

El uxoricidio como parricidio privilegiado

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Fiscal Jefe de la Audiencia de Toledo

El tema, tan actual en España, de revisar la situación de inferioridad jurídica patente en que se halla el sexo femenino dentro de los textos legales vigentes, suscitado incluso por la máxima autoridad judicial de nuestro país, el Presidente CASTÁN en su Discurso de apertura de los Tribunales del pasado año judicial, incita la atención de los juristas en los diversos campos del Derecho, pues no es sólo ciertamente en el civil donde el acuciante problema se plantea. En el del Derecho penal existe también y a él ha hecho referencia en términos generales el profesor DEL ROSAL en reciente Conferencia de la Real Academia de Legislación, con la galanura que le es peculiar. A uno de tales problemas, concretamente al del uxoricidio privilegiado por causa de honor o *in rebus veneris*, que es a mi modo de ver el más grave por su trascendencia e irritante privilegio de desigualdad, voy a referirme aquí. Prescindiré, por haber agotado realmente el tema con erudición insuperable el P. PEREDA (en artículo de esta misma revista, 1951, IV), de la rica problemática moral en torno, limitándome al estudio dogmático de tan asendercado asunto, que no por serlo deja de ofrecer interés y actualidad ya que, pese a todas las críticas y censuras, el artículo 428 del Código penal sigue incólume, desafiando los postulados de la Moral, de la Justicia y de la más elemental técnica jurídica; a esta última he de limitarme en este trabajo.

En un ensayo polémico de hace ya un cuarto de siglo, el Profesor SALDAÑA calificó la cuasi-excusa absolutoria del artículo 438 del Código penal de 1870, concordante con el 428 del actual, como «el mayor estigma moral» del mismo. Lo que él denominaba drásticamente «parricidio legal», era, en su sentir, «la vuelta a la barbarie ancestral y, socialmente hablando, un legal atentado por acción directa matrimonial». Concluía, en fin, profetizando que el malhadado artículo sería rayado del Código (1). Tal augurio del profesor de Madrid sólo en parte tuvo confirmación. El Código de 1928, sin borrar completamente la excusa, redujo notablemente su radio de acción, limitándose, en el artículo 523, a reconocer una

(1) SALDAÑA: *Siete ensayos sobre sociología sexual*. Madrid, Mundo Latino, s. a. (1927), ens. V, pág. 153.

mera atenuación en la forma siguiente: «una pena inferior a la señalada por la Ley», facultativamente graduada por el Tribunal. Igualmente limitó la hipótesis de adulterio no consentido en situación de flagrancia y concluyó con el irritante privilegio secularmente atribuido al varón, al acordar el beneficio atenuatorio al «cónyuge», indiscriminadamente. Queriendo ser más radical, el Código siguiente de 1932, prescindió pura y simplemente de la referencia al parricidio «honoris causa», con el probable propósito de romper airadamente con una clásica y plurisecular tradición. Por idéntica razón historicista, pero de signo opuesto, de restauración tradicional, la refundición de 1944 reprodujo casi textualmente, con ligerísimas cláusulas de estilo, en su artículo 428, la norma del 438 de 1870, que, como es sabido, quedó redactada así: «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 aquellas vivieran 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».

El situar el problema del mantenimiento o abolición del parricidio «honoris causa» en un plano de afirmación o de ataque a las esencias tradicionales, como, al parecer, lo hicieron los legisladores de 1932 y 1944, es sólo a medias certero. Bien es verdad que en las más viejas fuentes legales patrias hallamos fáciles concordancias del precepto exculpatorio, a partir del Fuero Juzgo, que en la Ley V del título IV del libro III lo extendía inconsideradamente a los hermanos y tíos de la adúltera, pero no lo es menos que, muy por encima de lo nacional, se multiplican los ejemplos idénticos, no sólo en Roma (2), sino en los sistemas legales y culturales más exóticos, en el código de Hammurabi y otros textos cueiformes caldeos (3) como en las costumbres de incontables tribus salvajes africanas y oceánicas. Estas enseñanzas de casi unánime tenor en ciertos estadios de rudimentaria cultura, implican más bien un argumento en contra de la institución exculpatoria, que ya ha sido esgrimido con notable fortuna por el tratadista argentino PECO en una notable monografía en torno al asunto (4). A nuestros efectos sirven, al menos, para deshacer el prejuicio, tantas veces alegado

(2) *Digesto*, Lib. XLVIII, Tit. V, 22, 4.

(3) SCHEIL: *Recueil de lois assyriennes*, París, 1921. Cita preceptos babilónicos en los que se estipulaba no sólo la facultad homicida del marido, sino incluso su estricta obligación de matar al adúltero. Precisa que de cercenarse la nariz de la esposa es menester la castración del amante. Parecidos preceptos halla HROZNY en la legislación hitita (*Code hittite*, París, 1922).

(4) Sobre los precedentes históricos y etnográficos, v. la monografía de PECO: *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1920.

como mérito o demérito, de la calidad hispánica y aun racial del precepto. Arranca este punto de vista del más bien ingenuo de un historiador del siglo XIX, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, que atribuía la pretendida genuinidad del trato penal a las adúlteras e hijas impúdicas ¡al recuerdo de los males que a España ocasionó la liviana conducta de la Cava, hija del conde Don Julián! (5). Los valores intrínsecos de algunas de las obras más precisas de nuestro teatro clásico, pienso que fuesen factores harto más eficaces para ello que las problemáticas deshonestidades de la gótica doncella. Sirvieron, en todo caso, para gestar la leyenda o realidad del «calderonianismo», pues la verdad es que los autores no se hallan muy acordes en lo tocante a la fidelidad histórica del fenómeno. Inclínase a la inverosimilitud calderoniana el propio MENÉNDEZ PELAYO, que combate despiadadamente la inhumanidad de sus creaciones literarias (6), en tanto que defiende su genuinidad histórica D. Juan VALERA, aduciendo ejemplos de criminalidad real, como la del «Veinticuatro» de Córdoba que, supuestamente agraviado, mató no sólo a su esposa, sino a los criados y animales domésticos, testigos bien inocentes de su deshonra y desvario (7). Sin insistir demasiado en esta temática de fuentes literarias, que ya he tenido ocasión de desarrollar en otra ocasión (8), baste consignar que la misma delata ejemplos de uxoricidio pasional, de tanta o mayor intensidad que el pretendidamente racial hispánico, en medios históricos-culturales tan distantes como el del SHAKESPEARE de Otello y el ruso de TOLSTOI de la «Sonata de Kreuzer». Ello y la constancia legal de la excusa en la Ordenanza prusiana de Federico Guillermo, de 1721, y aún en el *Code Napoleon* de Francia, país poco calderoniano si los hay, reduce a la nada lo que pudiéramos llamar argumento «nacionalista», tantas veces impertinente esgrimido en pro o en contra de la subsistencia de la excusa.

Situada la cuestión en su justa perspectiva histórico-jurídica, pienso que es factible hallar en la materia una doble posibilidad de evaluación: la de justificación objetiva, que tiene más de penal y aun de procesal, como en seguida se verá, y la de inimputabilidad subjetiva, de tipo criminológico, en atención a los móviles honorables y, sobre todo, a la perturbación psíquica del ánimo del agente. La primera posibilidad es propia de las legislaciones ancestrales y bárbaras; la segunda, en cambio, es fácilmente conciliable con la técnica jurídico-penal moderna, bien que, a mi modo de ver, la expresa consignación resulte en ella superflua e incluso arriesgada.

En la sistemática más arcaica, el parricidio legal tuvo un claro

(5) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Examen histórico del Derecho penal*, 1806, página 133.

(6) MENÉNDEZ PELAYO en el Prólogo al *Teatro escogido*, de CALDERÓN, Editorial «La Lectura».

(7) VALERA: *Obras completas*, Madrid, Aguilar, t. II, pág. 754.

(8) QUINSTANO RIPOLLÉS: *La criminología en la literatura universal. Ensayo de propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias*, Barcelona, Bosch, 1951, págs. 91 y ss.

e indeleble carácter de derecho, inserto en el romano dentro del brutal concepto patrimonial del *pater familias*, señor de vidas y haciendas de los suyos. Tan cierto es esto que, en la historia de dicho Derecho, aparece la excusa como privativa de la patria potestad y no de la marital, justificándose la exclusión de ésta por PAPINIANO en la necesidad de poner un freno a la ira de los esposos (9). Fue la *Lex Julia* la que sustrajo el adulterio de la jurisdicción paterna del *judicium domesticum* y hasta el derecho justiniano no aparece claramente atribuída al marido la facultad punitiva (10).

Todavía más marcado carácter de derecho y aún de atribución procesal y jurisdiccional privada, en lo que se pena «de propia mano» es el crimen de adulterio, aparece en las legislaciones germánicas. La *Lex Bavavorum* considera la excusa uxoricida cual una concreta punición del adulterio o, mejor dicho, de la adúltera (*in suo scelere jaceat, sine vendicta*), y en el Fuero Juzgo hallamos el precepto de la entrega de los adúlteros al marido, hermano o tíos para que «fagan dellos lo que quisieren» (11). Una evidente reminiscencia de este concepto de atribución de la facultad punitiva al ofendido persiste en la Novísima Recopilación (*que ambos a dos sean metidos en poder del esposo*), si bien reduce la potestad de muerte a la hipótesis de flagrancia (*si el esposo los hallare en uno*) (12). De mayor interés que estos textos, más bien obra de le-gistas eruditos que de derecho vivo, son los testimonios de los prácticos, especialmente el inédito del abogado vallisoletano de 1571 Antonio DE LA PEÑA, citado por GALO SÁNCHEZ, quien narra cómo los adúlteros eran paseados por calles y plazas y entregados después por el verdugo al marido para su libre disposición «en cuerpo y bienes» (13).

En los ejemplos aducidos y en muchos más que fácilmente pudieran añadirse, se ve pues en el parricidio legal, más que una excusa de carácter personal y psicológico, un derecho otorgado, una parcial derogación de la potestad punitiva del Estado que cede sus fueros en materia del adulterio, el flagrante al menos, al marido agraviado. En resumen, una supervivencia de las más bárbaras venganzas familiares o tribuales y una dejación del más elemental y obvio de los derechos estatales: el de penar. Contra ello luchó constantemente la Iglesia, y gracias a su inlujo, el *Codex repet. prael.* (Lib. IX, Tit. 9, Ley 30) reclama la suprema jurisdicción episcopal y la presencia de testigos. En estrictas normas de Dere-

(9) PAPINIANO: *Digesto*, loc. cit.

(10) Especialmente en la *Novela*, CXIII, cap. XV.

(11) Fuero Juzgo, Ley 5. Tit. IV, Lib. III.

(12) Novísima Recopilación, Ley 2, Tit. XXVIII, Lib. XII.

(13) GALO SÁNCHEZ: *Datos jurídicos acerca de la venganza del honor*, en «Revista de Filología Española», 1917. El manuscrito de DE LA PEÑA, por él citado, se halla en la Biblioteca Nacional de Madrid bajo el título de *Tractato muy provechoso y útil y necesario de los jueces*.

cho canónico considerose siempre el homicidio por razón de honor como pecado mortal, según testimonios de SCHIAPPOLI y P. PEREDA (14). Sólo merced a estas influencias, a la progresiva humanización de las costumbres y, sobre todo, al rígido monopolio estatal del Derecho penal, el parricidio «honoris causa» dejó de ser erigido en *jus neccandi* de características procesales bárbaras. Es entonces cuando, solamente en algunas legislaciones, al ejemplo de la napoleónica, se introduce la excusa o atenuación con modalidades pretendidamente psicológicas de perturbación del ánimo, es decir, cual una cualificación privilegiada del estado pasional.

En la legislación española es dable constatar asimismo la evolución conceptual que acaba de señalarse. Atisbos de la segunda, es decir, del valor concedido a lo psíquico, son señalables incluso en nuestras admirables Partidas (15) y en la redacción de los ya citados textos de las leyes recopiladas que para justificar la exención de responsabilidad precisaban la muerte de ambos culpables. Tal condición era, sin duda, debida a suponer, con un criterio psicológico rudimentario pero evidente, que el que discernía y decidía la muerte de uno y el perdón del otro no obraba en las condiciones de ceguera pasional que la excusa presupone. La condición de flagrancia que desde el Código francés suele ser condición *sine qua non* de la misma, aparece ya en el nuestro de 1822 (artículos 619 y 620), si bien se prevén responsabilidades diversas según que el sorprendimiento acaeciére en el acto carnal mismo o en otro «deshonesto y aproximado». Una interpretación semiauténtica del precepto actualmente vigente nos la ofrece PACHECO, su inspirador, en la glosa al artículo 339 del Código de 1848-50, en que aparece igualmente formulado. Atribuye el comentarista al «espíritu moderno» el uso de la conjunción disyuntiva de matar a uno u otro culpable indistintamente, y explica cómo la sorpresa y el «movimiento de honor» son los motivos justificantes de la gran atenuación acordada (16).

La explicación de PACHECO es generalmente admitida por los traductores patrios, tanto por los que como él lo alaban, como por los que, como GROIZARD, lo estiman «recuerdo bochornoso de la Edad Media» y SÁNCHEZ TEJERINA «contradictorio con los más elementales principios de moralidad cristiana». Sin tomar terminantemente partido en la contienda y ateniéndose a sus características jurídicas, CUELLO CALÓN insiste en las de exclusión de la culpabilidad por dolo de ímpetu, en que lo que decide es la

(14) SCHIAPPOLI: *Diritto penale cattolico canonico*, en la «Enciclopedia» de Pessina, pág. 711; P. PEREDA: *El uxoricidio*, en «Anuario de Derecho Penal», 1951, IV.

(15) Partidas, Ley 14, Tít. 17, P. VII.

(16) PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1849, t. III, pág. 72.

perturbación anímica, razón por la cual embebe en sí a la circunstancia de arrebató (17).

Estoy en absoluto de acuerdo con las precitadas consideraciones que hacen del parricidio *honoris causa* una circunstancia afín a las de inimputabilidad de tipo psicológico y aun a las del morboso trastorno mental transitorio, al modo como lo concibe JIMÉNEZ DE ASÚA (17 bis). Tales fueron seguramente las intenciones del legislador moderno y siguen siendo la única *ratio essendi* plausible de la exención o atenuación, pero la verdad es que la torpe redacción del artículo 428, ya más de un siglo vigente, no justifica sino muy incompletamente tan justo punto de vista. Por el contrario, su configuración es extremadamente objetiva y de sabor justificatorio, no de inimputación, por cuanto que se atiene a la mera cronología con el término de «en el acto», sin la más leve referencia a arrebató, ímpetu o causa semejante de índole subjetiva. Y esta concurrencia de las dos hipótesis de hecho, el adulterio y la flagrancia, producen imperativamente (no como facultad del juzgador—y de ahí radica, a mi modo de ver, lo más censurable del precepto—), la cuasi exención en el evento de muerte o de lesiones graves y la exención plena en el de otra clase de lesiones. Será, pues, una presunción de ímpetu de defensa del honor, todo lo que se quiera, pero siempre una presunción *juris et de jure*, que no admite otra prueba en contrario que la aportada por el último párrafo del artículo, es decir, el consentimiento de la prostitución. En estas circunstancias forzoso es reconocer que la excusa de nuestra ley guarda demasiadas afinidades con el ancestral *ius neccandi* romano o el *Tötungsrecht* germánico. El que sorprende *in fraganti* a la esposa o la hija menor en el acto de adulterio o corrupción, en este último caso en el domicilio paterno, adquiere por ese mismo hecho una inmediata pretensión cuasijurídica de matar o herir, a todas luces desorbitada, que justifica con creces los duros dictorios de SALDAÑA y GROIZARD, bien que en ellos se censurase no tanto el defecto técnico en sí como la exención misma. Yo, en cambio, lo que censuro es precisamente aquel defecto, es decir, la gravedad e improcedencia de sentar una presunción *de jure* que, en el fondo, es un verdadero *ius*. Por muy fundada que sea la de que un marido o padre que así procede, obra impulsado por el terrible choque psíquico que su desventura desencadena, y que por lo mismo pierda su normal facultad de discernimiento y equilibrio, me parece que la función de aquilatar semejantes extremos compete al juzgador, en cada caso concreto y no al legislador de un modo apriorístico y abstracto. Ciertamente que habrá ocasiones en que lo dicho suceda, la mayoría de ellas si se quiere, pero es incuestionable que pueden existir otras, aun aparte de las del consen-

(17) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, Barcelona, Posch, 1948, t. II, pág. 518.

(17 bis) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el delito. Curso de dogmática penal*, Caracas, 1945, cap. XXXVIII. También en el prólogo de la citada monografía de Peco.

timiento, en que el hombre ejercite fríamente un derecho que la ley, imprudentemente, le concede. Es entonces, como tengo dicho, en otro lugar, cuando el parricidio legal no puede borrar su estigma originario de barbarie, por lo que su mera posibilidad aconseja rechazarla (18).

El requisito objetivo de la flagrancia tan rudimentariamente elegido por el legislador tradicional para perfilar la excusa del parricidio honorable es el menos adecuado para definir un estado pasional profundo y genuino. Fué, al parecer, suficiente a la elemental psicología de los legistas alfoñsinos del siglo XVIII, pero es verdaderamente pueril para la de hoy en día, inexcusablemente personal y experimental. Mide por el mismo rasero los infinitos matices temperamentales, imposibilita toda individualización y deja en la sombra los factores biológicos, éticos y sociales, que son, en definitiva, los que interesan o deben interesar al Derecho (18 bis). La ley otorga el inusitado «derecho a matar» a quien, quizá sin amor ni sentimiento del honor, se prevale de la circunstancia casual del sorprendimiento o que urde arteramente una escena premeditada por vanidad, fanfarronería o móviles egoístas, pues sólo el del consentimiento en la prostitución está legalmente excluido. En cambio, deja caer todo el peso del rigor del parricidio sobre el marido burlado que, con la razón ónubilada por el dolor, no sabe aprovechar hábilmente la coyuntura única que la ley le brinda. Por lo pronto, es un error psicológico de los más crasos el pensar que sólo las pasiones explosivas e inmediatas son las verdaderamente profundas, siendo así que lo cronológico apenas si tiene nada que ver con la intensidad del impulso.

Otro simplismo, no menos censurable, es el de presuponer que sólo el consentimiento en la prostitución es motivo suficiente para invalidar el acto homicida privilegiado. En primer lugar, el sustantivo «prostitución» es inadecuado, por cuanto que indica una noción de lenocinio o interés crematístico que nada en absoluto tiene que ver con el adulterio o la corrupción, situaciones que pueden muy bien subsistir sin tales requisitos de profesionalidad. La exclusividad del móvil del consentimiento hace, en cambio, operable la excusa en eventos claramente antijurídicos o al menos inmorales, por ejemplo, en el del marido que «aprovechó» la infidelidad de la esposa para heredarla o casarse con otra. Todo esto y algo más está permitido o tolerado gracias a la infeliz configuración objetivista de nuestro artículo 428, que la jurisprudencia a duras penas ha tratado de restringir en el límite de lo posible. Con harta razón dice la sentencia de 21 de enero de 1902 que «una interpretación extensiva de este precepto sancionaría el principio de la venganza privada, que nuestras leyes no admiten ni en esa ni en ninguna clase de de-

(18) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1946, t. II, pág. 262.

(18 bis) Sobre la complejidad del tema de lo pasional, véase SILVA MELERO: *Consideraciones sobre el delito pasional*, «Anuario», 1952, III.

litos» (se refería la sentencia a negar el privilegio al marido que dió muerte a su esposa al sorprenderla no en el acto del adulterio, sino en el de escribir una misiva amorosa).

La restricción jurisprudencial casi constante, en torno a la circunstancia de la flagrancia y a definir ésta en base al acoplamiento carnal mismo, tiene su base en la letra del precepto del Código y en la propia definición del adulterio como yacimiento, pero apenas si corrige el defecto del artículo 428, añadiéndole más bien nuevo lastre de objetivismo y formalismo. Es, a mi modo de ver, otro grave defecto técnico, legado éste por el artículo 324 del Código francés, que lo hacía todavía más estricto y grave por la exigencia de que la ofensa tuviera lugar en el propio domicilio conyugal. Ni el acto carnal ni siquiera la flagrancia deben ser signos necesarios de perturbación anímica, a no ser como episodios a valorar judicialmente en cada supuesto real. Entendiéndolo así, el artículo 523 del Código español de 1928 sustituyó el término de «en adulterio» por el plural de «actos de adulterio», con cuya expresión parecía querer comprender los yacimientos pasados como los ulteriores, en una solución de continuidad que permitía una mayor persistencia del estado pasional. Dicho tecnicismo hizo posible con su beneficiosa amplitud la sentencia de 12 de febrero de 1930, que aplicó la excusa al marido agresor que recibió de su esposa la afirmación rotunda de su deshonra, situación que, en el sentir de dicha decisión, «sobrepasa en el terreno espiritual y aun en el físico a la sorpresa flagrante». Una solución semejante, lógica y justa dentro de los defectos anejos al privilegio, resultaría casi imposible conforme a los textos de los Códigos de 1870 y vigente, en que el acto del adulterio como yacimiento parece inexcusable.

El aludido detalle lo considero como otro importante dato que corrobora la idea ya expuesta de que el artículo 428 equivale a una verdadera punición «privada» del adulterio mismo, puesto que en dicha figura, por otras razones (entre ellas la del riesgo de engendrar prole espuria), el requisito del yacimiento es de absoluto rigor. En atención a la pura excusa de ímpetu pasional, en cambio, tal detalle parece del todo intrascendente, pues tanto o mayor efecto psicológico ha de producir al marido la sorpresa de la esposa en otros actos libidinosos. Piénsese, por ejemplo, en los atentados contra natura, que no constituyendo adulterio, por no haber yacimiento, no tendrían relevancia para engendrar, a su vez, la excusa del parricidio legal.

Corrigiendo estos y otros absurdos a que la redacción tradicional del precepto exculpatorio conducía, al igual que en los nuestros, en el Código italiano de 1889, cuyo artículo 377 hablaba también de *flagrante adulterio* y de *illegittimo concubito*, el vigente en dicho país de 1930 lo configura de modo más amplio y marcadamente subjetivista. Dice así en su artículo 587: «El que ocasiona la muerte del cónyuge, de la hija o de la hermana, en el acto

en que descubra la ilegítima relación carnal y en el estado de ira determinado por la ofensa inferida a su honor o el de su familia...» Tal redacción, modelo en el caso de quererse adoptar la, a mi modo de ver inútil, sustantividad de la figura del parricidio honorario; presupone la inclusión de todo acto libidinoso, con o sin yacimiento, así como la situación emocional dimanante no ya más del hecho de la sorpresa del acto, sino del conocimiento de la deshonra. Conforme a ella, es posible en la doctrina italiana la adopción de la atenuante en casos de cínica confesión, de descubrimiento de correspondencia y de otras hipótesis semejantes cuyo resultado psíquico y moral es prácticamente el mismo (19). Esto no obstante, la jurisprudencia italiana ha aprovechado poco la liberal contextura del artículo 587 de su Código, prefiriendo aferrarse al criterio de flagrancia tradicional del de Zanardelli. Así, vemos que la *Cassazione* romana, en sentencia de 6 de diciembre de 1935, denegó la específica atenuante al marido que sorprendió en adulterio a su mujer, pero que esperó la noche para tomar venganza, consumándose ésta en el curso de una discusión surgida.

En la doctrina italiana es casi de común opinión la exigencia del dolo de ímpetu, ya reclamado por los autores en tiempo de la vigencia del Código Zanardelli. BONINO descompone sutilmente dicho dolo en tres momentos: el «afectivo de ira», el «intelectivo de conocimiento» y el «instintivo de ímpetu natural». El mismo autor pretende discriminar el «ímpetu de ira» del «estado de ira», siendo sólo el primero en su expresión aguda, el que presenta la suficiente relevancia en la atenuación específica (20).

Una especialidad, poco laudable por cierto, del sistema italiano vigente en la materia, es la de no comprender la muerte o lesión de ambos culpables en el mismo tipo unificado, aunque la atenuación los alcance ciertamente por separado, bien en hipótesis de delito continuado, bien en concurso de delitos (21).

Con ser defectuoso el tecnicismo del artículo 428 de nuestro Código por las razones de morfología aludidas; lo más censurable de él es, sin duda alguna, la irritante desigualdad que dimana del privilegio absoluto en favor del varón, tan contradictorio con las más elementales ideas jurídicas, éticas y sociales de nuestro tiempo. Ni siquiera aparece en el tipo el paralelismo de privilegio relativo que se da en el adulterio y el amancebamiento (22), por lo cual es claro que el parricidio es inexcusable al ser perpetrado por

(19) Así se consigna en la *Relazione* al Proyecto Rocco, Parte II, pág. 673.

(20) GIOTTO BONINO: *L'omicidio o lesione per causa d'onore*, en «Rivista penale», 1937, pág. 96.

(21) ALTAVILLA: *Delitti contro la persona*, en el *Trattato* de FLORIAN, Milán, Vallardi, 1934, párr. 254.

(22) Tal paralelismo aparece consagrado, en cambio, en el artículo 372 del Código penal portugués, que ampara al marido que sorprende y agrede a la mujer en adulterio y a la esposa que comete idéntica agresión contra el marido o su concubina en el domicilio conyugal.

(23) Idéntica sanción de destierro se acuerda en el Código portugués (artículo 372).

la esposa sobre el marido infiel y su manceba. El fuero privilegiado del varón en el parricidio, unánime en todas las legislaciones arcaicas desde Hammurabí, ha ido desapareciendo de las pocas modernas que conservan la especialidad del homicidio *in rebus veneris*. Persiste tan sólo en las más viejas de Hispanoamérica directamente influenciadas por nuestros Códigos ochocentistas, en el artículo 10, número 11 del Código de Chile, en el 378 del de El Salvador, en el 318 del de Guatemala, en el 7, número 15, del de Honduras y en el 21, número 7, del de Paraguay.

Tampoco tiene posible concordancia nuestro Código, fuera del ámbito sudamericano citado de directa influencia suya, en lo tocante a su lenidad, que prácticamente es una excusa aun en el más grave supuesto de muerte, pues a tal equivale la mínima sanción de destierro (23). Es un error considerar incluidos en el sistema de exención a los Códigos de Francia (art. 324, párrafo 2) y Bélgica (art. 413), en base a que sus textos digan que en tal supuesto el delito sea «excusable». Esta expresión tiene en francés jurídico no un sentido exculpatorio, sino atenuatorio, como se desprende de que en los artículos 426 y 413 de los mismos se siguen al conyugicidio consumado «excusable» la pena de uno a cinco años de prisión. El Código penal italiano es aún más severo, puesto que su artículo 587 impone la pena de tres a siete años. En los propios hispanoamericanos no directamente exculpatorios es frecuente la fijación de la pena al arbitrio o perdón judicial, como acontece en los Códigos de Colombia (art. 382), Méjico (arts. 310 y 311) y Uruguay (art. 36).

Fuera de los ejemplos examinados, la mayoría de los Códigos modernos no conocen ya la especialidad del parricidio u homicidio *in rebus veneris*, bien que, como es natural, su hipótesis sea recogida en la doctrina general de la inimputabilidad, la justificación o la atenuación. Desapareció como forma sustantiva en el Código alemán de 1870 y con el de todos los germánicos de su círculo que se apartaron conscientemente de una tradición no menos secular que la nuestra, últimamente recogida en la ya citada Ordenanza prusiana de 1721, postrera consagración del *Tötungsrecht* barbarizante. En consecuencia, se incluye por la doctrina y práctica alemanas en el párrafo 213 del Código penal, concebido en esta forma genérica: «De hallarse el homicida (*Totschläger*) en estado de irritación colérica motivada por malos tratos o grave injuria de parte de la víctima, sin culpa propia, y de obrar en virtud de ello en el acto mismo..., la pena a imponer será de prisión no inferior a seis meses» (24).

En el fondo, la solución alemana no es muy diversa de la ita-

(24) Consideran dicho párrafo como típicamente aplicable al marido injuriado: KOHLRAUSCH: *Deutsche Strafgesetzbuch*, 1947, Anm. 3, pág. 213, y SCHÖENKE: *Kommentar*, 1949, pág. 458; se cita a tal propósito la S. del R. G. JW., 1930, pág. 919 y la autoridad del *Leipziger Kommentar*, par. 213, nota II.

liana del Código Rocco, salvo en la sustantividad y *nomen* de la privilegiada atenuación, puesto que reposa en las dos mismas condiciones ya alabadas en dicho cuerpo legal: la objetiva de la inmediatez (*auf der Stelle*) y la todavía más importante subjetiva del estado de ira provocado (*zum Zorne gereizt*). Este requisito pasional determinante, que siempre o casi siempre faltó en los textos tradicionales sitúa justamente la circunstancia en el plano de la inimputabilidad absoluta o relativa y no más en el de la justificación, con notable rigor técnico que priva al acto criminal de su clásico regusto de «derecho».

Parecido sistema que el alemán ha sido seguido por el Código federal suizo de 1937, que tampoco conoce el homicidio por causa de honor, incluyendo su eventualidad innominadamente en la forma fuertemente atenuada del artículo 113, la del «homicidio por disculpable emoción violenta» (*entschuld bare heftige Gemütsbewegung*). Se le asigna pena de prisión de uno a cinco años, nunca superior a diez.

No diverso trato que en el derecho germánico y suizo merece en el anglosajón el conyugicidio de adúlteros, cuyo privilegio tiene en el mismo aún menor razón de ser visto que, como es sabido, el adulterio mismo no es generalmente materia punible. Careciendo, pues, el Estado de facultad para sancionarlo, con mayor motivo ha de carecer de ella el particular. Sin embargo, el cónyuge ofendido por la infidelidad del otro que le causare la muerte no incurre en el delito de asesinato (*Murder*), sino en el de mero homicidio (*Manslaughter*), siempre y cuando que el acto obedezca a un inmediato transporte pasional (*in the first transport of passion*). La condición subjetiva es, por tanto, la determinante, como en la germánica, admitiéndose, en cambio, por la práctica inglesa una mayor laxitud en lo objetivo, puesto que de antiguo asimiló a la fragancia material la inopinada confesión de un adulterio pretérito. Pese a lo dicho, es curioso observar que la más moderna jurisprudencia británica, especialmente la de la última trasguerra, parece tender a ser más estricta en el requisito de la materialidad de la fragancia, negándose la atenuación en los simples casos de confesión, «por no ser tolerable—dice un reciente fallo—, que el ciudadano se tome la justicia por su mano», lo que resultaría de extrema gravedad y aun de riesgo social cierto en los actuales tiempos en que las circunstancias de la guerra y el retorno de combatientes y prisioneros a sus hogares ha multiplicado demasiado los ejemplos. En cambio, aunque la tradición inglesa, como todas, abogue por el privilegio varonil, es unánime la opinión, reflejada por CROSS-JONES, de que el crimen perpetrado por la esposa merecería idéntico trato penal (25).

La suprema trascendencia de lo subjetivo en la modalidad ho-

(25) La doctrina y práctica inglesas de CROSS-JONES: *An Introduction to Criminal Law*, Londres, Butterworth, 1948, pág. 214.

micida que nos ocupa, nominada o no, que acaba de verse ser elevada a principio primero en las legislaciones anglosajonas y germánicas y luego en la italiana de Rocco, va ganando terreno, por influjo de este último especialmente, en las demás latinas, incluso en las hispanoamericanas. En los Códigos de Uruguay de 1933 y de Colombia de 1936, que conservan la especialidad nominada, el primero como eximente en la parte general (art. 36) y el segundo en la especial como atenuante específica (art. 382), se hace expresa referencia a lo subjetivo, es decir, al estado pasional («causa de impunidad por pasión provocada», en el texto uruguayo, y «estado de ira o de intenso dolor», en el colombiano). Otros aún más radicales han prescindido simplemente de la especialidad, pese al ejemplo itálico, que en otros aspectos siguen fielmente; así, el de Defensa social de Cuba, el penal del Brasil y el de Argentina. Fué este último el primero en decidirse por la abolición del parricidio legal, que el doctor BALLESTRA, al discutirse en la Cámara la cuestión del vínculo matrimonial, denominó gráficamente «divorcio de sangre». El Código de 1836, en su artículo 81, números 12 y 13, admitía la vieja exculpación española en favor del cónyuge, del padre y aun del hermano ofendidos. En el vigente desapareció la excusa y aun el nombre de ella, siendo el hecho unánimemente incluido por la doctrina y la jurisprudencia en el número 1, *a*, del artículo 81, que impone reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres «al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable». Tanto por su generalidad como por la expresa y feliz referencia a la situación emocional, el sistema argentino del Código Rodolfo Moreno hijo es el más afín al alemán, del que puede considerarse libre traducción.

Volviendo de esta vasta y quizá impertinente incursión por el campo del Derecho comparado al de nuestro positivo, resalta aún más la configuración objetiva de la excusa y su indeclinable carácter de «derecho-venganza», independiente de las más obvias consideraciones ético-psicológicas. El marido vengador puede ejercitar igualmente su acto en el más ciego de los arrebatos pasionales o en la más frígida tranquilidad de ánimo, «episodio» irrelevante para nuestro legislador. Con que el adulterio sea real y la sorpresa «en el acto», el privilegio surge y vincula al Tribunal, como si se tratase, efectivamente, de un derecho o pretensión subjetiva indeclinable. No queriendo insistir nuevamente en la improcedencia científica de tal modo de enjuiciar el parricidio legal, voy a limitarme ahora a exponer las cuestiones jurídicas que suscita.

Por lo pronto, la frialdad de ánimo, posible en la redacción de la excusa en nuestro artículo 428, plantea el problema de si la misma es compatible o no con un dolo premeditado. La pregunta sería del todo impertinente en la buena sistemática germánica o italiana, que configura el tipo bajo el presupuesto del dolo de

ímpetu, inconciliable por definición con el premeditado. En la nuestra, en cambio, tan impregnada de esencias objetivistas, la cuestión es posible y aun la afirmativa probable en lo positivo, bien que doctrinalmente incorrectísima. Téngase en cuenta que el gerundio «sorprendiendo» que el artículo 428 emplea hace exclusiva referencia al factor cronológico de los actos binómicos «adulterio-agresión», pero de ningún modo a la gestación individual del propósito homicida. Es decir, que el marido que sólo «sospecha la infidelidad conyugal puede impunemente inadurar su venganza y dilatarla hasta el momento de irrumpir físicamente en escena y sorprender, es decir, «sorprender» en activo a los otros, no reflejamente «sorprenderse» él. No cabrá, sin duda, una premeditación *post-factum*, ulterior al sorprendimiento, pero sí la verdadera de *propositus frigidus occidendi* anterior a dicha incidencia meramente de hecho.

Otra, al parecer inevitable y aún más trágica consecuencia de la estructura del conyugicidio privilegiado en nuestra ley, es la de su conciliación con las demás circunstancias cualificativas del asesinato del artículo 406, salvo, quizá, la de precio, y ello no siempre tampoco, como luego se verá. Es decir, que la cuasi-exención sigue manteniéndose mediando la premeditación ya mencionada, pero mediando también la alevosía, el veneno, el estrago y hasta el más inhumano de los ensañamientos. ¡Aquí sí que la regresión a la barbarie resulta integral! En el precio mismo no queda descartada la posibilidad de concurrencia. Piénsese en el supuesto de alguien que, deseando la muerte de una mujer, sugiere precio o promesa al marido para darla muerte aprovechando la coyuntura de un adulterio en circunstancia de flagrancia.

La precitada hipótesis suscita otra de subido interés y no menos insoslayable en la vigente morfología objetiva del parricidio como derecho. Me refiero a la participación del extraño en el delito vindicatorio, en situación de coautoría o de complicidad. Es claro que en un sistema de proyección subjetivista no cabe ni plantear el problema, resuelto por la no concurrencia en el extraño de los presupuestos pasionales a ella inherentes. En el de fórmulas objetivas, cual el español y el italiano de Zanardelli, el asunto es de más ardua solución. Precisamente una de las razones esgrimidas por los autores del Código Rocco en la exposición de motivos fué la de resolver de una vez para siempre las polémicas en torno a la participación criminal de terceros. El parricidio estructurado como derecho implica, como todo lo facultativo, una posible delegación, y, en consecuencia, el marido que «puede» agredir a la esposa en el acto de adulterio, pudiera lógicamente encomendar tal «legítima» función a un tercero mandatario suyo, el también clásico esbirro de los dramas calderonianos. Evidentemente, una tal delegación ha de chocar y repugnar a la sensibilidad moderna, aun a la de los más recalcitrantes celadores de las esencias del arqueologismo penal... Las condiciones objetivas

predominantes se dan, sin embargo; esto es, el adulterio y la sorpresa en el acto. Es difícil la extensión de la circunstancia al correo, en cuanto que le falta la condición precisa de «marido», pero que el privilegio seguiría amparando a éste parece cosa fuera de duda. No hay que acudir, en todo caso, a la doctrina de la aplicación de circunstancias del artículo 60, puesto que el mismo hace exclusiva referencia a las agravantes o atenuantes, no a las cualificativas ni menos a las excusas absolutorias. En estas últimas el sistema seguido por nuestro Código parece ser más bien el de la extensión, pues cuando se quiere privar al precepto de tal virtualidad, así se consigna expresamente en el texto, como se hace para los hurtos, defraudaciones y daños entre próximos familiares del artículo 564. En el 428 no existe una salvedad de este género, lo que, por lo menos, permite el planteamiento del grave problema, que en sí es ya una acerba crítica del precepto.

Por análogas razones de morfología del tipo, en referencia al *extraneus* cual sujeto pasivo, no cabe en él una extensión exculpatoria fuera de las únicas víctimas propiciatorias posibles que la ley determina: la mujer, la hija menor y sus respectivos seductores. El vengador de su honra que apurase su personalísima justicia sobre otras personas carece ya de la protección legal del artículo, y habría de responder de homicidio, asesinato o parricidio ordinarios, según los casos, con el habitual engranaje de las circunstancias genéricas. En este aspecto es de observar que la configuración subjetivista de dolo de ímpetu permite una extensión mayor que el nuestro, harto justificada ciertamente, ya que no en los bufos excesos del «Veinticuatro» de Córdoba, matador del gato y loro domésticos, sí en el bastante corriente supuesto de tercerías culpables, evitando el total triunfo de la Celestina que ya el «sentido común» de Elías VISLÓ denunciara.

La objetividad en la contextura del artículo 428 reposa sobre la condición civil de marido o padre, expresiones que no dejan tampoco de provocar problemas. La de marido plantea el de si el privilegio comprende o no a las relaciones conyugales disueltas o suspendidas, asunto a resolver primordialmente en la vía civil o canónica y previa siempre la existencia o inexistencia del adulterio, presupuesto *sine qua non* del tipo exculpatorio. En pureza de principios, la pérdida de la potestad marital, secuela del divorcio y aun de su previa situación de depósito, parece que ha de obstaculizar el privilegio de parricidio *honoris causa*, siquiera por la potísima razón jurídica de que, si el marido carece ya de poder sobre la obediencia y bienes de su mujer, menos aún ha de conservar el supremo de potestad sobre su vida. Se dirá que el dolo de ímpetu persiste por encima de tales situaciones de hecho, pero este argumento, válido en las sistemáticas subjetivistas del parricidio pasional, no lo es con idéntica fuerza en la nuestra objetivista, en que aparece, ante todo, como un derecho vinculado a hipótesis estrictamente de hechos. La extensión inconsiderada, sin embargo, llevaría a excesos insostenibles, como el de

que el marido pudiese seguir ejercitando su indefinido derecho de venganza sobre ulteriores relaciones legítimas o, por lo menos, por lo ilegítimas. La solución de limitación que queda apuntada parece evidente en el caso de divorcio o de separación por sentencia firme, pero es menos segura y hasta harto problemática en el de mero depósito. Que sea posible, empero, lo demuestra el supuesto paralelo de hijas impúdicas, que, hallándose en idéntica situación civil de depósito, caen fuera del presupuesto del párrafo tercero del artículo por no vivir en la casa paterna, como su texto exige.

En la excusa en favor de los padres suscítase igualmente la duda de si el precepto exculpatorio incluye las relaciones paternofiliales extramatrimoniales. En el Derecho español la afirmativa creo sea la solución más correcta, en tanto que se cumplan las solas condiciones exigidas de convivencia en la casa paterna y la minoría de veintitrés años.

La exclusión del privilegio respecto a los maridos o padres que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas, último inciso del artículo 428, se comprende sin necesidad de mayor argumentación. En la redacción de su texto, sin embargo, tampoco ha sido lograda la deseable claridad y precisión técnica. Es insólita e inadecuada, como ya se ha dicho, la referencia a la «prostitución», noción harto más precisa que las de yacimiento o adulterio a que en párrafos anteriores se hizo mérito, cual si las tres fueren sinónimas. Ateniéndose al texto, parece ser que el consentimiento o promoción del simple adulterio o yacimiento de la mujer o hija no priva de la excusa, siempre y cuando no mediaren actividades de tercería lucrativa; lo que, en efecto, resultaría absurdo y contrario al evidente propósito de la ley, que *minus dixit quam voluit*.

Aparte de la mentada imprecisión léxica, el término de «consentir» es igualmente fértil en dificultades de exégesis. La más ardua de todas es la de si por «consentir» ha de entenderse el perdón. A primera vista así parece, pero la redacción del artículo 450, en referencia a la interposición de querrela por adulterio, ofrece base para discriminar ambos conceptos, ya que à uno y otro se hace mención expresa en su texto al decirse: «y nunca si hubiese consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos». En el ejercicio de la vindicta de honor del artículo 428, en cambio, no hay nada parecido ni base, en consecuencia, para una arbitraria asimilación de los dos conceptos, y la hipótesis del perdón creo que queda excluída. Parece esto, a la vez, correcto y humano, pues todo lo que en esta materia pueda tener de aceptable y aun de heroico el perdón, tiene de odioso y omisoso el consentimiento. Esto, no obstante, el perdón que posibilita el ulterior ejercicio de la venganza de sangre, ha de versar sobre hechos análogos y pasados, en que el culpable de adulterio o corrupción reincidiere, pues es inadmisibile aceptar que, en re-

ferencia al mismo hecho, el vindicador pudiese adoptar primero una actitud benigna de perdón y luego otra homicida.

Las dificultades y aun incongruencias e injusticias que la estructura de nuestro artículo 428 es susceptible de provocar, y a las que acaba de hacerse sucinta referencia, son el mejor argumento en pro de su abolición. No por desconocimiento del valor que la honra conyugal o paterna merece, sino por todo lo contrario, en beneficio de la justa y precisa protección de tan altos valores éticos, que, como tales, han de ser siempre enjuiciados en forma personal. En el mecanismo circunstancial del Código español abundan, en la parte general, medios suficientes para llegar a idénticos fines de exculpación o de atenuación, y ello por vías menos arriesgadas y más susceptibles de individualización judicial que la torpe y arcaica excusa objetiva del artículo glosado. La provocación del número 5.º del artículo 9.º, la vindicación del 6.º, el motivo moral del 7.º, el arrebató u obcecación del 8.º del mismo artículo, para las atenuaciones, y el trastorno mental transitorio del número 1.º del 8.º para los más graves supuestos en que la exención se imponga, son fórmulas que resuelven, harto más correctamente que el privilegio actual del parricidio *in rebus veneris*, lo que en éste puede haber de atenuatorio o exculpatorio. Sobre todo, lo encuadran en su propio marco de motivación pasional y subjetiva, de acción de ímpetu, que es el único en que cabe situarle, con arreglo a las normas científicas y culturales de nuestros días.

SECCION LEGISLATIVA

