de la exención de pena en algunos supuestos de encubrimiento de parientes, pues si bien tradicionalmente un sector de la doctrina española ha concebido este caso como una concreción del principio de inexigibilidad

de otra conducta, vinculándolo, por tanto, con la categoría de la culpabilidad, en la actualidad, sin poner en duda que existen causas de atenuación de la pena que responden al principio de no exigibilidad, otro sector afirma que aunque el art. 454 CP se inspira en la inexigibilidad de otra conducta es preferible atribuirle la naturaleza de causa de exclusión de la pena, basándose en la forma en que se manifiesta el principio de no exigibilidad en este caso: “opera aquí mecánicamente dentro de los márgenes rígidos de una presunción *iuris et de iure*, que veda al juez toda consideración individualizadora”. Como ya puse de manifiesto en su día, la causa de exclusión de la pena por algunos supuestos de encubrimiento de parientes no es una causa de inexigibilidad aunque se base en el principio de inexigibilidad, puesto que el legislador la configura de forma puramente objetiva, lo que tiene importantes repercusiones en materia de error².

XI. EL DELITO DE ADULTERIO

Adentrándonos en la regulación del adulterio, la disparidad de criterios utilizados para juzgar las conductas de hombres y mujeres es manifiesta. Así, sólo podía ser sujeto activo del delito de adulterio, la mujer casada junto con su amante. El marido sólo podía ser autor del delito de amancebamiento. Así, en el caso de la mujer, un sólo yacimiento extramatrimonial era una conducta punible, mientras que para que la conducta del marido constituyera delito era necesario que éste tuviera manceba, es decir, que desarrollara una relación análoga a la conyugal con una mujer que no fuera su esposa. No sólo era necesaria la habitualidad en la relación, sino que además se requería que esta fuera desarrollada en el domicilio familiar o fuera del mismo, pero «con escándalo» (término que en el año 1944 fue modificado por «notoriamente»). En la concepción de la época, la regulación apuntada no sólo no resultaba discutible, sino que se consideraba progresista. Así, Vizmanos y Álvarez Martínez entendían: «que el rigor

² Faraldo Cabana “Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal”. Tirant lo Blanch. 2008.

contra el marido se llevaba por nuestra Ley tan lejos como era posible y más de lo que es llevado en códigos extranjeros».

Con estos datos tenemos elementos suficientes para plantearnos a qué respondía la diferenciación en las conductas incriminadas, es decir, cuáles resultaban ser los bienes jurídicos de protección preferente. En general, los autores se referían al orden familiar, pero sin que quedara claro por qué una conducta impropia de la mujer podía afectar el orden familiar en mayor medida que la del hombre. Otras posturas apuntaban matizaciones al anterior planteamiento. Cobo criticaba la inclusión de estas figuras en el título de los delitos contra la honestidad, y expresaba la necesidad de crear un título que reuniera todos los delitos contra la familia, entendiendo que éste es el aspecto general del delito dentro del cual había que buscar el bien jurídico protegido. En su opinión, el valor protegido en primer término era el deber de fidelidad, que es exigencia propia del matrimonio; especificando, además, que lo que se protegía era un aspecto particular del deber genérico contenido en el Código civil. En este sentido, se protegía la fidelidad sexual, que es una especie dentro del género de la fidelidad conyugal. Cobo también se planteaba el problema de que el amante de la mujer no tenía deber de fidelidad alguno, ya que este deber sólo compete a los cónyuges, pero lo solucionaba considerando que la persona ajena al matrimonio deberá respetar el derecho a la exclusividad sexual que le compete al marido. Lo que no se planteaba es que el deber de fidelidad es exigido en la ley civil por igual a ambos cónyuges, ¿por qué debe exigirse entonces en el ámbito penal sólo a la mujer?

El verbo típico nos da pautas para comprender qué aspecto del problema revestía a nuestro juicio gran importancia: el riesgo de la filiación ilegítima. El verbo «yacer» era muy específico al indicar que la conducta que resultaba punible era la penetración vaginal, la cual trae aparejado el riesgo de embarazo. Debido a ello, Carrara ha llegado a sostener que el adulterio es un delito «cuasi patrimonial», por el peligro que acarrea de incluir en la familia herederos ilegítimos que arrebaten a los verdaderos hijos sus derechos. El mencionado autor acepta que desde el punto de vista moral hombres y mujeres tienen iguales deberes con respecto a la institución del matrimonio, pero argumenta que la ley tiene que tener en cuenta el elemento del daño, que es infinitamente mayor en el caso de la mujer. Esta preocupación es manifiesta en los

comentaristas del Código penal del siglo pasado. Así, Buenaventura Selva decía: «Pero cómo olvidar que la mujer adúltera se expone a concebir de varón que no es su marido y a suplantar en la familia un hijo ilegítimo, que robe y arrebate una parte de su fortuna a los hijos legítimos? Sin más que esta consideración, debe comprenderse que la pena de la mujer, debe ser mucho más grave que la del marido».

El problema provenía del rigor con que se consideraba la presunción de paternidad en el matrimonio, siendo por entonces el único método con que se contaba para determinarla. La impugnación de la paternidad sólo podía obtenerse demostrando la imposibilidad física de acceso, lo que sólo podía darse en casos de alejamiento durante el período de la concepción, o bien en matrimonios anulados por impotencia del marido. Las relaciones adúlteras continuadas no eran suficientes para que la acción prosperase. La afirmación de que los hijos de la mujer casada no pueden ser más que de su marido, constituía así una de las mayores preocupaciones del adulterio.

Vaello Esquerdo, rechaza la posibilidad de comprender al honor masculino como objeto de protección en el adulterio, ya que entiende que los clásicos argumentos esgrimidos por la doctrina no son suficientes. En nuestra opinión, la existencia de la figura de uxoricidio, y la diferenciación de trato para ambos sexos, son razones suficientes para decir que lo que en primer término se estaba protegiendo era la honra del hombre, junto con el riesgo de filiación ilegítima, con su correspondiente proyección patrimonial. A diferencia de ello, en el delito de amancebamiento no se pensaba en la deshonra que el acto de la infidelidad podía traer a la esposa, sino en las consecuencias que el escándalo pudiera ocasionar si era conocido. Por ello, parte de la doctrina entendía que en estos casos el bien jurídico protegido era la moral sexual colectiva.

Siguiendo esta idea, Quintano Ripollés entiende que esta legislación constituye al concubinato en un derecho del marido, el cual sólo puede constituir delito a través de su abuso, realizándolo de forma notoria. Tanto más grave se consideraba la lesión perpetrada por la esposa que, hasta 1928, la pena para el delito de adulterio, es decir, la pena por un sólo yacimiento extramatrimonial de la mujer, merecía más pena que la relación habitual y escandalosa del marido.

Estas figuras fueron muy cuestionadas, no sólo por la manifiesta desigualdad de trato que suponían, sino por la conveniencia de su despenalización. En el siglo XIX algunos autores vertían ya opiniones contrarias; así, Langle Rubio, manifestaba que: «Al castigar el adulterio como delito, creemos que el legislador ha confundido éste con el pecado, o ha confundido la misión ascética de la moral y de la religión, con la misión política de la justicia criminal». Buenaventura Selva, por su parte, estimaba conveniente la derogación por razones prácticas ya que no consideraba que el adulterio pudiera corregirse mediante la ley penal; en su opinión, los hombres no lo denuncian porque temen exponerse al escarnio de la hilaridad pública.

La inclusión de estos tipos en la codificación refleja la existencia de una doble moral en la sociedad. Al respecto, resulta interesante el intento de explicación que realiza Leites. Este autor sostiene que en la historia de la moral se asignan a determinados grupos tareas consistentes en promover un cierto elemento de la civilización; estos grupos, por tener que desarrollar un determinado aspecto de la cultura, deben pagar un precio. A las mujeres se les encomendó la tarea de llevar adelante la cultura del autocontrol, por lo que tuvieron que ser puras de conducta y de sentimientos. A los hombres también se les exigió alcanzar un cierto grado de desarrollo moral, pero por otro lado se les permitió ser más lascivos. En este punto se verifica la doble moral. El autor entiende que una de las principales causas de esta situación fue que para los hombres era más fácil no tener que ser tan buenos, ya que no era sencillo llevar una vida virtuosa, y desde luego, nada agradable. Para los hombres fue ventajoso aplicarse la regla del autocontrol con indulgencia, mientras se creían firmes defensores del autocontrol por exigírselo a las mujeres. Así facilitaron que la cultura expresara una ambivalencia fundamental acerca del valor de la pureza moral.

El arraigo de esta cultura conllevó que los delitos de adulterio y amancebamiento no fueran derogados hasta 1978.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. JURISPRUDENCIA REFERENTE AL CÓDIGO PENAL DE 1870

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 1887

Resultando que la expresada sentencia, dictada en 25 de Septiembre último, contiene los siguientes resultandos: Primero. Que en el pueblo de Ayodar, en la mañana del 23 de Abril último, al regresar á su casa desde la fuente adonde había ido por agua la vecina del mismo Carmela Pérez Jimeno, encontró cerrada la puerta de la escalera que conduce á sus habitaciones, cuya llave se había llevado su marido José Sanahuja Peris, por lo que, dejando los cántaros en el patio, entró en las de sus suegros, que las tienen en el mismo edificio, y á las que se sube por diferente escalera; y después de permanecer allí buen rato, bajó de nuevo al zaguán, en donde se halló ya al Sanahuja, á quien interrogó acerca del motivo por qué se había llevado la llave, contestándole éste "que volvería á hacerlo; » y cerrando, en efecto, de nuevo la referida puerta, se marchó entonces la Pérez, después de permanecer algún tiempo en casa de sus suegros; esperó sentada en uno de los peldaños de la escalera la llegada de su esposo que estaba con algunos amigos comiendo y bebiendo en la taberna, al cual preguntó por qué había tardado tanto, contestándole Sanahuja "si quería morir;- y al oír estas palabras, huyó temerosa de lo que ocurrirle pudiera á la calle, en donde se sentó en un "banco; pero como viese llegar en su persecución al procesado, se levantó y siguió hacia la plaza de la Constitución, en busca del auxilio de las gentes: mas también allí la persiguió Sanahuja, que la hizo con su pistola un disparo, y acto seguido otro, por la espalda, produciéndole los proyectiles dos lesiones; una curable, en la región escapular izquierda, y otra mortal de necesidad, según el dictamen facultativo, en la parte inferior posterior de la región lumbar, que penetró en el abdomen, destrozó la membrana, peritoneo, y perforando los intestinos colón y ciego, le ocasionó una peritonitis, de la que falleció en la mañana del 26 del mismo mes; hechos que se declaran probados.

Segundo. Que después de este hecho, José Sanahuja volvió á su casa, cargó de nuevo los dos cañones de la pistola, tomó un arma corta ó carabina y una canana con municiones, y, airado, volvió á la plaza, en donde la gente rodeaba y prestaba á su mujer

los auxilios que su estado requería, formando parte del grupo Ramón TarrazonaSarribes, joven molinero, de aquella localidad, á quien de improviso, sin dirigirle palabra alguna, disparó a quemarropa un tercer tiro, cuyo proyectil, fracturando los huesos del cráneo y destrozándole el cerebro, le dejó muerto instantáneamente, siendo entonces detenido, sujetado y desarmado el procesado por los circunstantes, y á pesar de su resistencia, llevado á la cárcel, dando en el trayecto gritos para que le dejaran libre, y expresando que aun quería matar cuatro ó cinco más; hechos probados.

Tercero. Que entre José Sanahuja Peris y su consorte Carmela Pérez Juneno existían, algún tiempo antes de la perpetración del delito, frecuentes desavenencias, que dieron lugar á que ésta tuviese que abandonar en varias ocasiones su casa para refugiarse, en la de sus padres, por miedo á las amenazas y agresiones de aquél, volviendo con su marido por la intervención de algunas personas, entre ellas el Juez municipal D. Francisco-Zauiel, el Secretario D. "Victoriano Montolíu y José Gil Peña, quienes manifiestan que interrogaron al procesado con insistencia acerca del motivo de su proceder, y le oyeron decir "que si era mujer era puta,» sin que concretase cargo alguno contra la misma, á pesar de haberle pedido que lo hiciera, expresando, además, estos testigos y otros, que la Pérez gozaba en el pueblo de la mejor reputación y faina; probado.

Cuarto. Que José Sanahuja, en el acto del juicio, confesó sus delitos, manifestando en su exculpación que en la mañana del 23 de Abril estuvo en la taberna de Pascual de Puchol con varios amigos, entre quienes cita á tres, comiendo y bebiendo vino, y embriagado, se dirigió á su casa, en donde encontró á su consorte, que principió á insultarle, diciéndole que le pesaba haberse casado con él, y que mejor hubiese vivido con el molinero Ramón Tarrazona, llamándole además hombre ruin; y como quiera que sospechaba que éste tuviese relaciones amorosas con ella, se ofuscó de tal manera, que la acometió, y al verla huir, salió en su persecución, alcanzándola en la plaza; y añadió que el Tarrazona frecuentaba la casa de los padres de su mujer, y en unión de otros amigos, le apedreó las ventanas de la suya; expresando también que en el mes de Diciembre último, oculto en su casa, sorprendió á su mujer y á Vicente Rius Balaguer en la escalera en el acto del coito, y nada le dijo por ser cuñado suyo; explicando,

finalmente, la muerte que dio á Tarrazona por el hecho de haberle éste acometido con un arma al presentarse en la plaza.

Quinto. Que no está confirmado por las declaraciones de los testigos examinados en el acto del juicio, que estuviera ebrio el procesado en la ocasión de que se trata, desprendiéndose de las manifestaciones de éstos que en la taberna sólo bebieron entre cuatro cuartillo y medio de vino.

Sexto. Que tampoco está confirmado por declaración alguna que Carmela Pérez Jimeno insultase al procesado en la mañana en que tuvieron lugar los hechos que se persiguen, ni las relaciones que el mismo supone existían entre ésta y Tarrazona, negando Vicente Rius el hecho que á él se refiere, si bien expresó que un día que fué á pasar ciertas cuentas á casa del Sanahuja, oyó decir á éste delante de su mujer, que, sospechando de él, había estado oculto acechándole; siendo tan sólo lo que se desprende de las diligencias practicadas en el juicio, respecto de los celos que el procesado dice tenía de su consorte, lo que afirman José Macián Andreu relativo á que "se decía que tenía celos;» Francisco Zamel Pérez "que le parece le manifestó Sanahuja en su casa que tenía celos,» y Vicente Guiblamón "que si bien se figura que las separaciones de ambos esposos eran debidas á los celos, no puede asegurarlo: » Resultando que la Audiencia sentenciadora, calificando los hechos de un delito de parricidio y otro de asesinato, por haber concurrido en su comisión la circunstancia de alevosía, de los que era autor José Sanahuja Peris, concurriendo en la comisión del parricidio la circunstancia de alevosía, que debe apreciarse como agravante genérica, sin la concurrencia de ninguna atenuante; vistos los artículos 417, 418 y demás de aplicación del Código, le condenó por el parricidio á la pena de muerte,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considerando que la circunstancia de la alevosía se caracteriza por el empleo de medios buscados ó aprovechados, que tiendan directa y especialmente á asegurar la ejecución del delito, sin riesgo para la persona que le realice procedente de la defensa que pudiera hacer el ofendido: Considerando que es un hecho probado, según la sentencia recurrida, que Carmela Pérez Jimeno, mujer de José Sanahuja, se hallaba completamente indefensa é iba huyendo en dirección á la plaza cuando éste le acometió

é hizo por la espalda los dos disparos, con uno de los cuales le produjo la herida que causó su muerte; y que esto supuesto, es evidente que en la ejecución, del parricidio empleó José Sanahuja medios que tendían á asegurar la muerte de su mujer sin riesgo ninguno para su persona, que es lo que constituye la agravante genérica de la alevosía definida en el núm. 2.º del art. 10 del Código: Considerando que la Audiencia sentenciadora no estima probado que Carmela Pérez diera ocasión á su marido para que tuviera celos, ni siquiera que éste haya sido impulsado por ellos, aun cuando fueran injustificados, por lo que no puede apreciarse la atenuante alegada por la representación del recurrente: Considerando que, aparte de lo expuesto, no existe en la causa motivo alguno de casación por quebrantamiento en la forma, ni por infracción de la ley.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 1887

Resultando que Bibiano Crespo García, vecino de Retortillo, holgazán hasta el extremo de haber sido reprendido por la Guardia civil, á excitación de su padrastro, frecuentaba antes de casarse, según confesó en los debates del juicio, la casa de su convecina Vicenta Pascual, mujer en segundas nupcias del pastor Antonio de Pedro, que de ordinario estaba en el campo, quedándose muchas veces fuera del domicilio paterno; que la Vicenta Pascual tenía una hija legítima de su anterior matrimonio, de diez y siete años, llamada Saturnina Iñigo Pascual, con quien se casó el Bibiano Crespo el 25 de Noviembre de 1885, sin que este acto se inscribiera en el Registro civil; hechos que declaramos probados: Resultando que al casarse éste recibió unos 2.000 reales de su legítima paterna en muebles é inmuebles, vendiendo parte de éstos á seguida; y sin que el nuevo matrimonio pusiera casa, estuvieron viviendo los dos unos dos meses en la de Vicenta Pascual, á expensas de la misma y su marido, porque aquél no trabajaba, hasta que en los últimos días de Enero próximo anterior se fueron el Bibiano y su mujer á Madrid, donde permanecieron hasta el 15 de Mayo siguiente, que regresaron á Retortillo y á la misma casa de la Vicenta; cuyos hechos declaramos probados: Resultando que si bien no consta que en el periodo que en Madrid permanecieron tuviesen disgustos el Bibiano y Saturnina, por referencias que ésta hizo á sus padres y á Isidora Antón, de

quien lo oyó D. Gregorio Barrio de la Iglesia, tuvieron varios; y un día que la sacó al campo, la dijo Bibiano que no la mataba porque había gente: Resultando que estimulado el Bibiano por su mujer, á quien repugnaba vivir en la casa de su madre, consiguió que aquél se contratara de pastor y ella de zagala por ocho meses, para, custodiar el rebaño de Antonio Ruiz Recacha y otros vecinos de Abanco, trasladándose ambos á este pueblo el 29 de Junio en que empezó á regir el contrato; pero en vez de cumplir Bibiano las obligaciones de su cargo, se descuidaba, dejando el rebaño encerrado algunas veces, y quedándose dormido otras, lo cual producía que su mujer fuese sola con el ganado, que le reconviniera con frecuencia y él la riñese y la pegara, lo que había sucedido antes por igual motivo, y dio lugar á que sus amos los despidieran á los pocos días, ó sea el 11 de Julio, y quedaron de nuevo sin trabajo; hechos también probados:

Resultando que al día siguiente, 12 del citado Julio, acompañada la Saturnina de su madre, se ajustó de agostera con Silvestra Recacha, mujer de Evaristo Beato, vecinos de Abanco quedándose en la casa de éstos desde el momento en que terminaron el contrato, que fué por la mañana, retirándose la madre; y apercibido el Bibiano Crespo de este convenio, se presentó la tarde del mismo día casa de la Silvestre Recacha, pretendiendo llevarse á su mujer á Retortillo, pretextando, para conseguirlo, que la madre de la misma estaba atacada en el camino de un accidente que con frecuencia padecía; y resistiéndose la Saturnina, con las prudentes reflexiones de que no tenían casa donde vivir, ni medios para verificarlo, y tendrían que depender de sus padres, que era mejor que ella permaneciera de agostera mientras que él se iba á segar para después reunirse; el Bibiano, sin hacer caso de estas reflexiones, insistió en su propósito, ofreciéndola que la llevaría, para que hablasen, á la casa de su hermano de leche, Santiago Máximo, en la que habían vivido los once días que permanecieron en Abanco, á lo cual consintió Saturnina; y como en vez de cumplirle la promesa su marido, con violencia quería llevarla hacia el camino de Retortillo, intervino la Recacha, persuadida de que aquél trataba de maltratar á su esposa, la que obligada, siu duda, por las amenazas que la dirigiese, pidió auxilio al Juez municipal, quien en el acto acordó la detención del Bibiano, encontrándole una navaja de muelles, que el mismo ha reconocido, constituyéndole en la casa del Municipio, y entregando á la Saturnina una comunicación dirigida al Comandante del puesto de la Guardia civil de Retortillo, á fin

de que una pareja del mismo fuese á recoger al Bibiano y le condujera al pueblo de su domicilio; que hecho cargo la Saturnina de la comunicación, y cuando con ella se dirigía hacia este pueblo, apercebido Bibiano de su salida, desobedeciendo las órdenes de la Autoridad, salió al momento en su persecución; mas observándolo el Juez, marchó tras de él con dos vecinos, y de nuevo le detuvieron, hasta que á la mañana siguiente fue conducido por la Guardia civil á Retortillo, donde por no estar el Juez en aquel momento, le dejó en libertad el Secretario; cuyos hechos los declaramos probados: Resultando que al llegar la Saturnina á Rotortillo se fue á la casa de su madre, donde al día siguiente, 13, la buscó el Bibiano y estuvieron reunidos hasta la tarde, que se fue á la casa de sus padres, en cuya cocina tomó un cuchillo que también reconoció, se dirigió de nuevo á la casa de sus suegros, intentando dormir en la cámara con su mujer, la que temerosa de sus amenazas se negó á esta exigencia, consintiendo sólo que durmieran todos en la misma habitación de la madre, pero cerciorándose antes de que no llevaba armas, conviniendo al fin los cónyuges en que Saturnina se marchara á Abanco al otro día á cumplir su compromiso de agostera, y él á la siega, para reunirse después;

Resultando que al siguiente día, 14 de Julio, se levantaron ambos cónyuges, y la Saturnina se dirigió á Abanco por el camino de la Fuente de la Ermita, entre tanto que el Bibiano, armado del cuchillo referido, pasó por la casa de sus padres pidiendo una hoz á la madre, que ésta se negó á darle, tomó en ella una cuerda que cortó de una cincha, y saliendo del pueblo en busca de aquélla por el de la Costanilla, en la bifurcación de ambos caminos, y muy cerca de la dehesa, donde estaban de Adra algunas personas, se encontró al pastor Gregorio Manchado Lázaro, que según la dirección que llevaba hacia Retortillo, debió haber visto á la Saturnina; le preguntó por ella, y contestándole que no la había visto, tomó el camino que había llevado Saturnina, la cual, al verle, se ocultó entre las personas que estaban de Adra, rogando á las mismas que la escondieran para que el Bibiano no la viese; pero habiéndola visto éste á pesar de sus precauciones, siendo sobre las ocho de la mañana, se acercó dónde estaba, y cogiéndola de la mano, se empeñó en llevársela con él á Abanco, á cuyas pretensiones se oponía la Saturnina sólo con su llanto y resistencia pasiva, rogando á Manchado que la protegiera, quien hizo repetidas reflexiones á Bibiano, aconsejándole que la dejara volver á Retortillo; que tuviese en cuenta el estado de embarazo en que se hallaba y no la maltratase, pareciendo

á las cuatro veces de su insistencia ceder á estos prudentes consejos, y por indicación de Manchado emprendió Saturnina, acompañada de la mujer de éste, su regreso á Retortillo por el mismo camino que ella había llevado, marchándose detrás Manchado y Bibiano; mas cuando apenas habían andado aquéllos unos seis pasos, se adelantó éste de repente, la cogió de la mano izquierda y con la derecha la clavó en la región epigástrica el cuchillo repetido, sin que se apercibieran de que lo llevara el Manchado, ni su mujer, ni Dominica Cristóbal, ni Sebastián Vázquez, que presenciaron el hecho, sin que pudieran evitarlo, dándose en seguida á la fuga; cuyos hechos asimismo declaramos probados: Resultando que, perseguido Bibiano Crespo inmediatamente por el Gregorio Manchado y el joven Sebastián Domínguez, ínterin su mujer y Dominica Cristóbal favorecían á la Saturnina, quien en el momento de recibir la puñalada se quejó de que la había matado, le alcanzaron á alguna distancia en el camino de Tarancueña, observando entonces que en la mano derecha llevaba el cuchillo manchado de sangre, con la punta vuelta hacia el brazo; é intimándole entonces el Gregorio á que se entregara á él, quiso resistirse, pidiendo que lo dejasen, que estaba perdido; y dándole un palo en el brazo, le hizo soltar el cuchillo y lo entregó á una pareja de la Guardia civil, que á las voces de auxilio proferidas por las mujeres mencionadas acudió inmediatamente; y registrado el Bibiano por los guardias, le encontraron la cuerda de que ya se ha hecho mérito, y les confesó que su intención era matar á su mujer y después suicidarse con la cuerda; hechos también probados:

Resultando que tan luego como fué herida la Saturnina Iñigo, se divulgó el suceso en Retortillo, y en el acto salieron á auxiliarla el Facultativo D. Gregorio Barrio y el Juez municipal, quienes, así como la pareja de la Guardia civil, oyeron decir á la Saturnina que su marido la había lesionado; y trasladada al pueblo, se la colocó en la casa del Municipio, por falta de local y comodidades en la de su madre, falleciendo á las cuatro horas próximamente, ó sea entre doce y doce y media del citado día 14 de Julio; hechos también probados: Resultando que reconocido el cadáver, se le encontró una profunda herida incisa y cortante, de poco más de tres centímetros, en el lado derecho de la región epigástrica, causada con instrumento pérforocortante; y practicada la autopsia, informaron los peritos que el arma vulnerable, que debía medir de 15 á 16 centímetros de larga por tres en su parte más ancha, había atravesado de un solo golpe,

con gran violencia, el hígado, cortado el estómago en su borde cóncavo, y por tanto, la arteria coronaria estomática, y seccionado el pulmón izquierdo y arteria renal correspondiente, profundizando esta región por detrás de dicho órgano de tal modo, que sólo separaba del exterior la piel en la renal posterior, calificando la herida de mortal por necesidad y causada por el cuchillo ocupado ó por otra arma idéntica; que al practicarse la referida operación, se extrajo del útero un feto muerto, varón, viable en el claustro materno, que se hallaba en el cuarto mes de su gestación, que en el momento de ser lesionada la madre gozaba plenamente de la vida intrauterina, y que murió también por consecuencia de la lesión; cuyos hechos asimismo declaramos probados:

Resultando que hallándose el Juez de instrucción de Retor-tillo formando las actuaciones de esta causa, se le dio parte como á las cuatro de la tarde de que el Bibiano Crespo, á pesar de estar sujeto con esposas y grillos, se había desatado una cuerda de las abarcas é intentado ahorcarse con ella sujetándola á un poste del local; é interrogado acerca de este extremo, contestó: que la idea que tenía del mal trato que daban en los presidios, le había impulsado á suicidarse sin intervención de persona alguna; hechos probados: Resultando que la Audiencia de Soria declaró que los hechos probados constituyen dos delitos ejecutados en un solo acto, el de parricidio y el de aborto; porque siendo la consecuencia natural de éste la muerte del feto, es indudable que el encontrado en el útero de la interfecta gozaba en su plenitud de la vida intrauterina, y murió por haber fallecido la madre á causa de la herida; y estimando autor de ambos delitos al procesado Bibiano Crespo García, con las circunstancias agravantes de alevosía y de premeditación conocida, le condenó á la pena de muerte, con la accesoria correspondiente,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando que, según aparece y se declara probado en la sentencia recurrida, Bibiano Crespo, después de convenir con su mujer en que se marchara á servir, acompañada de varias personas que se hallaban presentes, no bien se habían alejado seis pasos de él, cuando se adelantó repentinamente, y cogiendo á su mujer de la mano, la clavó en la región epigástrica un cuchillo, causándole una lesión, de la que falleció á las pocas horas, verificando la agresión de un modo tan súbito, que ni la mujer pudo repelerla ni aun impedirle: Considerando que estos hechos, que como probados se

admiten y consignan en la sentencia, demuestran claramente que en el parricidio de Saturnina Iñigo concurrió la circunstancia agravante de alevosía, puesto que el culpable empleó en su ejecución medios, modos y formas que tendían directa y especialmente á asegurarle sin riesgo para su persona, procedente de la defensa que pudiera hacer la ofendida, concurriendo, por consiguiente, todos los requisitos constitutivos de la alevosía, según la define el art. 10, circunstancia 2.^a del Código penal:

Considerando que las repetidas amenazas de muerte que el recurrente hizo á su mujer, y el empeño de cambiar de residencia con ánimo de sacarla al campo, sólo con ella, empeño é insistencia que dio lugar á que Saturnina Iñigo acudiera á la Autoridad, quien lo detuvo, ocupándole una navaja de muelles, y la tenaz persistencia con que por diversos caminos y provisto de un cuchillo y una cuerda buscó á su mujer, hasta que la encontró y asesinó, son hechos que la sentencia declara probados, y de los cuales deduce rectamente que el criminal había premeditado fría y calculadamente la ejecución del delito que cometió, sin que pueda conceptuarse esta circunstancia como inherente á la de alevosía, porque pueden muy bien coexistir las dos independientemente la una de la otra; y al apreciar las dos, la Sala sentenciadora no ha incurrido en error de derecho ni infringido disposición legal alguna: Considerando que el hecho de la muerte de un feto en el claustro materno, como consecuencia de la muerte violenta de la madre, por más que en la acepción gramatical no pueda calificarse de aborto, por faltar la emisión extemporánea del feto, en el sentido jurídico de la palabra, hay que darle esta significación; porque con la muerte de la madre se produce también fatal y necesariamente la del feto, cuando no es viable por el poco tiempo que lleva de vida intrauterina: Considerando que apareciendo de los hechos declarados probados que Bibiano Crespo, constándole que su mujer se hallaba embarazada, le dio muerte, produciendo también, por consecuencia de ella, la del feto de cuatro meses, cometió dos delitos, el de parricidio, que castiga el art. 417, y el de aborto ocasionado violentamente, aunque sin el propósito de causarlo, que pena el 426 del Código penal; y al imponer la Sala sentenciadora la pena del más grave, en el grado máximo, según el art. se ajustó á las prescripciones legales, no incurriendo, por tanto en el error de derecho que se le supone: Considerando que, aun en la hipótesis de no existir dos delitos ejecutados en un solo acto, apreciados por la Sala sentenciadora con arreglo á los hechos declarados

probados, la concurrencia de dos circunstancias agravantes y ninguna atenuante, siempre correspondería imponer al parricida la pena en el grado máximo, que es la de muerte: Considerando que examinada la causa por la Sala, no encuentra ningún otro motivo de casación por infracción de ley ni por quebrantamiento de forma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 1887

Resultando probado que á las seis y media próximamente de la mañana del día 19 de Junio de 1885, tuvo noticia el Juez de instrucción de Cieza de haber amanecido muerta violentamente Carmen Vázquez en la casa de su padre, José Antonio, sita en la calle de las Moreerías de la referida villa; y constituido en el acto el Juzgado en dicha casa, se halló en la parte nueva de la misma, separada del resto de ella por un patio interior y en la entrada y cocina á la vez del expresado cuerpo de edificio, tendido en el suelo el cadáver de una mujer como de unos veinte años de edad, vestida solamente de camisa y medias, las piernas encogidas y el pie izquierdo lleno de sangre en la planta del mismo, y en la parte correspondiente al sitio en que descansaba la cabeza, un gran charco de sangre negruzca y coagulada, notándose también grandes manchas de dicho líquido en las manos, rostro y camisa, hallándose además, junto al mencionado cadáver, que identificado en el acto apareció ser el de Carmen Vázquez Box, un cuchillo ordinario de mesa, de punta redondeada y puño blanco, llena toda la hoja de coágulos de sangre: Resultando también probado que momentos antes de constituirse el Juzgado en el sitio referido, acudió á la casa que habitaba la finada su tía Virtudes Martínez, la cual, viendo cadáver á su sobrina y sentado en un peldaño de la escalera junto al cuerpo de aquélla y notablemente magullado ó contuso al hijo natural, de un año próximamente de edad, que tenía la interfecta, se lo llevó á su casa, en Ja que reconocido por facultativos de orden del Juzgado, se le halló una extensa contusión de segundo grado en la región frontoparietal derecha y varias pequeñas heridas de figura irregular en la frente, nariz y en la mejilla, ocasionadas, al parecer de los peritos, por caída sobre un pavimento de terreno movedizo, de cuyas lesiones curó sin impedimento ni deformidad antes de los ocho días: Resultando asimismo probado que practicada la autopsia en el cadáver de

Carmen Vázquez, se le observó una herida de forma cuadrilonga en la parte anterior y media del cuello, ganando un poco el lado derecho del mismo, de dos pulgadas de longitud por una de latitud, de bordes contusos y penetrantes en su parte más profunda hasta la pared exterior del esófago, con seccionamiento de la vena yugular interna y de varios músculos cervicales; cuya herida merecía calificación de mortal por necesidad, no siendo factible, en atención á la profundidad y extensión de dicha herida y á la poca finura del instrumento vulnerante, que pudiera causársela á sí misma la interfecta, siendo muy posible se infiriese con el cuchillo hallado junto al cadáver de Carmen Vázquez:

Resultando probado que, á consecuencia de antiguas desavenencias en el matrimonio de José Antonio Vázquez y María del Rosario Box, ésta y su hija, la finada Carmen, se separaron de aquél y marcharon á Cartagena, donde vivieron, más ó menos angustiosamente, por espacio de dos años, hasta que el estado de penuria de ambas y la consunción lenta que aniquilaba á Carmen Vázquez, la cual amamantaba á su hijo natural que en la referida ciudad había tenido, las obligaron á regresar á Cieza, donde continuaba morando el procesado José Antonio Vázquez, haciendo vida marital con Josefa Núñez, vecina de Blanca y casada con José Molina Montiel, de quien se había separado nueve ó diez meses antes del suceso origen de esta causa para reunirse con José Antonio Vázquez, con el cual venía sosteniendo con antelación relaciones amorosas:

Resultando igualmente probado que negándose José Antonio Vázquez á recibir en su casa á su mujer é hija legítimas, viéronse éstas precisadas á aceptar el albergue que les ofreció un vecino caritativo de la villa de Cieza, que vivía próximo al Vázquez, en cuya casa permanecieron algunos días, sosteniéndose de la caridad pública, hasta que, solicitada por la necesidad apremiante en que ambas se hallaban sumidas, y con el fin de allegar algunos recursos para su sustento, se dedicó María del Rosario Box á la asistencia de los enfermos de la epidemia colérica, reinante á la sazón en Cieza, recibiendo un estipendio de 10 reales diarios del Ayuntamiento de dicha villa; con cuyo motivo, justamente temeroso el vecino que las había recogido de sufrir las consecuencias del contagio ó del aislamiento á que se hallaba expuesto á causa del trato diario entre madre é hija, cuando esta llevaba á aquélla la comida, significó á Carmen

Vázquez que no le era posible continuar albergándola, y que, en su vista, procediera á buscar otra casa donde refugiarse: Resultando también probado que atribulada Carmen Vázquez por este nuevo contratiempo, acudió á su tío José Box Buendía para que hablase con el padre de la Carmen y procurara obtener su permiso para recogerse en su casa; que deferente José Box á las indicaciones de su sobrina, conferenció con su cuñado José Antonio Vázquez, el que convencido por las razones dadas por José Box, con las amonestaciones de la Autoridad local y quizás también por los ruegos y lágrimas de su citada hija, accedió á recogerla en su propia casa, no obstante la oposición de su compañera Josefa Núñez, la que viéndose en peligro de ser expulsada de la casa y compañía de José Antonio Vázquez si éste daba en ella entrada á su hija Carmen y en pos de aquélla á su legítima mujer y á los demás hijos, y temiendo además perder la cantidad de 560 pesetas que había anticipado á José Antonio Vázquez, según consta de los dos pagarés unidos al proceso, con cuyo dinero había reedificado aquél su morada, instigaba al Vázquez para que no llevase adelante su buen propósito, exigiéndole, caso contrario, el pago total de dicha suma, ó cuando menos una garantía hipotecaria sobre la casa.

Resultando asimismo probado que decidido resueltamente José Antonio Vázquez á recibir en su casa á su hija Carmen, á pesar de la manifiesta oposición de Josefa Núñez, que motivó un serio disgusto entre ellos y aun amenazas de obra del primero á la segunda la tarde del 17 de Junio antes citado, manifestó aquél en dicho día á su hija Carmen que al siguiente día podía trasladarse á su casa con el pequeño ajuar; á cuyo efecto, llegado que fué el referido día, el mismo Vázquez ayudó á su hija á transportar desde la casa del honrado vecino Francisco Milanás á la suya los escasos efectos que aquélla poseía, instalándose Carmen Vázquez con su niño en la parte nueva que constituía el cuerpo interior de la casa de su citado padre, en la que permaneció todo el día llena de contento y satisfacción, de cuyos sentimientos participaba también, al parecer, José Antonio Vázquez, según así lo manifestó á su cuñado José Box, con quien habló á las cuatro de la tarde del día 18 de Junio Resultando igualmente probado que llegada la noche del citado día 18, cuyas primeras horas pasaron José Antonio Vázquez y Josefa Núñez al lado de la hija del primero, y en las habitaciones que á ésta se le habían destinado, cenando en su compañía, ó por lo menos presenciando su sobria cena,

se retiraron aquéllos como á las diez de dicha noche á la parte de casa que habitaban, dejando sola con su niño á Carmen Vázquez, que entornó la puerta asegurándola únicamente con un asiento; y transcurrido un intervalo de tiempo que no es posible precisar, pero que no debió ser muy largo, salió José Antonio Vázquez de la habitación que con Josefa Núñez ocupaba, y llamando á su hija Carmen, que se había ya acostado, bajó ésta en camisa y con el niño en los brazos á la voz de su padre, el cual, con el cuchillo antes reseñado, respecto al cual no ha podido depurarse si lo llevaba en la mano ó lo vio casualmente al abrir la puerta y tratar de acometer á su hija, según ha manifestado en el sumario, infirió á aquélla la herida ya descrita, á consecuencia de la cual debió fallecer instantáneamente la infortunada Carmen Vázquez: Resultando que María del Rosario Box, madre de la interfecta Carmen Vázquez, si bien ha renunciado su derecho de mostrarse parte actora en este proceso, reclama por sí, y en representación de su nieto José Vázquez, la indemnización civil que pueda corresponderles por la muerte violenta de su citada hija: Resultando que la Audiencia de Murcia declaró que José Antonio Vázquez Rubio es autor del delito de parricidio por la muerte violenta dada á su hija Carmen; y apreciando la circunstancia agravante de abuso de superioridad, sin ninguna atenuante, le condenó á la pena de muerte, con la accesoria caso de indulto, si en éste no se remitiese, de inhabilitación absoluta perpetua, indemnización y costas

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando que la muerte violenta inferida por José Antonio Vázquez Rubio á su hija legítima Carmen Vázquez constituye el delito de parricidio, previsto y penado en el art. 418 del Código penal, que es como la Audiencia sentenciadora le ha calificado por la relación de parentesco existente entre la víctima y su agresor: Considerando que el abuso de superioridad que el mismo Tribunal estima como circunstancia agravante genérica por razón de la debilidad de la ofendida, en relación con las facultades físicas del ofensor é instrumento de que se valió para acometerla, es tanto más de apreciar, cuanto que habiendo sido acogida la infeliz Carmen Vázquez en casa de su padre, con mutuo contento y satisfacción, después del abandono en que hasta entonces la había

tenido, según se afirma en la sentencia, no pudo ni remotamente sospechar la intención criminal de su padre, cuando confiada y tranquila se levantó de la cama y bajó en camisa con un niño en brazos al oír que su expresado padre la llamaba, por lo que la repentina é inesperada agresión de éste constituye realmente la alevosía que define el número. 2.º del art. 10 del Código penal: Considerando que entre los hechos de la sentencia pronunciada por la Audiencia de Murcia no se encuentra ninguno del que pueda derivarse la existencia de la circunstancia de arrebató y obcecación, ni otra alguna atenuante de la responsabilidad del parricida, y que ni por quebrantamiento de forma ni por infracción de ley ha incurrido en error de derecho la expresada Audiencia.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE ENERO DE 1888

Resultando que Pablo García, casado en legítimas nupcias con Inocencia Álvarez Moran, y con residencia en San Juan de Palmeras, tenía á su servicio á Matilde de Parios, á la que requirió de amores, que la Matilde aceptó, viniendo desde este momento á colocarse ésta en la condición de manceba dentro de la casa conyugal y al lado de la esposa legítima, hasta el extremo de hacerse embarazada; hechos probados: Resultando que enterada la Inocencia de las relaciones ilícitas que su marido sostenía con la Matilde, se inició en el matrimonio una serie de disgustos, que dieron lugar á que la Matilde se saliese de la casa, pero que no impidieron el que las relaciones ilícitas continuaran, motivando el que el Pablo concibiese la idea de matar á su mujer, la Inocencia, para quedar en libertad de casarse con la manceba, á la que llegó á proponer lo llevase á cabo, proposición que la Matilde rechazó; hechos probados: Resultando que convencida Inocencia Álvarez de que su marido no retrocedía ni desistía de las relaciones amorosas que con la Matilde sostenía, y viéndose maltratada fuertemente por aquél, resolvió marcharse de su compañía é ir á vivir con su tío Don Pedro Moran, Cura párroco de Santa Colomba de la Vega, en cuyo punto permaneció algún tiempo, hasta que inducido su ánimo por los consejos de su tío en favor de su esposo, regresó á la casa conyugal en los últimos días de Abril último, siendo recibida á golpes por aquél; hechos probados: Resultando que en la noche del 30 de Abril último, para amanecer el 1.º de

Mayo, se encontraban Pablo García, su madre Ana González, su mujer Inocencia y la sirvienta Josefa Aparicio, cociendo pan en un horno del pueblo referido de San Juan de Palmeras, distante de la casa en que habitaba Pablo García con su esposa y familia 679 metros, y concluido de cocer el pan lo colocaron en un cesto que Pablo llevó á su casa, encargando á las demás personas que esperasen á que volviese para conducir más pan; hechos probados:

Resultando que llegado que hubo el Pablo á su casa, dejó el pan, y diciendo á su suegro Felipe Álvarez que iba á buscar á su madre, cogió una sábana, en la que se envolvió, y un palo bastante grueso que tenía en la puerta de la cuadra, y dirigiéndose por el camino que conduce al horno hasta llegar al sitio de la Encrucijada, por el que tenía que pasar su familia para ir á su casa, se escondió en una excavación inmediata al camino, que le ocultaba completamente, favoreciéndole la hora, de dos y media de la mañana, en que los hechos tuvieron lugar; hechos probados: Resultando que al poco rato de ocultarse el Pablo, llegaron al sitio de la Encrucijada la Inocencia Álvarez con su suegra, Ana González, y la criada Josefa, que llevaba en brazos un niño pequeño, hijo del matrimonio, y saliendo el Pablo de su escondite, dio un empujón á su madre, pegó con el palo un fuerte golpe en la cabeza de su mujer Inocencia, causándole la fractura del hueso temporal en su porción escamosa, que ascendía verticalmente de abajo arriba hasta la unión del frontal con el parietal del lado izquierdo, por consecuencia del cual falleció la Inocencia poco tiempo después por efecto de la hemorragia cerebral y la gran conmoción que debió acompañarla, y arrojó el palo contra la criada, huyendo después; hechos probados:

Resultando que al ser conducida la Inocencia á casa de su marido con vida, á consecuencia del ruido que con este motivo se sentía, se levantaron algunos vecinos del pueblo, y saliendo á informarse de lo que ocurría, encontraron en la calle á Pablo García, y preguntándole qué sucedía, éste, en tono airado, les contestó que nada; hechos probados: Resultando que la Audiencia de lo criminal de Ponferrada declaró que Pablo García González es responsable en concepto de autor del delito de parricidio, definido y penado en el artículo 417 del Código penal , con las circunstancias agravantes de nocturnidad, alevosía, premeditación conocida y empleo de disfraz, sin ninguna atenuante, y visto el artículo citado y demás de aplicación, condenó á Pablo García

González á la pena de muerte, que será ejecutada en la capital del partido y en la forma prevenida en el art. 102 del referido Código , con la accesoria correspondiente para el caso de indulto, si no fuere remitida especialmente, y al pago de las costas, sin indemnización, por no haberse reclamado:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando respecto al recurso por quebrantamiento de forma que consignándose expresa, clara y terminantemente en el primer resultando de la sentencia recurrida como hecho probado que el recurrente Pablo García González estaba casado en legítimas nupcias con Inocencia Álvarez Moran, tal hecho, para qué se tenga como evidentemente cierto y produzca los efectos que procedan en juicio, no necesita legalmente otra demostración de la existencia del matrimonio de aquéllos que la indicada declaración del Tribunal á quo, que se ha ajustado en la forma de hacerla á la prescripción del número. 1.º del art. 912 de la ley de Enjuiciamiento criminal , que no ha infringido, por lo tanto, ni quebrantado en nada la forma del procedimiento:

Considerando, en cuanto al recurso por infracción de ley, que siendo mujer legítima del recurrente, cual se consigna como cierto en la sentencia reclamada la persona por él asesinada, el delito que tal hecho constituye es á modo cierto, sin necesidad de otra prueba, el de parricidio, previsto en el artículo 417 del Código penal, que con acierto ha aplicado la Sala sentenciadora:

Considerando, respecto al segundo motivo, que dirigido á la cabeza el golpe productor de la muerte de la Inocencia con tal fuerza, que le destrozó el hueso temporal, y bastó para quitarle la vida al poco tiempo, se ve patente la intención de llegar á ese resultado por el medio empleado al efecto, que lo fue un fuerte garrote, sitio á que lo dirigió y pensamiento que lo conducía, ya manifestado al proponer á su querida que realizara la muerte, y la Sala sentenciadora, al hacer caso omiso de la circunstancia atenuante 3.a del art. 9.º del Código penal, que no tiene ni remota aplicación al caso, no ha incurrido en el error de derecho que se le supone: Considerando, en cuanto al tercer motivo, que no está menos clara la alevosía y premeditación con que el recurrente llevó á efecto el delito, pues habiendo acechado y sorprendido á su esposa desde la cueva en

que estaba escondido, aprovechando, al pasar á hora avanzadísima de la noche, un momento en que no podía apercibirse de la inminencia del ataque, para sin riesgo de su persona, que procediera de la defensa que su indefensa mujer pudiera hacerle, asegurar el resultado que meditó y propuso con bastante anticipación á su querida realizara, preparando luego reflexiva y cautelosamente el palo de que había de valerse, el disfraz con que había de cubrirse, y escogiendo el sitio en que había de esconderse, la hora y la ocasión en que su mujer había de volver del horno en que se hallaba, para llevar decididamente á cabo su propósito, sin que pudiera conocersele; todo ello pone tan patente la alevosía y premeditación con que obró, así como que empleó un disfraz para la ejecución del delito, que la Sala sentenciadora habría infringido ciertamente las circunstancias 2.^a, 7.^a y 8.^a del Código penal que cita el recurrente, si no las hubiera apreciado cual lo ha hecho: Considerando, en lo referente al cuarto motivo alegado, que siendo condición característica de la imprudencia temeraria la falta de malicia en el agente al ejecutar el hecho, y brotando del de autos el cálculo, la intención y la maldad del recurrente, mal podía la Sala sentenciadora haber calificado de imprudente un hecho alevoso y premeditado: Considerando, en su virtud, cual queda visto que el Tribunal sentenciador no ha cometido las infracciones de ley que suponen ni incurrido en los errores de derecho que se le atribuyen;

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 1888

Que á consecuencia de las relaciones ilícitas que sostenían los procesados Salvador Taus y Eduarda Nebot, la consorte del primero, Vicenta Sancho Valero, estuvo separada de dicho su marido sobre unos dos meses; pero unidos de nuevo, tal circunstancia oponía obstáculo á las aspiraciones y al objeto de que aquél desapareciera, ambos procesados resolvieron envenenar á la Vicenta Sancho, y á este efecto la tarde del 29 de Julio del año último compró la Eduarda Nebot en la farmacia de D. Bautista Mezquita Pastor, en la villa de Onda, por 25 céntimos de peseta, de 10 á 15 gramos de cardenillo, cuya sustancia tóxica le fue despachada sin dificultad por el farmacéutico Mezquita, porque pretextó era para la cerería de José Catalán como colorante,

entregándola después á Salvador Taus Gallen, quien, al ir á acostarse con su mujer la noche del mismo día, la hizo preparar un jarro de agua con azúcar por si despertaba con sed; y siendo sobre las tres de la madrugada levantóse el Taus, y á oscuras bebió parte del agua azucarada, y vertiendo en el jarro parte ó el todo del mencionado cardenillo, sin encender luz, invitó á su referida esposa Vicenta Sancho á que bebiese también; y aunque rehusaba el beber porque no tenía gana, como aquél insistiera, bebió por fin, notando en el acto cierto gusto áspero y á metal y que la boca le quedó sucia de polvo; y como poco después se sintiera indispuesta, con angustias, desazón y tendencias al vómito, rogó á su esposo fuese en busca del médico, quien en vez de atenderla, le instó á que bebiera más de aquel líquido, por lo que haciendo un esfuerzo, dejó la cama, se vistió, y luego de tomarse preventivamente una porción de aceite, salió en busca del facultativo D. Ricardo Llopis, haciéndose acompañar del sereno Francisco Calpe Sausano, que encontró en la calle; y observada que fue por el indicado facultativo y enterado éste de lo que había ocurrido comprendió que se trataba de un envenenamiento producido por un preparado de cobre, y al efecto la prescribió en el acto un emético y la albúmina, y merced á ello eliminó por abundantes vómitos, si no todo, porción suficiente de la expresada sustancia, que, hubiera podido causarla la muerte, recobrando por completo la salud y sin malas consecuencias la referida Sancho Valero y á los once días de asistencia facultativa; hechos que se declaran probados.

Segundo. Que al reconocer la casa del procesado Salvador Taus Gallen fue recogida en el suelo de la planta baja una sustancia verdosa mezclada con tierra, que fue ocupada, y en el primer piso, sobre una cómoda, se ocuparon un jarro blanco y una cuchara de madera, en la que se notaban en la parte cóncava y convexa de la cazoleta algunas manchas verdosas, cuyos objetos fueron remitidos para su examen al Laboratorio de Medicina legal de Madrid, y de las operaciones practicadas en los mismos resulta que en la sustancia mezclada con tierra se encuentra la sal de cobre, llamada vulgar é impropriamente cardenillo (hidrocarbonato de cobre); que las manchas de la cuchara de madera han sido producidas también por la mencionada sal de cobre; que la cantidad de 10 á 12 gramos de cardenillo puede efectivamente producir la muerte de una persona por envenenamiento en el caso en que lo bebiera en poco más de medio litro de agua, y que la cantidad de 2 ó 3 gramos de cardenillo puede ser lo

suficiente para producir la muerte de una persona de la circunstancia de la de autos: empero que siendo la sal de cobre hallada en la tierra y también la que impregnaba la cuchara el carbonato de cobre mal llamado cardenillo, que es absolutamente insoluble en el agua, á menos que se le adicione algún ácido, tal circunstancia, unida al sabor estíptico de éste, como él de todos los compuestos de cobre, hace que no puedan ser ingeridos 10 ó 12 gramos desleídos en medio litro de agua sin voluntad de la víctima, ya libre ó ya impuesta, tanto más cuanto que agitada la mezcla para ingerirla, el sabor metálico del polvo haría rechazarle, y porque el primer efecto de la sustancia como vomitivo arroja parte ó todo del estómago lo ingerido y limita la acción verdaderamente tóxica; probados.

Tercero. Que aun cuando los procesados Salvador Taus Gallen y Eduarda Nebot Traber niegan toda participación en el delito que se persigue en esta causa, así como también el sostener relaciones ilícitas, de las declaraciones del sumario, corroboradas en el acto del juicio oral, aparece perfectamente justificado que Rosa Vives Taus y Carmen Carceller García sorprendieron á aquéllos en la cuadra de la casa de José Catalán como mes j medio antes del suceso; que la víspera del día en que tuvo lugar el hecho le fueron entregados por el farmacéutico D. Bautista Mezquita á la Nebot de 10 á 15 gramos de cardenillo por el precio de 25 céntimos de peseta; y, finalmente, que dicha Eduarda Nebot Traver dio á luz una niña en la cárcel de Nules el día 27 de Diciembre último, sin explicar en manera alguna quién sea su padre, por lo que asimismo se declaran probados estos hechos.

Resultando que la Sala sentenciadora, declarando que los hechos probados constituyen la tentativa del delito de parricidio por envenenamiento, comprendido en el art. 417 del Código penal, de que eran autores los procesados Taus y Eduarda Nebot, por haber tomado parte en su ejecución, ésta adquiriendo ó proporcionando la sustancia tóxica, y aquel directamente haciéndola beber en agua á su consorte, prevaliéndose de la oscuridad no encendiendo luz; siendo de apreciar respecto á la Eduarda Nebot la agravante 4.a del art. 10, sin ninguna atenuante; vistos los expresados artículos y demás de aplicación general del Código, la condenó á la pena de diez años y un día de prisión mayor, accesorias y pago de la mitad de costas:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando que los hechos determinantes de la participación de los culpables acusados por un delito cualquiera deben apreciarse, para graduar su importancia y trascendencia, de una manera concreta, ó sea con relación al hecho punible; y que apreciada así la intervención de Eduarda Nebot en la tentativa de envenenamiento de Vicenta Sancho, mujer de Salvador Taus, es evidente que el acto de comprar la sustancia tóxica, realizado por la Eduarda, y de entregársela después á Salvador Taus para, que envenenase con ella á la Vicenta, según tenían concertado, son actos de participación directa en el delito, ya en el sentido del número. 1.º, ya en el 3.º del art. 13 del Código, por el fin á que iban encaminados, por ser necesarios para el fin propuesto, y porque cada uno de los penados ejecutó así los que pudieron dentro de su respectiva situación: Considerando que la circunstancia esencial del delito de parricidio consiste en la relación de un parentesco determinado existente entre el ofensor y la persona ofendida, cuya circunstancia, por ser meramente personal y subjetiva, no trasciende á las terceras personas en quienes no concurre, según expresa y terminantemente se consigna en el art. 80 del Código, y según tiene ya declarado esta Sala en sentencias anteriores: Considerando que la Audiencia de Castellón ha incurrido en error de derecho al calificar como tentativa de parricidio los hechos ejecutados por Eduarda Nebot, no revistiendo, como no revisten, respecto de ella, otro carácter que el de tentativa de asesinato.

6. BIBLIOGRAFIA

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.
- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.
- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.
- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención

de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. "El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola". Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Girona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, págs. 263-278