

mente implicará la adopción de un nuevo esquema con virtualidad, no para el inexistente artículo, pero sí para la solución de los reales y concretos supuestos que con él se regulaban.

Este trabajo pretendé desempeñar una doble función: *teórica*, en la medida que se relaciona con temas que tienen eficacia para distintos extremos (por ejemplo, delitos contra las personas, adulterio, eximentes, atenuantes, etc.); *práctica* —y ésta muy específica y primordialmente—, desde el momento que se persigue realizar un estudio de las soluciones que pueden resolver los casos concretos que hoy se encuentran huérfanos de especial regulación. Esta última queda destacada por dos órdenes de consideraciones:

a) Una genérica: afirmando el valor del estudio genuinamente dogmático, no se olvida, sino que antes se toma muy en cuenta, que aquí desempeña una función instrumental, tendente a conseguir “resultados prácticos, soluciones justas” (1). La última meta de la ciencia del Derecho “es el caso individual y su decisión...; su objetivo propio es la práctica jurídica; se trata de una ciencia práctica en la medida que se pone al servicio de fines prácticos” (2). Debe, pues, coadyuvar principalmente a preparar la decisión judicial, a “proveer de normas al juez” (3), para conseguir que aquélla sea más justa.

b) Otra específica, que proviene de la expuesta en a), reflejada en el particular contenido de este tema. Así se acentuó por Jiménez de Asúa la incoincidencia de la justicia del caso concreto “con la justicia de la serie que la Ley representa” (4), en inmediata referencia con los problemas que ofrecía el artículo 523 del Código de 1928. Todavía más en la situación actual: desaparecida una especial regulación legal, se le presenta al juzgador, con carácter de urgencia, la cuestión de qué normas puede y debe aplicar a los casos que aquélla

(1) J. OSSORIO MORALES, *El Derecho y la vida* (Discurso de apertura de Curso de la Universidad de Granada), Granada, 1960-61, p. 4. Sobre el problema general desarrollado en la anterior obra, J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español* (Discurso en la R. A. de J. y L.), Madrid, 1964, p. 46, nota 58, y la bibliografía allí citada.

(2) H. COING, *Gründzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950, en traducción española de J. M. MAURI, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, p. 266. De interés, RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. México, 1961, p. 660 y ss. A juicio de A. D'Ors, el derecho puede definirse en los siguientes términos: “derecho es aquello que aprueban los jueces”. Es, por tanto, una “realidad judicial. Se produce como individualización de unos criterios que llamamos *normas* mediante su aplicación a casos concretos que se presentan a los jueces”. Se trata, en consecuencia, de la concepción “judicialista” del derecho (Alvaro D'Ors, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1963, ps. 14, 16 y 148, entre otras).

(3) En expresión de EITHELICH, *Die juristische Logik*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, T. 115, p. 259 (Coing, *ob. cit.*, p. 266 recoge la anterior opinión). Vid. el sistema que preside la contribución de GERHARD O. W. METZLER, *El Derecho penal. Sus conceptos en la vida real* (trad. esp. de Suárez del Campo), Buenos Aires, 1963, *passim*, dirigido especialmente a la decisión judicial.

(4) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Prólogo* a la obra de J. PÉCO, *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1929, p. XV.

comprendía. Aquí radica, justamente, el sentido último de esta contribución.

*El sistema general* que se ha seguido puede resumirse muy brevemente:

El primer paso ha sido precisar, en lo posible, los contornos del suprimido artículo 428, para de esa forma conocer el suelo real y fáctico en que se sustentaba. Se trata, por tanto, de un proceso de delimitación de los distintos supuestos que se han visto afectados, esto es, de las concretas hipótesis que regulaba. Su justificación es obvia.

En segundo lugar, se realiza un examen de las soluciones apuntadas por la Ley de Bases de 1961, y simultáneamente de las propuestas por la doctrina, que ya se había adelantado, con buen criterio, al cambio legislativo.

Al mismo tiempo, se *seleccionan* las distintas respuestas que pudieran emplearse ante las preguntas que cabe hacer a la vista de la actual situación legal.

## II

### REVISIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 428 DEL CÓDIGO PENAL DE 1944 (\*)

#### 1. *Criterios de interpretación y principios informativos. Crisis del precepto.*

Los diferentes autores (5) que se ocuparon del tema han partido de (o conseguido) un criterio general, o varios, con el que interpretar el

(\*) El artículo 428 del Código penal de 1944 decía textualmente: "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 reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.—El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas."

(5) Vid., de entre la abundante literatura española al respecto: GALO SÁNCHEZ, *Datos jurídicos acerca de la venganza del honor*, en Rev. Filología Española, 1917, ps. 292 y ss. Q. SALDAÑA, *Siete ensayos sobre sociología sexual*. Madrid, 1927, ps. 153 y ss. F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, 1.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1931, páginas 142-143. Del mismo, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, p. 85. J. BASTERO, *La legítima defensa del honor*, Zaragoza, 1943, ps. 86 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Caracas, 1945, ps. 547 y ss. Del mismo, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1961, ps. 145 y 139. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, ps. 261 y ss. Del mismo, *La Criminología en la literatura universal* (Ensayo de propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias), Barcelona, 1951, ps. 91 y ss. Del mismo, *El uxoricidio como parricidio privilegiado*, en ADPCP, 1955, ps. 495 y ss. Del mismo, *Compendio de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1958, ps. 226-228. Del mismo, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1962, ps. 380 y ss. ANTON ONECA, *Derecho*

artículo 428, y desde él llevar a cabo sus reflexiones, frecuentemente críticas, sobre los distintos aspectos que el texto legal ofrecía. Los principios informativos que tradicionalmente ha subrayado la doctrina, en líneas generales, son los siguientes:

El artículo 428, se ha dicho reiteradamente, significaba una clara y evidente protección del honor, de la honra, en detrimento del bien vida humana, o en su caso, integridad física. Era, pues, consagración de una especie de derecho de vida y muerte, de venganza, en todo momento injusta. Se trataba, finalmente, de un entendimiento puramente *objetivo*, y así configurado no existe inconveniente en suscribir los variados y gráficos epítetos con que ha sido adjetivado por la doctrina científica.

Para otros, la razón de tan amplio privilegio provenía más de instancias *subjetivas*, que de consideraciones objetivas. Se fundaba entonces en causas psicológicas, que, verificándose en el sujeto activo, le colocaban en tal estado emocional, que no podían por menos que tener relevancia jurídica. Sin embargo, ello no es obstáculo para que, igualmente, fuera criticado con idéntica crudeza.

De esta forma se han acentuado las versiones objetiva o subjetiva, y con frecuencia se llegaba a concebir el 428 un tanto unilateralmente. El desdichado precepto, en su génesis, pretendió armonizar ambos criterios, y así lo cree Pacheco, quien estimándolo merecedor de "toda aprobación", afirmaba que "la ley de la defensa se aplica aquí *hasta cierto punto*; pues el marido que de esa suerte se conduce, no hay duda de que defiende su honor. La excepción de los *estímulos poderosos que arrastran irresistiblemente*, tiene aquí un caso que tampoco se puede dudar, pues que es imposible encontrar ni señalar otro mayor estímulo que el que precipita a un acto semejante". Y todavía más aleccionador es el siguiente pasaje: "para la inteligencia de este precepto es necesario atender a dos circunstancias: Primera, que la muerte o la lesión causada ha de ser en el acto de la sorpresa ejercida, no después, no dejando pasar algún tiempo. *El movimiento de honor que sirve de razón a la excusa, se hace digno de consideración y de respeto cuando arrastra, cuando decide obrar en el momento propio*. Si pasa tal ocasión, si ha lugar a otras consideraciones que las de aquella *primitiva cólera*, la ley no puede ya cerrar sobre ellas los

---

penal (P. Gen.), Madrid, 1940, p. 318. P. JULIÁN PEREDA, *El uxoricidio*, sep. de ADPCP, 1951. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal* (P. Esp.), Madrid, 1949, ps. 257-258. MIGUEL E. DE CARMONA, *El Adulterio en Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal*, Barcelona-Madrid, s. t., ps. 282-284. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid, 1956, ps. 367 y ss. CASTÁN VÁZQUEZ, *La protección al honor en el derecho español*, sep. de Rev. Gral. de Legis. y Jurisp., Madrid, 1958. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, (P. Esp.), 11 ed., Barcelona, 1961, ps. 500 y ss. D. MOSQUETE, *La impunidad del uxoricidio legal*, en Rev. Esc. de Est. Peniten., 1961, ps. 2698 y ss. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio por causa de honor y la reforma del Código penal*, sep. del Colegio de Abogados de Granada, 1962. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales*, Barcelona, 1963, ps. 186 y ss.

ojos, ni disimularla hasta el punto que aquí la disimula. Quedaremos entonces en los casos generales de la criminalidad y de sus circunstancias ordinarias. Entonces no es ya aquí, sino en el artículo 9.º del Código, donde se ha de buscar la atenuación de la pena" (6).

Pacheco, dentro de la legalidad entonces vigente, interpretó el texto legal, contemplando sus dos versiones, objetiva y subjetiva, pero sin pretender crear antagonismos entre ellas. Sin duda, parte del *honor* en su exégesis; pero éste, por sí solo, no era suficiente para explicar la existencia del 428, y el privilegio que encerraba. Justamente la acentuación, o mejor, radicalización del primero, originó que algunos supuestos se convirtieran en trágicas caricaturas, y que a un cierto nivel cultural fuera calificado el precepto en cuestión de "ancestral". Un caso concreto puede aclarar el razonamiento: en un adulterio, puede suceder que el honor, en la medida que supone un juicio valorativo de instancia social, no se menoscabe, si aquél se mantiene en la más estricta intimidad de los adúlteros. El marido sorprende en los términos del 428 a ambos y les produce la muerte. Ocurre entonces que al realizar esta acción es, precisamente, cuando tendrá resonancia ante terceros, y también cuando podrá ponerse en tela de juicio la honorabilidad del marido, o, por el contrario, aplaudir su actitud; pero no antes, ya que era desconocida la denominada "afrenta".

De aquí que, en consecuencia, tuviera un sentido la *sorpres*a, pues, en definitiva, describía una situación más apropiada para valoraciones del aspecto subjetivo, y que la propia redacción del precepto ofreciera fundamento para sostener, con buenos argumentos, que el criterio informador del 428, conforme se expresó un sector de opinión, debía construirse con una base psicológica y emocional (7). Resultaba así exacta la afirmación de Pacheco de que pasado ese momento ya no sería aplicable el 428, sino que las razones de atenuación habría que buscarlas en el artículo 9.º del Código de 1848, a la sazón vigente. Así iniciada la interpretación, situaba en el ámbito subjetivo, no sólo

(6) J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, Madrid, 1849, p. 72. De "tan extraordinario impulso" hablaba Vizmanos (Tomás M.<sup>o</sup> DE VIZMANOS, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, p. 346).

(7) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito cit.*, p. 548. *Tratado cit.*, tomo IV, p. 145. De interés, sobre dicho extremo, Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1955, ps. 59-84. Para ANTRÓN ONECA, "el artículo 428 previene un supuesto de emoción violenta, de arrebato u obcecación" (*ob. cit.*, p. 318). CUELLO CALÓN afirma que es "una verdadera causa de exclusión de la culpabilidad", y que se funda "en la estimación del estado de profunda perturbación de la conciencia, del arrebato incontenible, ...este es su verdadero y único fundamento" (*ob. cit.*, ps. 500 y 504, nota 1). RODRÍGUEZ MUÑOZ alude al "impetu de justo dolor" y al "efecto exculpatorio del justo dolor" para explicar el privilegio (*Nota a la trad. esp. del Tratado de Derecho penal*, de E. Mezger, t. I, nueva ed. rev., Madrid, 1955, p. 162). De interés PECO, *ob. cit.*, ps. 161-165. También la extensa y casuística exposición de V. MELLISSI, *Del amor al delito (Delinquentes por erotomanía psicosexual)* traducción española, t. II, Madrid, s. f., ps. 3-95.

con fundamento en la voluntad del legislador, sino también en la *voluntas legis*, desde el momento que si bien no se había descrito ni exigido expresamente un especial estado de ánimo, se relatava una situación objetiva (sorpresa en adulterio, o su equivalente conducta en el penúltimo párrafo), que necesariamente le suponía (8).

Ahora bien, no quiere decirse con lo anterior que el honor careciera de toda virtualidad interpretativa, sino que solamente con su concurso no podía explicarse satisfactoriamente el 428. Ni siquiera aceptando su desdoblamiento en honor *subjetivo* (sentimiento de la propia estimación) y *objetivo* (reconocimiento de aquélla por los demás, buena reputación) (9) podía ofrecerse un criterio unitario y excluyente en la interpretación: el primero sólo se ve afectado por actos del propio sujeto (10); el segundo puede no contradecirse, conforme hemos visto. Por lo demás, a pesar de que el honor así entendido dotaría de mayor facilidad de movimientos en la exégesis de esta especial figura, su bondad dogmática es negada—especialmente en su dimensión subjetiva—, por recientes contribuciones sobre el tema, también para el derecho español (11).

El honor, sin embargo, operando sobre el sujeto activo, le colocabá, a la vista de la situación descrita por el 428, en una alteración psicológica que podía explicar, con más o menos justicia, el privilegio que implicaba. El deseo de conservarlo era tan fuerte—deseo que se originaba por la vigencia de unos determinados esquemas sociales y culturales—, que inevitablemente producía una “violentísima emoción” (12).

(8) En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 392. No se trata, pues, de que el 428 exclusivamente consagraba un “derecho a matar”, como afirma RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español* (P. Esp.), II, Valladolid, 1964, p. 47, nota 16 bis.

(9) La distinción es aceptada en la doctrina española, entre otros, por SÁINZ CANTERO, *El contenido sustancial del delito de injurias*, en ADPCP, 1957, ps. 90 y ss. CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, p. 5, especialmente referido al tema en cuestión. Vid. para la versión objetiva y subjetiva del honor en el Derecho romano, M. BARBERO, *Los delitos contra el honor en Roma*, sep. de la Rev. Jurídica Veracruzana, Xalapa, México, 1962, p. 15.

(10) Es “común opinión de que el honor interno no puede ser menoscabado más que por acciones del mismo interesado”, (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, p. 179 y la bibliografía allí citada).

(11) En contra de la distinción se muestran, recientemente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, ps. 998-999. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, páginas 178-179.

(12) Así, expresamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, p. 145. A juicio de FERRER SAMA es “uno de los casos de más fuerte privilegio penal reconocido por el derecho positivo en razón al reconocimiento del valor del móvil y del estado anímico del sujeto”, aunque, en definitiva, “la única fundamentación posible de esta norma no es otra sino el reconocimiento por parte de la ley de una idea que estimamos desviada de las sanas concepciones éticas, cual es la de la aceptación de un derecho de venganza... viniendo así a presentarse la exigente o cuasi exigente como caso de consagración legal del principio de la no exigibilidad” (*ob. cit.*, ps. 367 y 369). SÁINZ CANTERO afirma por su parte lo siguiente: “nosotros, en monografía aún inédita, explicamos la razón del

No obstante, inmediatamente surgirá la objeción de que pudiera suceder que el padre o el marido permanezcan interiormente impasibles, y consiguientemente carecería de la nota de generalidad para explicar satisfactoriamente todos los supuestos, en la forma que Quintano Ripollés en reiteradas ocasiones y con agudeza ha planteado (13). Abundando en ese pensamiento afirma que "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" (14). Y si este último caso tenía acogida en el 428, ¿no parecería todavía más injusto el anterior artículo? A su juicio, la "torpe pero clara contextura" del precepto, obliga a reconocer que también gozaba del amplio beneficio que llevaba consigo. Sin embargo, pudiera pensarse que más que "torpe", la fórmula legal española quizá fué ingenua en su redacción y, en verdad, fiel reflejo del espíritu que animaba su época. En ese sentido, entendió que *siempre* que se producía un hecho como el previsto por el 428, *siempre* éste ocasionaba una fuerte conmoción emocional y psicológica, y de ahí la razón de ser de un artículo destinado a privilegiar actuaciones de esa índole, con carácter general, y sin tener en cuenta el juego de posibles atenuantes o eximentes, ni el caso concreto en particular. La posición de nuestra legislación podía formularse mediante la siguiente regla general: no es imaginable que ante situación semejante se permanezca impasible.

De esa forma es acertada la intuición de Quintano Ripollés cuando alude a una "presunción de *impetu* de defensa del honor" (15), que más que presunción era expresión de la estimativa de valores que socialmente regían, y de una imagen del hombre, enclavada en el momento histórico, cultural y social en que se genera el precepto, o cuando menos de un desecho del legislador de que así se *debiera ser*, o mejor, se pudiera y *debiera* reaccionar.

Además de la anterior función desempeñada por el honor, como determinante de una especial situación anímica, fué tenido *también* en cuenta por el legislador no en forma tan sobresaliente, sino más bien limitada e indirecta. El último párrafo del 428 se refería a que "el beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas". Fué calificado como "plausible" por Groizard y "escrito con

privilegio en base al principio de *no exigibilidad* que tiene innegable presencia en nuestro Código penal, distinguiendo en el artículo en cuestión un supuesto de no exigibilidad de otra conducta (cuando no resulta muerte o lesiones graves), y otro de menor exigibilidad (en el caso de muerte o lesiones graves)". (*El uxoricidio cit.*, ps. 3-4). Vid. también, del mismo autor, *Las causas de inculpabilidad en el Código penal. (El principio de no exigibilidad)*, sep. de Rev. General de Legis. y Jurisp., Madrid, 1963, aunque ya no se trata específicamente.

(13) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, ps. 392 y ss. *El uxoricidio cit.*, página 500. *La criminología cit.*, p. 93. *Comentarios cit.*, p. 262. *Compendio cit.*, página 226.

(14) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 506.

(15) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 500.

suma razón" por Pacheco: pero, sin embargo, este último, con su fina intuición, ya apuntaba que "no nos disimulamos por cierto que la aplicación de este principio podrá traer dificultades y disputas... y los tribunales lo aplicarán resolviendo aquéllas", etc. (16). La previsión de Pacheco era exacta, no por la frecuencia con que se presentaran ante los tribunales casos relacionados con este apartado, sino porque "tampoco en la redacción del texto se ha conseguido la claridad deseable" (17). La dificultad más insalvable nacía, concretamente, de la alusión a la "prostitución", que llenaba de perplejidad al intérprete (18). Constituye, al menos con una visión superficial, un grave contrasentido. La crítica de Quintano Ripollés era perfectamente comprensible pues casaba muy mal el empleo del término prostitución con nociones como adulterio, yacimiento, corrupción, etc.

Con fundamento en ella, sin duda, resultaría absurdo e injusto que el marido que ha consentido el adulterio, pero no la prostitución de su mujer, o el padre que ha aceptado las relaciones de su hija con su corruptor, sin que pueda hablarse de prostitución, pudieran beneficiarse del privilegio. Es decir: el eje sobre el que se movía la crítica era el de la diferenciación entre prostitución y la conducta que debían encontrarse realizando los sujetos pasivos (yacimiento), esto es, que no todo yacimiento supone necesariamente la prostitución de la mujer casada o de la hija menor de veintitrés años.

¿Por qué entonces el legislador empleó esa fórmula que, en definitiva, significaba ya una ampliación del privilegio en aquellos casos en que se consintiera, simplemente, el adulterio o la relación sexual de las hijas? ¿Qué ha querido decirse con tan "sorprendente" apartado? ¿Por qué no excluyó del privilegio a quien consintiere, sin más, el yacimiento de su mujer o su hija?

El legislador español ha sido en muchas y diferentes ocasiones censurado por la doctrina, y con frecuencia acertadamente. Otras, sin embargo, con menos fortuna, pues nuestro viejo texto legal ha ido más lejos de lo que en principio pudiera pensarse. Generalmente, ha existido un *por qué* más profundo de lo que parece, que le ha movido a adoptar esta o aquella actitud.

Resultaba sorprendente el último párrafo del 428; pero lo era más todavía se tratara de un simple error, sin el menor fundamento, que le pusiera en abierta contradicción con el resto del artículo. Aún más

(16) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870. concordado y comentado*, t. IV, Salamanca, 1891, p. 598. PACHECO, *ob. cit.*, p. 73. Para VIZMANOS, el "párrafo final es tan justo en su principio, como acertado el acuerdo de escribirlo en este sitio" (*ob. cit.*, p. 347).

(17) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397.

(18) En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397-398. También RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, cuando afirman "que debía desaparecer la especial referencia a la prostitución en el caso del consentimiento, al objeto de incluir otra serie de supuestos en los que el marido o padre consiente el adulterio o las relaciones ilícitas de su mujer e hija, sin que pueda de ningún modo ser considerada la conducta de éstas como incluida en el concepto de prostitución" (*ob. cit.*, p. 258).

extraña parece la actitud laudatoria de Pacheco, Vizmanos y Groizard, que anduvieron sobrados de ingenio para advertir las inconsecuencias, en este caso evidentes, que pudieran derivarse. Era interesante, al objeto de conseguir una correcta delimitación del precepto, sugerir al menos una solución, una salida, que no quebrantara su armonía ni lo que en sí significaba en su totalidad. Dos interpretaciones podían ofrecerse:

a) La primera, que con la expresión "promover la prostitución", se comprendía ya el simple consentimiento en el yacimiento de la mujer, o de la hija. Se pensaría que quien consiente en el adulterio o en la corrupción de su hija, las está promoviendo a que se prostituyan. No obstante, siempre subsistirá el inconveniente radicado en el carácter económico, lucrativo y público, que informa la prostitución y que puede no perseguirse con el mero consentir las relaciones sexuales, y de esa suerte afirmar que podía darse que se consintiese tan sólo en yacer, sin que entren en juego otras consideraciones, que incluso pudiera no desearlas el sujeto activo.

b) Quizá sea acertada, sin embargo, la segunda actitud que pudiera seguirse. Precisamente ella proviene del entendimiento que hacemos de los principios generales que informaban al 428. La cláusula final del artículo, y la expresa indicación a la prostitución, debe ponerse en contacto con la función desempeñada por el honor. Así, pues, tenía un *por que* la alusión a la prostitución, y no debía ni podía ponerse en relación este último párrafo con el adulterio, ni con el yacimiento, pues se contemplaban y perseguían finalidades distintas.

Cuando se decía que no se beneficiaban del 428 quienes hubieren promovido, favorecido o consentido la prostitución de sus mujeres e hijas, se afirmaba que no gozarán de la privilegiada situación quienes se encuentren deshonorados, es decir, carezcan de honor en este sentido, por haber permitido y propugnado, dentro del esquema valorativo, implícito en éste, tan censurable dedicación.

No debe olvidarse que la prostitución—incluso se llama mujer pública a la que a ella se dedica—, supone una publicidad del deshonor, un juicio desvalorativo más fuerte socialmente, y también más cierto y seguro, que el simple consentir, que en más de una ocasión se resolverá en la intimidad de los sujetos, y contemplado desde fuera, siempre estará expuesto a conjeturas. El marido o padre que permite la prostitución de su mujer o hijas, no sólo consiente el adulterio y la corrupción, sino algo más: expone públicamente su falta de escrúpulos y muestra, de igual forma, su total ausencia de honor. A juicio del legislador español, era perfectamente verificable la siguiente proposición: si el sujeto activo se comportaba de esa forma, carecía, con toda seguridad, de honor. No tenía, pues, honor que salvaguardar. En consecuencia, no podía acogerse al 428 con el benévolo tratamiento que implicaba. Ahora bien, a efectos del 428, sólo se perdía, en forma que no dejaba lugar a dudas, cuando se estaba a presencia de su último párrafo. Por tanto, los que lo pierdan de esa concreta manera.



no podrán beneficiarse del privilegio: el honor es posible lesionarlo, e incluso perderlo, de muchos modos: pero *sólo* producirá efectos relevantes, dentro del citado artículo, cuando se dispare por facilitar, promover o consentir la prostitución de la mujer e hijas.

El honor, por consiguiente, funciona, en ese sentido, de forma indirecta y discriminatoria, en la medida que concreta quiénes podían acogerse o no al privilegio. No quiere decirse, sin embargo, que se presentara como exclusivo principio informativo, pues siempre se conectará a la alteración psicológica e irá paralela a ella: quien carecía de honor, por cumplimentar cuanto decía el párrafo último del 428, con toda seguridad podrá contemplar impasiblemente la situación en que se encuentran los sujetos pasivos. El máximo extremo del deshonor, dentro de la lógica del precepto, lo constituye la descripción de su último párrafo. Es más, podría afirmarse lo siguiente: el marido o padres que consienten el yacimiento de su mujer o hijas, todavía pueden tener honor; consentir en el yacimiento no significa consentir en el yacimiento con deshonor (prostitución de la mujer o hija). ¿Y qué *shock* emocional tendrá quien de esta última forma se ha comportado?

Sin embargo, la introducción del citado artículo en la reforma de 1944 obedeció posiblemente a un grave error de perspectiva histórica, que ha sido censurado inteligentemente por la doctrina española (19), sin que sea objeto de este trabajo detenerse más sobre ello. Su crisis actual, que finaliza con la total supresión, significa, en inmediata relación con los principios que la informan, lo siguiente:

a) Una visión del hombre de nuestro tiempo que no coincide con la utilizada por el antiguo legislador, y en la que se destaca, fundamentalmente, su consideración como persona responsable (20), en-

(19) Así E. DE CARMONA, *ob. cit.*, p. 283. FERRER SAMA, *ob. cit.*, p. 369. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, ps. 2 y ss. J. PEREDA, *art. cit.*, 26-29 (de la sep.). Un resumen de la tesis de algunos autores en el discurso del señor Puigdollers recogido por el *Boletín Oficial de las Cortes españolas*, núm. 721, sesión de 20-XII-1961, ps. 15241-15250. En general, salvo excepciones, la doctrina española se ha mostrado contraria al precepto. Vid. la nota 5 de este trabajo. La supresión ha sido acogida favorablemente: vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La reforma del Código penal*, en ADPCP, 1961, ps. 458-459. F. BUENO ARCÚS, *La ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales*, en Rev. est. peniten. 1961, p. 3384. Recientemente, del mismo, *La reforma del Código penal español en 1963*, en Rev. est. peniten. 1963, p. 544. RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma penal*, en Rev. de Derecho judicial, núm. 9, 1962, ps. 105-106. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 199-200. RODRÍGUEZ DEVEESA, *Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis. DEL ROSAL, COBO MOURULLO y CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, ps. 519-520. Debe reseñarse, no obstante, que en el discurso antes citado se manifiesta que se presentaron enmiendas en favor del mantenimiento del 428 por los señores Díaz Llanos y De Miguel Hernández; es más, se dice que "la Ponencia, por su parte, tomó en consideración estas dos enmiendas, singularmente la del señor Díaz-Llanos, y propuso el mantenimiento de este artículo 428, matizando más el último párrafo" (p. 15247).

(20) Vid., de interés V. CAVALLO, *Libertá e responsabilidad*, Napoli, 1934, página 2. Viktor E. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., México,

contrándose muy lejana de una contemplación retórica del mismo, sobrecargada de componentes irracionales, y, en un cierto modo, inmersa en un mundo de mitos.

b) Una muy diferente estructuración social, que niega el valor de "moral social relativa" al llamado sentimiento del honor que, como mostrara Menéndez y Pelayo, incluso se afirmaba en contra de la moral cristiana (21).

c) Una mayor acentuación del respecto a la dignidad e intangibilidad de la persona humana (22), sin que sufra el menor detrimento su protección jurídica por consideraciones provenientes de instancia social, o por bienes tan situacionales y problemáticos como el honor o la honra.

d) Un entendimiento de la justicia, más real e individualizado, siempre dirigido a la diversidad y espontaneidad con que se presenta el caso particular, que hace saltar los esquemas generales, y con mayor razón, presunciones legislativas. Consecuentemente, la posibilidad de una más fina y especializada valoración judicial, subrayada ya por Quintano Ripollés en esta misma cuestión (23).

Las anteriores consideraciones, sentidas antes por la doctrina que por el legislador, llevaron a aquella a desencadenar un fuerte ataque, mostrando, una y otra vez, los inconvenientes de mantener el 428. Dicha censura, en alguna ocasión, no tuvo inconveniente en radicalizar argumentos puramente formales, o en descender a un singular casuismo, para dejar abierta una brecha en la fórmula legislativa, por la que penetrara la idea de que se prestaba a las mayores y más flagrantes injusticias, por si ya no fuera injusta desde su inicio. Por tales razones, quizá justificadamente, se han llevado a situaciones límites los principios que podían informar el 428; se ha creado cierta

---

1950, p. 40 y ss. H. H. JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, ps. 20-21. G. STRATENWERT, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957, ps. 13-14. G. GONNELLA, *La persona nella filosofia del diritto* (ristampa), Milano, 1959, p. 144. Vid. el estudio de W. WEISCHDEL, *Das Wesen der Verantwortung*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt a. M., 1958, esp., ps. 105-110.

(21) CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, ps. 12-13. Lo que no significa desconocer, como afirma el autor citad., que "el concepto del honor responde a un noble sentimiento humano, el de la dignidad personal, y conduce a buenas acciones y a bellas empresas" (p. 13). De interés las críticas al uxoricidio *honoris causa* de Diego VICENTE TEJERA, *El adulterio*, La Habana, 1928, ps. 185-200, fundadas precisamente en un entendimiento equivocado y radical del honor, como fundamento de dicha figura.

(22) Vid. la presentación de J. RUIZ-JIMÉNEZ a la *Encíclica "Pacem in terris"*, de S. S. Juan XXIII, Madrid, 1963, ps. 18-19 entre otras. Especialmente la parte primera, del "orden entre los seres humanos", apartado titulado: "todo ser humano es persona, sujeto de derechos y de deberes" (p. 61). De interés los *Comentarios civiles a la encíclica "Pacem in terris"*, Madrid, 1963. En inmediata referencia con nuestro estudio, J. PEREDA, *art. cit.*, ps. 10-26.

(23) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 500. Expresamente se dice por el P. PEREDA: "nuestra conclusión final sería que el artículo del uxoricidio podía eliminarse del Código, dando mayor arbitrio al juez para penar los casos de esta naturaleza" (*art. cit.*, p. 31).

confusión, cuando precisamente el problema era suficientemente claro en ese terreno; se ha pretendido extender desmesuradamente su campo de aplicación, para de esa forma aludir a su injusticia e improcedencia: en suma, se ha desvirtuado lo que el 428 significaba en su más rigurosa y estricta acepción.

Resumiendo las distintas consideraciones antes expuestas, tenemos, que el criterio interpretativo e informador del 428, era un criterio *mixto*, en el que si bien se tenía en cuenta el honor en las formas indicadas, se centraba en última instancia, y como consecuencia de un examen más profundo, en las *alteraciones y anomalías perturbadoras del ánimo del sujeto activo*, con lo que será fundamentalmente *subjetivo*.

Conseguido el citado criterio deberá revisarse igualmente el ámbito del 428, con base en un examen de los componentes de la redacción legal.

## 2. Sujetos.

Desde el punto de vista de los sujetos su contorno queda delimitado con precisión objetiva. Su diferenciación, en este sentido, es clara: serán *sujetos activos* el marido y los padres. El primero, constituye una cualificación normativa que se determinará de acuerdo con el ordenamiento civil y canónico, y que persiste, "con tal de que no hubiera sido previa y válidamente anulado", el matrimonio (24). Los segundos, suponen una cualidad natural, un vínculo sanguíneo, y será suficiente con que éste se dé para que se pueda ser sujeto activo y por lo mismo no podrá incluirse el parentesco adoptivo que parece estar en contra de la interpretación restrictiva del 428, como lo entendió la jurisprudencia, y en desacuerdo con los principios que le informaban. Sin embargo, se ha afirmado que su inclusión no es "imposible" (25). Por último, el plural empleado (los padres) da a entender que también podía extenderse a la *madre* (26).

Con el mismo esquema puede resolverse la determinación de los *sujetos pasivos*. Para la mujer es válido lo expuesto en referencia con

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 396. Vid. el casuismo que plantea dicho autor en la pág. 397 y en *El uxoricidio cit.*, ps. 508-509. También lo expone sobre la citada cuestión en DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (P. Esp.), t. I, Madrid, 1962, ps. 165-168.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397.

(26) En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, p. 504. Interesante al respecto, la opinión de VIZMANOS: "sentimos decir que contra nuestro voto e insistencia razonada se ha incluido en el que comentamos la de colocar a los padres respecto de las hijas menores de veintitrés años, mientras vivieran dentro de la casa paterna, en el mismo caso que al marido para concederles la exención de pena o idéntica minoración de ésta. Excusamos alegar ante el público las razones que expusimos para apoyar nuestra opinión al tiempo de discutirse este artículo: demasiado al alcance se encuentra para los hombres entendidos, que es a quienes compete decidir entre el voto de la mayoría de la Comisión y el que no logró obtenerla" (*ob. cit.*, p. 347).

el sujeto activo marido. Relacionado el 428 con el 449, el otro sujeto pasivo deberá ser necesariamente *varón* distinto al marido, y también deberán ser varones los "corruptores" a que alude el último párrafo del primer artículo, por obvias razones de semejanza, y consecuentemente con el entendimiento general del 428. Dado que es un vínculo natural, sanguíneo, será irrelevante se trata de hijas legítimas o no, pues basta con que sean hijas, para poder ser sujetos pasivos (27), con la condición de no tener todavía veintitrés años y vivir en la casa paterna.

### 3. Situación fáctica de los sujetos pasivos

Con el presente título se precisa la situación *en* la que por exigencias del 428 debían encontrarse los sujetos pasivos. En atención a que el párrafo primero hablaba del adulterio, y en el penúltimo se empleaba expresión diferente, es preferible utilizar el término "situación fáctica", al objeto de lograr unidad terminológica. Antes de nada debe advertirse que se trataba de una situación de hecho, desde el momento que los sujetos pasivos debían estarla verificando, para que pudiera aludirse al 428.

La cuestión principal que se plantea es lo que deba entenderse por *adulterio*. Problema que necesariamente habrá que resolver, y que no deja de presentar dificultades. Debe consignarse, que nuestro examen se centra exclusivamente en la *conducta* de adulterio.

En el plano estrictamente formal el presente extremo queda resuelto con el párrafo segundo del artículo 449 del Código penal que describe la conducta del adulterio concretándola al verbo *yacer* (28). Pero una precisión real del término ya no es problema tan simple, pues siempre se preguntará: ¿qué se entiende por *yacer*?, es decir, ¿cuándo se verifica efectivamente la conducta típica? Se trata, en última instancia, de encontrar los límites de ésta, y por tanto, en los que podía situarse el 428, y de aquí la importancia para nuestro estudio que pretende acotar su ámbito de aplicación. No puede aceptarse en este examen una simple respuesta formal, sino que al contrario se exige una formulación concreta y real, referida a la conducta de los sujetos pasivos del 428.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que *yacer* equivale a "tener acceso carnal", a "conjunción sexual", a "cópula", a "relaciones ilícitas", a "cohabitar", etc. (29). Dentro de esa misma

(27) "Solución más correcta", a juicio de QUINTANO RIVOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 509. El mismo autor en *Tratado cit.*, p. 397 afirma que comprende "probablemente a los legítimos e ilegítimos", en referencia con el sujeto activo padres.

(28) Dice: "cometen adulterio la mujer casada que *yace* con varón que no sea su marido, y el que *yace* con ella, etc."

(29) Vid., por ejemplo, SS. 28-V-1954, 30-VI-1955, 8-IV-1953, 14-IV-1958, 27-X-1959, etc. Para la jurisprudencia anterior a 1954, vid. un resumen en F. DE CARMONA, *ob cit.*, ps. 315-369.

línea la doctrina científica se ha pronunciado con distintos matices. Para Groizard se "requiere el acto carnal" (30). Autores más modernos plantean la cuestión bien en el 449 o en el 429 (violación), donde también se emplea el verbo yacer, llevando a cabo un entendimiento de éste amplio o restrictivo. Rodríguez Muñoz-Rodríguez Devesa, afirman que "por yacer se entiende la cópula o conjunción carnal en un sentido *amplio*, es decir, para la consumación basta la *conjunctio membrorum* no siendo necesaria ni la *inmissio seminis*, ni que la *inmissio penis* sea completa" (31). Una posición amplia es sostenida expresamente por Ferrer Sama, comprensiva tanto del acto contra natura como del acto de libidine, pues, "no se opone a esta doctrina el empleo del verbo yacer por parte del Código ya que el mismo, gramaticalmente no implica sino tener trato carnal con alguna persona (Diccionario de la Lengua), y desde el punto de vista jurídico lo razonable es incluir en el adulterio a tales actos" (32). A juicio de Quintano Ripollés, de manera *restrictiva*, el término es equivalente "en lo jurídico, a introducción del miembro viril en el órgano genital femenino, sin exigencia de eyaculación" (33), y concretamente, al estudiar el adulterio, dice "la clara exigencia de yacimiento excluye otras situaciones de infidelidad que no sean la de cópula carnal, incluso las de contra natura" (34).

Como puede observarse la doctrina española, a pesar de contar con una expresa descripción normativa, ha sostenido dos posiciones: una, rígida y estricta, que centra la conducta en la mera cópula carnal; otra, amplia y elástica, que comprende actos sexualmente equivalentes a la primera, incluso los denominados contra natura (35). La

(30) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. V, Salamanca, 1893, p. 24. PACHECO, *ob. cit.*, ps. 113-114. VIZMANOS, *ob. cit.*, p. 368.

(31) RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (en col. con Jaso Roldán), p. 262 (violación), y la misma posición en la p. 275 (adulterio). Posteriormente RODRÍGUEZ DEVESA dice que, "yacer es tener acceso carnal" y que "el acceso carnal no requiere la eyaculación" (*Derecho penal cit.*, p. 157)..

(32) FERRER SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t. II, Barcelona, 1950, p. 426. CUELLO CALÓN, tras exigir para que exista delito un "acto de yacimiento, de unión carnal", dice en nota que "en contra de esta opinión tradicional se ha sostenido en Italia que todo género de unión carnal, incluso la realizada contra natura y la perversa, integran este delito, criterio que estimo certero y justo, pues en tales casos la repugnante obscenidad del acto lesiona más gravemente aún el deber de fidelidad y el orden jurídico matrimonial" (*ob. cit.*, p. 577, nota 2). Vid. también la exposición de E. DE CARMONA, *ob. cit.*, páginas 267-269.

(33) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 270.

(34) QUINTANO-RIPOLLÉS, *Compendio cit.*, p. 273.

(35) Vid., por ejemplo, en la doctrina alemana, K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), t. I, 2.<sup>a</sup> ed. Leipzig, 1902, p. 221-222. ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.<sup>a</sup> ed., Leipzig-Erlangen, 1922, p. 412. MEZGER, *Strafrecht* (Studienbuch) (Besond. Teil), 4.<sup>a</sup> ed. München-Berlin, 1954, p. 276. KOLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed. Berlin, 1959, p. 412. JAGUSCH, *Strafgesetzbuch* (Leipziger-Kommentar), t. II, 8.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1958, p. 75. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 9.<sup>a</sup> ed., München-Berlin, 1959, p. 690. WEIßZEL, *Das deutsche Strafrecht* (Eine syste-

restrictiva obedece a una comprensión estática y simplista del adulterio, y consecuentemente de la conducta que éste supone. Su génesis hemos de verla en un residuo de la concepción que fundaba esta figura delictiva, sustancialmente, en la *turbatio sanguinis* (36). En este sentido, es justificada la afirmación de Quintano Ripollés de que “es fácil descubrir que la finalidad que el legislador persigue no es tanto moralizadora como conservadora de un estado de legitimidad, quizá *más filial que conyugal*” (37).

Sin embargo, una interpretación objetiva de la ley que tenga en cuenta la evolución del pensamiento penal en referencia con el adulterio, obliga a plantear la cuestión de forma dilemática: o se radia el adulterio del elenco de figuras delictivas del libro II del Código penal, o se acepta que por yacer debe entenderse algo más que lo expuesto por la tesis restrictiva. El intérprete, ante un derecho positivo que descarta expresamente la primera, deberá encontrar salida a la segunda, con base en las razones siguientes:

a) Consideraciones ético-sociales y de justicia abonan por la interpretación amplia, en la medida que cabe aducir, como hace la doctrina, a una serie de actos que, sin ser propiamente “introducción del miembro viril en el órgano genital femenino” (Quintano Ripollés), son, sin duda, igual o más graves desde la desvaloración que significa el adulterio, y que denotan, cuando menos, un mismo componente erótico (coito vulvar, oral, anal, etc.) (38).

b) Con fundamento en lo expuesto sobre el bien jurídico protegido en el adulterio, en la forma desarrollada en otro lugar (39), su comprensión tolera perfectamente la pretendida amplitud, y a nadie se le ocurre dudar que en tales casos no se quebranta de la misma

matische Darstellung), 7.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1960, p. 362. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), 2.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe, 1956, ps. 360-361. DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., München-Berlin, 1956, p. 234. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1931, p. 389 y la bibliografía por ellos citada. Es doctrina dominante la exigencia de cópula normal, única que puede constituir adulterio. Los actos contra natura, mejor que adulterio, son injurias al marido.

La doctrina italiana se encuentra dividida, en la forma apuntada en el texto, vid., por ejemplo, F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal, dictado en la R. U. de Pisa* (P. esp.), vol. III, trad. esp. dirigida por S. SOLER, Buenos Aires, 1946, pags. 269 y siguientes. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (P. esp.) T. I. Milano, 1960, pág. 330. PISAPIA, *Delitti contra la famiglia*, Torino, 1953, pág. 514 y ss. VANNINI, *Manuale di diritto penale* (P. esp.), nueva ed. Milano, 1951, pág. 250. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, nueva ed. Torino, 1951, p. 680-681. MAGGIORE, *Derecho penal* (P. esp.), vol. IV, trad. esp. de ORTEGA, Bogotá, 1955, p. 190-192, y la bibliografía por ellos citada.

(36) Vid. M. COBO, *El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)*, en ADPCP, 1963, ps. 516 y ss.

(37) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 302.

(38) Vid., por ejemplo, en MANZINI, quien expone los mismos supuestos cuando desarrolla la noción de “congiungimento carnale” con validez para la violación y el adulterio (*ob. cit.*, p. 268).

(39) Vid. nota 36 de este trabajo.

forma, e incluso más acremente, que en aquellos otros de la interpretación restrictiva.

c) Se propugna, pues, por un entendimiento *amplio*, hasta cierto punto, referido a la cópula carnal, que, sin embargo, descarta la tesis radicalmente extensiva que comprende las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, que de ninguna forma pueden constituir adulterio, ni yacimiento, en el ámbito legal, a la vista de la clara y terminante redacción del artículo 449, y a pesar de lo expuesto en *a*) y *b*) y de que, conforme dijera Pisapia, debieran ser objeto de reflexión con vistas a una incriminación autónoma (40).

De acuerdo con lo expuesto, pudiera reforzarse la tesis de quienes así conciben el verbo yacer: éste no sólo debiera comprender la introducción del miembro viril en el órgano femenino, sino también otros actos que *objetiva* y subjetivamente son equivalentes. Equivalencia, además, que no es ambigua e incierta, como cree Contieri (41), conforme exponemos a continuación.

Ahora bien: hablar de "equivalencia" crea la obligación de ofrecer el criterio en virtud del cual puede ser determinada, es decir, desde el que podemos enjuiciar un comportamiento como implícito en el verbo yacer. Criterio que fundamentalmente será *objetivo* de acuerdo con la situación descrita por el 428 que se proyecta sobre un tercero (sujeto activo, marido o padres), al que se le presentará, antes de nada, como es natural, el aspecto externo de la conducta (42).

La primera consideración que debe hacerse es la proveniente de la naturaleza del acto y de la relación que implica, cual es la sexual. Por esto se exige, en la tesis restringida, el concurso de los órganos de mayor intensidad sexual, como son los genitales. Sin embargo, no se agotará en su normal conjunción el verbo yacer, y de ahí la amplitud con que éste es concebido, y también la necesidad de emplear un criterio de equivalencia. Dentro de este mismo pensamiento es correcta la afirmación de Manzini, cuando dice que "el delito subsiste tanto en caso de coito vaginal, cuanto en aquellos supuestos de coito anal y

(40) PISAPIA, *ob. cit.*, ps. 520-521. Vid. A. SABATER, *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*, Barcelona, 1962, ps. 206-213, con algunos datos. De interés R. PELLEGRINI, *Sexuología*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. esp. de PIGA S. MORATE, Madrid, 1956, p. 716 y s.: "la homosexualidad se haya mucho más difundida entre las mujeres que entre los hombres", p. 716. En contra, KINSEY y colaboradores, *Conducta sexual de la mujer*, trad. esp. de ECHAGÜE, Buenos Aires, 1954, p. 455. De interés, R. KLIMMER, *Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage*, Hamburg, 1958, ps. 139 y s. M. BOKAPARTE, *La sexualidad de la mujer*, trad. esp. de DUBCOVSKY y FRIEDENTHAL, Buenos Aires, 1961, páginas 11 y s.

(41) E. CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959, p. 40 y 38.

(42) Por esta razón QUINTANO RIPOLLÉS, a pesar de sostener la tesis restrictiva, también admite, en inmediata referencia con el 428, "que la especialidad surja tan sólo cuando la agresión tenga lugar en el preciso momento del comercio carnal o circunstancias que inequívocamente lo equivalgan". (*Tratado cit.*, p. 395.)

oral" (43). La equivalencia, pues, habrá de entenderse como equivalencia *funcional*, desde el momento que será la función que en concreto desempeñe un órgano como sustitutivo del genital, la que ofrecerá el fundamento para la formulación. Es decir: será suficiente con que uno de los órganos sexuales (del varón o de la mujer) concurre al acto y otra parte del cuerpo funcione como equivalente de uno de los anteriores para que estemos a presencia de yacimiento. Caen por fuera de éste todos aquellos actos, con más o menos significación erótica, en los que no entran en juego los órganos genitales de la mujer o el varón, o uno de ellos y el que desempeña función equivalente.

Precisado lo anterior, queda por reseñar un dato más que completará el cuadro de equivalencia, y que se refiere a la relación, material y concreta, que exige el verbo yacer, esto es, cómo ha de ser ese concurso, ese contacto que *siempre* e inevitablemente deberá producirse dada la especial naturaleza de la conducta. La palabra *conjunción*, usada por la doctrina dominante, es suficientemente expresiva para describir la unión entre los genitales, o entre uno de ellos y la parte del cuerpo del otro que funcione como equivalente. Están, por tanto, en lo cierto aquellos autores que no creen sea menester la total introducción, ni *emissio* o *inmissio seminis*.

Con dicha tesis, los contornos de la conducta quedan ciertamente ampliados, y no desmesuradamente, para comprender aquellas acciones que, incriminándose el adulterio, no tendría razón ni sentido fueran excluidas de su concepto.

Resuelta la cuestión en el párrafo primero del 428, se tiene que el párrafo tercero hablaba de "análogas circunstancias", que era no sólo expresión de la situación fáctica "análoga", en la que debería encontrarse la hija y su "corruptor", sino que tenía eficacia para todo el cuadro de circunstancias descritas en el párrafo primero. La situación, por tanto, en que deberán encontrarse los sujetos pasivos (hija y corruptor), será idéntica, o mejor dicho, será "yaciendo", en la forma indicada para el adulterio.

#### 4. Función de la "sorpresa".

La sorpresa en adulterio equivale a la sorpresa en yacimiento, entendido éste en la forma desarrollada anteriormente. Se trata, como decíamos, de la descripción objetiva de una situación fáctica, de la comprobación de un hecho, por un ajeno a la relación material existente entre los sujetos pasivos. No obstante, esa situación, o mejor, su direc-

(43) MANZINI, *ob. cit.*, p. 268 (en referencia concreta con la violación a la que remite en la página 680 al versar sobre el adulterio). En la doctrina italiana la tesis amplia ha tenido predicamento: así, entre otros, la sostienen PISAPIA, *ob. cit.*, p. 516 (todavía mucho más ampliamente que la desarrollada en el texto); MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 191-192; también ANTOLISEI, *ob. cit.*, p. 321 se muestra partidario de la postura extensiva; incluso existe una línea jurisprudencial que también la mantiene.



ta contemplación por el sujeto activo, abre un amplio campo para poder llevar a cabo valoraciones subjetivas referidas a éste.

Fué entendida, sin embargo, en forma que ciertamente ampliaba los contornos del 428: el gerundio empleado ("sorprendiendo"), se afirmó, indicaba que "sorprender se refiere en activo a los adúlteros y no en forma reflexiva al agente" (44), o sea, que no es el sujeto activo quien se sorprende, sino quien sorprende a los sujetos pasivos. Con base en ello, se admitió "la *premeditación* no ya en el plano de hipótesis académicas, sino en el de la realidad judicial" (45), y la alevosía, pues "matar *sorprendiendo* es una de las notas más genuinas de la alevosía o del asesinato" (46), lo que en forma alguna podía compartirse, por la interpretación que suponía de la "sorpresa".

No obstante, referida aquélla a la conducta del sujeto activo, significaba una situación en la que ésta debía verificarse. La acción de matar, causar lesiones graves, o producir lesiones de otra clase, debería realizarse forzosamente en el *acto*, es decir, en el acto de yacer. Más concretamente: en el momento de ser sorprendidos yaciendo. Si la conducta la realizaba el marido o padre, pasado ese determinado tiempo, no podría aplicarse el 428, merced a esa limitación cronológica inexorablemente exigida, y constantemente requerida por nuestra jurisprudencia. (47).

La función que desempeñaba era, pues, doble: de un lado, se prestaba a un juego que ampliaba, censurablemente, el ámbito del 428: de otro, le restringía a unos instantes haciendo de ello incluíble requisito para su aplicación. La doctrina española, en reiteradas ocasiones, puso de manifiesto las disparatadas e injustas consecuencias que se derivaban de lo anterior, y estimamos innecesario insistir en ellas. No obstante, a efectos de nuestro trabajo, adquiere cierta importancia, en la medida que la sorpresa proporciona un inestimable instrumento para discriminar los supuestos que se ven afectados o no por la supresión del 428. En la forma en que ha sido expuesta, funciona, por tanto, como criterio delimitador, que dejará al margen casos

(44) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 394, y la interesante sentencia de 4-6-1959. Un comentario a la misma en MOSQUETE, *art. cit.*, ps. 2705-2707. También en DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 189-190.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 401, en referencia con la sentencia antes citada.

(46) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 400.

(47) En contra CUELLO CALÓN, abundando en la tesis de Groizard, cuando afirma que "basta que los adúlteros se encuentren en situación y condiciones de las que directamente se infiera que con aquel propósito se han reunido, para que los fines de la ley se llenen, siquiera la sorpresa tenga lugar antes o después de la realización de su deseo" (*ob. cit.*, p. 502). Tan amplia tesis no es admitida por nuestra jurisprudencia, todavía más si se tiene en cuenta lo expuesto en el anterior título. CUELLO CALÓN recoge en la p. 503 notas 3 y 4, sentencias que sostiene la tesis restrictiva, con buen criterio. Vid. también en favor de la tesis jurisprudencial, entre otros, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, p. 258. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 189. En el mismo sentido que CUELLO CALÓN se muestra FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, p. 371.

que nunca serían propios del 428, y que incluso cuando éste tenía vigencia se solucionaban empleando normas generales. De aquí que, en consecuencia, no tengan acceso al presente estudio, referido, exclusivamente, a los que genuinamente comprendía el 428.

### III

#### EXAMEN DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

##### 1. *Observaciones previas. Función de la Ley de Bases de 1961.*

Una vez realizada la anterior incursión sobre los distintos temas que ofrecía el artículo 428, o al menos los que pueden tener mayor influencia en el planteamiento de este análisis, deben llevarse a cabo algunas observaciones de interés.

En todo momento se ha pretendido encontrar *criterios* de interpretación, principios informativos, y ha quedado a un lado qué clase de institución jurídicopenal era, en definitiva, el 428 (causa de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad, excusa o semiexcusa absolutoria, parricidio privilegiado, etc.) (48), en la forma planteada por la literatura anterior a su supresión. Cuando se encontraba vigente tenía razón de ser la citada problemática, que ahora pierde su importancia, pues la institución, regulada específicamente, ha desaparecido. Interesa, por tanto, más que estudiar la naturaleza jurídica de un precepto inexistente, observar los criterios y principios que le daban sentido, para diagnosticar el cambio producido y ofrecer solución a las distintas cuestiones que efectivamente plantea: esto, sin duda, es de primera importancia: es más, condicionará evidentemente el resultado del presente examen.

Se han expuesto, anteriormente, las diferentes razones que fundamentan la crisis del 428, entre otras más o menos específicas que cabe pensar. En el plano de los principios no existirá grave inconveniente en aceptarlas, siquiera sea en forma de hipótesis. Pero más precisamente, ¿qué significación debe darse al cambio legislativo verificado por el texto de 1963?, ¿qué se ha pretendido con el mismo?

El legislador, decidido a reformar, podía haber seguido dos caminos que ya le habían sido indicados por la doctrina: o crear, en lugar del 428, una figura de homicidio (parricidio) emocional o pasional, como sucede en otras legislaciones, y en su día se propuso (49), o suprimirlo, como se ha hecho, de acuerdo con otras sugerencias doctrinales (50). La primera actitud fué criticada por Castejón, en el

(48) Vid. la bibliografía cit. en la nota 5 de este trabajo.

(49) Así, ya se expresó Jiménez de Asúa en el *Prólogo cit.*, p. XV, afirmando textualmente: "Yo propongo que la inmediata abrogación de preceptos expresos sobre uxoricidio por adulterio, vaya acompañada de la vigencia de un artículo en que se considere con ademán benigno todo homicidio emocional. Sólo pido atenuante muy eficaz, más no me atrevería a escribir en las leyes una excusa explícita para los casos de emoción violenta hija de justo dolor".

(50) Así, FERRER SAMA: "dicha atenuación podría siempre tener lugar

sentido de "que cuando al borrarla (se refiere al Código penal de 1932) se ha intentado copiarla del extranjero, como forma atenuada de responsabilidad, se ha hablado del homicidio emocional, despreciando una tradición jurídica, una consagración legislativa y una doctrina jurisprudencial seculares" (51).

Con independencia de que la creación de una figura específica, con expresas exigencias subjetivas, hubiera comportado ventajas e inconvenientes, lo cierto es que se ha preferido suprimirlo y sobre esta posición debe reflexionarse.

El texto revisado de 1963 se limita, simplemente, a la supresión, y ni siquiera en su exposición de motivos la justifica o razona. Ofrece, pues, suficiente margen para que pueda discurrir la libre opinión del juzgador o del intérprete.

Cosa distinta sucedió con la Ley de Bases de 1961 (52), que expresamente razonaba su decisión. El pasaje que por ahora interesa subrayar, al objeto de precisar la tesis de nuestro legislador, es el siguiente: "se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales", de determinadas eximentes y atenuantes. Una interpretación literal y simple conducirá a un evidente contrasentido: si se mantiene la finalidad del 428 con base a disposiciones de la Parte general, en realidad, continúa subsistiendo cuanto el 428 significaba, o por lo menos, los principios que le informaban y, en definitiva, poco se habría conseguido. Así entendida, parece significar cosa bien sencilla: se suprime el 428 por *superfluo*, puesto que aplicando normas generales se hace innecesaria la especial regulación que suponía. Una visión ingenua y estrictamente formalista que crea que "su finalidad" era aplicar pena de destierro en unos casos, y en otros ninguna, inevitablemente afirmará que con el cambio *no* se consigue dicha finalidad, o todavía más precisamente, que *nunca* podrá conseguirse, en atención a la propia naturaleza de las atenuantes y eximentes.

Sin embargo, la fórmula empleada por la Ley de Bases debió ser comprendida de manera distinta y no sólo con fundamento en su simple redacción, sino también de acuerdo con lo expuesto acerca del 428 del Código de 1944. Así, puede decirse:

a) El 428 no se suprime por ser *superfluo* y encontrarse sufi-

---

por vía de aplicación de circunstancias genéricas previstas por el artículo 9<sup>o</sup> (Comentarios cit., p. 370). QUINTANO RIBOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 262. *Compendio cit.*, p. 226. *Tratado cit.*, p. 404 ("suprimir radicalmente el precepto"). *El uxoricidio cit.*, p. 510. También MOSQUERER: "hay que suprimir del Código penal el artículo 428" (*art. cit.*, p. 2707).

(51) F. CASTEJÓN, *Génesis, cit.*, p. 85.

(52) La base octava decía: "se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del artículo octavo o de las atenuantes quinta, sexta y octava del artículo noveno". Vid. sobre ella, SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, ps. 5-11.

cientemente reguladas sus hipótesis en otros artículos del Código. Se destierra del texto de 1963, en líneas generales, porque el artículo, o la interpretación que del mismo se hacía, creaba una serie de injustas consecuencias. La doctrina española se encargó de manifestarlo y la Ley de Bases no ha podido por menos que atenderla. Tan evidente y genérica afirmación no debe olvidarse en una crítica científica.

b) El 428, conforme con cuanto se expuso, privilegiaba de por sí determinados supuestos, independientemente de que se dieran o no los requisitos previstos para las eximentes o atenuantes. Constituía, en definitiva, un privilegio autónomo, que no necesitaba para serlo la menor alusión al libro I del Código. En resumen, el 428 operaba con un radio de acción que no coincidía con el comprendido por atenuantes o eximentes puestas en relación con los tipos específicos que en su caso fueran procedentes. De otra forma, no hubiera tenido el menor sentido su instauración, y esta tuvo razón, dentro de la lógica interna del Código, debido a que *ni* su ámbito de aplicación era equivalente al que se podía lograr sin su mantenimiento, *ni* el privilegio que se conseguía sin él tampoco, aunque en algunos casos pudiera coincidir. Únicamente en el caso de coincidencia absoluta, en ambos aspectos, podía haberse estimado por el legislador como superfluo. Este, sin embargo, no ha pensado así, como tampoco quienes en las distintas instancias oficiales se opusieron a la desaparición (53).

c) Las anteriores consideraciones colocan el problema en sus justos límites, y entonces, cabe preguntarse, ¿qué sentido tiene la expresión usada por la Ley de Bases?, ¿por qué esa oficiosidad al aludir a que se conseguirá la finalidad que el 428 se proponía?

La única salida que puede pensarse, salvo la de censurar la Ley de Bases como radicalmente absurda, quizá se encuentre en su propia naturaleza: ni un solo instante debe perderse de vista que es una *Ley de Bases*, y que antes fué *Proyecto* de Ley de Bases (54). Tanto su estructura externa, como su función, son perfectamente diferenciables de las propias y específicas del Código. Sería erróneo, en consecuencia, emplear el mismo esquema para interpretar un artículo del Código penal que para una de las bases, que deben ser observadas desde perspectiva distinta. Quizá así se explique la actitud de la Ley comentada y su "superflua motivación", o si se quiere justificación.

La Ley de Bases, y antes el Proyecto, razonaron cautelosamente su decisión, tajante e indeclinable, de suprimir el 428, sugiriendo que, en fin de cuentas, con determinados preceptos de la Parte general,

(53) Vid., por ejemplo, el *Boletín Oficial de las Cortes cit.*, p. 15247; de cuya lectura se deduce, claramente, que la oposición para que se aprobara la base comentada no radicó, en forma alguna, en "lo inexacto de la fundamentación" (como afirma RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis), de la misma, sino más bien porque, en realidad, se entendió, por los que se oponían, que debía mantenerse, sin más, el 428 con el privilegio que significaba.

(54) En nuestro caso el Proyecto y la Ley conservan la misma redacción.

las cosas quedaban, poco más o menos, como hasta ahora. La fórmula empleada tuvo sentido a la vista de la discusión habida en torno a la base que exigió una "extensión desmedida, pero justificable", en la defensa del dictamen en las Cortes (55). La Ley de Bases desempeñó, por tanto, una función de cobertura y protección del inequívoco deseo que la informaba: suprimir, de una vez, el 428. Conseguido esto, el legislador ha guardado el más discreto silencio, no sólo en su articulado, sino también en la exposición de motivos, siempre tan usada para razonar los cambios legislativos. La Ley de Bases ha tenido, en definitiva, un valor instrumental, como corresponde a su naturaleza, que desde luego no puede negarse. No es correcto darle más alcance: quizá haya sido superflua la motivación, desde un punto de vista: pero quizá también haya sido necesaria, desde otro.

## 2. *Distintas soluciones. Estudio crítico.*

Reducida a sus estrictos límites la función desempeñada por la Ley de Bases, se observa que en ella se aludía al empleo, en sustitución del 428, de determinadas eximentes y atenuantes de los artículos 8.º y 9.º, respectivamente, del Código penal. También, en orden a la solución propuesta por la base, debe tenerse presente, conforme venimos exponiendo, su escasa fuerza vinculante para el intérprete. Este se encuentra ante el hecho de la desaparición en el texto de 1963, y con lo que ella significa, y con ese esquema deberá resolver los distintos problemas que ciertamente se presentan.

En principio, dada la actitud seguida por la doctrina científica —sectores de opinión reflejados en la Ley de Bases—, deberá recurrirse a preceptos del libro I del Código. Dos consecuencias, por tanto, se extraen: una, que la decisión judicial desempeñará una fundamental y difícil selección desde el momento que desaparece una regulación especial, y son normas de tipo general las que serán tenidas en cuenta; otra, que solamente éstas podrán aplicarse siempre y cuando realmente se den los requisitos por ellas exigidos. No existe, por consiguiente, posibilidad de ofrecer una solución unitaria: es caso por caso cuando podrá afirmarse qué precepto será aplicable. En este sentido, la supresión del artículo 428 debe entenderse, sin duda, como la concesión de un mayor relieve a la decisión judicial y a la concreta valoración que realiza.

Dentro de la anterior consideración, las distintas soluciones deben girar, en atención a su carácter fragmentario, sobre el eje de sí y hasta qué punto pueden darse real y efectivamente, esto es, de si podrán reunir los requisitos de los preceptos de la Parte general las variadas hipótesis que son imaginables *dentro* de los límites impuestos por el inexistente 428. Es necesario, pues, llevar a cabo un examen de cada una de las soluciones propuestas, lo que no es obstáculo para que en algunas ocasiones sean entre sí complementarias.

(55) *Boletín Oficial de las Cortes cit.*, p. 15249.

a) *Legítima defensa del número 4.º del artículo 8.º*

Sin duda es lo que se presta a mayor discusión y también la que ofrece más arduos problemas. Sobre este punto la opinión de los autores se ha mostrado dicorde, sin que en realidad hayan cedido gran cosa. La verdad es que han sido consecuentes en su forma de enjuiciar el 428 —salvo alguna excepción—, y de ahí nace justamente la disparidad de criterios.

Antes de nada debe observarse que los partidarios de admitir la legítima defensa la entienden como legítima defensa del *honor*, que algunos adjetivan de *conyugal* o *sexual*, y otros hablan de *honra*. pura y simplemente. Que, en general, puede ser defendido legítimamente parece aceptarse (56), incluso por quienes a continuación descartan la legítima defensa para justificar a los antiguos sujetos activos del 428. El problema se ha centrado en si pueden darse las circunstancias previstas por el número 4.º del artículo 8.º del Código penal.

En referencia con la *agresión ilegítima*, se dice por Sainz Cantero que “si el adulterio no atenta contra ningún bien de que sea titular el marido, ¿dónde está la agresión ilegítima a un derecho del marido?; ¿cómo obrará éste “en defensa de sus derechos” si se ataca un interés del que no es titular? La falta de este primer requisito ya hace imposible invocar la legítima defensa del honor” (57). Por el contrario, a juicio de Castán Vázquez, “obra realmente en defensa de su honor quien castiga a los adúlteros” (58).

Dentro de la misma problemática Jiménez de Asúa ha dicho agudamente que, “si la legítima defensa consiste en *impedir* o *repeler* una agresión *actual* o *inminente*, y como se sabe y luego veremos, nunca puede alegarse cuando es *pasada*, el marido que se sabe engañado, que ceta, espía, y al fin logra sorprender a los amantes juntos para matarlos conforme a los más exigentes y clásicos cánones, no repele o

(56) Vid., por ejemplo, en la doctrina española, el estudio monográfico de J. BASTERO, *ob. cit.*, p. 20 y ss. También ANTON ONECA, *ob. cit.*, ps. 241-242. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), t. I, 12.ª ed., Barcelona, 1956, “respecto del honor no se considera lícita su defensa mediante actos violentos” (p. 347). La actitud de la jurisprudencia, muy restrictiva, admite la defensa del “honor conyugal, que no precisa riesgo de integridad” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, p. 373). DEL ROSAL, *Derecho penal español* (P. Gen.), t. I, Madrid, 1960, p. 348. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. I, Murcia, 1946, ps. 176-177. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, página 185: “no hay motivos para negar la posibilidad de una legítima defensa”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, ps. 134 y ss.

(57) SAINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, p. 10. En contra Castejón quien estima “que pudiera referirse a la defensa legítima del derecho al honor (y estar incluido implícitamente en la legítima defensa de los derechos), artículo 58, número 1” del Código de 1928, a pesar de la regulación específica del artículo 523 del mismo texto legal (F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Madrid, 1931, p. 143). En la página 142, Castejón se lamenta de que la venganza de la honra “la castiza fórmula de esta excusa en el Código de 1870, ha sido sustituida por la desdichadísima redacción del de 1928, de grave incorrección gramatical”.

(58) CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, p. 22.

impide una supuesta agresión contra su honor, que se sabe se consumó hace tiempo, sino que la venga al amparo de un precepto legal equívoco o de una falsa interpretación del artículo en que se configurara la legítima defensa" (59). Quintano Ripollés afirma su tesis acerca de la eximente diciendo "que cabe imaginar situaciones, raras ciertamente, en que la acción homicida tienda a evitar un inminente ataque al mismo, irremediable de otro modo, dándose entonces una posibilidad de que entre en juego la legítima defensa" (60).

La verdad es que ambos autores, en principio, llevan razón y no existe el menor inconveniente en suscribir sus opiniones, pues en modo alguno son incompatibles: se mueven sobre un suelo fáctico diferente. En aquellos casos que se comprueban tales hechos no cabe duda que será correcta la tesis de Jiménez de Asúa, y también, si así resulta, la de Quintano Ripollés.

La cuestión debe ser planteada con la extensión que correspondía al 428, y contemplar tanto los casos comprendidos por el párrafo primero como por el párrafo tercero de dicho precepto. De esa suerte debe partirse de una precisión interesante: los dos párrafos, aunque formalmente son diferenciables, sustancialmente tienen una fundamentación común, y a efectos de la legítima defensa pueden ser tratados unitariamente. El honor no es el auténtico bien jurídico protegido con el adulterio, según se ha mostrado en otra ocasión, lo que no impide admitir que con él se quebrantan derechos que únicamente al marido corresponden (61). No obstante, el examen sobre la objetividad jurídica del 449 del Código penal no es decisivo, ni ofrece un terreno sólido para fundar la investigación: no se trata de un adulterio simplemente, sino de un adulterio que es contemplado por la persona a la que directamente puede afectar más. Se ofrece así una perspectiva desde la que observar los dos casos que comprendía el 428, a pesar de que la hija y su "corruptor" no estén conjugando acción delictiva alguna, o al menos no necesariamente, a diferencia de lo que acontece con el adulterio.

Precisado lo anterior se plantea la cuestión de si suprimido el 428, puede operarse con la idea del honor que este implicaba, y a continuación, si cabe afirmar actualmente que este se lesiona con las conductas de los sujetos pasivos. El esquema del honor, que de modo determinado informaba al 428, entra en crisis, precisamente con la desaparición del

---

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, p. 145. En parecido sentido, FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, t. IV, p. 368, cuando dice: "siempre faltaría uno de los elementos integrantes de esa eximente, cual es el de la actualidad de la reacción... cuando el ataque contra la mujer o la hija se produce, ya ha caído la mancha sobre el honor del marido o padre". También MOSQUERRE, *art. cit.*, p. 2704, que afirma que "siempre faltaría uno de los elementos esenciales de la eximente, cual es, la actualidad de la defensa... cuando el ataque contra la esposa se produce, ya ha caído la mancha sobre el honor del marido".

(60) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 393.

(61) Vid. M. COBO, *El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)*, en ADPCP, 1963, ps. 512 y ss.

precepto: su valor interpretativo tenía virtualidad en la medida que el 428 le consagraba. Ahora no podrá ser concebido en forma tan radical y exagerada. Sin embargo, un entendimiento del honor más en consonancia con la actual realidad cultural, sin concesiones retóricas, y que no pierda de vista su dimensión ética y social (62), no conducirá necesariamente a la negación total de su eficacia en las situaciones en cuestión. Existirá, sin duda, la *posibilidad* de que se lesione, sin que sea menester ofrecer las diferentes hipótesis que realmente se presenten, a la vista de las distintas formas en que el 428 se concretaba (63).

Dentro, pues, del número 4 del artículo 8, ¿se dará el primer requisito de la legítima defensa?, ¿existe agresión ilegítima por parte de los sujetos pasivos?

Pueden pensarse casos en los que, conectada al honor, se califique la situación de los sujetos pasivos como agresión ilegítima, con las notas de actualidad e inminencia exigidas por la doctrina. La afirmación antes citada de Quintano Ripollés, y la consideración que hace Díaz Valcárcel de que “la reacción del ofendido puede evitar que el ultraje prosiga” (64), ofrecen margen para imaginar supuestos en los que de esta forma se estime. No obstante, en tales ocasiones, deberá hacer el juzgador una exquisita y concreta valoración, referida a si existió o no ilegítima agresión, en los términos exigidos para constituir el requisito primero de la legítima defensa, con la complejidad que ella encierra, y con los matices que el caso particular presente, y que deberá ser plenamente fundada satisfaciendo la requerida certeza del enjuiciamiento penal. No puede aceptarse, por tanto, como principio general, ni mucho menos, sino que su afirmación se hace para determinados casos en los que deberá tenerse muy en cuenta por el juzgador lo anteriormente expuesto.

Parece que no existe inconveniente en que se cumpla la circunstancia tercera (“falta de provocación suficiente”), aunque se presenten hipótesis en que se compruebe “provocación suficiente”, a pesar de que subsista el primer requisito (65).

El obstáculo más grave e insalvable proviene de la segunda circunstancia del número 4 del artículo 8: “necesidad racional del medio

(62) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 992, acentuando la valoración social. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, ps. 178-179. De interés también para la dimensión ético oficial, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 735.

(63) De interés al respecto, desde el ámbito del delito de injurias, la calificación de *grave* atentado al honor, por reciente jurisprudencia, en supuestos en que se atribuyen actos que pueden comprender la situación fáctica de los sujetos pasivos, descrita por el 428 (SS. 20-VI-1959, 2-II-1956, 13-I-1948, entre otras).

(64) Vid. nota 60 de este trabajo, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 195. A juicio de RODRÍGUEZ DEVESA conviene “retener que el legislador admite una legítima defensa del honor en el conyugicidio por adulterio, expresamente reconocida en el Código de Justicia Militar, artículo 185, 4.º” (*Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis).

(65) Vid. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 195-196.



empleado para impedirle o repelerla" (66). Las dificultades nacen tanto de la propia naturaleza de la situación, como de la especial configuración de la citada circunstancia. En su aspecto material el "ataque" quedaría deshecho *sin* necesidad racional de recurrir a medios que ocasionen la privación de la vida o detrimento de la integridad física de los sujetos pasivos. Es muy difícil imaginar que sea necesario, y menos racional, su empleo para que cese la situación calificada de afrentosa, en atención a su naturaleza. Generalmente, será suficiente con la simple sorpresa. En su aspecto valorativo, se acepte cualquier actitud, siempre será bien más cotizable la vida o la integridad física que el honor. No existe, en efecto, proporcionalidad entre lo que se lesiona y aquello que se vería quebrantado por la agresión. De otra parte, el honor ni se restaura, ni se restablece, ni se salvaguarda, con la muerte o lesión de quienes lo ofendan.

Las anteriores razones se ven reforzadas por la actitud de nuestro legislador, y el cambio de criterio que expresa: estaría en abierta contradicción que *ahora*, con el sólo recurso del honor, pudiera llegarse a efectos *justificantes*, lo que ni siquiera sucedía cuando el 428 se encontraba vigente. Debe tenerse en cuenta que precisamente el 428 tenía sentido, en la medida que se partía de que la legítima defensa del honor, como eximente completa, no podía ser aplicada a los hechos que aquél regulaba (67).

La cuestión adquiere un interés concreto, situándola en otra perspectiva: la defensa que frente a la conducta del sujeto activo (marido o padres) pudieran oponer los sorprendidos en la situación que el 428 describía, pues "de ser lícita y justificada la agresión del marido o padre, por entenderse obraba en defensa de su honra *stricto sensu*, es claro que la reacción defensiva de sus víctimas no podría ampararse en dichas circunstancias, que requiere como primera e inexcusable condición la agresión ilícita, no tolerando retorsión de *defensa contra defensa*" (68). El presente problema, que ya se plantearon nuestros juristas moralistas clásicos, fué resuelto por éstos, como ha afirmado el Padre Pereda, con admirable "libertad de criterio, en materias tan ajenas al estado eclesiástico en las que parece habrían de ser extremistas" (69).

De acuerdo con lo expuesto, el entendimiento de la legítima defensa ofrece margen para la solución desde el momento que se niega el segundo requisito exigido para que tenga valor justificante, y que

(66) Así se pronunció también BASTERO: "ha habido un injusto ataque al honor, más en la defensa exigese siempre una proporcionalidad de medios, difícil de apreciar", en tales casos (*ob. cit.*, p. 88). Vid. DÍAZ VALCÁRCCEL, *ob. cit.*, página 194, cuando afirma que "entendemos que será medio racional el suficiente para hacer cesar la relación ilícita".

(67) En el mismo sentido, por ejemplo, MOSQUETE: "si fuera posible alegar la legítima defensa, en este caso, sobraría el precepto" (*art. cit.*, p. 2704).

(68) QUINTEANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 391.

(69) P. JULIÁN PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal*, impreso en San Sebastián (ed. Reus), 1948, p. 77.

coloca en el terreno del exceso (70). No dándose la segunda circunstancia del número 4.º del artículo 8.º, podrá ser objeto de defensa por parte de los sujetos pasivos del antiguo 428, en razón a que también es ilícita (71) la conducta del marido o padre y "cabe defenderse contra ella— como dice Quintano Ripollés—, y alegarse, en su caso, la eximente cuarta del artículo 8.º, incompleta ciertamente por ausencia del tercer requisito de falta de provocación, dado que los que se defendían provocaron a su vez con su conducta antijurídica el ataque vindicador" (72).

En resumen, *no* podrá hacerse uso de la eximente cuarta del artículo 8.º, entendida como legítima defensa del honor, para justificar los supuestos que comprendía el 428. Solamente en aquellos casos en que se verifiquen los requisitos apuntados, podrá utilizarse como eximente incompleta (atenuante), en referencia con el número 1.º del artículo 9.º del Código penal.

b) *Trastorno mental transitorio del número 1.º del artículo 8.º*

La presente solución apuntada por la doctrina (73), y recogida por la Ley de Bases, es por su naturaleza eminentemente subjetiva, de más fácil aplicación. El razonamiento empleado para la legítima defensa, que, como regulación general, si hubiera comprendido las hipótesis del 428, éste carecería de sentido cuando se formula por el Código de 1848, no puede utilizarse para descartar el número 1.º del artículo 8.º del Código penal vigente (trastorno mental transitorio). El número 1.º del artículo 8.º del Código de 1848 solamente se refería al loco o demente, y, por tanto, difícilmente podía encontrarse implícito, pues, como es sabido, la fórmula del "trastorno mental transitorio" se introduce por el Código de 1932.

La alusión a la presente causa de inimputabilidad debiera ser acogida mucho más favorablemente que la de justificación antes rechazada, por las siguientes consideraciones:

a) Significa una visión más real y correcta de las situaciones que describía el 428 y una valoración de instancia estrictamente subjetiva, que indudablemente supone un progreso de frente a la trasnochada legítima defensa de la honra.

b) El cambio operado por nuestra legislación abona por su aceptación, que casa perfectamente con la serie de notas que han determi-

(70) También DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 194-195.

(71) De gran interés sobre ese extremo, las alegaciones de Soto y Suárez, J. PEREDA, *ob. cit.*, ps. 78-80.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 391. La conclusión de Quintano, deducida de la "pena aunque mínima" prevista por el entonces vigente artículo 428, puede ahora mantenerse con fundamento en la falta del segundo requisito de la legítima defensa. En el mismo sentido, RORÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, p. 258: "cabe la legítima defensa, si bien faltará el requisito tercero y, por tanto, sólo será incompleta".

(73) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 510.

nado la crisis del 428: coincide con una imagen actualizada del hombre; desaparece en la valoración aquella peligrosa "moral social relativa", y se presta a un entendimiento más individualizado y personal del caso concreto.

c') Los inconvenientes que "pudieran surgir" de una interpretación restrictiva del número 1.º del artículo 8.º son en cierto modo superables y comportan, desde luego, menos dificultades, no sólo técnicas, sino de estricta justicia, que las que lleva dentro de sí la causa de justificación del número 4.º del artículo 8.º.

Sin embargo, se pensará, sin duda, que el trastorno mental transitorio no podrá aplicarse cuando el sujeto activo carezca de un fondo patológico, en la forma exigida por nuestro Tribunal Supremo, aunque no siempre. En efecto, dentro de los contornos del 428 sucederá que no se compruebe esa base patológica, a pesar de que existe un choque emocional y psíquico digno de la calificación de trastorno mental transitorio. En este sentido, y sin pretender realizar un exhaustivo estudio sobre el número 1.º del artículo 8.º, debe tomarse posición, cuando menos, sobre el problema:

a') Una correcta interpretación de la fórmula legal conduce a la afirmación, que hace Pérez Vitoria, compartida por diferentes autores, de que "la base patológica no es un elemento requerido por el legislador" y que "ni desde el punto de vista legal ni psiquiátrico existe, en consecuencia, impedimento alguno para aceptar la existencia del trastorno mental transitorio sin la presencia del factor patológico" (74).

b') Ahora bien: incluso moviéndose dentro de la concepción jurisprudencial dominante, no deberá perderse de vista que existirá un fondo marcadamente pasional—emocional, generador del trastorno mental transitorio y que frecuentemente podrá apreciarse en un experto y detallado análisis esa base patológica—como agudamente apunta Castro Pérez—, "que estaría representada por la deficiencia de integración de los dos sectores cerebrales, o por la debilidad de los mandos situados en la corteza" (75). También a este respecto sería válida la conclusión, coherentemente razonada por el profesor Navarrete, de que "la auténtica ruptura de esta unidad cerrada, de esta unidad de sentido y la aparición de estados sin sentido, es lo que da lugar a la declaración de inimputabilidad" (76).

(74) O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, en ADPCP, 1952, ps. 35-38. ANTON ONECA, *ob. cit.*, p. 298. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), *cit.*, ps 470-471. SILVA MILLERO, *Consideraciones sobre el delito pasional*, en ADPCP, 1952, p. 470: "no requiere necesariamente un fondo patológico". Tampoco se acepta el restringido criterio jurisprudencial por DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, p. 24.

(75) F. B. CASTRO PÉREZ, *El delincuente pasional como sujeto mentalmente anómalo*, en vol. del XI Curso Internacional de Criminología (1961-62), Madrid, 1963, p. 178.

(76) JOSÉ M.ª NAVARRETE URIETA, *El problema penal y criminológico de la neurosis*, en vol. del XI Curso *cit.*, p. 468.

c') Todavía más: un examen detallado de la jurisprudencia, relacionado con el presente problema, plantea la cuestión, como hace Quintano Ripollés, en los siguientes términos: "ante el doble riesgo de restringir el trastorno mental hasta confundirlo con la enajenación, o de ampliarlo hasta los estados pasionales, no hay otra solución prudente, siendo ambas correctas, que atenerse a la realidad del caso. Y decidir ante él la segunda sólo en muy excepcionales situaciones de *shock* psíquico intensísimo y que no sean susceptibles de eventual repetición" (77). De aquí, pues, continúa Quintano, que la postura jurisprudencial no sea "una postura herméticamente cerrada. En algunas, pocas (pero bien justificadas ocasiones), el Tribunal Supremo ha utilizado la abierta posibilidad que la Ley le brinda y aplicado la exigente *sin* constancia de base patológica concreta." (78).

Así, son ya clásicas las sentencias de 19 diciembre 1935, 10 marzo 1947 y 14 octubre 1944, que también recoge el autor citado. Especial interés tienen las dos primeras que contemplan situaciones afines a las que son objeto del presente estudio. La de 19 diciembre 1935 se refiere a un caso en que, de encontrarse vigente el 428, cosa que no sucedía con el Código de 1932, no podría ser aplicado; pero que, sin embargo, pone de manifiesto una reacción similar: "el inculpado al acometer a su mujer con la navaja, que siempre llevaba consigo para cuando almorzaba y comía en el campo, lo hizo movido por la indignación, excitación y trastorno mental que sufrió al confesarle aquélla su infidelidad conyugal, agregando que no pudo determinar las veces que la pinchó, por estar completamente ciego y trastornado, resulta evidente que tales afirmaciones, así consignadas, ponen de relieve la concurrencia de esta exigente por darse sus notas esenciales, pues existió una causa inmediata, que fue la manifestación del adulterio confesado por la víctima, que, por su gravedad y trascendencia en el recinto matrimonial, dado el agravio y afrenta que supone para el vínculo y deberes conyugales, era en sí de tal fuerza de impresión psíquica que racionalmente explica la violenta reacción experimentada en su espíritu por el marido ultrajado". En la de 10 marzo 1947, la situación es una simple sospecha de adulterio, que desde luego no entra dentro de los contornos del 428. Se trataba de un "labriego de muy limitada inteligencia, escasa instrucción, débil voluntad y espíritu influido por la superstición" (aunque no se afirma expresamente que exista base patológica alguna), y se tiene en cuenta para aceptar la exigente "la perturbación que en tal mentalidad ha de determinar la sospecha de la infidelidad de su esposa con el hijo de éste, con-

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anormalidades mentales*, en vol. del XI Curso cit., p. 518.

(78) QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial cit.*, p. 519. A juicio de SILVA MELERO, no hay inconveniente en afirmar "que las reacciones anómalas ante una pasión pueden presentarse en cualquier individuo normal, que cabría incluir dentro de la exigente de enajenación mental transitoria, que no requiere necesariamente un fondo patológico" (*art. cit.*, p. 470).

firmada por la carta amorosa que llegó a su poder, dirigida por el segundo a la primera”.

Las anteriores decisiones adquieren gran importancia, una vez suprimido el artículo 428. Pudieran ser objeto de las siguientes reflexiones:

a”) Que el Tribunal Supremo ha tenido presente, en dichos casos, la *causa generadora* del trastorno mental transitorio, y cuando aquella es de tal naturaleza, ha admitido la eximente *sin* que se compruebe base patológica alguna (79).

b”) No debe olvidarse que la situación descrita por el 428, por su evidencia y plasticidad, puede originar un *shock* emocional y psíquico tan fuerte o más que la declaración de infidelidad de la mujer, o la simple sospecha. Si se ha admitido para estas últimas, no existirá grave obstáculo para hacer uso de la eximente en la sorpresa en yacimiento: al contrario, se deberá admitir con base a la lógica más elemental.

c”) El “honor marital”, al que expresamente alude Quintano Ripollés, tiene sin duda una clara relación, como fácilmente se deduce de la S. 19-12-1935, con la estimación del número 1 del artículo 8, en la medida que significa una causa capaz de originar trastorno mental transitorio con relevancia eximente.

Una vez precisada la cuestión en nuestra jurisprudencia, conviene tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, debe subrayarse, que será ante el caso concreto cuando podrá hablarse de trastorno mental transitorio: únicamente cuando éste quede debidamente probado con la intensidad exigida y con los requisitos que normativamente implica, tendrá efectos eximentes. No dudamos en calificar de contados los casos en que efectivamente suceda, pero desde luego puede afirmarse que es aplicable a determinados supuestos que surgirán realmente. No será necesaria la existencia de base patológica, siempre que ciertamente se dé el trastorno mental transitorio, cuya causa más próxima se encontrará en el fortísimo impacto que supone la sorpresa del adulterio, o en acto similar de la hija. Qué duda cabe que así entendido muchos casos que podrían acogerse al suprimido 428, no serán jamás calificados de trastorno mental transitorio, puesto que para que éste pueda afirmarse tendrá necesariamente que presentarse con la fuerza e intensidad que para su estimación se viene exigiendo.

---

(79) En parecido sentido QUINTANO RIPOLLÉS: “es de observar en todos estos casos en que *excepcionalmente* se admitió la eximente de trastorno mental puramente psíquico, el alto significado moral y humano de la causa determinante: *honor marital*, amor materno, con lo que se desplaza el sentido, por así decirlo, clínico de la imputabilidad, cargándola de matices éticos, que afectarían más bien a la Psicología y aun a la Sociología criminal que a la Psiquiatría, pero que a pesar de todo, son de entraña criminológica” (*Estimativa jurisprudencia cit.*, p. 519). También acepta la posibilidad de aplicación, aunque parte del criterio jurisprudencial, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 193.

c) *Atenuante quinta del artículo 9 (80).*

La citada atenuante deberá ser concretada al extremo referente a la *provocación*, ya que el contorno del antiguo 428 no ofrecía margen para que se pensara en la *amenaza*. Si de ésta última se hablara, o incluso si efectivamente se diera, sería por fuera de los límites del suprimido precepto, que se satisfacen perfectamente sin necesidad de que concurra, por parte de los sujetos pasivos, y menos en la forma en que ésta es entendida por la doctrina jurisprudencial (81).

La opinión científica más generalizada y también la jurisprudencia (82), ha atribuido a la atenuante de provocación inmediata carácter eminentemente subjetivo, radicado en su naturaleza pasional y emotiva. Sin embargo, para otros autores, el texto legal "en ningún momento hace referencia a condiciones personales y sí tan sólo a presupuestos *objetivos* de provocación" (83), con independencia de que se realice el hecho en estado de alteración-psicológica, como consecuencia de un estado pasional.

La cuestión, sin duda, adquiere gran importancia en el caso de posible concurrencia con otras atenuantes, marcadamente subjetivas, aunque por ahora sólo interesa apuntar este extremo, que debe centrarse, en lo que a nuestro estudio se refiere, de la siguiente forma: ¿la situación en la que se encuentran los sujetos pasivos, en el momento de la realización del atentado contra la vida o la integridad física, constituye provocación precedente, inmediata y adecuada?

Si por *provocar* se entiende, como hacen las S. S. 18-2-1947, 20-5-1952, entre otras, estimular, excitar, irritar, incitar, mediante gestos, palabras, o actitudes a otra persona, no cabe duda que la situación descrita por el 428, contemplada por el marido o padre, puede operar como tal provocación. Igualmente, y dentro del mismo esquema,

(80) "Son circunstancias atenuantes: 5. La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido" (artículo 9, número 5 del Código penal).

(81) De interés la S. 20-V-1952.

(82) "Tal es, sin duda, el criterio de la jurisprudencia, puesto que ha decidido su incompatibilidad con la de arrebató u obcecación (S.S. 12-VI-1886, 30-VI-1900, 26-10-1939 y 21-III-1941) (QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.*, t. I, p. 419). "La opinión corriente ha visto en la circunstancia quinta una naturaleza subjetiva" (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 337). Así, entre otros, CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.*, t. I, ps. 293 y ss. DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, ps. 253 y 259.

(83) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.*, t. I, ps. 419-420. *Comentarios cit.*, t. I, página 177, cuando afirma: "la situación psicológica del agente al reaccionar contra el que amenaza o *provoca* es de ínfimo interés ante el valor primordial de los requisitos típicamente objetivos de la realidad de la amenaza y de la inmediatez entre ella y la reacción generadora del delito". ANTÓN ONECA reconoce que los comentaristas no dejaban "de tener razón al vislumbrar un elemento subjetivo a través del requisito de la inmediatez", aunque, en definitiva, sostiene que para apreciar la atenuante "el juzgador no necesita salir del plano objetivo" (*ob. cit.*, ps. 337-338). En contra, CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.*, (P. Gen.), p. 531, para quién el carácter objetivo de la atenuante no tiene fundamento.

la anterioridad e inmediatez de la provocación pueden darse perfectamente.

Sin embargo, debe prestarse cuidadosa atención al requisito, exigido normativamente, de que la provocación ha de ser *adecuada*. Esta ha sido entendida por nuestra jurisprudencia en una doble dimensión: de un lado, como eficaz y suficiente para excitar el ánimo del sujeto activo a la comisión del hecho, o si se quiere, para que sea “la *causa* de la actuación del culpable” (84); de otro, como proporcionada al daño ocasionado (S. S. 3-10-1912, 31-1-1922, 7-12-1918, 27-4-1921, 20-5-1952, etc.). En su primera acepción, parece que no existirá inconveniente en admitirla desde el momento que realmente se compruebe esa relación entre el estímulo que supone la provocación y la conducta del sujeto activo. La segunda, quizá sea más difícil a pesar de que la posición de nuestra jurisprudencia pudiera ofrecer margen para que se sostenga la adecuación entendida como proporcionalidad de la provocación con el daño producido. La razón proviene, en definitiva, de cuanto afirmamos en orden a la inexistencia de legítima defensa (como eximente), pues no en vano se ha dicho que “la atenuante de provocación o amenaza previa es, si bien se mira, una última imperfección de la eximente de legítima defensa; una legítima defensa a la que faltara el primer requisito de agresión, estando sustituido por el ataque o agresión moral que la amenaza o provocación supone” (85).

De esa suerte, si se llegara a afirmar que objetivamente es proporcionada la “provocación” al resultado producido (muerte o lesiones), se colocaría el intérprete en un terreno peligroso y resbaladizo, que pudiera conducirle a admitir plenamente la legítima defensa del honor, que hemos descartado, aun adoptando una actitud más elástica para la proporcionalidad en la presente atenuante que para el número 4 del artículo 8 (86).

La provocación en cuanto es un estímulo que pone en marcha la conducta del sujeto activo podrá ser adecuada y suficiente en su caso para generar la acción del marido o padre, pero sin duda faltará esta adecuación, pudiéramos llamar “objetiva” (proporcionalidad con el daño ocasionado), en la medida que existe una evidente desproporción entre éste y aquello que los sujetos pasivos realizan. Objetivamente no es adecuada la provocación al daño. Sólo en el plano subjetivo podrá encontrarse la adecuación con fundamento en consideraciones pasionales y emocionales.

La anterior reflexión muestra que la duda existente en la doctrina acerca de la naturaleza de la atenuante y la discusión sobre si tiene

(84) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, p. 260: “La provocación o amenaza ha de ser *adecuada*”, es decir, “ha de ser proporcionada al daño que se cause (S. 27-V-1883), o, mejor dicho, que la conducta del reo ha de ser proporcionada a la provocación sufrida”. (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, ps. 338-339.) También CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.* (P. Gen.), p. 532.

(85) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit.*, t. I, p. 177.

(86) Como recomienda ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 339.

una fundamentación pasional o no, es justificada. Esa incerteza sería también un argumento en favor para no emplear el número 5 del artículo 9, ya que, como veremos a continuación, existen otras atenuantes que pueden cumplir su misión con mayor claridad y garantía en su formulación. En verdad, sucede que la presente circunstancia se confunde, unas veces, con las de marcado carácter subjetivo, si éste se le concede, y otras, con las estrictamente objetivas, si se le niega.

Además subsiste la posibilidad de razonar de la siguiente forma: Si "provocar" significa "provocar *para*", como se deduce de algunas sentencias (SS. 7-2-1901, 21-10-1921, 10-2-1945, etc.), se exigirá en principio, como es natural, una finalidad concreta a la que tiende la provocación. Así, las anteriores sentencias emplean la expresión de provocación *para* excitar, *para* enojar, etc. En ese sentido, generalmente, la situación en que se sorprende a los sujetos pasivos distará mucho de constituir una genuina provocación, entendida finalmente, pues con el yacimiento no se pretende, en forma alguna, ni provocar, ni provocar para incitar, enojar, etc. La contemplación de esa situación *puede* provocar en el marido o padres una reacción determinada, pero no porque se encuentre dirigida a originarla, sino más bien, normalmente, sucederá que los sujetos pasivos desean precisamente lo contrario, esto es, evitarla. La propia situación es la que provoca, pero no quienes la crean, que se encuentran al margen de provocar o no, perdiéndose entonces el sentido de incitar o estimular que en definitiva se le ha concedido por nuestra jurisprudencia (87).

En resumen: será la resonancia que produzca la situación en el ánimo del sujeto activo, la que determinará su actuación y consiguientemente no habrá más remedio que concluir, al menos en este caso, que la atenuante cobrará un marcado cariz subjetivo que le haría difícilmente diferenciable de aquellas otras de más clara determinación, por lo que no debiera ser empleada en la resolución de estos casos.

d) *Atenuante 6.ª del artículo 9 (88).*

La presente atenuante puede en efecto aplicarse más fácilmente que la anterior, de acuerdo con la realidad acotada por el antiguo 428. A este respecto, constituye *ofensa grave*, para el marido o padres, la sorpresa en yacimiento de su mujer o hija, y no existirá inconveniente en aceptarla de esa forma.

No cabe duda que el hecho delictivo pudiera cometerse en vindicación de la citada ofensa, y la proximidad vendrá dada por pro-

(87) DÍAZ VALCÁRCEL tampoco se muestra muy favorable a la admisión de la presente atenuante: "estimamos tal hipótesis de excepcional rareza, pues no es creíble que la conducta inmoral persiga la finalidad de excitar el enojo del marido o padre" (*ob. cit.*, p. 196).

(88) "Son circunstancias atenuantes: 6. La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados" (artículo 9, número 6, del Código penal).



pios dictados del suprimido precepto, como sería que aquél se cometiese al sorprender a los sujetos pasivos en la anterior situación.

La doctrina jurisprudencial ha atribuído al número 6 del artículo 9 un inequívoco carácter subjetivo. En reiteradas sentencias se ha afirmado principalmente con fundamento en la existencia de la *proximidad* de la vindicación, desde el momento que el tiempo que debe mediar entre ésta y la ofensa será sumamente breve de forma que perdure en el ánimo del agente la impresión producida por el agravio (89).

La doctrina científica abunda en su naturaleza subjetiva, aunque no desconoce que pudiera ponerse en tela de juicio, "dado que igual cabe vindicarse fría que acaloradamente; pero su afinidad con la pasional es más disculpable, visto que la venganza es, al fin y al cabo, reacción psíquica" (90). Así, puede afirmarse, que en estos casos la actuación del agente obedece "a unos estímulos externos que *normalmente* producen una perturbación en la esfera del sentimiento, la cual puede ser de diversa intensidad, y que aquí adquiere carácter ascendente, dándole, por tanto, un tinte emocional" aunque "la precisión afectiva del estado en que obra no requiere una calificación perfecta" (91).

En consecuencia, podrán darse supuestos, sin salirse del desaparecido 428, en los que realmente quepa aplicar la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, ya que los distintos requisitos que la misma exige son verificables dentro del anterior precepto, siempre y cuando se den en el caso concreto.

e) *Atenuante 8.ª del artículo 9 (92).*

El arrebató u obcecación constituye, sin lugar a dudas, atenuante de fundamentación claramente subjetiva. Así, se afirma con acierto por Castro que es "la más subjetivamente matizada", y por Quintano Ripollés que "nos hallamos ya de lleno, y sin tergiversación alguna, ante una genuína motivación pasional" (93). La doctrina, tanto jurisprudencial como científica, es concorde en admitir, como no podía por menos, su caracterización subjetiva (94).

(89) Como declaran las S. S., 6-3-1929, 4-2-1936, 3-7-1950, etc.

(90) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I., p. 421. *Comentarios cit.* T. I. p. 182. A juicio de CASTRO, "si bien nada se opone a que el que se venga pueda hacerlo fríamente, el agente no deja de actuar bajo un móvil pasional, aunque sea de una de las pasiones llamadas por CARRARA frías o razonadoras y, por lo tanto, hay que estimarla como pasional" (*art. cit.*, p. 175). También le conceden naturaleza subjetiva, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 340 y DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 197, que la estima aplicable a estos casos.

(91) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.* T. II, p. 261.

(92) "Son circunstancias atenuantes: 8. La de obrar por motivos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación" (art. 9, número 8, del Código penal).

(93) B. F. CASTRO, *art. cit.*, ps. 175-176. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I., p. 422. *Comentarios cit.* T. I., p. 189. Vid. De interés, SILVA MELERO, *art. cit.*, ps. 458 y 471.

(94) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.* T. II, p. 263. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*,

Un estudio de los distintos requisitos exigidos por la jurisprudencia conduce a la conclusión de que ciertamente puede aplicarse dentro del ámbito del 428. Si el sujeto activo se encontraba arrebatado u obcecado—con el contenido que dichas expresiones suponen (SS. 14 diciembre 1942, 13 marzo 1958, 30 noviembre 1960, etc.)—en el momento de su actuación, no existirá obstáculo en aceptar potencialmente las restantes características, necesarias para la aplicación del número 8.º del artículo 9.º (95).

Se dará, pues, esa especie de relación causal entre los motivos y el estado emocional pasional (S. 10 junio 1935), ya que el estímulo se entiende suficiente para que *naturalmente* haya producido arrebatado u obcecación y a la mayor parte de los hombres (S. 6 noviembre 1934) les hubiera sucedido lo mismo. Incluso se afirma la *inmediatividad* requerida constantemente por la jurisprudencia, a excepción de la Sentencia de 30 noviembre 1960, en los propios límites del 428, puesto que la acción se verifica en el preciso momento de la sorpresa.

Existe, en consecuencia, una clara posibilidad de que entre en juego la atenuante octava del artículo 9.º, que justamente presenta mayor facilidad para su aplicación, y que, además, satisface plenamente las líneas generales que han informado la actual reforma.

f) *Otras pretendidas soluciones.*

a') *Atenuante 7.ª del artículo 9.º (96).*

Por Quintano Ripollés se ha aludido a la posibilidad de aplicar el número 7.º del artículo 9.º del Código penal, concretado en el “motivo moral” (97). Con independencia de la naturaleza que se conceda a la anterior atenuante, se objeta con razón por Díaz Valcárcel que “no es presumible que la representación que impele al marido a lesionar o matar esté integrada por el deseo de restaurar el orden moral conculcado” (98). Pero, además, siempre cabe pensar, llenando el término “moral”, con un contenido generalmente aceptado, que la motivación del sujeto activo es más bien lo contrario: ¿en atención a qué moral puede explicarse satisfactoriamente la muerte o lesión verificada en los términos del 428?; ¿cómo puede calificarse de moral el motivo que impulsa al sujeto activo a realizar tan grave acción? (99).

p. 342 y ss. FERRER SAMA, *Comentarios cit.* T. I., p. 293 y ss. SILVA MELERO, *art. cit.*, p. 471.

(95) Es admitida igualmente por DÍAZ VALCÁRCCEL, de forma expresa: “es presumible que todas estas circunstancias concurren” (*ob. cit.*, p. 198).

(96) “Son circunstancias atenuantes: 7. La de obrar por *motivos morales*, altruistas o patrióticos de notoria importancia” (artículo 9, número 7, del Código penal).

(97) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 510. También la admite MOSQUETE, *art. cit.*, p. 2707.

(98) DÍAZ VALCÁRCCEL, *ob. cit.*, p. 199.

(99) QUINTANO RIPOLLÉS afirma, en *La motivación moral en el Derecho penal*, Sep. de Rev. Legisl. y Jurisp. Madrid, 1949, p. 20: “no menos egoísta

Parece estar en contradicción la postura afirmativa con cuanto quedó expuesto acerca del entendimiento correcto de las situaciones previstas por el artículo 428, y cabe concluir, por consiguiente, que *no* podrá aplicarse el número 7.º del artículo 9.º dentro del esquema del suprimido texto (100).

b') *Atenuante analógica 10.ª del artículo 9.º (101).*

Recientemente se afirma por Díaz Valcárcel que "el Tribunal Supremo en algún fallo (S. 30 noviembre 1917) admite como atenuante por analogía "los celos justificados". Nunca serán más justificados que en el supuesto que describía el artículo 428. Hasta tal punto que deberán producir la conmoción de ánimo integrante del arrebato u obcecación, si no existe base para apreciar el trastorno mental transitorio" (102).

No creemos conveniente la alusión a las "atenuantes analógicas", ya que en realidad, como el propio autor reconoce, serán inscribibles las situaciones que se presenten, en las expresas determinaciones legales de los restantes números del artículo 9.º Si se produce el arrebato u obcecación, no se ve la necesidad de hacer uso del número 10 del artículo 9.º, puesto que deberá aplicarse el primero. Los "celos justificados" tendrán relevancia atenuante, en la medida que se den los requisitos previstos por los específicos preceptos antes examinados, pero carecen de la autonomía suficiente para generar, en este caso, una "atenuante analógica", que siempre será de difícil deslinde con las emocionales pasionales ya citadas.

### 3. *Consideraciones finales.*

Una vez más debe señalarse que la supresión del 428 significa la concesión de un mayor margen para la valoración judicial del caso concreto. De ahí, pues, que las anteriores soluciones han de encontrarse condicionadas por el particular supuesto: el distinto valor de cada una de ellas, su discriminación y selección, deberá hacerse por el juzgador en razón a los caracteres que, más o menos acentuadamente, presentan los hechos objeto de valoración. No *todas* convienen a *todas* las hipótesis imaginables, ni tampoco se han de aplicar de forma superpuesta: requieren una selección que se

(es) la defensa del propio honor en los infanticidios, uxoricidios y abortos *honoris causa*".

(100) En el mismo sentido, DÍAZ VALCÁRCEL: "no creemos que pueda ser apreciada para atenuar estos delitos" (*ob. cit.*, p. 199). Ni siquiera la Ley de Bases, que tan generosamente se pronunció, la recoge como posible causa de atenuación.

(101) "Son circunstancias atenuantes: 10. Y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores" (artículo 9, número 10, del Código penal).

(102) DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 199.

fundará tanto en la modalidad que realmente se presente como en los principios de compatibilidad e incompatibilidad de las diferentes circunstancias atenuantes que nuestra jurisprudencia ha venido afirmando. En este sentido, y en atención a la particular situación que se verifique, se tendrán en cuenta las “reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes”, sobre las que ha llamado la atención Díaz Valcárcel (103).

Un último extremo, referido a la posible concurrencia de circunstancias agravantes que, según veíamos, se planteaba dentro del contorno del 428. También, en este caso, la supresión significa un cambio radical, que remite al juego general de las agravantes y a su régimen de incompatibilidad con las atenuantes, funcionando, por consiguiente, los criterios existentes al respecto, y, de la misma forma, las frecuentes hipótesis de concurso de acuerdo con la distinta calificación de los concretos tipos de los delitos contra las personas, que estarán sujetas a las genéricas reglas del libro I del Código.

---

(103) Especialmente en orden a la estimación de “circunstancias muy calificadas” (artículo 61, regla 5.<sup>a</sup> del Código penal) y a lo previsto por el artículo 66 del Código penal, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 199.

