

vivo y de tiempo, con todos sus órganos completamente sanos y en estado de funcionar, y que su muerte fué ocasionada por razón de la hemorragia del cordón umbilical, así como también por falta de socorro para que hiciera la respiración: ¿deberá calificarse semejante hecho de delito de **infanticidio**, definido en este art. 424, ó del de abandono de un niño menor de siete años á quien por las circunstancias del abandono se hubiere ocasionado la muerte, previsto y penado en el 501?—El Tribunal Supremo ha declarado que la primera calificación es la que en este caso corresponde: «Considerando que, cualquiera que sea la calificación que merezca el hecho criminal de que se trata, no puede ser la comprendida en el art. 501 que se supone infringido, por razón de las circunstancias que en su ejecución mediaron; ya que no se abandonó al niño en tales condiciones que diesen lugar á la eventualidad de los dos casos que para su penalidad abraza el referido artículo, sino que en la forma que se verificó se revela la intención decidida de producir su muerte, toda vez que ésta era precisa é indispensable, dejándole en el corral con la hemorragia del cordón umbilical y sin prestarle socorro para que verificase la respiración que era necesaria; causas que produjeron su muerte, según las conclusiones de los peritos que reconocieron la criatura; no siendo, por lo tanto, aplicable el indicado artículo, que sólo tiene aplicación en casos distintos del presente, ó sea en aquellos en que no es ostensible la intención de que se verifique la muerte, etc.» (Sentencia de 11 de Julio de 1874, inserta en la *Gaceta* de 6 de Octubre.)

**QUESTION V.** *La mujer que habiendo dado á luz un niño lo lleva á la orilla de una acequia, con objeto de que lo viesen y recogieran, cuya criatura fué hallada cadáver en dicho sitio, con el cordón umbilical sin atar y sin fractura ni lesión alguna, declarando los facultativos que murió, no por violencia, sino por falta de cuidado, ¿será responsable del delito de infanticidio, definido en el art. 424, ó del de abandono de un niño menor de siete años cuando por las circunstancias del mismo se hubiese ocasionado su muerte, comprendido en el 501?*—La Audiencia de Burgos calificó el hecho de delito de infanticidio, ejecutado por la madre para ocultar su deshonor, y condenó á la procesada á tres años y ocho meses de prisión correccional. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa de aquélla, por infracción del art. 501 del Código, por haberse mal calificado y penado el delito de infanticidio, siendo sólo el de abandono de un menor de siete años, declaró el Tribunal Supremo haber lugar al expresado recurso, fundándose en que una vez probado que el recién nacido murió, no por violencia que en sus órganos se ejerciera, sino por falta de cuidado de los que le abandonaron, el hecho se encuentra de lleno en las condiciones que expresa el art. 501 del Código, que castiga el abandono de un niño menor de

siete años cuando por las circunstancias del mismo se hubiese ocasionado su muerte, y no debe, por lo tanto, confundirse con el infanticidio propiamente dicho, que supone que la madre *deliberadamente* y por ocultar su deshonor *da muerte al hijo por medios violentos y adecuados para producirla*, lo cual no aconteció en el caso de autos; en el cual debió apreciarse además, como motivo de atenuación de ese delito de abandono, el poderoso estímulo de salvar su honra, que indujo á la madre á verificarlo; siendo evidente, por lo tanto, que la Sala infringió, por aplicación indebida, el art. 424 del Código, y el 501 por no aplicarlo. (Sentencia de 4 de Octubre de 1877, inserta en la *Gaceta* de 17 de Noviembre.)

**QUESTION VI.** *Si del juicio no resulta más sino que en el excusado de una casa se encontró el cadáver de un niño recién nacido; que se averiguó era de la procesada, la que manifestó que, habiendo sentido en la calle los dolores de parto, se vió precisada á subir al piso de dicha casa y en él dió á luz un niño vivo que se desangró al cortarle el cordón, porque se desmayó con los dolores, y al volver en sí lo encontró ya muerto; manifestando los médicos ser posible que la muerte del feto ocurriera en la forma que refirió la madre: ¿cabrá con tales méritos calificar á ésta de **autora** del delito de infanticidio?*—Así lo estimó la Audiencia de Madrid, cuya sentencia casó el Tribunal Supremo en virtud de recurso contra la misma interpuesto, fundándose en que los hechos expuestos que como probados se estimaban en la sentencia recurrida demostraban que la muerte de dicho recién nacido no fué ocasionada por un acto *voluntario é intencional* de parte de la procesada; y que, por lo tanto, no pudo imputársele el delito calificado, según lo hizo la Sala, incurriendo en error de derecho. (Sentencia de 30 de Diciembre de 1881, inserta en la *Gaceta* de 22 de Abril de 1882.)

## CAPÍTULO VI

### Aborto.

Art. 425. El que de propósito causare un aborto será castigado:

- 1.º Con la pena de reclusión temporal si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2.º Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerciera, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3.º Con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo si la mujer lo consintiera. (Art. 337 del Cód. pen. de

1850.—Art. 317, Cód. Fran.—Arts. 131 y 132, Cód. Austr.—Arts. 395, 396 y 398, Cód. Napolit.—Arts. 199 y 200, Cód. Brasil.)

Por *aborto* se entiende la expulsión del embrión ó del feto antes de los seis meses, ó sea antes del término de la viabilidad legal. Puede producirse de propósito ó sin él; por la propia mujer embarazada, ó por un extraño, ó por un facultativo abusando de su arte.

El presente artículo trata del aborto causado *de propósito* por un *extraño*. Puede verificarse de tres modos: 1.º Ejerciendo *violencia* en la mujer embarazada: por ejemplo, golpeándola expresamente ú operándola contra su voluntad. 2.º No ejerciendo ninguna violencia; por ejemplo, si se causa por medio de medicamentos ó de bebidas, pero *sin consentimiento* de la mujer. Y 3.º De uno ú otro modo de los dos anteriormente expuestos, pero *con consentimiento de la mujer*. La Ley, al penar esos tres modos de aborto, no sólo tiene en cuenta la muerte ó destrucción del feto, sino también la mayor ó menor ó ninguna aquiescencia de la mujer al acto. Cuando se obra *contra su voluntad* (núm. 1.º) castiga el hecho con la pena de *reclusión temporal*; cuando, ya no ejerciendo violencia sobre ella, pero *sin su consentimiento*, con la pena inferior en un grado, ó sea con la de *prisión mayor*, y, por último, cuando se verifica el aborto *con consentimiento* de la mujer embarazada, con la *prisión correccional en sus grados medio y máximo*.

Para la aplicación de dichas penas véase respectivamente los *Cuadros sinópticos* núms. 11, 61 y 55.

Art. 426. Será castigado con prisión correccional en sus grados mínimo y medio el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo. (Art. 338 del Cód. pen. de 1850.—Véanse además las concordancias del artículo anterior.)

El aborto que en este artículo se pena es el que, sin ser producido intencionalmente ó de propósito, se ocasiona, empero, violentamente. Pero entiéndase que para que pueda aplicarse la penalidad aquí establecida, es condición precisa que la violencia haya sido *voluntaria*; si no fuese así, sería el hecho puramente accidental, producto de una casual desgracia, á nadie, por lo tanto, imputable. Riñe uno con una mujer, y pasando de las palabras á los hechos, la causa con un bastón ó arma una lesión; de resultas del golpe, del atropello ó de la conmoción consiguiente, aborta esa mujer; aquí tenemos el caso del artículo. Poco importa que el agente no tuviera intención de producir el aborto; aún más, que estuviera ig-

norante del estado de embarazo de la mujer, á la que atropelló; la violencia ejercida fué voluntaria; el aborto ha sido consecuencia de ese acto violento; el autor del hecho no puede menos de incurrir en la pena del artículo, pues que es responsable del aborto, de la misma manera que el que sin ánimo de matar infiere á otro una lesión que le produce la muerte, es culpable del delito de homicidio.

En cuanto á la aplicación de la pena de *prisión correccional en sus grados mínimo y medio*, véase el núm. 53 de los *Cuadros sinópticos*.

**CUESTION I.** *¿Cabe apreciar en algún caso en la comisión del delito de aborto, previsto y penado en este artículo, la circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave como el que se produjo?*—Opinamos que en ningún caso podrá estimarse legalmente dicha circunstancia, porque no constituye un *accidente* del hecho, sino su *propia esencia*, en tanto que si así no fuera, no constituiría el hecho el delito especial de aborto que ha querido reprimir particularmente el legislador con la disposición de este artículo.

**CUESTION II.** *La disposición del art. 65, núm. 1.º de este Código, que previene que «si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste en su grado máximo la pena correspondiente al segundo,» ¿será aplicable al caso en que proponiéndose el culpable tan sólo lesionar á una mujer embarazada, se le produce á ésta el aborto á consecuencia de los golpes recibidos?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa en Sentencia de 23 de Abril de 1874, publicada en la *Gaceta* de 26 de Julio: «Considerando que el aborto causado violentamente, aunque no haya habido propósito de causarlo, se castiga con prisión correccional en sus grados mínimo y medio, en conformidad al art. 426 del Código penal: Considerando que admitidos en la sentencia los hechos como probados de que la procesada maltrató á la Polonia, y que por la excitación se ocasionó el aborto, no puede menos de apreciarse que éste ha sido causado con violencia, aunque sin intención de ocasionarlo; y por consiguiente, que aquélla ha incurrido en la penalidad antes referida, y no en la de arresto mayor por simples lesiones, como se supone por fundamento del recurso, *por no ser de los casos comprendidos en el art. 65 del Código, etc.*»

**CUESTION III.** *El que mata á una mujer embarazada, cuyo parto prematuro y violento se produce pocas horas antes de su muerte, ¿será responsable, además del delito de homicidio, asesinato ó parricidio, según los casos, del de aborto, definido y penado en este artículo, aun cuando no hubiese tenido intención de causarlo?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa en Sentencia de 11 de Octubre de 1873, publicada en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1874: «Considerando, dice, que por las declaraciones de Isabel Díaz Vega y de su hijo Antonio y por la propia confe-

sión de su marido Salvador Poredano Morales, aparece completamente justificado que este último infirió á la primera, en la mañana del día, mes y año ya indicados, las tres heridas penetrantes en las cavidades del pecho, vientre y útero, y las demás hasta el número de 27, que produjeron á los dos días su fallecimiento, y algunas horas antes de éste su parto prematuro y violento, según lo deponen en debida forma, conteste y unánimemente los médicos forenses que han practicado la autopsia del cadáver de la Isabel y el reconocimiento del feto que ésta diera á luz: Considerando que ese hecho probado que ha motivado esta causa constituye dos delitos, el de parricidio y el de aborto ocasionado violentamente, sin que conste hubiese habido el propósito ó intención de causarlo, comprendidos aquél en el art. 417 y éste en el 426 del Código penal vigente: Considerando que en el primero de los expresados artículos se establece para el castigo del parricida la pena de cadena perpetua á muerte, y que el segundo señala para el de aborto á que se refiere la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio: Considerando que cuando un solo hecho constituye dos ó más delitos, como sucede en el presente caso, con arreglo á lo terminantemente prescrito en el párrafo segundo del art. 90 de dicho Código, sólo ha de imponerse la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo; siendo por lo tanto evidente que, según esta disposición legal, debe imponerse á Salvador Poredano Morales la pena de muerte á que ha sido condenado por la referida Sala, como grado máximo de la del parricidio por él perpetrado, etc.»

**CUESTION IV.** *El que mata á una mujer que se encuentra embarazada, ocasionándose la muerte del feto dentro del claustro materno, será responsable, además del delito de homicidio, asesinato ó parricidio; según los casos, del de aborto ocasionado violentamente, aunque sin propósito de causarlo, que define y pena el art. 426 del Código.*—El Tribunal Supremo había resuelto primero la negativa, fundándose en que el aborto, siendo un mal parto ó un parto extemporáneo, requiere, como este mismo, para su existencia material y legal, el *desprendimiento y la emisión del feto del claustro materno*; que el hecho, por lo tanto, de la muerte de un feto en el seno materno, como consecuencia del asesinato ú homicidio de la madre, por más que agrave moralmente la criminalidad del homicida ó asesino, no puede ser legalmente calificado de aborto, por faltar el parto ó la emisión natural ó forzada del feto, circunstancia indispensable para que aquél exista, etc. (Sentencia de 16 de Marzo de 1876, inserta en la *Gaceta* de 26 de Julio.)

Mas esta doctrina ha sido modificada en varias Sentencias posteriores, que han resuelto la cuestión en sentido afirmativo, ó sea la existencia, aun en caso de ocurrir la muerte del feto *dentro del seno materno, sin verificarse su expulsión*, del doble delito de homicidio, asesinato ó parricidio,

según los casos, y del de *aborto*: «Considerando que el hecho de haber el procesado matado á su mujer, causándola con un cuchillo una herida en el pecho que la atravesó el corazón y produjo su muerte instantánea, así como á los pocos minutos, según los facultativos, la de un feto varón *entrado en nueve meses*, perfectamente desarrollado y nutrido, constituye los dos delitos de *parricidio y aborto*, sin que para la existencia de este último sea indispensable la emisión natural ó forzada del feto, cuando la muerte de éste, como en el presente caso, sea debida á la de la madre, que produjo la asfixia del mismo; y que la Sala sentenciadora, al estimar sólo la existencia del parricidio, sin el otro delito de aborto, ha infringido los artículos 426 y 90 del Código penal, imponiendo la pena menor de las dos indivisibles que determina el art. 417 para los parricidas, en vez de la superior y más grave, cual correspondía á la comisión de los *dos delitos* por un *solo hecho*, etc.» (Sentencia de 17 de Junio de 1880, publicada en la *Gaceta* de 14 de Septiembre.)—«Considerando, se dice en otra, que el hecho de la muerte de un feto en el claustro materno, como consecuencia de la muerte violenta de la madre, por más que en la acepción gramatical no pueda calificarse de aborto, por faltar la emisión extemporánea del feto, en el sentido jurídico de la palabra hay que darle esta significación, porque con la muerte de la madre se produce también fatal y necesariamente la del feto, cuando no es viable por el poco tiempo que lleva de vida intrauterina: Considerando que apareciendo de los hechos declarados probados que Bibiano Crespo, constándole que su mujer se hallaba embarazada, le dió muerte, produciendo también, por consecuencia de ella, la del feto de *cuatro meses*, cometió dos delitos, el de parricidio y el de aborto ocasionado violentamente, aunque sin el propósito de causarlo, etc.» (Sentencia de 1.º de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 4 de Junio, págs. 194 y 195.)

Art. 427. La mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Si lo hiciere para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio. (Artículo 339 del Cód. pen. de 1850.—Véanse, además, las concordancias del art. 425.)

Los artículos anteriores han tratado del aborto causado á la mujer por *terceras personas* (á excepción de los facultativos, de que se ocupa el siguiente art. 428). El presente trata del aborto que se causa á sí propia la mujer, ó que consiente que otra persona se lo cause. En el primer caso,

es autora del aborto por participación directa; en el segundo, por cooperar á su ejecución, pues es obvio que, á no prestar su consentimiento, hubiérase ejecutado otro delito de aborto, mas no el que es objeto de este artículo. Igual participación en el hecho requería, como es consiguiente, igual penalidad; por eso vemos que la señalada en este artículo es la misma que se determina en el núm. 3.º del 425 para el que causa de propósito el aborto *con consentimiento de la mujer*, ó sea la *prisión correccional en sus grados medio y máximo*. (Véase dicho artículo.)

Pero lo mismo que el infanticidio, puede la mujer llevar á cabo la muerte del feto para encubrir su deshonra; igual causa ha de producir idéntico resultado: el de aminorar algún tanto la penalidad del hecho, ejecutado á impulsos de una exaltación y arrebató extraordinarios. Para la aplicación de aquella (*prisión correccional en sus grados mínimo y medio*), véase el *Cuadro sinóptico* núm. 53.—Obsérvese que no se hace aquí extensiva esa disminución de pena, como en el infanticidio (art. 424), á los *abuelos maternos* que cometen el delito de que nos ocupamos, para ocultar la deshonra de la madre; pero es evidente que si no les aminora la pena, deberá considerarse esta circunstancia, en todo caso, como atenuante, para aplicar aquella en su grado mínimo.

Art. 428. 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. 425.

El farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa expendiere un abortivo, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas. (Art. 340 del Cód. pen. de 1850.—Art. 317, Cód. Fran.—Arts. 128, 129 y 130, Cód. Austr.—Art. 397, Cód. Napolit.—Art. 200, Cód. Brasil.)

La exposición de motivos del Código francés explica en los siguientes términos esa mayor penalidad aplicable al facultativo que, con abuso de su oficio ó arte, causa el aborto ó coopera á él: «Hay que castigar con una pena más severa á los médicos y cirujanos que procuran á la mujer los medios de abortar; ya que, en realidad, son más culpables que ésta, cuando hacen uso, para destruir, de un arte que no debieran emplear más que para conservar. Si la mujer no encontrase tanta facilidad en procurarse los medios de aborto, el temor de exponer su propia vida haciendo uso de medicamentos que no conociera, la obligaría amenudo á diferir la ejecución del crimen, con lo que se daría lugar y tiempo á que obrase provechosamente en ella el remordimiento.»

Téngase presente lo que ya dijimos en otro lugar con respecto á esa

clase de penas: que ese *grado máximo* de las señaladas en el 425, cuando proceda su aplicación con arreglo al primer párrafo del artículo en que nos ocupamos, habrá de dividirse en *tres períodos iguales* para formar los tres grados de la pena, la que deberá aplicarse en el grado correspondiente, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes, según lo expuesto en los arts. 82 y 83 de este Código. (Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 11 de Noviembre.)

Para la aplicación de ese *grado máximo* de las penas de *reclusión temporal* (art. 425... 1.º), *prisión mayor* (idem núm. 2.º) y *prisión correccional en sus grados medio y máximo*, consúltese respectivamente los *Cuadros sinópticos* núms. 85, 126 y 120.

La disposición del último párrafo del artículo referente al farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa expendiere un abortivo no existía en el Código de 1850. Sin embargo, lo que se ha dicho antes de los facultativos es igualmente aplicable á los farmacéuticos; la justicia, por lo tanto, exigía que no quedase impune esa cooperación indirecta del farmacéutico en la ejecución del delito de aborto, objeto de este capítulo. Como casi siempre semejante cooperación es debida al interés del lucro que reporta la expedición de medicamentos, la pena pecuniaria adjunta á la personal no puede ser ni más análoga ni más justa.

**CUESTION.** *Las comadronas ¿estarán comprendidas también en la disposición del primer párrafo de este artículo?*—Algunos criminalistas franceses han sostenido la negativa, fundándose en que las disposiciones penales no admiten extensiones arbitrarias, y que la expresión «facultativo» es, por tanto, inaplicable á dichas comadronas. Sin embargo, el Tribunal Supremo de casación francés ha adoptado la opinión contraria: «Considerando, dice, que el párrafo tercero del art. 317 del Código (párrafo primero del 428 del Código español) comprende en la generalidad de su disposición hasta las *comadronas*, por más que no las designe por su nombre, ya que éstas no tienen su título, según el art. 32 de la ley de 10 de Marzo de 1803, sino después de «haber sido examinadas por un Tribunal competente sobre la teoría y práctica de los partos, sobre los accidentes que pueden sobrevenir antes, durante y después de los mismos, y sobre los medios de prevenirlos ó de atajarlos: Considerando, por consecuencia, que su culpabilidad es igual á la de los médicos, cirujanos y farmacéuticos cuando como éstos hacen uso para destruir de un arte que no debieran emplear más que para conservar, por lo que no pueden menos de incurrir en la misma pena, etc.» (Sentencias de 26 de Enero de 1839, 23 de Mayo de 1844 y 9 de Enero de 1847.—Véanse los *Boletines* criminales de dichos años, págs. 38, 257 y 7 respectivamente.)