

El Infanticidio. Configuración legal y aplicación jurisprudencial de un delito de honor en el Derecho Penal histórico español (1822-1995)*

Infanticide. Legal and jurisprudential configuration of an honor crime in Spanish Historical Criminal Law (1822-1995)

RESUMEN

A principios del siglo XIX, los principios humanitarios y utilitaristas que alumbraron el primer Código penal español de 1822, dieron lugar a la configuración legal de un nuevo delito, el infanticidio, que se mantuvo con escasas modificaciones en el ordenamiento jurídico español a lo largo de los siglos XIX y XX, hasta la promulgación del Código penal de 1995. Este trabajo de investigación pretende analizar los argumentos jurídicos que sustentaron la configuración legal de este especial delito de honor en los distintos Códigos penales contemporáneos (Códigos penales de 1822, 1848-1850, 1870, 1928, 1932, 1944, y sus reformas de 1963, 1973 y 1983), y la aplicación del mismo a través del estudio de la autorizada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE

Infanticidio, codificación penal, doctrina, jurisprudencia.

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto «Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)» (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ABSTRACT

At the beginning of the 19th century, humanitarian and utilitarian principles that promoted the first Spanish Penal Code of 1822 influenced the legal configuration of a new offence, infanticide (or infant homicide), which lasted in the Spanish legal system throughout 19th and 20th centuries, until the promulgation of the Penal Code of 1995. This research work aims to analyze the legal arguments that supported the legal configuration of this special crime against honour in the different contemporary Penal Codes (Penal Codes of 1822, 1848-1850, 1870, 1928, 1932, 1944, and their reforms of 1963, 1973 and 1983), and its application through the study of the authoritative jurisprudence of the Supreme Court.

KEY WORDS

Infanticide, criminal codification, doctrine, jurisprudence.

Recibido: 29 de marzo de 2023

Aceptado: 15 de abril de 2023

SUMARIO/SUMMARY: I. Antecedentes.–II. El infanticidio en la doctrina y la legislación española (1822-1995).–III. El infanticidio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.–IV. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES

El infanticidio fue un delito de carácter excepcional, o una especialidad privilegiada del delito de parricidio, basado fundamentalmente en la protección del honor de las mujeres honestas que hubieran sido engañadas, forzadas o seducidas quedando embarazadas¹. En España, se tipificó por vez primera en el Código penal de 1822, careciendo de tradición jurídica previa, y, según el magnífico trabajo publicado por el Profesor Stampa Braun 1953, se debió a la especial influencia de las corrientes humanitaristas y utilitaristas del siglo XVIII, habiendo sido desarrollado doctrinalmente por autores como Beccaria, Bentham, Romagnosi o Feuerbach².

¹ STAMPA BRAUN, J. M., «El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 8, fasc. 1 (1955), pp. 27-38, o MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Delito de infanticidio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3 (1993), p. 413-512

² STAMPA BRAUN, J. M., «Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como “delictum exceptum”», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 6, fasc.1 (1953), pp. 47-76. En el mismo sentido, RADBRUCH, G., y GWINNER, H., *Historia de la criminalidad. Ensayo de una criminología crítica*, Barcelona 1955, p. 278, afirman que el infanticidio «es el delito clave para todos los esfuerzos reformadores del derecho penal en el siglo XVIII».

La excepcionalidad del delito consistía en una notable atenuación o rebaja de la pena para las mujeres honestas o «de buena fama» que hubieran matado a los hijos ilegítimos durante las primeras horas después de su nacimiento con el único ánimo de ocultar la deshonra. Frente a las corrientes germánicas que hicieron hincapié en la alteración psíquica producida en estas mujeres tras el parto, en el sistema jurídico español el móvil de proteger el honor, u ocultar la deshonra de la mujer honesta que hubiera sido engañada o forzada, fue el elemento principal del delito³.

Paradójicamente, estos argumentos humanitaristas hacia las mujeres deshonradas, no tuvieron acogida en Francia, cuna de la revolución liberal europea, donde los defensores del derecho tradicional mostraron una dura oposición a los mismos, señalándose en el Código penal de 1810 la especial gravedad de asesinar a una criatura indefensa cualesquiera fueran las circunstancias. Sin embargo, sí se reconocieron en otros códigos penales europeos (el Código austriaco de 1803, el Código de las Dos Sicilias de 1810, o el Código bávaro de 1813), y en el primer Código penal español de 1822, que, a los nuevos principios de la filosofía liberal, unía la influencia de un acusado sentimiento religioso de misericordia y perdón hacia la mujer mancillada que trataba de proteger su honor.

El sentimiento de benignidad hacia la madre deshonrada ya venía siendo defendido por la doctrina canónica y buena parte de la jurisprudencia española de finales del siglo XVIII, a pesar de que la legislación histórica castigaba la conducta como parricidio con la ejecución de la pena máxima de forma particularmente agravada⁴. La severidad de las leyes históricas frente a la muerte o exposición de los recién nacidos, fue una constante desde que, a comienzos de la época republicana, y especialmente tras la promulgación de la *Lex Pompeia de parricidi* del año 55 a. C., el derecho romano tratara de superar la antigua costumbre que otorgaba a *paterfamilias* la potestad de vida o muerte sobre sus hijos recién nacidos⁵. Era necesario disuadir a la sociedad de la comisión de un pecado o crimen tan grave o «atroz», previendo condenas agravadas de muerte sobre los padres y madres parricidas (mediante el llamado *culleum* o «pena del saco»), para intentar acabar con una práctica que en la época romano-goda y medieval todavía estaba bastante extendida, y que resultaba muy difícil de perseguir y castigar por la justicia⁶.

³ IÑESTA PASTOR, E., «Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX)», *Tradicón e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 722, siguiendo a QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, Madrid, 1963, pp. 63-64.

⁴ *Partidas* 7, 8, 12, *Nueva Recopilación* 5, 1, 8 y *Novísima Recopilación* 10, 5, 3.

⁵ SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, J., «Notas para el estudio del parricidio en el derecho histórico español», *Orlandis 70: Estudios de Derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Barcelona, 1988, pp. 381-398, reproducido en MONTANOS FERRÍN, E., y SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, J., *Estudios de Historia del Derecho criminal*, Madrid, 1990, pp. 180-196, y TORRES AGUILAR, M., *El parricidio: del pasado al presente de un delito*, Madrid, 1991.

⁶ SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, J., «Los delitos en particular. El infanticidio», *Estudios de Historia del Derecho criminal*, Madrid 1990, pp. 142-155, DAZA MARTÍNEZ, J., «Infanticidio y aborto en el Derecho romano», *Evolución del derecho de familia en Occidente*, Madrid, 2006,

Durante la Edad Moderna se siguió aplicando sobre algunas madres parricidas la pena «figurada» del *culleum* (introduciendo el cadáver de la parricida en un saco o tonel con los animales necesarios, o en ocasiones solo pintados, para echarlo simbólicamente a un río o el mar), u otras penas de muerte agravadas que incluían vergüenza pública, arrastramientos y ahorcamientos, cuya ejecución se ha comprobado todavía en causas de principios del siglo XIX⁷. Pero lo cierto es que, durante la segunda mitad del siglo XVIII, puede apreciarse también una mayor sensibilidad por parte de los jueces, que en algunas sentencias empezaron a reconocer como atenuante la vergüenza, la desesperación y el desamparo social que llevaban a algunas mujeres, especialmente si habían sido engañadas, violadas o estupradas, a cometer el delito, y comenzaron a distinguir de forma muy nítida las consecuencias jurídicas de esta acción según fuera cometida por mujeres honradas, o bien por mujeres deshonestas, de mala fama o «del común». Sobre estas últimas siguieron aplicándose las penas de muerte agravada para dar ejemplo, mientras que para las mujeres honestas se empezaron a imponer sanciones mucho menos severas, fundamentalmente de reclusión, en reconocimiento a la protección de su honor⁸.

II. EL INFANTICIDIO EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA (1822-1995)

La nueva dirección jurisprudencial trazada desde la segunda mitad del siglo XVIII, y la doctrina humanitarista defendida por los filósofos del iusracionalismo, fueron los cimientos sobre los que finalmente se configuró el delito de infanticidio, que en nuestra legislación histórica se tipificó por primera vez como una especialidad privilegiada del delito de parricidio en el primer Código penal español de 1822, de muy efímera vigencia⁹.

pp. 75-96, MARCOS, E., «Algunas consideraciones sobre infanticidio, aborto y abandono durante la Edad Media», *Cuestiones de Historia medieval*, vol.2 (2010), pp. 155-166, GONZÁLEZ HERNANDO, I., «El infanticidio», *Revista Digital de Iconografía Medieval*, vol. V, núm. 9, 2013, pp. 29-42, y NÚÑEZ PAZ, M. I., «Causa honoris como privilegio penal y violencia económica sobre la madre infanticida. Un examen desde las fuentes jurídicas romanas», *Clío & Crimen*, núm. 13 (2016), pp. 31-52.

⁷ ORTEGO GIL, P., «El parricidio en la práctica de la Real Audiencia de Galicia», *Dereito. Revista jurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol.5, núm. 1 (1996), pp. 245-273.

⁸ CARRACEDO FALAGÁN, C., «El infanticidio durante la Edad Moderna en Castilla», *Mujer e investigación*, Oviedo, 1995, pp. 147-155, NÚÑEZ PAZ, M. I., «Causa honoris como privilegio penal y violencia económica sobre la madre infanticida. Un examen desde las fuentes jurídicas romanas», *Clío & Crimen*, núm. 13 (2016), pp. 37-41, y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., «El infanticidio en la España moderna: entre la realidad y el discurso jurídico y moral», *Tiempos modernos: Revista electrónica de Historia moderna*, vol.9, núm. 36 (2018), pp. 280-301.

⁹ ALONSO y ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 11 (1946), pp. 2-15, FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», en *Revista de Historia del Derecho*, 1-2 (1977-1978), CASABO RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II, 1979, pp. 333-344, BERMEJO CABRERO, J. L., «Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822», en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 66 (1996),

El texto distinguía entre el *parricidio impropio*, u homicidio doloso y premeditado sobre un conjunto de parientes prácticamente tan amplio como el del derecho romano o las Partidas, incluido los hijos; y el *parricidio propio*, de mayor reproche moral, que se limitaba a los ascendientes consanguíneos. El infanticidio se reguló, como delito excepcional, al final del mismo artículo 612 que regulaba el *parricidio impropio*:

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

A pesar del carácter novedoso de esta excepción privilegiada, el último párrafo del artículo 612 apenas fue debatido en Cortes, probablemente por la rápida forma de tramitación de este texto¹⁰, y porque la justificación jurídica del mismo ya había trascendido a la opinión pública a lo largo de los años.

De tal manera, el presentar el texto ante las Cortes, el portavoz de la comisión codificadora, el diputado José M.^a Calatrava¹¹, hizo un rápido resumen de las alegaciones presentadas por distintas instituciones, en su mayor parte favorables a la excepción, como las de la Audiencia de Sevilla, la Audiencia de Valladolid, la Universidad de Zaragoza y el Ateneo de Madrid; y con la única oposición de la Audiencia de Granada o el Colegio de Madrid, que, por ejemplo, consideraba «demasiado indulgente el párrafo segundo, y dice que la soltera ó viuda merece la pena ordinaria, porque no debió ponerse en el caso».

El diputado Calatrava concluía que «la comisión, en esta contrariedad de opiniones, no ha encontrado sino motivos para persuadirse de que el medio que propone es el más justo», y para convencer a los más críticos, como el Colegio de Madrid, argumentaba que:

«Es menester no conocer el corazón humano, ni el influjo que ejercen ciertas pasiones en una mujer infeliz de esta clase, para hacer que porque se

pp. 967-972, BENITO FRAILE, E. de, «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», en *Foro. Nueva época*, núm. 8/2008, pp. 41-68, y TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Messina, 2008.

¹⁰ ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18 (1965), p. 34, o PETIT, C., «Un desagradable negocio. El extravío del Código penal y las rivalidades parlamentarias», *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Madrid, 2022, pp. 115-126.

¹¹ ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18 (1965), pp. 269-272, CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia, 1968, pp. 117-118, o LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. Codificación penal*, Madrid, 1970, vol.5-I, pp. 142-144.

pusiese en el caso se la deba castigar del mismo modo que á otra que obre con premeditación y sin el poderoso estímulo de que se trata.»¹²

Con ello señalaba claramente que el único sujeto activo que podía beneficiarse de la excepción privilegiada era la mujer soltera o viuda que cumpliera, además, los requisitos consignados en el texto: en primer lugar, que fuera una mujer honrada o «no corrompida y de buena fama»; en segundo lugar, que no hubiera podido «darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva»; y, en tercer lugar, que la muerte del hijo ilegítimo se llevara a cabo «dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento». El único ánimo previsto en el delito era el de proteger su honor o «encubrir su fragilidad».

Por ello, a la alegación de la Audiencia de Valladolid, según la cual «la excepción del párrafo segundo debe comprender á la mujer casada que incurra en igual delito, si pare nueve ó diez meses después de la ausencia del marido», la respuesta del diputado Calatrava fue tajante: «La comisión, si tiene por justo que se conceda alguna rebaja de pena á la soltera ó viuda no corrompida, que víctima de su debilidad y de su honor se precipita por conservar á cometer este delito, no puede hallar las mismas disculpas en una adúltera, que no fue débil, sino criminal, y por consiguiente no cree que deba concedérsele rebaja alguna de la pena que propone¹³».

La misma respuesta se dio a la propuesta de la Universidad de Zaragoza de que la excepción comprendiese «no solo a las casadas cuyos maridos estén ausentes, sino también a las divorciadas», pues en opinión de la comisión codificadora «esto sería en realidad permitir que un delito fuese disculpa de otro¹⁴».

El mucho más longevo Código penal de 1848, redactado por una Comisión General de Códigos y aprobado sin apenas discusión parlamentaria¹⁵, vino a reducir la casuística relacionada con el delito de parricidio, poniendo fin a la distinción entre parricidio impropio o propio¹⁶, y segregó de aquel el delito de infanticidio, configurándolo como un delito especial en un capítulo independiente, el capítulo II del título VIII del libro II, bajo el artículo 327 (art. 336 en la reforma de 1850):

«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

¹² Diario de Sesiones de Cortes (en adelante DSC), núm. 123, 26-01-1822, p. 2010.

¹³ DSC, núm. 123, 26-01-1822, p. 2010.

¹⁴ DSC, núm. 123, 26-01-1822, p. 2010.

¹⁵ ANTÓN ONECA, J., «El Código penal de 1848 y D. Juan Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 18 (1965), pp. 473-495, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. del M., *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, 2004, o IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848*, Valencia, 2010.

¹⁶ Artículo 323 Código Penal 1848 (art. 332 en la reforma de 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. Con la pena de muerte si concurriese la circunstancia de premeditación conocida, o la de ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido. 2. Con la pena de cadena perpetua a la de muerte si no concurriese ninguna de las dos circunstancias expresadas en el número anterior».

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

El infanticidio no solo se vio fortalecido por este tratamiento independiente en el Código, sino que también se introdujeron en el texto importantes cambios que ampliaron su ámbito de aplicación y rebajaron sensiblemente la pena. A tal fin, se eliminó el requisito de que la madre infanticida fuera soltera o viuda (bastaba que actuase para «ocultar su deshonra»); se incorporaron como sujetos activos a los abuelos maternos; el plazo para cometer el delito se amplió hasta tres días; y se introdujo una notable disminución de la pena para la madre infanticida, que, de la anterior pena prevista de 15 a 25 años de reclusión y destierro perpetuo, pasó a ser castigada tan solo una pena de prisión menor de 4 a 6 años. Los abuelos maternos debían ser condenados a una pena superior de prisión mayor de 7 a 12 años.

Por su especial y rápida tramitación parlamentaria, en los debates del Congreso no constan los motivos u argumentos que sustentaron estas modificaciones. Pero la Profesora Iñesta Pastor ha analizado y resumido con claridad la discusión previa que se produjo en el seno de la Comisión General de Codificación sobre el infanticidio. El proponente del texto, José M.^a Clarós, presentó originariamente el delito como el «homicidio voluntario de un niño recién nacido no bautizado», probablemente por la influencia de texto extranjeros como el Código penal napolitano de 1819. Fueron otros miembros de la Comisión, como Seijas Lozano o Vizmanos, los que convencieron al resto de que, en su lugar, se hiciera un especial hincapié en el ánimo de ocultar la deshonra de la madre, el estado pasional en el que esta podía llegar a encontrarse, y la necesidad de fijar un límite de días para la comisión del hecho¹⁷.

En sus comentarios al Código penal, Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez insistían en que el deseo de evitar la deshonra de una mujer constituía un estímulo tan poderoso que frecuentemente producía «arrebato ú obcecación», un elemento esencial del delito.

«Hé aqui la razón de este capítulo: hé aqui el motivo de separarnos de la antigua legislación, asi como del código francés y del napolitano, que castigan el infanticidio con la misma pena que el asesinato: hé aqui también la razón de adoptar principios conformes con nuestro código de 1822, con el de Austria y el del Brasil, que minoran la pena del infanticidio cometido por la madre.

La nueva ley ademas mejora las disposiciones de estos códigos, primero porque es mas esplicita, pues usa de la espresion de hijo que no haya cumplido tres dias en lugar de la de recién nacido usada en ellos y que podia dar lugar á dudas; y segundo, porque atiende también á que los abuelos maternos pueden ser escitados á cometer el infanticidio por el deseo de evitar la deshonra de la madre, es decir, por un estímulo muy poderoso.»¹⁸

¹⁷ IÑESTA PASTOR, E., «Los delitos contra las personas en la Codificación penal española (siglos XIX y XX)», *Tradicón e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte especial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 724-725.

¹⁸ VIZMANOS, T. M. de, y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*, tomo II, Madrid, 1848, pp. 328-331.

Otros comentaristas contemporáneos coincidían en la justicia y conveniencia de este especial delito, y establecían como elemento fundamental del mismo el estado de agitación, el arrebató o los «poderosos estímulos» que impulsaban a la mujer de buena fama, o los padres de ésta, a ocultar su deshonra; aunque exigían la necesidad de acreditar dicha honra¹⁹.

En palabras de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán: «Difícil será fijar muchas veces cuándo el sentimiento de la honra es el que ha impulsado á las madres y abuelos maternos á cometer el hecho criminal. La ley no lo presume; supone por el contrario que debe acreditarse: la familia, la educación, la conducta anterior y la opinión de que disfrutaban la madre y los abuelos, deben pesar mucho en el ánimo del juez al calificar esta circunstancia²⁰».

Por el contrario, para Joaquín Francisco Pacheco este delito era absolutamente rechazable desde el punto de vista personal (es el delito, decía, que «rechazamos más fuerte é instintivamente, con una repulsa más íntima y enérgica»). Consideraba que la honra de la mujer debía protegerse antes, y no después mediante la muerte de la criatura inocente, y encontraba la rebaja de la pena en estos casos «de absoluta repugnancia». Pero, puesto que así se había consignado en la ley, y la ley había que cumplirla, Pacheco se sumaba a quienes, al menos, exigían como requisito fundamental la absoluta necesidad de acreditar la honra:

«Téngase al menos presente que la ley dice “por ocultar su deshonra”, y por consiguiente es necesario que aparezca y se acredite en el juicio esta causal disculpa. Si la clase (y cuenta que no usamos de aquella palabra en sentido aristocrático), si la vida, si las costumbres de las madres, si el aprecio que ella haga de la opinión, no autorizaren á suponer ese propósito que ha inspirado á la ley; si no se probare, ni se pudiese racionalmente presumir ese motivo, ese intento; el artículo actual no será aplicable, y el infanticidio habrá de ser castigado con otra dureza.»²¹

A partir de estas premisas, y sin apenas modificaciones, el delito de infanticidio se incorporó al Código penal de 1870²², en un artículo único del capítulo

¹⁹ CASTRO Y OROZCO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, Impr. de D. Manuel Sanz, Granada, 1848, pp. 271-272, VICENTE y CARAVANTES, J., *Código penal reformado, comentado novísimamente*, Madrid, 1851, pp. 380-81, ARAMBURU y ARREGUI, J., *Instituciones de derecho penal español: arregladas al código reformado de 30-06-1850*, Imp. de D. Benito Gonzalez, Oviedo, 1860, pp. 248-249, o GÓMEZ de la SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del derecho civil y penal de España*, tomo III, Madrid, Impr. Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1865, pp. 342-344.

²⁰ GÓMEZ de la SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del derecho civil y penal de España*, tomo III, Madrid, Impr. Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1865, pp. 343-344.

²¹ PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, 4.º edic., Madrid, 1870, p. 35.

²² ANTÓN ONECA, J., «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 23, fasc.2, (1970), p. 250, NUÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969, p. 58, o RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Dogmática de los delitos contra la vida en el Código penal de 1870», *Commemoración del centenario de la ley provisional sobre organización del poder judicial y del Código de 1870*, Madrid, 1970, pp-155-177.

V del título VIII del Libro II. La única reforma de este nuevo artículo 424 afectó a la pena de la madre infanticida, que se vio aún más reducida de prisión menor (entre 4 y 6 años, según el código anterior) a prisión correccional en sus grados medio y máximo, esto es, una pena de entre 2 años, 4 meses y un día hasta 6 años.

«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.»

A diferencia de otros autores, que simplemente se remitieron a lo ya establecido por la doctrina anterior²³, Alejandro Groizard volvió a realizar un análisis pormenorizado a este delito en sus comentarios al nuevo Código Penal²⁴, en los que aseguraba que los artífices de los modernos Códigos, y en particular los de nuestros Códigos penales de 1848-1850 y 1870, habían sabido resolver «con relativo acierto» las principales cuestiones o principios cardinales del delito, que se cifraban en:

«1. Respecto á la causa del delito, exige que sea la ocultación de la deshonra de la madre; 2. En cuanto al mal físico, no establece presunciones especiales: requiere que la madre mate al hijo que no haya cumplido tres días; 3. Como sujetos activos del delito, señala á la madre y á los abuelos maternos; 4. Sobre la complicidad, no establece reglas particulares; 5. La premeditación anterior al alumbramiento, no constituye una circunstancia agravante cualificativa; 6. El que fuera de las anteriores condiciones diere muerte á un recién nacido, comete, según los casos, el delito de parricidio ó de asesinato.»²⁵

En su opinión, la causa del delito estaba suficientemente justificada²⁶, y los sujetos pasivos también²⁷. Consideraba asimismo ajustadas las penas,

²³ GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice a los Comentarios del Código penal de Don Joaquín Francisco Pacheco (ó sea El Nuevo Código, comentadas las adiciones que tiene)*, Madrid, 1870, p. 281.

²⁴ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 454-483.

²⁵ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 466.

²⁶ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 468: «¿Cómo negarse que por ley de naturaleza, y más aún por la índole del ambiente social en que vivimos, es una de las mayores aspiraciones de los hombres y todavía más de las mujeres el gozar de una honrada reputación? Desconocería el corazón humano el que, obligado por el ejercicio de sus funciones á apreciar los móviles impulsores de un infanticidio y avalorar su importancia legal, prescindiera de poner en uno de los platillos de la balanza de la justicia el peso de la influencia que en la comisión del delito pudo tener la idea de salvar el honor propio y lo que quizá para la madre homicida era de más estima: el honor de su familia».

²⁷ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 474: «El término medio escogido por nuestro Código nos parece prudente. La obcecación moral, el estímulo apremiante, base de la configuración especial del infanticidio, no debe llevarse más allá del padre ó de la madre de la persona cuya reputación se

tanto para la madre como para los abuelos maternos, en atención a su distinto grado de agitación o arrebato ante los hechos. Sin embargo, no estaba de acuerdo con el sistema de fijar un plazo, y en todo caso creía que el señalado por la ley era demasiado extenso:

«Es mucho tiempo tres días para estimar que subsistan en toda su fuerza esas coacciones morales que impulsan á la madre á obrar y que atenúan su responsabilidad. La obcecación, el aturdimiento, los deseos violentos, la lucha y los contrastes entre el amor de madre y el apremio del honor que pueden legitimar y legitiman la menor penalidad, tienen que encerrarse en estrecho espacio: no pueden tener fuerza de exculpación, prolongándose mucho más allá del parto.»²⁸

El Código penal de 1928, promulgado durante la Dictadura de Primo de Rivera y vigente durante poco más de dos años, reprodujo lo dispuesto en el texto anterior²⁹, que volvió a entrar en vigor después de proclamarse la Segunda República, aplicándose hasta la elaboración definitiva del Código penal republicano de 1932³⁰, por lo que en todo este periodo el delito de infanticidio no sufrió alteraciones legislativas y pudo aplicarse de forma continuista o lineal.

Por su parte, los miembros de la comisión jurídica que redactaron la reforma del Código de 1870 para dar lugar al nuevo Código penal republicano de 1932, entre los que se encontraba el autorizado penalista Luis Jiménez de Asúa³¹, introdujeron solo dos modificaciones en el artículo 416, que venían siendo demandadas por los juristas desde tiempo atrás³². La primera consistió en eliminar el plazo máximo tres días para la comisión del delito (el texto se refería simplemente al hijo «recién nacido»); y la segunda en la asimilación de las penas de la madre y los abuelos maternos:

«La madre que por ocultar su deshonor matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio. En la

quiere salvar. A éstos excusa su cariño y la costumbre de ser protectores constantes de la vida y del honor de la mujer ilegítimamente fecundada».

²⁸ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Salamanca, 1891, p. 476.

²⁹ Artículo 524 Código Penal 1928: «La madre que por ocultar su deshonor matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de seis meses a cuatro años de prisión. Los abuelos maternos que por ocultar la deshonor de su hija cometieren el delito a que se refiere el párrafo anterior, serán castigados con la pena de cuatro a ocho años de prisión. No concurriendo las circunstancias de los párrafos anteriores, el que matare a un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato».

³⁰ COBO DEL ROSAL, G., «Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código Penal de 1928: tres códigos penales entre 1931-1932», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 80 (2010), pp. 181-221, y «El proceso de elaboración del Código penal de 1928», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82 (2012), pp. 561-602.

³¹ CUELLO CALÓN, E., «Exposición del Código penal reformado en 1932», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 83, núm. 164 (1934), pp. 539-540, o JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Código Penal reformado, de 27-10-1932, y Leyes penales de la República», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 17, núm. 68 (1934), pp. 547-548.

³² IÑESTA PASTOR, E., «Los delitos contra las personas en la codificación penal española (siglos XIX y XX)», *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española. Parte Especial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 705-706.

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

En consonancia con la doctrina de la época y el derecho comparado, se mantuvo, en consecuencia, el especial privilegio atenuatorio «honoris causa» para el delito de infanticidio, mientras que en la misma reforma de 1932 se procedía, paradójicamente, a la derogación del privilegio del uxoricidio «honoris causa», basado también en el especial arrebatado u estado pasional del marido parricida que había sorprendido cometiendo adulterio a su mujer. En este caso, la derogación se justificó en el principio de igualdad de sexos recogido en la Constitución de 1931, que había dado lugar a la supresión del propio delito de adulterio³³.

Sin embargo, ni la doctrina, ni ningún ordenamiento jurídico del entorno europeo habían planteado todavía la derogación del delito de infanticidio, ni se habían puesto en duda sus causas de legitimación, basadas en el sentimiento humanitario liberal de protección hacia las mujeres deshonradas³⁴.

El debate sobre la honestidad de las mujeres estaba aún muy alejado del debate de la igualdad; y, por ello, exactamente el mismo artículo previsto en el Código republicano de 1932 se trasladó al artículo 419 del Código Penal franquista de 1944³⁵, y posteriormente al texto revisado de 1963 y refundido de 1973 (art. 410), sin ninguna diferencia³⁶.

En este tiempo comenzaron a surgir las primeras voces disonantes de autores críticos que, en consonancia con parte de la doctrina extranjera, comenzaron a poner en tela de juicio la excepción privilegiada del infanticidio en el derecho español, como Stampa Braun, Quintano Ripollés o Sainz Cantero. Estos penalistas señalaban que, siendo la vida humana el objeto de protección de este delito, la causa de honor no debía representar un criterio de interpretación mucho más valioso que el propio bien jurídico protegido, y que este beneficio punitivo no tenía parangón con ninguno otro en el ordenamiento jurídico, considerando injustificable la benignidad de su pena en relación con los delitos de parricidio o asesinato³⁷.

A pesar de ello, la reforma del delito que se planteó en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 no abogaba por su eliminación, sino que, coincidiendo con las modificaciones que se introdujeron en otros países como

³³ DSC, núm. 230, 6-09-1932, pp. 8493-8505.

³⁴ SANZ MORÁN, A. J., «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, fasc. 3 (1995), p. 823.

³⁵ Artículo 419 Código penal 1944: «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».

³⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Ante la derogación del artículo 410 del Código Penal. Especial valoración de la expresión típica «ocultar la deshonra», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 11 (1993), pp. 259-276.

³⁷ STAMPA BRAUN, J. M., «El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 8, fasc. 1 (1955), p. 36. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, vol.1, 2.ª edic., Madrid, 1966, p. 750 SAINZ CANTERO, J. A., *La condición jurídica de la mujer en el Código penal español*, Escuela Social de Granada, 1975, p. 233.

Italia o Portugal, quiso excluir meramente la «causa de honor», articulando el delito especial en torno a «la influencia del estado puerperal» o las «tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento». La posterior propuesta de reforma de 1983 eliminó la referencia al «estado puerperal» por las críticas que había suscitado, pero mantuvo el especial estado psicológico o emocional de las mujeres tras el parto como principal justificación de la excepción privilegiada del infanticidio³⁸.

El debate científico contra del infanticidio arreció en la doctrina española de finales de los años ochenta y principios de los noventa, impulsando los primeros proyectos de reforma del Código penal que apostaron por su eliminación o derogación definitiva en 1992 y 1994³⁹.

En el *Diccionario de jurisprudencia penal* publicado por Arroyo de las Heras y otros en el año 1993, se argumentaba así que

«aplicar ese concepto de “honra” en el sentido en el que lo hace el precepto, nos parece absolutamente inadecuado en los actuales momentos, ya que el reproche social hacia la madre soltera es, si no realmente inexistente, sí de una entidad tan mínima que nunca puede servir de base a la casi exoneración de un hecho tan execrable como la muerte voluntaria de un hijo, pues ello supone tanto como invertir de manera muy notable una escala elemental de valores, en la que se prima una mal entredicha “honorabilidad”, frente a un bien tan importante como es la vida de un ser humano ya nacido.»

Además, se añadía que,

«independientemente de ese desfase valorativo entre vida y honra que en la norma se aprecia, también es de destacar, desde un punto de vista jurídico, el posible choque frontal del precepto examinado con el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de nuestra Constitución, al existir una muy llamativa desproporción entre la pena que puede ser impuesta a los “acogidos” a la figura delictiva del infanticidio (prisión menor) y la que puede recaer al resto de los ciudadanos por el mismo hecho, bien en su cualidad de parricidas, bien como autores de asesinato.»⁴⁰

³⁸ SANZ MORÁN, A. J., «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, fasc. 3 (1995), pp. 786-787.

³⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el proyecto de Código penal», Cuadernos de política criminal, núm. 17 (1982), pp. 213-230, VIRTO LARRUSCAIN, M. J., «La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto», *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gasteiz, 1988, pp. 116-159, BORJA JIMÉNEZ, E., «Parricidio e infanticidio ¿dos especies a extinguir?», *Estudios en Homenaje a la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, tomo I, Valencia, 1989, pp. 141-153, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.º ed., Barcelona 1991, p. 28, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F., «El infanticidio», *Revista de Derecho penal y Criminología*, UNED, 1992, p. 515, COBO DEL ROSAL, M., *Manual de Derecho penal, parte especial*, vol. I, Madrid 1993, pp. 45, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Delito de infanticidio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 (1993), pp. 413-552, o CORTÉS BECHIARELLI, E., «Ante la derogación del artículo 410 del Código Penal: Especial valoración de la expresión típica «ocultar la deshonra»», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 11 (1993), pp. 259-276.

⁴⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A., y otros, *Diccionario de Jurisprudencia penal*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 1089.

A estos argumentos jurídicos dirigidos específicamente contra el infanticidio (la desproporción entre la protección del bien jurídico de la vida y la causa de honor, y la desigualdad del delito con respecto a otros delitos basados en el mismo hecho, como el parricidio o el asesinato), se añadieron las nuevas corrientes doctrinales que pedían una reordenación general de los delitos contra la vida, eliminando las especialidades en torno a los mismos⁴¹, coadyuvando finalmente a derogación de los obsoletos delitos de parricidio e infanticidio en el Código penal de 1995.

En su lugar, este texto optó por la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, a través de la cual se puede agravar o atenuar la pena por cualquier delito cometido en la persona de un cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción, dependiendo de «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito⁴²».

III. EL INFANTICIDIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde que el delito de infanticidio se tipificara en la primera mitad del siglo XIX, el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre numerosas cuestiones relativas a su aplicación, depurando una precisa doctrina jurisprudencial en torno al mismo que se mantuvo prácticamente inalterada hasta su derogación en 1995.

Además de los problemas derivados de la delimitación de los distintos elementos necesarios para la calificación del delito (autoría, participación, causalidad, dolo, acción u omisión, circunstancias del delito, etc.), los jueces tuvieron que resolver otros problemas específicos de carácter probatorio, debido a las dificultades de acreditar el elemento subjetivo de «ocultar la deshonra», el nexo o vínculo de la maternidad, u otros requisitos necesarios como la supervivencia al parto del bebé o su tiempo de vida antes de la muerte, ya que se trataba de un delito que solía realizarse de forma oculta o clandestina.

Precisamente por ese carácter encubierto con el que solía cometerse el infanticidio, a juicio del Tribunal Supremo era importante demostrar, en primer lugar, que la autoría correspondía a la madre o los abuelos maternos, que eran los únicos a los que podría aprovechar el beneficio atenuatorio. Si eran los padres ilegítimos, cualquier otro familiar, o terceras personas, como vecinas o parteras, quienes daban muerte al recién nacido después del alumbramiento, los hechos se calificaban como parricidio o asesinato y no recibía ninguna atenuación⁴³.

⁴¹ SANZ MORÁN, A. J., «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, fasc. 3 (1995), pp. 783-848.

⁴² Artículo 23 del Código penal de 1995, modificado por el artículo 1 de la LO 11/2003, de 29 de septiembre: «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 ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

⁴³ STS, Penal, 21-6-1879, STS, Penal, 13-07-1897, y STS, Penal, 19-01-1921.

En los casos en los que la madre o abuelos entregaban al recién nacido a otra persona para que fuera abandonado o llevado a un hospicio, y esta persona lo mataba sin su conocimiento, se aplicaba para aquellos el delito de abandono y para el autor de los hechos el delito de parricidio, si era el padre ilegítimo, o el de asesinato, si era un extraño⁴⁴.

Esta cuestión nos introduce en la complejidad técnica que tuvo que afrontar el Tribunal Supremo para deslindar el delito de infanticidio del delito de abandono de niños, previsto también en los Códigos penales históricos, llegando a la conclusión de que si el abandono se producía inmediatamente después del parto, en un lugar escondido o recóndito, y sin adoptar ninguna prevención o medida de socorro para que con su muerte pudiera ocultarse la deshonra de la madre, había que aplicar el delito de infanticidio⁴⁵.

Así, por ejemplo, se estimó en un caso de 1874, en el que se encontró abandonado y muerto a un recién nacido en el corral de una casa contigua a la de la que se demostró que debía ser la madre infanticida, que lo arrojó al corral sin haberle atado el cordón umbilical ni prestarle ningún socorro o protección:

«No puede ser comprendido el hecho en el artículo 501 del Código penal (sobre el abandono de niños), cuando no se abandona a un niño en tales condiciones que diesen lugar á la eventualidad de los dos casos para que su penalidad abraza el referido artículo, sino que en la forma que se verificó, se revela la intención decidida de producir su muerte, toda vez que esta era precisa é indispensable, dejándole en un corral con la hemorragia del cordon umbilical y sin prestarle socorro para que verificase la respiración que era necesaria, causas que produjeron su muerte según las conclusiones de los peritos que reconocieron la criatura; y por lo mismo no es aplicable al caso el indicado artículo, que solo tiene aplicación casos distintos, en los que no es ostensible la intención de que se verifique la muerte.»⁴⁶

Por el contrario, si el niño fue abandonado con la intención de que pudiera ser recogido, y quedaba probado que no murió por la violencia sobre él ejercida sino por no haber sido encontrado a tiempo, había que considerar el delito de abandono. De tal manera quedaron calificados los siguientes hechos:

«Resultando que en la mañana del 20 de Octubre de 1876 se encontró sobre una piedra á la orilla del rio de Munilla, en el sitio denominado del Crucifijo, el cadáver de un niño recién nacido con el cordon umbilical sin cortar y sin fractura ni lesión alguna; por lo que formado el oportuno proceso, fue reconocido por Facultativos que declararon que el feto era de robustez, viable de todo tiempo, en condiciones para vivir, que nació vivo en la noche del día anterior y que murió, no por violencia, sino por falta de cuidado en los que le abandonaron, sin cubierta y en una mañana fría, alcanzándole el agua semi-helada.»⁴⁷

⁴⁴ STS, Penal, 21-6-1879.

⁴⁵ STS, Penal, 11-7-1874, STS, Penal, 11-02-1892, STS, Penal, 19-09-1911, o STS, Penal, 19-01-1921.

⁴⁶ STS, Penal, 11-7-1874. Véase también STS, Penal, 27-12-1878.

⁴⁷ STS, Penal, 4-10-1877.

Otro delito relacionado con el de infanticidio era el de inhumación ilegal, puesto que era frecuente intentar deshacerse del cadáver enterrándolo para ocultar el crimen y la deshonra. Esta conducta quedaba subsumida en el propio delito de infanticidio, cuando era practicada por la propia madre o los abuelos maternos, entendiéndose necesaria para la finalidad de preservar la honra⁴⁸; y solo se calificaba y castigaba como delito independiente cuando era ejecutada por una tercera persona.

Con una argumentación más compleja, también puede leerse una condena de 1903 que distinguía, de un lado, el delito de inhumación ilegal en el caso de la abuela, y el delito de infanticidio en el caso de la madre, menor de edad y soltera. Ambas declararon que el golpe del que murió la criatura no lo habían ocasionado ellas, sino que se produjo «por las contracciones de la vulva hacia la pelvis en el momento de su alumbramiento», o por «hallarse de cuclillas la F... con ánimo de defecar, desprendiéndose violentamente el feto, dando con la cabeza en el suelo». Después, se pusieron de acuerdo para llevar a enterrar al niño a un huerto apartado, a las afueras del pueblo, «con objeto de ocultar su deshonra»; considerando finalmente el tribunal que por estos hechos la madre debía ser condenada como infanticida, mientras que la abuela solo debía serlo por el delito de inhumación ilegal, con la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, que no era propia de este tipo y por tanto podía utilizarse como atenuante genérica⁴⁹.

Por otra parte, había que demostrar también que la víctima, generalmente hallada en lugares apartados, era hijo nacido de la mujer sospechosa, porque, según la autorizada jurisprudencia del Tribunal, «cuando no consta que el cadáver de una niña que se halla abandonado sea el de la que dio á luz la procesada; ni aún en la hipótesis de que lo fuera que la madre la hubiera muerto, no corresponde la calificación de infanticidio, y si se hace, se comente error de derecho.»⁵⁰

Generalmente las mujeres solían confesar el delito a las autoridades al ser descubiertas y a la vista de las pruebas que les presentaban, justificándolo de distintas maneras para intentar eludir su responsabilidad. Por ejemplo:

«Resultando que en la noche del 6 de Octubre de 1877, oyendo los vecinos de la calle del Arrabal de Tarrasa que de un pozo común que existe en sus respectivas casas salían quejidos y el llanto como de una criatura, bajó un joven á dicho pozo, donde se encontró con una criatura recién nacida, que reconocida resultó estar vida, ser del sexo femenino, viable de todo tiempo, en condiciones de vivir, nacida de pocas horas, pues aún manaba sangre del cordón umbilical, y que en la cara, cuello y brazo izquierdo tenía varios arañazos producidos al parecer por un cuerpo espinoso, y una fractura en el tercio supino del femur izquierdo, de cuyas resultas falleció á las nueve de la mañana del siguiente día.

⁴⁸ STS, Penal, 7-7-1917.

⁴⁹ STS, Penal, 29-12-1903

⁵⁰ STS, Penal, 17-12-1870.

Resultando que formada causa y dirigida contra M..., al recibírsela declaración se la encontró en cama, notándose manchas grandes de sangre en el suelo y junto al lecho en que se hallaba, y todos los síntomas propios de un reciente alumbramiento; manifestando la M... que sobre las cinco y media de la tarde del citado día 6 se sintió con dolores de parto y dio a luz una criatura que, por temor de que se descubriese su deshonra y de los malos tratamientos que recibiría de su padre, aprovechando la circunstancia de hallarse sola, trató de ocultar, en cuyo momento perdió la razón, sin tener conocimiento de lo que sucediera después.»⁵¹

Pero si las mujeres se resistían a confesar el delito, eran esenciales las declaraciones de testigos, las pruebas que pudieran encontrarse del parto, y sobre todo los informes médicos que pudieran demostrar «racionalmente» el nexo entre el alumbramiento de una determinada mujer y su maternidad con respecto al cadáver encontrado. A partir de todos estos elementos, y a pesar de la absoluta negativa de la mujer a admitir su maternidad, se consideró probado dicho nexo en el siguiente caso que puede servirnos de muestra:

«Resultando que en la tarde del 27 de Julio de 1871 se dio parte al Juez municipal de Ocaña de que en un rincón de una calle de dicha villa se hallaba una niña recién nacida y al parecer muerta, la cual descubrieron unas muchachas en ocasión que la devoraba un perro; y constituido á seguida en el punto indicado, recogió el cadáver, al que le faltaban ya los dos brazos, apareciendo del reconocimiento facultativo y autopsia que seria de unas 24 horas de edad; que respiró despues de nacida, y que la muerte fue producida al parecer por la hemorragia consiguiente á no haberse ligado el cordon umbilical:

Resultando que instruida la correspondiente causa, se procedió contra G... y su madre M..., respecto de las cuales, aunque absolutamente negativas, se acreditó que el 26 de Julio se salió la primera de la casa donde vivía, y pasó á la de su citada madre manifestando que padecía un flujo sanguíneo, por lo que se acostó, sin que la asistiese Facultativo alguno no obstante la abundancia de aquel, y que se madre había lavado al día siguiente las ropas de la enferma manchadas de dicho flujo, y también se consignó que despues de haberse negado por dos veces la Arellano á ser reconocida por los Facultativos, consiguieron estos verificarlo en 2 de Agosto declarando que aquella debió parir hacia ocho ó 10 dias, y que la criatura dada á luz debió ser de todo tiempo ó muy próximo á él.»⁵²

Además, cuando los jueces albergaban sospechas de embarazos ilícitos, podían adoptar medidas preventivas, que más adelante servían de prueba de la maternidad y, en consecuencia, del delito:

«Resultando que por noticia que tuvo el Juez de primera instancia de... de que N..., residente en Barrionuevo, arrabal de dicho pueblo, estaba en cinta y trataba de ocultar su estado, y con objeto de prevenir cualquier delito, orde-

⁵¹ STS, Penal, 8-10-1878.

⁵² STS, Penal, 27-5-1874.

nó en su consecuencia á la madre de aquella N... que cuidara de su hija, con órden especial de que inmediatamente que se verificase el alumbramiento, lo comunicase á la Autoridad, á lo que contestó N... que su hija había dado a luz una niña muerta; que en vista de tal contestación dispuso el Juzgado que se practicara un reconocimiento facultativo de la criatura, del cual apareció que ésta estaba muerta, con señales exteriores de haberlo sido violentamente; y por último, que según declara la procesada, así que su hija dio á luz una niña, la cogió la declarante entre las manos sintiendo que se le quedaba sin vida, y sin que pueda dar razón de lo que la hizo, porque estaba ofuscada.»⁵³

En cuanto a la apreciación de otros grados de participación, como la inducción, complicidad o encubrimiento, que no eran frecuentes por el carácter íntimo y secreto del delito, el Tribunal Supremo estimó que, en su caso, se debían considerar y penar en relación al infanticidio, y no al parricidio o asesinato, aunque evidentemente el partícipe no fuera el familiar directamente beneficiado por el tipo.

También estableció que, para considerar cualquier grado de participación, había que probar la ejecución de actos concretos de ayuda u ocultación de los hechos. No podía condenarse como cómplice, por ejemplo, al señor que se limitó a permitir que su criada diera a luz en su casa, y al que luego le fue dicho que la criatura había nacido muerta, sin interesarse en si fue o no debidamente enterrada⁵⁴.

Por lo que respecta a los requisitos que debía cumplir la madre infanticida, desde que en el Código penal de 1848 se eliminara la condición de que fuera soltera o viuda, ésta podía ser también una mujer casada para ocultar una relación extramatrimonial o anterior al matrimonio. Ocurrió así, por ejemplo, en la causa de 1880 en la que «la recurrente mató al hijo que sigilosamente dio á luz sin auxilio ajeno á los cuatro meses de contraer matrimonio, y dentro de los tres días del acto del alumbramiento, puesto que lo realizó a los pocos momentos de tener lugar, temerosa de la deshonra que en la opinión podría resultar de la notoriedad del parto»⁵⁵.

Por consiguiente, el único requisito que debían cumplir las mujeres para beneficiarse de este delito privilegiado, es que fueran de buena fama u honestas, puesto que el móvil era «ocultar su deshonra» y no podía apreciarse cuando carecían de ella. Por ese motivo, quedaron excluidas de su aplicación, y castigadas como parricidas, las mujeres que fueron consideradas por los jueces de «vida desordenada», tenían amantes conocidos, hubieran tenido otros hijos naturales previamente, o llevaron su embarazo de forma pública o notoria⁵⁶.

El requisito de la honestidad de las mujeres se mantuvo prácticamente inalterado a lo largo de los años, a pesar de la evidente evolución que se produjo en

⁵³ STS, Penal, 9-4-1872.

⁵⁴ STS, Penal, 18-2-1889.

⁵⁵ STS, Penal, 4-5-1880, o STS, Penal, 19-9-1911: «Ejecutó estos actos la E... para ocultar su deshonra, por no haber confesado á su marido L... que al casarse con él estaba embarazada de otro hombre».

⁵⁶ STS, Penal, 27-2-1893 o STS, Criminal, 13-10-1893.

la opinión pública y la realidad social sobre el concepto de su honra⁵⁷. Pueden encontrarse causas durante la segunda mitad del siglo xx, en los que el Tribunal Supremo no estimaba el delito de infanticidio, y condenaba a las mujeres a la máxima pena como parricidas, en base a argumentos como que «la procesada se unió carnalmente a un hombre que no era su marido sin ocultar ni disimular los síntomas del embarazo» (1952), llevaba una «ostensible vida licenciosa» (1952), era una mujer soltera «de irregular conducta, que desde que tuvo edad para alternar con hombres, observó una vida bastante libre o inmoral» (1975), tenía «muy mala conducta social» (1978), o incluso porque simplemente trabajaba en una «ocupación usualmente impropia de una mujer honesta», como podía ser la de camarera de un bar de alterne (1978)⁵⁸.

El hecho de haber tenido otros hijos naturales previos, siendo mujeres solteras, también excluyó durante mucho tiempo la causa de ocultar la deshonra⁵⁹. Pero en los años ochenta del siglo xx pueden encontrarse algunas discrepancias en la aplicación de esta doctrina.

De una parte, en una sentencia de 1981 el Tribunal Supremo se inclinó a considerar infanticidio, y no parricidio, la muerte de su tercer hijo a manos de una mujer soltera que ya había dado a luz dos hijos previos, con los que convivía junto a su progenitores, porque, como había encontrado trabajo y había conocido a un joven «con el que entabló relaciones de noviazgo, públicas y conocidas, que esperaba desembocasen en ansiado matrimonio [...]», estimó que dichos elementos «recuperaban en buena parte en favor de aquélla la reputación que gozó antes del traspies sufrido por sus dos alumbramientos anteriores, y si en estas circunstancias, cediendo a los deseos de su novio –al que no quería perder–, transige en mantener con él relaciones sexuales y queda embarazada de ellas, si al alumbrar prematuramente, hallándose sola, al hijo que esperaba le da muerte, siendo como era desconocido su estado de preñez que hábilmente ocultó, y lo hace angustiada por las posibles reacciones de sus padres, de sus suegros y de su propio novio, y por temor al escándalo entre sus compañeras y a quedar sin el empleo que disfrutaba, cosas probables, no cabe duda de que, aún cuando los móviles impulsores del delito no aparezcan claros ni limpios de egoísmos, lo cierto es que en ellos late su deseo de que permaneciese oculto su tropiezo de ahora».

A partir de estos argumentos, concluía el Tribunal que «siendo como es imposible discernir con absoluta certeza hasta dónde llegaban en la ejecución de los hechos sus torpes intenciones y dónde comenzaba su deseo de evitar ver mancillada su estima, procede la aplicación del precepto sancionador más benigno en lugar del que castiga, con penas de gravedad mucho mayor, el parricidio, propiamente dicho, y ello pese a esa duda que queda reseñada y que fue

⁵⁷ STS, Penal, 5-11-1948, STS, Penal, 30-9-1978, STS, Penal, 12-3-1981, o STS, Penal, 14-10-1987.

⁵⁸ STS, Penal, 20-2-1952, STS, Penal, 7-10-1952, STS, Penal, 20-5-1975, STS, Penal, 18-3-1978, STS, Penal, 30-10-1978.

⁵⁹ STS, Penal, 15-2-1955.

la que indujo al Tribunal sentenciador a pronunciarse en instancia en sentido contrario al que se hace, con vulneración del principio “*pro reo*”.»⁶⁰

En sentido contrario, en otra sentencia del mismo año de 1989, relativa igualmente a una mujer soltera que había dado muerte a su tercer hijo, habiendo tenido otros dos hijos previos, el Tribunal Supremo apreció parricidio, y no infanticidio, aunque con la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, nacida del sentimiento de ver acrecentada una deshonra que ya no se tenía:

«Es evidente que el parto del tercer hijo –fuera de matrimonio- no ocasionó la deshonra de D..., pero sí aumentó en extremo su deshonra, con la consiguiente convulsión familiar– que ya había fracasado en el empeño de colocar a la segunda niña entre sus familiares de Madrid- y su profundo desencanto al descubrir que quien pensaba que iba a ser su marido no la “deseaba más que para acostarse con ella” y creía que tenía relaciones también con otros hombres. Estímulos de tal entidad que determinaron a la madre e hija a producir la muerte del recién nacido. Y que esta Sala valora como constitutivos de arrebato.»⁶¹

En relación al sujeto pasivo, para la calificación del delito era preciso acreditar, a través de los informes de los facultativos o médicos, los dos requisitos necesarios recogidos en la ley: que las criaturas habían nacido vivas, y que tenían menos de tres días de edad, hasta que la reforma del Código penal de 1932 eliminara este último requisito.

Las infanticidas, que generalmente eran las madres o las abuelas, alegaban de manera muy recurrente que los niños ya habían nacido muertos en el parto para evitar la pena⁶². Frente a ello, los médicos que realizaban los peritajes solían comprobar en primer lugar si el cordón umbilical había sido debidamente cortado y atado para evitar la muerte por hemorragia del bebé (lo que era una prueba suficiente), o en caso contrario, buscar signos externos de violencia, asfixia o abandono en condiciones que impedían toda supervivencia, a veces después de que los cadáveres fueran hallados semienterrados o abandonados, lo que suponía una dificultad añadida.

Sirva de referencia una causa de 1875, en la que, frente a la declaración de la madre y la abuela infanticidas insistiendo en que la «la criatura había nacido muerta», y tras comprobar el facultativo que el recién nacido estaba «bien conformado y del peso y longitud que tienen los de todo tiempo, con una ligadura en el extremo del cordón umbilical que presentaba indicios de haber sido cortado y no arrancado», tuvo que basarse éste en las diferentes heridas y contusiones que encontró en el cadáver, después de que éste fuera extraído de un hoyo en el campo recubierto por ramaje, para deducir y declarar en el juicio que «el niño era de tiempo y viable, que nació vivo y respiró completamente, que pudo vivir 24 horas, y murió como cuatro días antes de ser hallado, por efecto de las lesiones recibidas en vida y producidas por golpes de cuerpo duro como palo o

⁶⁰ STS, Penal, 12-3-1981.

⁶¹ STS, Penal, 9-3-1989.

⁶² STS, Penal, 9-4-1872, STS, Penal, 7-10-1875, o STS, Penal, 2-4-1884.

piedra, inferidos por mano extraña, ó bien llevado sobre los mismos cuerpos al caer, ó ser golpeado en ellos⁶³».

Por lo que respecta al plazo de los 3 días de edad, exigido hasta la reforma del año 1932, debía estar también perfectamente medido o tasado en los informes médicos. Como muestra, repárese en la siguiente causa:

«Resultando que el 19 de Febrero de 1876 fue encontrado el cadáver de un niños vestido y recién nacido en las inmediaciones del rio y sitio denominado de la Bárcena, término de Villasana, teniendo en la frente, fosas nasales y boca bastante tierra [...]; apareciendo como hechos probados que la F... dio á luz un niño al anochecer del día 28 de Enero en la casa de M..., y que en la tarde del 31 del mismo mes salió la F... con el niño referido, acompañada de una hija de la M..., caminando ambas hasta cerca del campo santo de Villasana, en cuyo paraje mandó regresar a la joven, quedándose aquella sola; y también que el cadáver del niño encontrado después en las inmediaciones del rio Bárcena fue el mismo que dio á luz.»⁶⁴

En los casos en que se excedía este plazo, como en el de una madre que simplemente dejó de alimentar al bebé, produciéndose la muerte entre los 6 y 10 días después del alumbramiento, la calificación que hizo el Tribunal Supremo del delito fue de parricidio, sin aplicarle el beneficio atenuatorio del infanticidio por causa de honor⁶⁵.

Por último, la eliminación del requisito de los tres de días máximos de edad del niño, a partir de la promulgación del Código de 1932, debía ser interpretada en un sentido restrictivo según la doctrina desarrollada por el propio Tribunal Supremo⁶⁶. Si el requisito se había eliminado era, exclusivamente, por los problemas probatorios que conllevaba, pero en su lugar «la expresión “recién nacido” empleada en la definición del delito de infanticidio quiere decir que la muerte, si no es inmediata, sea por lo menos muy poco tiempo después de su nacimiento»⁶⁷.

Pasando ya a analizar la culpabilidad, y siendo específicamente la causa que calificaba a este tipo especial la de «ocultar la deshonra de la madre», el Tribunal Supremo insistía asimismo en la necesidad de demostrar la existencia de dolo o ánimo de matar para poder apreciarla. No cabía la calificación de la conducta como imprudente, como el Tribunal clarificó al estimar un recurso de casación en el año 1881:

«Que si de los hechos resulta que la niña que dio a luz la procesada era de tiempo, nació viva, vivió de 24 á 48 horas, había respirado bien, y su muerte fue producida por asfixia, tapándola con trapos la nariz y la boca y comprimiéndola el cuello, estos hechos constituyen evidentemente el delito de infanticidio previsto y penado en el mencionado artículo 424 del Código penal:

⁶³ STS, Penal, 7-10-1875.

⁶⁴ STS, Penal, 24-2-1877.

⁶⁵ STS, Penal, 17-2-1892.

⁶⁶ STS, Penal, 1-2-1945.

⁶⁷ STS, Penal, 30-6-1952.

Que resultando asimismo que los indicados hechos fueron ejecutados voluntaria é intencionadamente, no ha debido calificarse el infanticidio cometido por imprudencia temeraria, porque los actos de esta clase son los que se ejecutan sin malicia por imprevisión, descuido ó negligencia.»⁶⁸

La intención de matar se deducía de los hechos indudablemente dirigidos al fin (desgarrar o no atar el cordón umbilical, abandonar a la criatura en lugares apartados, asfixiarla, golpearla, etc.), y del propio ánimo declarado de ocultar la deshonra, y queda nítidamente reflejada como elemento esencial del delito en todas las sentencias consultadas.

En una tardía sentencia de 1989, se insistía especialmente en la necesaria concurrencia del dolo, argumentándolo de la siguiente manera:

«Es indudable que la hoy recurrente omitió toda posible conducta encaminada a salvar la vida del hijo que había concebido: no acudió a médico alguno tras quedar embarazada, ni se informó por ningún medio a su alcance de lo que debía hacer para que el embarazo llegase a buen término, ni pidió ayuda alguna a su tía ni a su prima, pese a que se encontraba en casa al llegarle el momento del parto ya que la procesada no podía ignorar que ambas sospechaban fundadamente que se hallaba embarazada –por las insistentes preguntas que le hacían-. La única idea de la hoy recurrente no fue otra que la de ocultar a todo trance, primeramente, su embarazo, luego el parto, y finalmente, el nacimiento del hijo. No cabe negar, en consecuencia, que M... actuó dolosamente: ha sabido y querido lo que hacía.»⁶⁹

A *sensu contrario*, en otra causa del mismo año de 1989 no se apreció «*dolo directo* de muerte impulsado por un móvil *honoris causa*», y por tanto se exculpó el delito, por cuanto uno de los procesados, que atendieron en su casa el parto de su hija, era asistente técnico sanitario, y al presentarse complicaciones la llevaron rápidamente a un hospital, sin poder evitar finalmente la muerte del niño⁷⁰.

A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que no existía intención dolosa cuando la muerte del recién nacido se producía por causas ajenas a la acción (u omisión) de la madre porque hubiera quedado inconsciente, desvanecida o desmayada tras los esfuerzos del alumbramiento, estando completamente sola y desatendida.

En una sentencia de 1881, esta doctrina quedó reflejada con las siguientes palabras:

«Si la recurrente se desmayó al cortar el cordón umbilical al niño que acababa de dar á luz, el cual por esta causa se desangró y murió, es claro que la muerte de dicho recién nacido no fue ocasionada por un acto voluntario é intencional de parte de la procesada, y por tanto no puede imputársela como delito ni aplicarla la pena señalada en el artículo 424 del Código penal.»⁷¹

⁶⁸ STS, Penal, 19-4-1881. También en STS, Penal, 6-6-1933.

⁶⁹ STS, Penal, 28-3-1989.

⁷⁰ STS, Penal, 19-12-1989.

⁷¹ STS, Penal, 30-12-1881.

Ahora bien, la citada causa debía quedar nítidamente probada a partir de los hechos, no estimándose, por ejemplo, en un caso del año 1990 porque «la eventual pérdida de conocimiento fue en todo caso posterior al hecho que se describe»:

«La procesada, sintiendo dolores de parto, se dirigió al cuarto de baño, en el que se encerró y dio a luz un niño vivo, al cual cortó el cordón umbilical y a continuación golpeó contundentemente con sus propias manos en múltiples partes del cráneo hasta matar al recién nacido, lo que hizo con el propósito de evitar que sus padres, familiares y convecinos pudieran conocer su estado y el alumbramiento, cuyos hechos ella consideraba deshonrosos.»⁷²

Al margen del desmayo o desvanecimiento de la madre, el Tribunal Supremo no admitió fácilmente otro tipo de argumentaciones con las que las defensas pretendían demostrar que la muerte del recién nacido había sido imprudente o accidental. Por ejemplo, se consideró doloso, y no meramente imprudente, un caso de 1873 en el que una mujer soltera, temerosa de ser descubierta por sus padres, dio a luz en solitario y «así que parió, cogió a la criatura en brazos y salió cautelosamente de casa; y como al huir le pareciera que le seguía una sombra, que creyó que sería su padre, para evitar que la alcanzara y descubriera se arrojó al río Ter, dentro del que se desvaneció y se le desprendió la criatura, que al día siguiente encontró ahogada⁷³». El mero hecho de arrojarse al río con el recién nacido se consideró prueba suficiente de la intención de matar, sin admitirse la alegación del desvanecimiento o desprendimiento involuntario de la criatura, ni la perturbación o enajenación mental que también alegaba la defensa.

Otro intento de justificación de la muerte que no fue considerado por el Tribunal Supremo en 1875, fue el de una madre que alegó simple negligencia, afirmado que tras el parto «vio bullir la criatura en el suelo, creyendo oírla llorar; y para evitar ser descubierta la recogió en la falda y apretóla en su seno, sin poder explicar la manera como la cogió; notó que al poco tiempo dejó de moverse⁷⁴».

Finalmente, al ser el único móvil justificativo del tipo el de «ocultar la deshonra de la madre», el beneficio atenuatorio del infanticidio era incompatible con la muerte de los recién nacidos por otro tipo de móviles egoístas, ya fueran económicos o de cualquier otra clase. En este sentido, se puede traer a colación una sentencia del año 1982, en la que se calificó como parricida, y no infanticida, la conducta de una mujer soltera que, manteniendo relaciones desde hacía más de tres años con su novio, quedó embarazada de manera pública y notoria, habiendo acudido al médico de cabecera, y siendo conocido su estado por familiares y amigos, y que no obstante procedió a dar muerte al bebé tras dar a luz en su propia vivienda y sola, «sin hallarse afectada en su psiquismo por el parto, con la finalidad de truncar la vida del recién nacido, al

⁷² STS, Penal, 22-9-1990.

⁷³ STS, Penal, 20-1-1873.

⁷⁴ STS, Penal, 27-12-1875.

estimar que su existencia iba a suponer una penosa carga tanto para ella como para sus padres⁷⁵».

En cuanto a la forma de comisión, como hemos ido viendo en los distintos casos analizados hasta ahora, el delito podía ejecutarse tanto por acción como por omisión, siendo en tales casos los modos más frecuentes de actuar el de desgarrar o cortar el cordón umbilical a la altura del abdomen y no atarlo para que el bebé se desangrara⁷⁶, o abandonarlo vivo, pero en situación de riesgo⁷⁷.

A los expedientes ya reseñados con anterioridad, todos ellos de finales del siglo XIX, pueden añadirse otros de finales del siglo XX, en los que se siguieron las mismas consideraciones, sin ninguna diferencia. De tal manera, en una sentencia de 1969 se reiteraba la indudable relación causal entre la abstención (no ligar el cordón umbilical y dejar al bebé desangrarse bajo las sábanas) y el resultado⁷⁸; y en otra sentencia de 1984 se fijó la comisión por omisión en atención a las condiciones y lugar del abandono, metida la recién nacida en un cubo que se dejó en el tejado de un vecino⁷⁹.

Si nos referimos a los grados de comisión, el delito podía castigarse en grado de tentativa cuando los medios dirigidos al fin no cumplieran el objetivo, aunque esta posibilidad era muy difícil de aplicar en la práctica por la absoluta indefensión de la víctima; y también en grado de frustración, cuando lo hubieran impedido causas externas o ajenas a la voluntad de la autora. Se calificaron así de infanticidios frustrados algunos casos de bebés abandonados al nacer con la intención de que murieran, pero que posteriormente fueron encontrados y recogidos accidentalmente por otras personas aún con vida:

«Resultando que en la mañana del 10 de Noviembre de 1880 M..., soltera, habitante en el barrio de ..., dio á luz un niño, y en seguida la madre de aquella, P..., de 73 años, lo envolvió en un trapo, sin atarle el cordon umbilical, y colocado en una cesta cubierta con un pañuelo, lo llevó con vida, una hora despues, fuera de la población, y en el sitio llamado los Viveros, abrió un agujero en una pared de cantos sueltos, dejó en el hueco al niño, y lo cerró en seguida con las piedras que quitó; pero fue recogido aquel y llevado á la casa hospicio.»⁸⁰

La valoración de circunstancias modificativas de la responsabilidad fue muy excepcional por la propia especialidad del delito de infanticidio, en el que se entendían implícitas la circunstancia de parentesco, las agravantes de abuso de superioridad y alevosía («la muerte de un recién nacido es siempre alevosía»⁸⁰).

⁷⁵ STS, Penal, 20-1-1982.

⁷⁶ STS, Penal, 11-7-1874, STS, Penal, 8-10-1878, o STS, Penal, 2-4-1886: «La cortadura del cordón umbilical á raíz del abdomen hecha por la procesada al dar a luz una niña, fue la causa determinante de la muerte de ésta, pues constituye un medio adecuado para producirla que demuestra la intención y malicia del agente en emplearle».

⁷⁷ STS, Penal, 11-7-1874, o STS, Penal, 27-12-1878.

⁷⁸ STS, Penal, 3-6-1969.

⁷⁹ STS, Penal, 11-12-1984.

⁸⁰ STS, Penal, 13-6-1881.

sa⁸¹»), y la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, que como hemos analizado en el estudio doctrinal era un elemento esencial del tipo.

Sobre esta última cuestión, ya resuelta por la doctrina, tuvo no obstante que insistir expresamente la jurisprudencia en un buen número de sentencias⁸². De entre las más tempranas, una sentencia de 1878 afirmaba que «la atenuante de arrebato y obcecación no puede apreciarse como tal por ser constitutiva del mismo delito⁸³»; y otra de 1880 especificaba que no podía estimarse como circunstancia atenuante la de «haber obrado la procesada por estímulos tan poderosos que la produjeron arrebato y obcecación; pues no siendo otros esos estímulos que los del temor de ver menoscabada su honra, entran como elemento esencial, por la ley expresada, al describir el delito de infanticidio⁸⁴».

Tampoco fue apreciada por el Tribunal Supremo la circunstancia eximente del miedo insuperable, alegada por la defensa en una causa de 1911 junto al arrebato y obcecación, al entenderse asimismo incompatible con el móvil de «ocultar la deshonra»:

«Es impropio el motivo en que se funda el quebrantamiento de forma invocado en el recurso, consistente en no haberse formulado en el veredicto preguntas sobre el miedo insuperable, puesto que en dos de ellas se consigna el móvil á que obedeció el abandono del recién nacido, según los hechos consignados en las conclusiones de la defensa.»⁸⁵

Más clarificadora al respecto, fue una sentencia de 1916:

«Que la mera amenaza de muerte, dirigida por su padre á la culpable de infanticidio, el día antes del delito, para el caso que fuera cierta su deshonra, no implica un peligro inminente ó actual, y menos insuperable, como sería preciso para la exención de responsabilidad señalada en el núm.10 del artículo 8.º del Código penal.»⁸⁶

El mismo razonamiento se aplicó para no estimar la eximente de fuerza irresistible, que alegaba la defensa en la causa de 1916 relativa a una «sirvienta» que mató a su hija recién nacida y se deshizo del cadáver «arrojándolo después á un solar desde la ventana de su habitación». La defensa argumentaba en este caso, que su defendida actuó «bajo el imperio de una fuerza espiritual extraordinaria» por la cual «existió necesariamente una perturbación de la razón que, sin ser eximente, alcanzó á limitarla y extraviarla lo bastante para que la procesada no obrase con entera libertad racional al cometer el delito».

⁸¹ STS, Penal, 12-5-1988

⁸² STS, Penal, 8-10-1878, STS, Penal, 4-5-1880, STS, Penal, 14-10-1887, STS, Penal, 19-9-1911, STS, Penal, 30-11-1927, STS, Penal, 17-1-1940, STS, Penal, 30-9-1947, STS, Penal, 22-3-1969, o STS, Penal, 15-3-1976.

⁸³ STS, Penal, 8-10-1878

⁸⁴ STS, Penal, 4-5-1880.

⁸⁵ STS, Penal, 19-9-1911.

⁸⁶ STS, Penal, 1-3-1916.

Frente a ello, el Tribunal concluyó

«... que siendo preciso, según reiterada doctrina, para la apreciación de la eximente 9.a del artículo 8 del Código penal, que la fuerza irresistible, á cuyo impulso obre el supuesto delincuente, provenga de actos materiales de coacción ó violencia de un tercero, y por ende, ajenos y contrarios á su voluntad, resulta indudable que no puede aplicarse cuando en el veredicto se afirma tan solo el estado psicológico anormal con que la culpable dio muerte á una hija recién nacida y para ocultar su deshonra.»⁸⁷

Finalmente, tampoco se contemplaba la circunstancia eximente de perturbación, enajenación mental o locura, ya se alegara con base en una enfermedad⁸⁸, o bien se originara en las tensiones propias del momento⁸⁹. En sentencia de 1909, el Tribunal Supremo reiteraba:

«que en consecuencia de esta doctrina, si bien en una de las preguntas del veredicto se afirma que en los momentos en que la culpable dio á luz se encontraba en estado de locura transitoria, como en otras se reconoce que la procesada mató a su hija recién nacida con el propósito de ocultar su deshonra, golpeándola la cabeza contra las piedras del suelo y estrangulándola por medio de una cinta que oprímía el cuello, no es posible admitir, como se pretende en el recurso, la circunstancia eximente de locura, porque ó tal locura, que se supone transitoria, anterior á los momentos subsiguientes al parto y por ello á la ejecución del delito, ó ese estado vesánico no llegó á perturbar la inteligencia de la procesada, puesto que al propósito de cubrir su honra sacrificaba aquélla, de modo consciente, los poderosos sentimientos instintivos de la maternidad, y en ambos casos desaparece el motivo de exención de responsabilidad al que se refiere el artículo 8. en su número 1.º, del Código penal.»⁹⁰

Esta doctrina jurisprudencial sobre la enajenación, locura o estado patológico, se aplicaba tanto en su consideración como circunstancia eximente, como cuando pretendía ser utilizada como circunstancia atenuante de la responsabilidad:

«La circunstancia 1.ª del artículo 9.º del Código penal solo es de estimar cuando en las previstas en el artículo 8.º no concurrieron todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, sin que la locura a que se refiere en su núm. 1.º el último de los citados legales, por consistir en un hecho de naturaleza indivisible, pueda ser apreciada como motivo de atenuación cuando no sea estimada como eximente, lo que ni aun se pretende en el recurso, a pesar de partir del supuesto de que la procesada obró en un raptó de locura momentánea (no parcial ni limitada), que de poderse admitir determinaría la exención.»⁹¹

⁸⁷ STS, Penal, 30-11-1915.

⁸⁸ STS, Penal, 8-10-1920, STS, Penal, 15-11-1955, o STS, Penal, 20-2-1990.

⁸⁹ STS, Penal 1, 20-1-1873.

⁹⁰ STS, Penal, 12-5-1909.

⁹¹ STS, Penal, 27-11-1920.

En el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, solo he encontrado un caso en el que excepcionalmente se estimó la circunstancia atenuante de no haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad, rebajando la pena a tan solo 5 meses de arresto mayor. Dicha atenuante se vio justificada por el Tribunal en «los pasos que dio la procesada al sentirse con los síntomas precursores del parto, á dos casas con ánimo de dar a luz en una de ellas, en vez de buscar un paraje solitario, como lo hubiera hecho caso de abrigar el propósito de que pereciese la criatura⁹²».

Además de muy excepcional, esta jurisprudencia resulta algo confusa si se repara en la lectura de los hechos probados, bastante inverosímiles, y se compara con los de otros casos en que acciones mucho menos lesivas sirvieron para probar la firme voluntad de matar:

«Resultando que en la tarde del 30 de Junio de 1876 la expresada M... se dirigió á la casa de S..., en Santander, con el objeto de dar á luz en ella, por haberla ofrecido la dueña recibirla y atenderla en su parto; pero como se negase á ello y la apretasen los dolores, se subió a la de M..., que no se hallaba en aquel momento, y viendo abierta la puerta pasó al retrete, en que se sentó y dio a luz un niño, dejándolo en el vaso del asiento, y saliéndose á poco de la casa, en la confianza de que una mujer desconocida que allí había, y á quien nada había dicho, recogería la criatura y la auxiliaría; mas como el feto descendiese por la cañería a la alcantarilla, fue extraído de ésta con una contusion en la parte lateral derecho del coronal, de cuyas resultas y de la falta de asistencia falleció al ser conducido al hospital.»

Para terminar, analizaremos brevemente la penalidad, comenzando por afirmar que, a la vista de los expedientes consultados, las penas impuestas por los jueces a los autores de este delito se ajustaban matemáticamente a las consignadas en los distintos Códigos penales. Es decir, durante el largo periodo de aplicación del Código penal de 1870, se impusieron la pena de prisión correccional para las madres infanticidas, en torno a los 3 años y 6 o 7 meses, y la pena de prisión mayor para las abuelas o abuelos maternos, generalmente de unos 8 años y 1 día.

Siguiendo la doctrina general establecida por el Tribunal Supremo, a falta de circunstancias agravantes o atenuantes, que como hemos visto más arriba era lo habitual en este particular delito, dichas penas debían imponerse en su grado medio. Con dicha doctrina se resolvió específicamente un recurso de casación interpuesto en 1914 en un caso de infanticidio:

«Que señalada al delito de infanticidio por el artículo 424, párrafo 1.a del vigente Código, una pena que se compone solo de dos grados, hay que dividirla en tres periodos iguales, conforme al artículo 83 de dicho texto legal, y por falta de circunstancias agravantes y atenuantes, es su grado medio el aplicable según la regla 1.a del artículo 82 de dicho texto.»⁹³

⁹² STS, Penal, 7-5-1877.

⁹³ STS, Penal, 11-2-1914.

Con la reforma acometida en el Código penal de 1932, tanto la madre como los abuelos infanticidas comenzaron a castigarse con la misma pena de prisión menor, al igual que en el posterior Código de 1944, y sus reformas de 1963, 1973 y 1983. Ello supuso una importante rebaja de las condenas en el caso de los abuelos maternos, que como las madres infanticidas comenzaron a ser sancionados con penas de en torno a los 3 años y 1 o 2 meses, si se consideraban en su grado medio.

En conclusión, las penas aplicadas suponían un importantísimo beneficio atenuatorio para los sujetos protegidos con este tipo privilegiado, especialmente si las comparamos con las condenas por los delitos generales de parricidio o asesinato, que se imponían por el mismo hecho cuando faltaba alguno de los elementos propios del tipo, y que coincidían con las penas más graves del ordenamiento jurídico en cada periodo histórico, de reclusión mayor, cadena perpetua o muerte.

IV. CONCLUSIONES

A pesar de los cambios sociales, y de la propia conquista del derecho de igualdad, primero en la Constitución de 1931, y definitivamente en la Constitución de 1978, el beneficio atenuatorio del infanticidio por causa de honor se mantuvo prácticamente inalterado en el ordenamiento jurídico español hasta su derogación en el Código Penal de 1995, siendo aplicado a lo largo de los años por los tribunales siguiendo los mismos criterios jurisprudenciales, y sin apenas modificaciones, como se ha analizado más arriba.

No favorecía a todas las mujeres, sino solo a las que, siendo consideradas de buena fama u honradas en su comportamiento o forma de vida, merecían según el derecho una especial conmiseración, indulgencia o protección. Las mujeres calificadas como infames, deshonestas, livianas, indecorosas, escandalosas, corrompidas, de vida desordenada, etc., no podían beneficiarse de este privilegio legal, que suponía una rebaja de la pena muy importante en comparación con la del delito general de parricidio, y en algunos periodos históricos la diferencia entre la vida y la muerte.

De las mujeres favorecidas, se presumía una gran ignorancia o absoluta falta de carácter que les conducía a su error, dejando a un lado a las que, violadas o estupradas, se veían abocadas a la comisión de este delito por no tener otra salida legal ante su situación. Y, en el momento de la comisión del delito, también se presumía de ellas un especial estado de agitación, arrebatos o histeria que les empujaba, prácticamente obcecadas y con la voluntad muy mermada, a la ejecución de los hechos.

El arraigado concepto de deshonor vinculado a las relaciones extramatrimoniales de las mujeres, que arrastraba la fama de toda la familia, también amparaba la conducta de los abuelos maternos que trataban de ocultar las consecuencias de embarazos no deseados incluso a través de la muerte de los recién nacidos. En su caso, además, el tiempo de condena fue rebajado especialmente,

a partir del Código penal de 1932, para adecuarse al de las propias madres infanticidas, sin ninguna diferencia.

Frente al valor jurídico de la vida, este delito excepcional (junto a otros como el uxoricidio por causa de honor), refleja el desmedido peso del valor jurídico del honor en la sociedad de la época, y su relación directa con la conducta sexual de las mujeres, consideradas desiguales y susceptibles de una especial protección todavía a finales del siglo XX.

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ
Universidad de Jaén. España
<https://orcid.org/0000-0002-8270-484X>