

## CAPÍTULO VI.

*De las cuestiones relativas al infanticidio.*

### ARTICULO PRIMERO.

PARTE LEGAL.

§ I.—De las disposiciones del Código penal sobre el infanticidio.

LIB. II, TIT. IX, CAP. II.—*Del infanticidio.*

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

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

Art. 392. La suposicion de parto y la sustitucion de un niño por otro serán castigados con las penas de presidio mayor ó multa de 50 á 500 duros.

Las mismas penas se impondrán al que ocultare ó expusiere un hijo legitimo con ánimo de hacerle perder su estado civil.

Art. 393. El facultativo ó empleado público que, abusando de su profesion ó cargo, cooperase á la ejecucion de alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, incurrirá en las penas del mismo y ademas en la de inhabilitacion temporal especial.

§ II.—*Critica de las disposiciones legales sobre el infanticidio.*

Nuestro Código penal, á imitacion del de Baviera y de Oldemburgo, ha resuelto, como debia, varias cuestiones, que no se resuelven del propio modo por varios autores ni otros códigos, en especial sobre la verdadera acepcion que debe darse á la palabra *infanticidio* y á la de *recién nacido*. Ahora sabemos que por *infanticidio* entiende la ley la muerte del feto ó criatura nacida, que se efectúa antes de los tres dias de su nacimiento. Por *recién nacido*, pues, se entiende el que no tiene mas de tres dias de nacimiento.

Así, pues, no tenemos que ocuparnos en lo que han dicho sobre el particular los March, los Olivier d'Angers, los Frorrep, de Berlin, los Devergie y demás que andan buscando condiciones fijas, para saber cuándo debe considerarse como recién nacida la criatura.

Por otra parte, siendo la pena aplicada á los homicidas la que se impone al que mate á la criatura mas allá de los tres dias, deja de tener importancia toda cuestion sobre este punto.

Lo que nosotros no entendemos muy bien, es si la muerte del feto, antes de los tres dias, ejecutada por otras personas que no sean la madre y los abuelos maternos, son felicitadas ú homicidas. Segun el texto de la ley, parece que solo hay infanticidio, cuando son esas personas, la madre y los abuelos maternos, los que matan al feto antes de los tres dias; los demás todos son homicidas.

En el *Febrero reformado* se dice que por infanticidio se entiende la muerte de un niño de tierna edad causada por sus padres, y añade que así lo entendia la antigua jurisprudencia. Si así lo entiende el art. 336, puesto que no hay diferencia en las penas, mátese al recién nacido

cuando se quiera, siempre se califica como un homicidio; no hay para qué cuestionar, si tiene tal ó cual edad, siempre que el acusado no sea la madre ó los abuelos maternos.

Como lo hemos visto, la ley no admite divisiones de infanticidio; así la de los autores en infanticidio por *comision* y por *omision* es arbitraria é inútil. Cuando este delito se comete con intencion, lo es, y se le aplica lo consignado en el art. 336; si es por omision, descuido, etc., falta la intencion, y en este caso se trata como queda prevenido en el art. 480.

El artículo 506 del Código penal dice: «Quedan derogadas todas las leyes penales generales anteriores á la promulgacion de este código;» en virtud de lo cual preguntamos si lo están dos excelentes disposiciones de la ley V, tit. XXXVII, lib. VII de la *Novis. Recop.*, relativas á la exposicion de los recién nacidos, causa la mas comun de los infanticidios, muchos de los cuales se evitarían, si dicha ley fuese mas conocida.

En esa ley se previene que las justicias de los pueblos, no solo no detengan ni examinen al que lleve á exponer á un recién nacido en la caja de expósitos, ó á entregarle al párroco, sino que si lo pide, ó ellos lo juzgan necesario, le acompañen hasta que se verifique la entrega, pero sin preguntarle oficial ni extraoficialmente cosa alguna, y dejándole retirar libremente, fundándose muy sábiamente esa ley en que el temor de descubrir á los padres ó la madre, y de consiguiente hacerse pública su deshonra, retraiga á muchos de poner á las criaturas en parte segura, donde se las pueda socorrer, y prefieran matarlas.

Y puesto que les da esa puerta abierta para salvarlo todo, criatura y honor de la madre, establece que sean castigados con todo rigor los que atenten contra aquellas ó las abandonen en la via pública, exponiéndolas á menudo á una muerte segura.

Creemos que el Código penal deberia haber consignado en él esas dos bien entendidas disposiciones de la ley V de la *Novis. Recop.*, persuadidos de que eso solo basta para disminuir el número de infanticidios, que ahora hace cometer el temor de que se descubra la madre, si se lleva su hijo á una caja de expósitos, ó al cura párroco, ó donde se le pueda socorrer y salvar. Los artículos 392 y 393, sin dichas disposiciones, han de retraer á muchos, temiendo que les apliquen el delito de ocultacion ó exposicion.

Hemos incluido estos artículos en este capítulo, porque se pueden relacionar con las cuestiones de suposicion y exposicion del feto, que comprendemos en las de infanticidio, puesto que pueden dar lugar en efecto, ya á la muerte involuntaria, ya voluntaria del recién nacido.

No seguiremos á Orfila y otros médicos legistas en las consideraciones de orden moral, que hacen sobre si deberian ser castigadas, con mas ó menos rigor, las madres, segun la época en que matan á sus hijos, y las demás personas, segun los lazos de parentesco que tengan con la madre y el feto. Nos hemos formado el propósito de no ocuparnos mas que en la parte fisiológica de las leyes que se relacionan con las cuestiones que debemos agitar, y no faltaremos á él aquí, como no hemos faltado en otras partes, á menos que la naturaleza de la cuestion lo haya exigido.

En el *Febrero reformado* se habla de las diligencias ó procedimientos que hay que practicar en los casos de infanticidio, refiriéndose, en la parte científica, á Foderé, y diciendo que la ciencia es ineficaz para resolver las cuestiones de esta especie. Aquí tenemos que decir lo que ya hemos indicado en mas de un pasaje.

Si los autores del *Febrero reformado* hubieran consultado obras mas modernas, no incurrirían en los errores graves en que incurren, y hubieran dado á los jueces mas instruccion, para saber proceder como es debido en casos de infanticidio. Lo demostraremos en el decurso de este capítulo, á medida que nos vayamos ocupando en las cuestiones relativas á esos casos.

Pasemos, pues, á la parte médica.

### ARTÍCULO II.

#### PARTE MÉDICA.

##### *De las cuestiones á que puede dar lugar el infanticidio.*

En toda cuestion de infanticidio hay dos órdenes de cuestiones: uno de las que se refieren al recién nacido; otro de las que se refieren á la madre. Hay, en efecto, necesidad de examinar á los dos, para resolver cualquiera cuestion que, con respecto al infanticidio, se proponga.

Algunos autores han querido empezar las cuestiones relativas al recién nacido con la siguiente: *¿El recién nacido era viable?* El objeto que se ha tenido al proponer esta cuestion, es alegar esta circunstancia como atenuante en los casos de infanticidio. Si el recién nacido no era viable, se ha dicho, no ha habido delito, ó por lo menos debe considerarse como si no le hubiera, aun cuando se haya practicado todo lo posible para matar á la criatura. De todos modos habia de morir, y por lo mismo ni la sociedad sufre verdaderamente una pérdida por el infanticidio, ni el mismo recién nacido resulta perjudicado, puesto que, á no ser la violencia de que se mira víctima, hubiera sido otra la causa de su inevitable muerte.

Esta doctrina es inadmisibile.

En la parte legal del capítulo, donde ventilamos las cuestiones de viabilidad, expusimos lo que la ley de las *Partidas* y *Novísima Recopilacion* entienden por *no nacidos*, y en efecto, los no viables son considerados, como si no hubiesen sido dados á luz. Los partidarios de las doctrinas de Rogron encontrarán tal vez en estas leyes un apoyo: un feto que se considera como no nacido, es como si no existiese; lo que no existe, no puede ser cuerpo de delito; luego un infanticidio cometido en un recién nacido de esta clase, no es crimen. Tales son las argucias, que los amigos de sofismas y juguetes dialécticos ponen en juego, para desvanecer la criminalidad de semejante acto. Poco nos costará manifestar los errores graves de esta doctrina.

Cuando una mujer mal aconsejada, ó cualquier otro sugeto, han querido matar á la criatura recién nacida, ni siquiera han pensado ni podido saber que no era viable: otras consideraciones é ideas los han ocupado en su sangriento proyecto; lo mismo hubiesen practicado, si el niño hubiera gozado de todas las condiciones mas ventajosas para vivir largos años; por eso mismo que creen que vivirá, le matan. Hay, pues, toda la intencion del infanticidio, y la intencion, la voluntad es lo que constituye en todo delito su moralidad, su esencia. Mal pudiera, por lo mismo, en casos de infanticidio cometido en fetos no viables, dejar de ser aplicada la doctrina que nuestra legislacion consagra para los casos en que ha habido intento de crimen, valiendo las mismas penas que para

el crimen consumado, cuando el que le intentó no pudo llevarlo á efecto á pesar de su voluntad.

Si este principio se consignase, cada uno de nosotros tendria facultad y derecho de matar al reo conducido al patíbulo, puesto que va á morir; cada uno de nosotros podria asesinar impunemente á un moribundo ó á un enfermo de los que padecen un afecto mortal; cada uno de nosotros, en fin, estaria autorizado para acabar violentamente con los dias de un anciano decrepito.

Nadie tiene derecho de arrebatar la vida á su semejante, sean cuales fueren las circunstancias en que este se encuentre. La sociedad ó la ley, que es su expresion, debe su proteccion á todos, tanto mas, cuanto mas débil sea el sugeto, y cuanto menos esté en disposicion de defenderse. ¿Y qué mas débil, qué menor disposicion para defenderse que el pobre recién nacido?

Como consecuencia de todas las reflexiones que preceden, creemos que no debe ser cuestion médico-legal la de la viabilidad del recién nacido asesinado, ó en otros términos, que los jueces no pueden ó no deben proponerla, puesto que, óra se pruebe la viabilidad, ora la no viabilidad de la víctima, siempre es un crimen execrable y digno del castigo mas severo. Ni como circunstancia atenuante siquiera, puede admitirse semejante dato, á menos que entre en la consideracion del tribunal el juzgar mas ó menos punible un asesinato, segun la utilidad del sugeto asesinado y el partido que podria sacar de él la sociedad, consideracion mezquina que, sobre inmolarse á este sugeto al egoismo de los demás, podria dar margen á una serie no interrumpida de injusticias.

Las cuestiones que, sin apartarse del texto de nuestras leyes en su resolucion, comprenden todos los casos de infanticidio, son las siguientes:

En cuanto á la madre.

- 1.º Si ha parido, desde cuándo data el parto, y si concuerda con la edad extra-uterina del feto.
- 2.º Si ha podido socorrer á su hijo.
- En lo que atañe al feto.
- 3.º Declarar si el cadáver sometido á nuestro exámen es el de un recién nacido, y qué tiempo tiene.
- 4.º Declarar si nació vivo.
- 5.º Suponiendo que vivió, ¿cuánto tiempo hace que ha muerto?
- 6.º ¿Ha sido su muerte natural, por falta de cuidado ó socorro, ó violenta?
- 7.º ¿Puede conocerse, analizando las cenizas de un hogar, si se ha quemado en él un feto?
- 8.º Declarar que las manchas son de *unto sebáceo* ó de *meconio*.

Empecemos por las cuestiones relativas á la madre, y luego veremos las relativas al feto.

No formulamos aquí las cuestiones relativas á la *supresion* y *exposicion* del feto, porque al fin y al cabo estas cuestiones están embebidas en las que hemos indicado.

Cuando se hace desaparecer un feto, ó se trata judicialmente como raptó, si no parece, ó como infanticidio, si parece y está muerto con violencia.

Cuando se exponga y por ello muera, la cuestion irá embebida en una de las que hemos formulado, la 6.º

Por lo mismo, aunque nos hemos reservado hablar de las cuestiones