

3. «No constituye delito—(hemos dicho mucho tiempo hace en nuestras *Lecciones del derecho penal*)—no constituye delito la infracción de un deber, cuando este deber está garantido por sanciones naturales... Cuando la naturaleza misma ha cuidado de sancionar eficazmente un deber, de tal manera que su sanción no pueda ser eclipsada ni sobrepujada por la de las leyes, la de éstas es inútil, y no se necesita de ningún modo. Si la primera no fuese suficiente para evitar ó castigar el mal, seguro es que ménos lo sería aún la segunda. ¿Qué hareis, por ventura, qué pena impondeis á un hombre que quiera atormentarse, que quiera suicidarse? Vuestras penas serán menores que el mal que se impone él á sí propio: si ese mal no le contiene, vuestras penas no le contendrán. Y en cuanto á la satisfacción, que es debida á la conciencia pública, obsérvese bien, y se reconocerá sin la menor falta, que cuando hay una sanción natural bien poderosa, esa conciencia no pide de ningún modo satisfacción á las leyes civiles. Ella cree que ha habido una perturbación moral en el hombre que atropella la primera, y se confunde ante su atrevimiento y su desgracia, sin reclamar que éste se aumente con medios escasos y desproporcionados. ¿Qué se puede exigir contra el suicidio, después que arrojó él mismo hasta la propia muerte, siendo ésta el mayor mal, á que podían condenarle los hombres? Nuestra sociedad escéptica y material, por lo ménos, nada pide, nada reclama contra él.»

4. Si aprobamos á la ley no haber tratado de penar el suicidio, no lo aprobamos ménos en haber penado los auxilios que se den para éste. Aquí nos hallamos plenamente en otro caso: aquí faltan de todo punto las razones que impedian castigar el primero: aquí hemos pasado á una esfera en que la ley puede tener eficacia, y en que puede pedírsela por consiguiente que sancione en sus preceptos lo que inspira en los suyos la moral.

5. La ley distingue dos casos. Uno, el de prestar mero auxilio al suicida; facilitarle el veneno ó el puñal, ó impedir eficaz, poderosamente, que acudan á salvarle de su mala intención. Otro, ejecutar por sí mismo la acción que el suicida desea, clavarle el puñal, darle á beber el veneno, encender el brasero y cerrar herméticamente la habitación.

6. Los casos, en efecto, son distintos: el auxilio del uno ha pasado á ser acción completa en el otro. Allí hay complicidad: aquí hay cooperación más importante; hay, en una palabra, un homicidio concertado con el que va á ser su víctima. Nada, pues, ocurre contra la designación de las penas, contra la diferencia que los separa, contra la relación que tienen con las de los artículos anteriores.

7. ¿Se deberá entender comprendido en la primera clase el que supe el proyectado suicidio, y no diere parte de él, para que se estorbe ó impida? ¿Se podrá decir que este lo auxilia con su silencio?

8. No lo creemos. Ese auxilio negativo no es del que la ley habla en el artículo que examinamos. Prestar auxilio es algo más que ese silencio, que esa omisión. Eso es abstenerse: eso es no hacer nada; y quien nada

hace, y quien se abstiene, no presta auxilio á ningún intento. Moralmente, no obrará bien: legalmente, no podrá castigársele.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DEL INFANTICIDIO.

Artículo 338.

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

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

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. IX, tit. 16, L. 8.*—*Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum.*

Fuero Juzgo.—*Ley 7, tit. 3, lib. VI.*—*Ninguna cosa non es peor de los padres que non an pietat, et matan sus fijos. E por que el pecado destos atales es spendudo tanto por nuestro regno, que muchos carones é muchas mugeres son culpados de tal fecho, por ende defendemos que lo non fagan, y establecemos que si alguna mugier libre ó sierva matar su fijo, pues que es nado, ó ante que sea nado prender yerbas por abortar, ó en alguna manera lo afogare, el iuez de la tierra luego que lo sopiere, condempnela por muerte. E si la non quisier matar, cieguela: é si el marido ge lo manda fazer, é la sofrier, otra tal pena deve aver.*

Cód. franc.—*Art. 300.* *Será castigado de infanticidio el delito de matar un niño recién nacido.*

Art. 302. *Todo reo de..... infanticidio..... será castigado con la pena de muerte.....*

Cód. aust.—Art. 122. *La madre que durante el parto quite la vida á su propio hijo, ó que lo dejare perecer, no suministrándole los auxilios necesarios en semejante estado, será castigada, si fuere hijo legítimo, con la pena de prision durísima; y si fuere ilegítimo, con la prision dura de diez á veinte años cuando por sí misma lo matare, y de cinco á diez años cuando lo dejare perecer no tomando deliberadamente las precauciones necesarias.*

Cód. napol.—Art. 349. *El homicidio voluntario será calificado de infanticidio cuando se cometiere en la persona de un niño recién nacido, ó que todavía no se haya bautizado ó inscrito en los registros del estado civil.*

Art. 352. *Será castigado con la pena de muerte..... 3.º El infanticidio.*

Art. 387. *La pena del infanticidio será la de tercer grado de cadena, cuando se cometiere el crimen con el fin de ocultar por razones de honor una prole ilegítima.*

Cód. brasil.—Art. 197. *Matar un niño recién nacido.—Penas. La prision de tres á doce años y una multa igual á la mitad de la duracion de la pena.*

Art. 198. *Cuando la madre matare á su propio hijo para ocultar su deshonor.—Pena. La prision con trabajo de uno á tres años.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 602. (Véase en las Concordancias al artículo 223.)

COMENTARIO.

1. No podemos aprobar lo que dispuso el párrafo primero de este artículo. Decimos más: de todos los artículos que no nos parecen bien en el Código, este es el que rechazamos mas fuerte é instintivamente, con una repulsa mas íntima y enérgica.

2. Comprendemos y aprobamos que el designio de ocultar la deshonra sea tenido en cuenta por las leyes. Mas el hacer rebajar la pena, por esa causa atenuante, desde la muerte, castigo ordinario del parricidio—(la cadena perpétua lo es solo cuando hubiese otras causas del mismo género)—hasta la prision menor, nos parece incomprensible y digno de toda censura. Artística, científicamente, es un salto que no tiene ejemplo: humanamente lo encontramos de absoluta repugnancia. A esa idea de honra, que no contuvo para evitar el nacimiento del hijo, no se puede dar moralmente el valor ni la fuerza que el artículo la da, para excusar la muerte de un hijo de tres dias. No basta adorar la honra; es menester llevar un corazon de fiera para hacer esto.

3. Y no se nos arguya con el caso del aborto. En el aborto no existe visible, real, vivo, el hijo á quien se sacrifica: no es un ser aún, no es mas que un gérmen, una esperanza. Pero aquí ya nació, ya existió, ya pudo haber durado sesenta horas; y sin embargo, la ley no decreta sino prision menor para la madre que lo aniquila, lo destruye, lo mata.

4. Aun nosotros habríamos extrañado ménos que esta lenidad se emplease con las que cometieran el crimen en el acto de dar á luz; pero despues de un dia, pero despues de dos, pero dentro de los tres, es una cosa que mientras mas la consideramos, ménos podemos concebirla. Así, la diferencia de penas por un mismo hecho, en el espacio de una hora, se elevará de prision menor á muerte, cuando en ese tiempo no ha ocurrido ningun suceso crítico, ninguna diferencia esencial, en las respectivas situaciones del matador y de su víctima. Esta consideracion sola condena el precepto de la ley.

5. Sin embargo, habremos de decir aquí lo que hemos dicho en otros puntos. Escrito está, y no puede hacer otra cosa que obedecerlo.

6. Pero téngase al ménos presente que la ley dice «por ocultar su deshonor»; y por consiguiente es necesario que aparezca y se acredite en el juicio esta causal de disculpa. Si la clase (y cuenta que no usamos de aquella palabra en sentido aristocrático), si la vida, si las costumbres de las madres, si el aprecio que ella haga de la opinion, no autorizaren á suponer ese propósito que ha inspirado á la ley; si no se probare, ni se pudiese racionalmente presumir ese motivo, ese intento; el artículo actual no será aplicable, y el infanticidio habrá de ser castigado con muy otra dureza. En esto no puede haber cuestion.

7. Mas ¿cómo se le castigará entonces? ¿Cuál otro artículo deberá serle aplicado? ¿Por ventura, el 323, que habla de los parricidios, ó el 324, que habla del homicidio en general? La ley dice que se *incurrirá en las penas del homicidio*; pero debe tenerse presente que todas las del capítulo anterior son penas del *homicidio*, pues éste y no otro es el epígrafe que á su cabeza lleva. Esa expresion, pues, no salva la dificultad.

8. Nuestro juicio consiste en que se deberán imponer las del 323; aunque admitiendo fácilmente la circunstancia atenuante que se deriva del espíritu del *núm. 1.º* del artículo 9 del Código. Siendo así, la pena ordinaria será la de cadena perpétua.

9. Concluiremos este Comentario, advirtiendo que lo que hemos dicho de las madres, se aplica con igualdad de razon á los abuelos. Lo que respecto á ellos se preceptúa, es claro de por sí: el juicio que nos merece no puede ser dudoso, despues de lo que acaba de decirse. Nuestra censura es menor, porque es aquí mayor la pena impuesta por la ley.

CAPÍTULO TERCERO.

ABORTO.

Artículo 337.

«El que de propósito causare un aborto, será castigado:

- »1.º Con la pena de reclusion temporal, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- »2.º Con la de prision mayor, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- »3.º Con la de prision menor, si la mujer lo consintiere.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tít. 19, L. 38.*—*Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, et si dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humilioris in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur, quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

Fuero Juzgo.—*Ley 1.º, tít. 3.º, lib. VI.*—*Si algun ome diere yerbas á la muier, por que la faga abortar, ó quel mate el fijo, el que lo faze deve prender muerte.....*

Ley 2.—*Quien fiere muier preñada en alguna manera, ó por alguna ocasion le faze abortar, si la muier muriere, aquel prenda muerte por el omzillio que fizo. E si la muier abortare, é non oviere otro mal, si ambos eran libres el omne y la muier, é si el ninno era formado dentro peche C é L sueldos; é si el ninno non era formado, peche C sueldos.*

Ley 4.—*El omne libre que faze abortar la sierva, aiena, peche XX sueldos al sennor de la sierva.*

Ley 5.—*Si el siervo faze la muier libre abortar, reciba CC azotes é sea dado por siervo á aquella muier.*

Ley 6.—*El siervo que faze abortar la sierva aienna, el sennor del siervo peche X sueldos al sennor de la sierva, y el siervo reciba demás CC azotes.*

Partidas.—*Ley 8, tít. 8, P. VII.*—*Muger preñada, que beviere yerbas á sabiendas, ó otra cosa cualquier, con que echase de sí la criatura, ó se firiere con puños en el vientre, ó con otra cosa, con intencion de perder la criatura; é se perdiessse por ende, dezimos, que si era ya biva en el vientre estonze, quando ella esto ficiere, que deve morir por ello. Fueras ende, si gelo fiziessen fazer por fuerza, assi como fazen los judios á sus moras; ca estonze el que lo fizo fazer deve aver la pena. E si por aventura non fuesse aun biva, estonze non le deven dar muerte por ello; mas deve ser desterrado en alguna isla por cinco años. Essa misma pena dezimos, que deve aver el ome que fiere á su muger á sabiendas, seyendo ella preñada, de manera que se perdiessse lo que tenia en el vientre, por la ferida. Mas si otro ome extraño lo fiziessse; deve aver pena de homicida, si era biva la criatura, quando morió por culpa dél; é si non era aun biva, deve ser desterrado en alguna isla por cinco años.*

Cód. franc.—*Art. 317, reformado en 1832.* *El que por medio de sustancias alimenticias, bebidas ó medicamentos, ejerciendo violencias, ó de cualquier otro modo procuraré el aborto de una mujer embarazada, ya consienta ésta ó no, será castigado con la pena de reclusion.....*

Cód. aust.—*Art. 131.* *Se hace reo del delito de aborto el que con cualquier objeto que sea, sin consentimiento y contra la voluntad de la madre, la hiciere ó intentare hacerla abortar.*

Art. 132. *El reo de este delito será castigado con la pena de prision dura de uno á cinco años; y si resultare del hecho haberse puesto en peligro la vida de la madre ó haberse alterado su salud, la pena será de cinco á diez años.*

Cód. napol.—Art. 395. *Todo el que por medio de sustancias alimenticias, bebidas, medicamentos, violencia, ó de cualquier otro modo hubiere causado el aborto de una mujer embarazada, con el consentimiento de ésta, será castigado con la pena de relegacion.....—Si no mediare consentimiento de la mujer, se impondrá al reo la pena de reclusion.*

Art. 396. *Si á consecuencia de los medios empleados, ya hayan ó no producido el aborto, se hubiere ocasionado la muerte de la mujer, será castigado el reo con la pena de cadena de primero á segundo grado en presidio, cuando hubiere habido consentimiento de la mujer para hacer uso de esos medios; y si no hubiere consentimiento, con la misma pena del tercero al cuarto grado tambien en presidio.*

Art. 398. *El aborto frustrado será castigado con la pena de prision de segundo á tercer grado. A los empleados de sanidad se impondrá conjuntamente con esta pena una multa de veinte á doscientos ducados.*

Cód. brasil.—Art. 199. *Ocasionar el aborto por algun medio empleado interior ó exteriormente con el consentimiento de la mujer embarazada.—Penas. La prision con trabajo de uno á cinco años.—Si se ejecutare sin consentimiento de la mujer embarazada.—Penas. Dobles.*

Art. 200. *Suministrar con conocimiento de causa drogas ú otros medios para producir el aborto, aun cuando éste no llegue á verificarse.—Pena. La prision con trabajo de dos á seis años.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 639. *El que empleando voluntariamente y á sabiendas alimentos, bebidas, golpes, ó cualquier otro medio análogo, procure que alguna mujer embarazada aborte, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusion de dos á seis años. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será la reclusion de uno á cuatro años; si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusion de seis á diez años en el primer caso, y de cuatro ó ocho en el segundo.*

Artículo 338.

«Será castigado con prision correccional el aborto ocasionado violentamente, cuando no haya habido propósito de causarlo.»

Artículo 339.

«La mujer que causare su aborto, ó consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prision menor.

»Si lo hiciere para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de prision correccional.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tit. 8, l. 8.—Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*

Fuero Juzgo.—*Ley 1.^a, tit. 3, lib. VI.—..... E la muier que toma yerbas para abortar; si es sierva, reciba CC azotes; si es libre, pierda su dignidad, é sea dada por sierva á quien mandar el rey.*

Ley 7, tit. 3, lib. VI.—(Véase en las Concordancias á nuestro artículo 327.)

Partidas.—*Ley 8, tit. 8, P. VII.—(Véase en las Concordancias del artículo 328.)*

Cód. franc.—Art. 317, reformado en 1832. *La misma pena (reclusion) se impondrá á la mujer que procurare su propio aborto, ó que*

consintiere en hacer uso de los medios que se le hubieren indicado ó facilitado, si se siguiere el aborto.....

Cód. aust.—Art. 128. *La mujer que con intencion ejecutare algun acto con el fin de abortar, ó para dar á luz el niño sin vida, se hace reo de un delito.*

Art. 129. *La pena de tentativa de aborto es de la prision de seis meses á un año, y la del aborto consumado la prision dura de uno á cinco años.*

Art. 130. *La misma pena se impondrá, pero sin agravacion, al padre del niño abortivo, cuando fuere cómplice de este delito.*

Cód. napol.—Art. 395. *La misma pena (relegacion) se impondrá á la mujer que procurare su propio aborto, ó que consintiere el uso de medios para producirlo.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 640. *La mujer embarazada que para abortar emplee á sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusion de cuatro á ocho años. Pero si fuere soltera ó viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare á juicio de los jueces de hecho que el único y principal móvil de la accion fué el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente uno á cinco años de reclusion.*

COMENTARIO.

1. Los tres artículos que hemos reunido en este punto comprenden casi toda la doctrina penal respectiva al aborto. El 339 explica los casos en que hay delito por parte de la madre: el 338, aquellos en que una tercera persona—(exceptuándose si fuere un facultativo)—lo causa voluntariamente y con intencion: el 337, aquellos en que se produce por violencia, pero sin propósito de realizarlos. Ejemplos de lo primero: la mujer que toma un abortivo, ó consiente que la electricen con este fin. Ejemplos de lo segundo: el que da la bebida, ó hace la electricacion, ora consintiendo, ora no consintiendo la madre. Ejemplo de lo tercero: el que da un gran golpe en el vientre á una mujer embarazada, no por accidente, sino con intencion de darlo.

2. Como se ve, el cuadro de la ley es bastante completo. No faltan hasta aquí más que dos cosas: una, el aborto causado por el médico, del cual hablaremos en el siguiente artículo; y otra, el causado por accidente, por acaso, del cual no hay que hablar, porque los hechos involuntarios é inintencionales no son delitos segun nuestra ley.

3. En la mujer que causa ó que consiente su aborto, distingue el artículo 339 dos posibilidades ó dos categorías. Es la una, cuando se decide á esta accion por el gran motivo de ocultar su deshonra, que apareceria de seguir en cinta, y sobre todo del hecho del parto. La segunda hipótesis, es cuando no puede suponerse tal motivo, cualquiera que sea el que realmente hubiere inspirado la accion.—La primera madre es castigada con la prision correccional: la segunda, con la prision menor.

4. No encontramos aquí—y ya lo hemos anunciado ántes de ahora—las propias razones de censura, que nos movieron á criticar las penas del infanticidio. Entre el feto, que aún no nació, y el niño que ha respirado y abierto los ojos, encontrará siempre el buen sentido un abismo de diferencia. La medicina y la teología, que se han ocupado mucho de averiguar el punto en que los fetos comienzan á vivir, dirán lo que quieran sobre el particular: la mera razon, la conciencia del género humano, que es sólo lo que debe inspirar en primer término las leyes, dirá constantemente que no es lo mismo un ser que existe por sí, á la luz del dia, á la faz de la sociedad, de un modo real, positivo, incuestionable, que otro ser que existe como accesorio, de una manera oculta, sin que haya tomado, por decirlo así, posesion, ni entrado en el goce de su existencia.

5. Por eso encontrábamos muy suaves las penas contra el infanticidio, que es la destruccion de una persona; por eso no tenemos nada que decir contra el aborto, que es la destruccion de un gérmen y de una esperanza.

6. Esto por lo que hace á la madre que quiere abortar. En cuanto á los que la prestan auxilios, ó causan por otros medios el aborto, de propósito y deliberadamente, las penas son: 1.º, reclusion temporal, si cometieren un acto de violencia; 2.º, prision mayor, si obraren sin ella, pero sin el consentimiento de la mujer; 3.º, prision menor, si hubiere tal consentimiento.—Tampoco tenemos que decir nada contra estas penalidades.

7. Si el aborto no se ha causado de propósito, pero sí con una violencia voluntaria, será el castigo prision correccional.

8. ¿Qué dirémos si el aborto fuere causado por los padres de la mujer, y con el propio objeto que en ella se ha reconocido como posible, el de ocultar su deshonra? ¿Confundirémos á estos delincuentes con cualesquiera otros extraños, y les impondrémos en sus respectivos casos la reclusion temporal y la prision mayor?

9. Esto pugnaria—no puede ménos de reconocerse—con el sistema adoptado en el caso del infanticidio. Allí vimós que esa causa de la ocultacion se tenia en cuenta, como muy poderosa, tratándose de los abue-

los. ¿Cómo, pues, es posible no tenerla aquí, cuando puede obrar de la misma suerte, y confundir por tanto al padre de la mujer embarazada con cualquiera otro que la haga abortar por causas muy diversas?

10. La razon nos dice, por consiguiente, que debemos tener esa circunstancia, si ocurriere, en gran consideracion, mas al mismo tiempo debemos confesar que nos faltaria pena, y que no sabríamos cómo disponer el conveniente castigo, sin faltar á los principios capitales que hemos consignado como fundamentos de este Código.

Artículo 340.

«El facultativo que, abusando de su arte, causare el aborto, ó cooperare á él, incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el art. 328.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Art. 317, reformado en 1832. ... *Los médicos, cirujanos y demás empleados de sanidad, y los farmacéuticos, que indiquen ó administraren los medios de producir el aborto, serán castigados, si llegare aquel á verificarse, con la pena de trabajos forzados temporales.*

Cód. aust.—Artículos 128, 129 y 130. (Véanse en las Concordancias al artículo anterior.)

Cód. napol.—Art. 397. *El médico, cirujano, farmacéutico, partera y cualquiera otro empleado de sanidad, que á ciencia cierta indicaren ó administraren los medios que hubieren producido el aborto, serán castigados con el grado superior de las penas impuestas en los artículos anteriores, y además una multa de treinta á trescientos ducados.*

Cód. brasil.—Art. 200. (Véase en las Concordancias á nuestro artículo 328.)

Cód. esp. de 1822.—Art. 376. *Los médicos, cirujanos, boticarios, comadrones ó matronas, que á sabiendas administraren, proporcionen ó faciliten los medios para el aborto, serán castigados con arreglo al capítulo primero, del título de delitos contra las personas.*

Art. 639. *Pero si es un médico, cirujano, boticario, comadron ó matrona, el que á sabiendas administra, proporciona ó facilita los medios para el aborto, sufrirá, si éste no tiene efecto, la pena de cinco á nueve años de obras públicas; y de ocho á catorce si lo tuviere, con inhabilitacion perpétua en ambos casos para volver á ejercer su profesion.*

COMENTARIO.

1. La ley estima el ser médico como una circunstancia agravante en este hecho de procurar el aborto. Tiene razon. La profesion de una facultad científica impone obligaciones de moralidad, que no tienen en tal punto los simples particulares. La medicina es para curar á los enfermos, y no para hacer abortar á las mujeres embarazadas.

CAPÍTULO CUARTO.

LESIONES CORPORALES.

1. Despues del homicidio y sus variantes—(parricidio, infanticidio, aborto)—viene naturalmente en el orden de los delitos contra las personas el que consiste en la lesion corporal, en la mutilacion, en la herida, en los golpeamientos y malos tratos de obra. Despues de lo que destruye, y acaba con el ser, viene lo que lo menoscaba, lo que lo pone en peligro, lo que le hace padecer física y materialmente. Todo este asunto, que admite de hecho numerosísimos accidentes, reducido á pocas y sencillas reglas, es el objeto del presente capítulo.

2. Como se ve por esta indicacion, sus penas, no solamente han de ser muy variadas, extendiéndose por dilatados términos, sino que hasta han de pasar con frecuencia de una escala á otra. Bajo ese título genérico de lesion se comprenden casi todos los delitos que ofenden á las personas; y su carácter especial, sus particulares circunstancias, han de exigir forzosamente esa extension y esa variedad que acaba de notarse, por más que la síntesis artística los reuna en una pequeña seccion del Código.