

Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictum exceptum»*

JOSE M. STAMPA BRAUN
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. *Los principios determinantes de la valoración piadosa del infanticidio «honoris causa».*—II. *La decisiva contribución de los Reformadores:* 1. Doctrina del Marqués de Beccaria. En nota: La posición de G. Filangieri.— 2. El entendimiento del infanticidio a través del utilitarismo de J. Bentham.— 3. La aportación de G. D. Romagnosi: su verdadero alcance.—4. P. A. Feuerbach, primer sistematizador de tales concepciones.—III. *Trascendental influencia de estas doctrinas en las legislaciones europeas del siglo XIX:* 1. *Legislación austriaca:* Código penal de 1803.—2. *Legislación española:* Códigos penales de 1822, 1848, de Carlos VII, de 1850 y 1870. En nota: Códigos de 1928 y 1932.—3. *Legislación francesa:* Código penal de 1791, Proyecto de 1804 y Código de 1810, Leyes de 1824, 1832 y 1901. En nota: Legislación belga.— 4. *Legislación italiana:* a) Parma: C. p. de 1820; b) Nápoles: C. p. de 1819; e) Cerdeña: C. p. de 1859 y Reforma de 1861; d) Estados de la Iglesia: Reglamento de Gregorio XVI; e) Toscana: C. p. de 1853; f) Ducado de Módena: C. p. de 1855; g) Cantón Ticino: C. p. de 1873; h) Legislación unitaria: C. p. de Zanardelli (1889).—5. *Legislación alemana:* a) Baviera: C. p. de 1813 y 1861; b) Oldenburg: C. p. de 1814 y 1858; c) Sajonia: C. p. de 1838, 1855 y 1868; d) Brunswick: C. p. de 1840; e) Württemberg: C. p. de 1830; f) Baden: C. p. de 1845; g) C. p. prusiano de 1851 y derivaciones posteriores. 6. Otras legislaciones. Reenvío.

I. LOS PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA VALORACION PIADOSA DEL INFANTICIDIO «HONORIS CAUSA»

La concepción del infanticidio como delito merecedor del máximo castigo perdura, pues, hasta la segunda mitad del siglo XVIII. A partir de este momento aparece, en el ámbito de la ciencia de los delitos y de las penas, un casi unánime sentimiento de benignidad hacia la madre deshonrada. Tal sentimiento cristaliza en la configuración legal del infanticidio como especialidad privilegiada.

(*) Es el cap. III de la primera parte de la obra *El delito de infanticidio*, de próxima publicación.

Las causas de tan curioso proceso, conducido, según Carrara, por la suprema fuerza de la lógica (1), deben buscarse en los principios humanitario-utilitaristas que, procedentes del Enciclopedismo francés y de la última fase iluminista, transformaron radicalmente los supuestos fundamentales de la justicia punitiva tradicional. El mérito de haberlos sistematizado por vez primera, corresponde, como es harto sabido, al inquieto marqués de Beccaria, y el de haberlos desarrollado con personales puntos de vista, a Bentham y Romagnosi. Los tres, hermanados por el ansia de humanizar los arcaicos sistemas penales a la sazón vigentes, lanzaron su más escogida dialéctica contra el desmedido rigor que presidía en el castigo de la madre infanticida.

La valoración piadosa del infanticidio florece, por lo tanto, como consecuencia del gran movimiento reformador del Derecho penal. Apenas se mediten las directrices y aspiraciones que guiaron a los más definidos representantes de la nueva ideología, se comprenderá que su actitud con respecto al viejo concepto de infanticidio; fué natural consecuencia de su doctrina y de sus sentimientos. Doctrinalmente, el programa de los reformadores estaba inspirado en el deseo de sustituir los ordenamientos contemporáneos a ellos por otros de acusada tendencia hacia la estimación de la culpabilidad del agente. El discurrir del filósofo de entonces, entendedor de la Filosofía como norma del buen obrar, aconsejaba que todo juicio sobre las acciones humanas se emitiera contando con la personalidad de quien las hubo realizado. Sólo así, el futuro derecho de castigar podría enorgullecerse de haber otorgado carta de naturaleza al anhelado principio de la proporcionalidad entre el rigor de las sanciones y la magnitud del delito. Sentimentalmente, el teórico de la segunda mitad del siglo XVIII fué humanitarista por oficio. No olvidemos que sobre él estaba gravitando el académico espíritu de la Enciclopedia; no se olvide tampoco que el europeo de aquel momento, abocado a pronunciar la más solemne Declaración de sus Derechos de Hombre, poseía autoridad suficiente para poder exigir que se le juzgase y castigase comprensivamente, y ordenar a sus portavoces oficiales la inmediata condenaación de los muchos resabios de primitiva crueldad que, tolerados por el *ancien régime*, habían pervivido hasta entonces, sin que ningún movimiento organizado de protesta hubiese denunciado su inhumana vigencia.

Por otra parte, el terreno para hacer virar en cuadrante la concepción del infanticidio estaba bien preparado, habida cuenta de que, virtualmente concluido el proceso de *secularización* del Derecho penal, los principios ascéticos que en épocas anteriores habían determinado la valoración del infanticidio como especie agravada, no gozaban ya de demasiado predicamento. Dándose cuenta de ello, la crítica se pronunció en las direcciones siguientes:

(1) CARRARA: *Programma*. Parte speciale, vol. I, 5.^a ed. Lucca, 1881, § 1206 (pág. 333).

a) La conducta de la madre que priva de la existencia a su tierno fruto, puede haber sido inspirada por diversos motivos: De ordinario lo habrá sido o por el deseo de desviar el curso normal y legítimo de una sucesión («sordida veduta di speculazione», sentencia Carrara) (2), o por el más noble de ocultar el parto, suprimiendo al más acreditado testigo de la inmoral concepción. El primer supuesto sólo reclama duro e implacable castigo; técnicamente, es una hipótesis de homicidio cometido con ánimo de lucro. El segundo, sin embargo, mueve a piadosa y caritativa tolerancia; jurídicamente, exige ser destacado del delito-tipo (homicidio), para hacer de él una figura privilegiada en razón del móvil: el *infanticidio por causa de honor*. Este, únicamente, merece el beneficio de ser tipificado aparte. Los demás casos en que la muerte del hijo, cualquiera que fuese su edad, no obedezca al deseo materno de velar la vergüenza sexual, previstos están, sin necesidad de otras especificaciones, en los preceptos que sancionan el parricidio impropio y el homicidio (genérico y agravado), según las circunstancias que en ellos concurren y en armonía con las normas reguladoras de la participación criminal.

b) Dibujados los límites del verdadero delito de infanticidio (muerte del recién nacido causada voluntariamente por la madre para ocultar su deshonor), se hacía necesario determinar la sanción más adecuada y eficaz. En este punto intervinieron dos órdenes de consideraciones: De una parte, la humanitaria comprensión de la torpe conducta de la madre que, para salvar el honor, optó por la dolorosa y perpetua separación del hijo recién engendrado; de otra, la utilitaria preocupación de elegir una pena *eficaz* para reprimir tal supuesto. Los dos fueron manejados por los reformadores. Veamos de qué modo:

II. LA DECISIVA CONTRIBUCIÓN DE LOS REFORMADORES

I. *Doctrina del Marqués de Beccaria (1738-1794).*

Las referencias que nos ofrece el Marqués de Beccaria sobre el infanticidio aparecen en su *Dei delitti e delle pene* (1764). En este opúsculo, cuya trascendencia renovadora fué extraordinaria, la justicia penal está concebida sobre fundamentos utilitarios: deberá tender, por encima de cualquier otro objetivo, al bien de la comunidad. Para conseguirlo, será menester que la pena responda a una doble política de prevención general y de prevención especial, ocasionando al culpable un sentimiento (pathos) que supere, en la menor medida posible, el placer que pudo causarle la comisión del delito. Si el balance entre el dolor de la pena y el placer del delito,

(2) CARRARA: ob. cit., § 1210 (pág. 341).

se inclinase excesivamente en favor del primero, la sanción no sería justa por serlo inútilmente cruel.

Estando en tal discurso, Beccaria afirma que existen ciertos delitos, «aquellos que por su naturaleza deben casi siempre quedar impunes», para los cuales la pena es «un incentivo innecesario» (3), puesto que bien menguada resulta la prevención que contra los tales reclama la sociedad. El infanticidio es uno de ellos. Su frecuente impunidad está justificada por la piadosa indulgencia que a los hombres inspira la madre que lo comete, cuya conducta es «el resultado casi inevitable de la terrible alternativa en que se encuentra una desgraciada que sólo por debilidad cedió, o que sucumbió bajo los efectos de la violencia. De un lado, la infamia; del otro, la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de su vida. ¿Cómo no había ella de preferir este último partido a la vergüenza y miserias suyas y de su desgraciado fruto?» (4).

En vista de ello, parece que ningún castigo debiera decretarse para tal delito. Aquí, sin embargo, la imaginación, que no la técnica, de Beccaria actuó a su cómodo: «El mejor medio para prevenir este delito—nos dice—sería el de proteger con leyes eficaces la debilidad y la desgracia contra esta clase de tiranía, que únicamente se levanta contra los vicios cuyo encubrimiento no puede lograrse con el manto de la virtud» (5). ¡Quimérica aspiración de un pensador ardoroso! (6).

(3) BECCARIA: *Des délits et des peines*, 2.^a ed. (con introducción y comentario de F. Hélie), París, 1870, cap: XXXVI, pág. 191. (En otras ediciones, cap. XXXI.)

(4) BECCARIA: ob. y cap. cit., pág. 192.

(5) BECCARIA: loc. cit.

(6) Las manifestaciones de BECCARIA debieron influir poderosamente en el ánimo de FILANGIERI († 1788). Revisando su famosa *Ciencia de la legislación* (1780) (ilustrada con comentarios de B. Constant, 3.^a ed., París, Libr. española de Lecointe, 1836) he encontrado varias alusiones al absurdo tratamiento que obtuvo el infanticidio en las leyes del viejo régimen y, de manera especial, en las leyes francesas. En el cap. XI de la 2.^a parte del libro III (vid. ed. cit., tomo VI, págs. 262-263), al comentar el autor la desproporción que existía entre la magnitud de algunas penas y la gravedad de los delitos correspondientes, nos dice: «Qué maravilla nos debe causar, por ejemplo, el oír que en el país más culto de Europa, donde el espíritu de humanidad ha hecho los mayores progresos, y donde todo es sensibilidad, delicadeza, fuerza de sentimiento..., la infeliz soltera que conservó el depósito que la deshonra, deba expiar, en un infame patíbulo, el delito del honor y del amor» (se refiere al Edicto de Enrique II). Más adelante, en el cap. I, del mismo libro (ed. cit., tomo VII, página 170), glosando, nuevamente, el inhumano Edicto, califica de «funesto» su sistema, y añade que por obra del mismo se sacrificaron muchos inocentes: «Esta ley—continúa—, que, en muchos casos, castiga con pena de muerte a una joven que no tiene otro delito que el de haber seguido los impulsos del pudor, ocultando el efecto del amor y de la fecundidad; esta ley, digo, que es tan manifiestamente contraria a los principios de la razón y de la naturaleza...».

Las medidas que propuso F. para combatir el infanticidio y el aborto son prueba elocuente de su sabia prudencia: En lugar de tan ignominiosos castigos, procúrese que «se suministren asilos a las jóvenes que tuvieron la desgracia de sucumbir a los estímulos combinados de la naturaleza y del amor;

2. EL ENTENDIMIENTO DEL INFANTICIDIO A TRAVÉS DEL UTILITARISMO DE J. BENTHAM (1748-1832)

La doctrina penal de Jeremías Bentham se caracteriza, desde el primero al último capítulo, por ser una aplicación del principio de la *utilitas* al derecho de castigar. De acuerdo con tal enfoque, Bentham opina que la gravedad de los delitos debe medirse en función del daño que a la sociedad ocasionen. Este daño o mal puede ser de *primer grado* (consecuencia inmediata del delito) o de *segundo grado* (consecuencia mediata). El mal de primer grado es aquel que afecta directamente a la persona ofendida (sujeto pasivo); el de segundo grado está constituido por la alarma o temor que la comisión del delito inspira a los miembros de la comunidad (7).

El infanticidio, cuando haya sido cometido por los padres del recién nacido o con su consentimiento, no produce, en el decir del ilustre jurista, ninguna de las dos consecuencias. No causa mal de primer grado, porque es imposible inferir un daño en la persona de un «ser que ha dejado de existir antes de haber conocido la existencia». Y tampoco ocasiona alarma o temor, porque las únicas personas susceptibles de inquietarse por la suerte del recién nacido, sus padres, han consentido su muerte o se la han causado ellos mismos (8). Se trata, pues, concluye el filósofo, de un acto incapaz de producir la menor inquietud en la imaginación más tímida, «y que solamente puede causar sentimiento a la misma que por pudor y compasión no ha querido que se prolongase una vida empezada bajo tan tristes auspicios» (9).

Partiendo de semejantes presupuestos, Bentham deduce una consecuencia fundamental, a saber: que castigar con pena de muerte el infanticidio cometido por los padres supone uno de los más

que se prodiguen en todos los puntos del Estado receptáculos para sus partos clandestinos; se cubra y oculte su debilidad, en vez de infamarlas...» (pág. 172).

(7) BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (obra extractada de los manuscritos del señor J. Bentham, jurista inglés, por Esteban Dumont, y traducida al castellano, con comentarios, por Ramón Salas), II, Madrid, 1821, págs. 185 y sigs. (En la ed. de Ferrer y Valls, Madrid, 1834, II, págs. 245 y siguientes.)

(8) BENTHAM: ob. cit., pág. 217 (ed. Ferrer y Valls, pág. 277). Distinto es el supuesto—añade BENTHAM (loc. cit.)—de que el infanticidio sea cometido *sin el consentimiento* de los padres del recién nacido, porque en este caso, la alarma (mal de segundo orden) sí que existiría, y en grado casi tan elevado como si de la muerte de un adulto se tratase. Inecesario es advertir que los perjudicados, es decir, las víctimas del temor producido por el delito, serían los padres.

El mismo criterio fué mantenido por TISSOT (*Le droit pénal étudié dans ses principes*, etc., 3.^a ed. t. II, Paris, 1888, págs. 55-56), influenciado, sin duda, por la doctrina del filósofo: «El infanticidio así entendido (es decir, el perpetrado por el padre o la madre sobre un niño verdadero, infans y recién nacido)... es menos grave que el homicidio, aun cuando sea más contra naturaleza. Los padres atentam en menor escala contra el orden social (subrayo) matando a sus hijos que causando la muerte a otras personas que les fueren extrañas».

(9) BENTHAM: ob. y loc. cit.

inhumanos desequilibrios a que pueda someterse la ecuación penal-delito. He aquí sus argumentos textuales: «Las leyes contra este delito, con el pretexto de humanidad, han sido la violación más manifiesta de ella. Compárense los dos males, el del delito y el de la pena... ¿Cuál es la pena? La imposición de un suplicio bárbaro, de una muerte ignominiosa a una madre desgraciada, cuya excesiva sensibilidad aparece del delito mismo; a una mujer ciega por la desesperación, que a nadie ha causado mayor mal que a sí misma, resistiéndose al más dulce instinto de la naturaleza, se la sacrifica la infamia porque ha temido demasiado la deshonra, y se envenena con el oprobio y el dolor la existencia de los amigos que la sobreviven, ¡y si fuese el legislador la primera causa del mal, si se le debiera mirar como el verdadero homicida de estas criaturas inocentes, cuánto más odioso parecería aún su rigor! Sin embargo, el legislador es quien únicamente ha excitado en el corazón de una madre el combate dolorosísimo entre la ternura y la afrenta, castigando con severidad una fragilidad tan digna de indulgencia» (10).

Pero contrariamente a cuanto cabría inferir de tan retórico alegato, Bentham no propuso la impunidad absoluta para este delito, justificando su actitud mediante argumentos de índole defensorista (11). El infanticidio debe castigarse porque, aun estando desprovisto de maldad de primero o de segundo orden, constituye, en su opinión, un síntoma de la tendencia criminal de sus autores y un claro exponente del carácter de los mismos. Ahora bien: la sanción que le corresponda, justificada en virtud de la presunta peligrosidad de los infanticidas, sólo será eficaz si se adecúa a la *causa* que motivó la conducta de éstos. La causa normal del infanticidio, concluye el ilustre pensador, es el temor a la afrenta: sea la pena una afrenta mayor, capaz de reprimirlo, por ejemplo, alguna nota infamante (12).

Esta doctrina, naturalmente, ofrece amplias zonas vulnerables. El propio don Ramón Salas, traductor y comentarista, en plena euforia humanitaria, de los «Tratados de legislación civil y penal», extractados de los manuscritos del filósofo, se extraña, con razón de que el infanticidio no produzca mal de primer orden: «Yo no puedo pensar como él (como Bentham). Desde que el hombre nace y entra en la sociedad, las leyes de ésta le reciben bajo su protección y le dan un derecho, al cual, como a cualquier otro, corresponde una obligación a la que no puede faltarse sin violar las leyes y, por consiguiente, sin delinquir» (13). Por nuestra parte, añadamos que no menor equivocación entraña concebir el infanti-

(10) BENTHAM: ob. y loc. cit.

(11) Téngase en cuenta que BENTHAM fué uno de los primeros expositores del principio de la defensa social y de sus diversas consecuencias prácticas. (Vid. CASTEJÓN, Prólogo a la obra de PRINS, *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal*. Madrid, 1912, págs. 7-8.)

(12) BENTHAM: ob. y loc. cit.

(13) SALAS: Comentarios a la obra de BENTHAM, ed. cit., pág. 218.

cidio como delito que no produce alarma. La destrucción de una criatura recién nacida, tanto si ha sido causada por sus padres, con su consentimiento o por personas ajenas, supone un gravísimo atentado contra una vida independiente, aparejando, en consecuencia, todo el mal que la muerte de un hombre representa para sus semejantes. Es cierto, sin embargo, que tal hipótesis—y aquí debe centrarse todo el mérito de Bentham—delata mucha menor perversión cuando su autor haya sido la madre de la víctima, impulsada por el humano deseo de librarse de la vergüenza que la publicidad de su comportamiento sexual le causaría. Pero no lo es, en absoluto, la gratuita intuición del filósofo de que, en casos semejantes, el infanticidio se transforma en un síntoma inequívoco de peligrosidad criminal. Téngase en cuenta que su realización depende, casi por entero, de una causa sentimental, el móvil del honor, incompatible con aquélla (14). Podría objetarse, claro es, que dicha motivación sólo desencadena la conducta infanticida cuando la tendencia criminal de la autora actúe como apropiado cultivo. El reparo, sin embargo, carece de fundamento, puesto que la ejecución del infanticidio *honoris causa* depende, exclusivamente, de la compleja y momentánea constelación anímica que rodea a la madre en los momentos posteriores al parto.

De todas formas, haber individualizado, como lo hizo Bentham, el *leit-motiv* del privilegio en la influencia que la desmoralización ejerce en el ánimo de la infanticida, es suficiente para acreditar el gran valor que su doctrina encierra.

3. LA APORTACIÓN DE G. D. ROMAGNOSI (1761-1835): SU VERDADERO ALCANCE

La intervención de Gian Domenico Romagnosi en el movimiento hacia la atenuación del infanticidio *honoris causa*, debe acogerse con ciertas reservas. Algunos penalistas modernos suelen citar el párrafo 1524 de su «Genesi del Diritto penale» (1791) como claro exponente de su labor al respecto (15). Por mi parte, confieso que, a lo largo de su obra, no he encontrado otras referencias.

Analicemos el verdadero sentido de este párrafo 1524 (o del 1523 *nota*, para ser más exactos) (16). Corresponde al discurrir de Romagnosi acerca de que la cualidad de las penas ha de determi-

(14) Así, por ej., PRINS, ob. anteriorm. cit., pág. 120.

(15) Por ej., ALIMENA, *Dei delitti contro la persona* (Extracto de la Enciclopedia del Derecho penal italiano, dirigida por Pessina), Milano, Sel, 1908, pág. 588; CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato*, Napoli, 1939, pág. 105, nota, 72.

(16) En la ed. *Opere edite e inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale, con annotazioni di Alessandro de Giorgi* (vol. único, dividido en dos partes, Milano, Parelli e Mariani, 1842), encuentro la referencia en el § 1523 (parte 1.ª, pág. 402); en la ed. de la *Genesi*, de 1857 (Milano, Francesco Sanvito), aparece en forma de nota al mismo párrafo (t. II, pág. 713).

narse en vista de los apetitos criminosos que se reflejan o concurren en el delito (17). Nos dice: «No debo silenciar en este lugar una objeción que se me propuso con respecto al criterio de concebir la pena bajo la norma del *impulso* («spinta») criminal. El infanticidio cometido por una núbil para salvar el honor está realizado, ciertamente, con mayor impulso que el cometido por otra mujer con diverso fin. Y, sin embargo, se suele siempre castigar a la primera con pena menor que a la segunda. Ahora, antes que nada, pregunto si el oponente sabe que alude a una manera de sentir completamente *local* y no general. Conozco países en los cuales ninguna vergüenza cubre a la núbil que llega a ser madre; y conozco otros, vecinos a los primeros, en los que un hecho tal sirve de recomendación para procurar un matrimonio. En segundo lugar, pregunto si el impulso a que se hace referencia es un impulso verdaderamente *malvado* o, más bien, un impulso derivado de un sentimiento laudable, pero mal aplicado. Un poeta, dirigiendo la palabra a un feto abortivo, dijo: «Dos tiranos decidieron de tu suerte.—En contra del honor, el amor te dió la vida.—Y en contra del amor, el honor te dió la muerte.» ¿Puede, por ventura, una doncella colocada en esta alternativa mostrar un verdadero impulso criminal, entendiendo por tal el que nos indica el sentido moral natural y de razón? El pudor y el honor, incluso mal aplicados, ¿pueden acaso haber entre los elementos de este impulso, universal y socialmente valorado? Me excuso de examinar aquí las consecuencias.»

Tomando como base el párrafo transcrito, es lícito atribuir a Romagnosi un gran merecimiento, a saber: haber separado, por vez primera, del impulso criminal el móvil *honoris causa*. La infanticida por causa de honor, aunque actúe, efectivamente, bajo una motivación *más acentuada*, incluso, que la de la madre que mata a su recién nacido con el fin, por ejemplo, de conseguir beneficios económicos—porque aquélla «siente» con más intensidad que ésta los motivos que la conducen—, *no obra criminalmente*: el honor y el pudor, que son los elementos integrantes de la motivación de su conducta, impiden que se otorgue a ésta semejante calificación.

A pesar de tan valioso descubrimiento, no es correcto, sin embargo, situar la aportación de Romagnosi a la misma altura que las de Beccaria y Bentham. Para afirmarlo, me baso en estas dos razones principales: que las ideas de aquél en pro de la atenuación del infanticidio *no precedieron*, como las de éstos, al movimiento legislativo; y que cuando tuvo ocasión de ponerlas en práctica, ocasión favorecida por el ejemplo que ya habían anticipado algunos cuerpos legales, se abstuvo de hacerlo. Por lo que respecta al primer punto, basta tener en cuenta que el propio Romagnosi nos habla de un beneficio «que ya solía concederse». Nunca se ha otorgado, sin embargo, importancia alguna a tan inequívoca confe-

(17) El argumento comienza en el § 1504.

sión, sin duda porque, habiéndose publicado la primera edición de la «Genesi» en 1791 (Pavía), se ha venido pensando, pacíficamente, que su autor aludía a las muchas prácticas consuetudinarias que, en relación al infanticidio, venían suavizando, en diversos países, el excesivo y antipopular rigor de las leyes escritas. Semejante modo de pensar, único argumento que podría justificar la inclusión de Romagnosi en el movimiento que nos ocupa, constituye uno de los muchos errores que la pseudoinvestigación histórica transmite en cadena. Nadie ha advertido que las dos últimas partes de la «Genesi», a las que pertenecen los párrafos 1523-24 y la nota que sobre el infanticidio obra al pie del primero de ellos, no vieron la luz hasta la tercera edición de aquélla, edición publicada en Milán en 1823-24 (la segunda, que se titula corregida, es de 1807 y fué hecha en la misma ciudad); es decir, cuando ya eran varias las legislaciones que habían tipificado favorablemente el infanticidio «*honoris causa*».

En cuanto al segundo punto, el escaso interés de Romagnosi por llevar a la práctica la doctrina mantenida a partir de la tercera edición de la «Genesi», se pone de manifiesto considerando su comportamiento en la Comisión Redactora del «Proyecto de Código penal para el Reino de Italia, revisado por la Comisión instituída por S. A. I. el Príncipe Virrey, con Decreto de 30 de agosto de 1808, conforme a la sexta redacción y a las adiciones posteriores» (18). En el libro II (*Dei delitti contro i privati*), del título I (*Dei delitti contro la vita e l'integrità del corpo*), capítulo I (*Omicidià*), de este Proyecto, se lee: *Artículo 437*: «L'uccisione di un infante appena nato è infanticidio»; *artículo 438*: «L'omicidio premeditato, il veneficio e l'infanticidio sono puniti colla morte.» Se había, pues conservado, íntegramente, la severidad del Código francés que sirvió de modelo. Ni siquiera cabía la atenuación fundada en la *causa* (que sería un resquicio para privilegiar el infanticidio cometido por motivo de honor), ya que la pena decretada no era temporal (art. 451). Por si fuera poco, el *artículo 452* (capítulo II) disponía que la exposición de un infante recién nacido, hecha de tal modo que pudiese presumirse su muerte, sería castigada como infanticidio si aquélla tuviera lugar, y como tentativa («*attentato*») de infanticidio, si la muerte del abandonado no se produjera (19).

A la vista de tales disposiciones, la pretendida participación de Romagnosi en el movimiento que estudiamos, sólo podría seguirse afirmando si se probase que su influencia en la redacción de las mismas no fué decisiva. Ahora bien: basta leer sus «Observaciones a la quinta redacción del Proyecto» (20) para apercibirse de

(18) Publicado en la ed. cit. de las obras de ROMAGNOSI (Milán, 1842), 2.^a parte, pág. 1085 y sigs. (Sobre este Proyecto, vid. FLORIAN, *Parte generale del Diritto penale*, 4.^a ed. Milano, 1934, I, pág. 149).

(19) Vid. págs. 1194 y sigs. de la ed. citada.

(20) Tomadas de manuscritos inéditos y publicadas, también, en la ed. de 1842, 2.^a parte, págs. 1281 y sigs. ROMAGNOSI elaboró, además, un *Contratpro-*

lo contrario; es decir, de que todo el capítulo de la sexta referente al homicidio se redactó *siguiendo al pie de la letra sus personales deseos* (21). Romagnosi, en una palabra, llevó la voz cantante en el Proyecto. Si hubiera querido privilegiar el infanticidio por causa de honor, lo habría hecho. Sin embargo, prefirió no romper los moldes tradicionales, quizá porque las ideas vertidas en la «Genesis» no eran demasiado sinceras, o porque, y ello resulta más probable, en el período transcurrido entre la redacción del Proyecto y la publicación de su obra fundamental, cambió radicalmente de opinión, dejándose llevar por el humanitario ejemplo de los ordenamientos que, ya por entonces, habían suavizado la terrible penalidad que venía decretándose para la madre infanticida.

4. P. A. FEUERBACH (1775-1833), PRIMER SISTEMATIZADOR DE TALES CONCEPCIONES

Las sugerencias vertidas por los Reformadores, bella expresión de un mismo estado de ánimo, encontraron su primer sistematizador en P. A. Feuerbach, a cuyo fino ingenio jurídico debe atribuirse el mérito de haberlas transformado en categorías técnicas, desprovistas del marcado acento polémico que las imprimieran aquéllos.

En el § 236 de su famoso «Lehrbuch» (1801) se define el infanticidio, siguiendo, por vez primera, la concepción moderna: «Infanticidio es la muerte del hijo recién nacido, ilegítimo y viable, causada por la madre, previa ocultación de su embarazo» (22). De la simple lectura de la definición se infiere que la *causa honoris*, aunque no esté expresamente mencionada, constituye la característica esencial de la figura descrita. Lo demuestra el hecho de que aparezcan consignados, como elementos del tipo, los siguientes (23): Que sea la madre sujeto agente; que actúe sobre su hijo recién nacido; que éste sea ilegítimo, y que se hubiera ocultado el embarazo (24). La existencia de la deshonra sexual está englobada en el requisito de la ilegitimidad del hijo; el deseo de ocultar dicha deshonra (motivación *honoris causa*) se deriva de la previa oculta-

yecto (Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 2.^a ed. Milano, 1947, pág. 67), cuya lectura es posible que aclarase alguno de sus puntos de vista con respecto al infanticidio. No he podido consultarle, a pesar mío, por estar inédito.

(21) En este sentido: FALCINI, *Il pensiero penalistico di G. D. Romagnosi*, Padova, 1932, parte III, y FLORIAN, loc. cit.

(22) *Kindesmord (infanticidium) ist die von einer Mutter, nach vorgängiger Verheimlichung der Schwangerschaft, an ihrem neugeborenen, lebensfähigen, unehelichen Kinde, begangene Tödtung* (Vid. *Lehrbuch des gemeine in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12.^a ed. de Mittermaier, Giessen, Druck und Verlag von G. F. Heyer, 1836, pág. 217).

(23) Vid. la enumeración que hace FEUERBACH de los mismos, en el § 237 de la ob. cit.

(24) El requisito de la viabilidad (Lebensfähigkeit), cuya exigencia está hoy en desuso, lo toma del art. 131 de la Carolina.

ción del embarazo; la extensión cronológica del móvil aparece limitada mediante la exigencia de que la víctima sea un recién nacido.

El infanticidio, así concebido, es un *delictum exceptum* (25 y 25 bis).

III. TRASCENDENTAL INFLUENCIA DE ESTAS DOCTRINAS EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS DEL SIGLO XIX

Las consignas lanzadas por los Reformadores obtuvieron rápida y favorable acogida. Inmediatamente a su labor doctrinal, surgen en Europa las llamadas *legislaciones modernas*, cuya ininterrumpida aparición motivaría que se calificase a tal momento como «la época de las codificaciones». Es sabido que el movimiento perduró durante todo el siglo XIX, y no lo es menos que en el ámbito del Derecho penal estuvo gobernado por los principios humanitaristas que habían tomado carta de naturaleza en el último período de la centuria precedente.

Uno de los delitos más beneficiosamente afectados por este proceso fué el infanticidio. Los puntos de vista mantenidos por Beccaria, Bentham, Romagnosi y Feuerbach fueron recogidos, casi sin oposición (26), por el legislador decimonónico, participante del romántico sentimentalismo colectivo; de este modo, la tendencia especulativa hacia la dulcificación de la penalidad correspondiente a tan maltratado delito, cristalizó en la mayoría de los nuevos ordenamientos.

El paso de la antigua a la moderna concepción no se realizó, sin embargo, bruscamente, sino en dos etapas consecutivas (27). En la primera, que puede decirse representada por los Códigos promulgados en los comienzos del siglo XIX, se adoptó un criterio ecléctico, tendiente a armonizar la concepción tradicional con las directrices del momento: el infanticidio continuó tipificado como «la muerte de un recién nacido causada por cualquier persona»; pero se decretó que en todos aquellos casos en que la muerte de la criatura hubiere sido realizada por la madre, con el propósito de ocultar su deshonra, se apreciara de oficio *una atenuante específica*.

(25) Vid. § 238 y, sobre todo, § 239 (págs. 220 y 221 ed. cit.).

(25 bis) Todos los puntos esenciales de la definición comentada serían verificados, por el propio F., en el C. p. bávaro de 1813 (vid. más adelante).

(26) Tan sólo algunos criminalistas franceses siguieron defendiendo el concepto arcaico, apoyándose, una vez más, en el absurdo criterio de la premeditación presunta. Así, por ej., CHATAGNIER, en su voluminoso e impreciso estudio *De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mesures administratives* (París, 1855), y otros citados por CARRARA (obra cit., § 1214, pág. 349). Contra semejante parecer se pronunciaron, sin embargo la mayoría de los penalistas franceses y belgas del momento. Valgan los testimonios de DESTRIEUX (P. J.), *Essai sur le Code pénal*, Liège, 1818, páginas 118-125; IMBERT (C.), *Diss. de crimine infanticidii, sistens interpretationem et censuram eorum, quo ius hodiernum de hoc crimine statuit*, Lovaina, 1822, página 17, y BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal, ou examen de la législation criminelle*, París, 1821, pág. 421.

(27) Cfr. CARRARA: ob. cit., § 1218, págs. 355-356.

En la segunda etapa, se entronizó el concepto aún vigente: la objetividad del infanticidio fué reducida a los límites actuales, quedando éste tipificado como *delictum exceptum*.

Veamos, con algún detalle, las manifestaciones más características de esta evolución en las legislaciones europeas:

1. *Legislación austríaca.*

Comencemos por la legislación austríaca por haber sido la primera que renovó el concepto de infanticidio:

El Código promulgado por José II el 3 de septiembre de 1803 (28), decretó (art. 122) la pena máxima para todos los casos de muerte violenta de un recién nacido. Pero cuando dicha figura hubiere sido cometida por la madre ilegítima, con el fin de ocultar la deshonra, la penalidad se atenuaría obligatoriamente (art. 123). Se siguió, pues, el criterio correspondiente al primero de los estadios evolutivos que hemos señalado.

El 27 de mayo de 1852 se publicó una nueva edición del Código penal, hoy todavía vigente. De cómo fué tipificado el infanticidio en la misma, nos ocuparemos en el próximo capítulo; debemos adelantar, sin embargo, que se conservaron las líneas fundamentales de la anterior.

2. *Legislación española (29).*

Desde nuestro primer Código penal, el de 1822, el tratamiento legislativo del infanticidio fué favorable para la madre autora por causa de honor.

El Código de 1822 responde, no obstante, a la primera de las fases indicadas. No hizo del infanticidio *honoris causa* supuesto único e independiente, sino que le tipificó como excepción privilegiada del parricidio. El artículo 612 disponía:

«Los que maten a un hijo, nieto o descendiente suyo en línea recta, o a su hermano o hermana, o a su padrastro o madrastra, o a su suegro o suegra, o a su entenado o entenada, o a su yerno o nuera, o a su tío o tía carnal, o al amo con quien habiten, o cuyo salario perciban; la mujer que mate a su marido o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hayan hecho voluntariamente, con premeditación, con intención de matar, y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. Exceptúanse las mujeres solteras o viudas que, teniendo un hijo

(28) Este Código venía a ser una mejorada revisión de la Constitución Josefina (de José II) de 1787 (Vid. von HIPPEN., *Deutsches Strafrecht*. Bd. I (1925) pág. 377).

(29) Me limito a transcribir las disposiciones correspondientes, reservando para la segunda parte del trabajo los comentarios que procedan.

ilegítimo y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento para encubrir su fragilidad, siempre que éste sea, a juicio de los jueces de hecho y según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrirá en tal caso la pena de quince a veinticinco años de reclusión, y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito y diez leguas en contorno.»

Nótese la bella redacción de la parte que afecta al infanticidio, así como la dureza del castigo, incluso en la excepción atenuada; rigor procedente, sin duda, del peso que todavía ejercía en aquel momento la legislación histórica.

En el *Código de 1848*, el infanticidio (*honoris causa*) integra ya una figura destacada. El *artículo 327* (cap. II. tít. IX, lib. II) decía así:

«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 para ocultar la deshonra de la madre cometieran este delito, con la de prisión mayor.

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

Esta redacción pasó íntegramente al famoso *Código penal de Carlos VII* (Código penal—de—D. Carlos VII—por la gracia de Dios Rey de España—Edición oficial—Tolosa—en la imprenta real—1875), en cuyo *artículo 327* tan sólo se varió la penalidad, que fué aumentada a prisión mayor para la madre, en vez de prisión menor, y a reclusión temporal para los abuelos maternos, en lugar de prisión mayor.

E idéntica fué la del *Código de 1850*, cuyo *artículo 336* (capítulo II, tít. IX, lib. II) (art. 332, en la 2.^a ed. oficial, de 1863) coincidía en todo con el 327 del Código anterior.

El *Código de 1870* aceptó también, con insignificantes diferencias de matiz, la misma redacción. El *artículo 424* (sap. V, título VIII, lib. II) preceptuaba:

«La madre que por ocultar la deshonra matare al hijo que no haya cumplido los tres días, será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido

incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato» (30).

3. *Legislación francesa.*

La regulación del infanticidio a través de los diversos momentos que abarca la codificación francesa, constituye una enconada lucha entre el sentimiento popular, inclinado hacia la valoración indulgente de dicho delito, y los principios legales del viejo régimen, contrarios a la misma.

Las causas de semejante discordia se descubren con bastante facilidad: Preparada por las enseñanzas de los Reformadores, la conciencia colectiva exigía que los infanticidios cometidos por la madre ilegítima para ocultar su deshonra obtuviesen un tratamiento penal más caritativo que en el antiguo sistema; contrariamente, el legislador, demasiado influido por los puntos de vista de la legislación tradicional, optó por mantener su rigor, amparándose, de manera especial, en el absurdo postulado de que la muerte de un recién nacido entraña siempre mayor gravedad que el simple homicidio, en virtud de la «premeditación» que debe presumirse en la conducta del agente (31).

De la pugna entre ambos criterios opuestos se derivó una lamentable consecuencia, a saber: la absoluta ineficacia de las prescripciones legales, motivada por los frecuentes y a veces escandalosos veredictos de absolución que los Jurados, con el fin de evitar una condena de tanta gravedad como la señalada en la ley, de-

(30) El *Código de 1928* propuso una fórmula substancialmente idéntica, si bien introdujo las modificaciones de estilo y penalidad que obran en el art. 524 (cap. IV, tit. VII, lib. II), cuyo texto quedó redactado de la forma siguiente:

«La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Los abuelos maternos que por ocultar la deshonra de su hija cometieren el delito a que se refiere el párrafo anterior, serán castigados con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

No concurriendo las circunstancias de los párrafos anteriores, el que matare a un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato.»

En el de 1932, la determinación cronológica del sujeto pasivo («menor de tres días») fué sustituida, con indudable acierto técnico, por la fórmula que hoy sigue en vigor. El art. 416 (cap. II, tit. IX, lib. II) decía:

«La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.»

La *Ley de 11 de mayo de 1942* será estudiada a propósito de la legislación vigente.

(31) Además de los testimonios que obran en el cap. I, vid. los citados por CARRARA y la maravillosa crítica que de los mismos nos ofrece (ob. cit., I, § 1214, págs. 349 y sigs.).

cidieron emitir en casi todos los supuestos de infanticidio sometidos a su enjuiciamiento.

Para remediar tan peligroso estado de cosas (del que se derivaba la casi segura impunidad de la mayoría de los infanticidios que se cometieren), al legislador galo se le ofrecían tres soluciones: 1.^a, destacar el infanticidio «honoris causa», tipificándole como figura privilegiada con relación a las demás posibles hipótesis de muerte violenta de un recién nacido; 2.^a, rebajar la penalidad preceptuada para dicho delito, cuando hubiere sido cometido por la madre bajo cualquier motivación; y 3.^a, disminuir la penalidad de todos los supuestos de infanticidio, para que el Jurado no pudiese continuar obstaculizando, en ningún caso, la aplicación de los preceptos legales, mediante el arbitrario expediente que acaba de referirse. La primera (que hubiese sido la más justa, por estar fundada en razones de justicia y avalada por el sentimiento colectivo y por la tendencia científica de mayor prestigio en aquellos momentos) fué rechazada en gracia a su radical contradicción con el espíritu de las disposiciones tradicionales; las otras dos, de naturaleza utilitaria y empírica, fueron puestas en práctica, alternativamente, durante la pasada centuria. En la legislación vigente se acudiría a la tercera, tal vez la menos recomendable.

Veamos los detalles más salientes de este curioso proceso:

a) El *Código penal revolucionario* de 6 de octubre de 1791 no reguló el delito que nos ocupa. En consecuencia, todos los supuestos de muerte de un recién nacido a manos de su padre, de su madre o de personas extrañas, quedaron absorbidos, según los casos, en el asesinato o en el homicidio (2.^a parte, tít. II, sec. 1.^a).

Al no haber cualificado el infanticidio, este texto se apartó, momentáneamente, del sistema tradicional, aun cuando, a efectos prácticos, conservase la severidad de la legislación histórica (32).

b) Llegado el momento de revisar la legislación revolucionaria, pareció que el infanticidio iba a ser objeto de un tratamiento más ajustado a las modernas directrices. En el *Proyecto de C. P. de 1804* se dispuso, efectivamente, que toda persona culpable o cómplice de dicho delito (que aparecía definido como el homicidio de un recién nacido causado por la madre o por los cómplices de ésta) fuese castigada con la suave pena de la «depórtación» (artículo 287).

No prosperaron, sin embargo, tales innovaciones. De nada valió que la jurisprudencia les dispensare entusiasta acogida (33) ni que insignes juristas como Treilhard y Berlier alzasen su mejor oratoria para demostrar las ventajas que, con miras a garantizar la represión, se derivarían de su puesta en vigor. El argumento de

(32) Vid. CHAVEAU-HELIE: *Tréorie du Code pénal*, 2.^a ed. (anotada por Nypels). Bruselas, Bruylant-Christophe et Compagnie, I, 1863, § 2396, páginas 723-724. También: GARRAUD: *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, V, 3.^a ed. París, 1924, pág. 186.

(33) Vid. CARRARA: ob. cit., § 1214, nota, pág. 351.

la gravedad que entraña la muerte de una criatura «indefensa» esgrimido con fogosos alegatos por Cambacérès (34), se impuso una vez más, motivando que los principios arcaicos volviesen a entronizarse en el que había de ser el más famoso ordenamiento punitivo de Francia: el Código penal de 1810.

c) La reglamentación del infanticidio en el *Código penal de 1810* (Código de Napoleón) no pudo ser más desafortunada. Se le elevó a una categoría excepcional; equiparándosele al asesinato (de nuevo el postulado de la «premeditación presunta») y castigándosele, en consecuencia, con la pena máxima!

Estas eran las disposiciones textuales:

Art. 300. «Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né.»

Art. 302. «Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'art. 13, relativement au parricide.»

La muerte de un recién nacido—comentó Garraud—vino a constituir, de este modo, un crimen *sui generis* o, si se prefiere, un homicidio agravado únicamente por la cualidad de la víctima. Por una parte (continúa el insigne autor), el hecho de que se hubiere dado muerte a una criatura recién nacida se juzgó suficiente para decretar la última pena, sin que fuese preciso distinguir previamente si el infanticidio hubo sido cometido con o sin premeditación. Por otra, habiéndose definido dicho delito como el homicidio voluntario (meurtre) de un niño recién nacido, sin exigirse otras condiciones, bastaba que la conducta homicida hubiese recaído sobre un recién nacido, para que procediese la aplicación de la pena capital, fuese el autor del crimen el padre o la madre del niño o un extraño (35).

Por fortuna, la realidad vino a demostrar enseguida que tan severas prescripciones, lejos de conseguir una disminución del crecido número de infanticidios que por entonces se cometían, constituían, por las razones que antes expusimos, una medida absolutamente *ineficaz*.

Con el fin de subsanar esta anómala situación, se introdujeron, a instancias de los jueces, las siguientes modificaciones:

d) En el artículo 5.º de la muy importante *Ley de 25 junio 1824*, se declaró que la pena señalada en el artículo 302 del Código penal «podía ser rebajada a la de trabajos forzados a per-

(34) Sobre este debate, muy interesante, vid. GARRAUD: ob. cit., págs. 186-187, y CHAVEAU-HELTZ: ob. cit., I, § 2406, págs. 727-728.

(35) GARRAUD: ob. cit., pág. 186. GARÇON (*Code pénal annoté*. Tomo I, París, Sirey, 1901-1906, pág. 703) comenta, empleando casi las mismas palabras (insiste en el núm. 35 C., pág. 707).

petuidad», en favor de la madre infanticida, mediante la apreciación de circunstancias atenuantes.

Basta advertir que no se establecía distinción alguna entre la madre ilegítima y la legítima para darnos cuenta de que la reforma perseguía la exclusiva finalidad de impedir que los Tribunales continuasen optando por la injusta absolución de las infanticidas, antes que decretar la pena de muerte (36).

e) Posteriormente, la célebre *Ley de 28 de abril de 1832*, dando pruebas de una incorrección técnica todavía más acusada, canceló la distinción que se disponía en la anterior, a efectos de la penalidad, entre la madre y los demás posibles autores de infanticidio: Tanto aquélla como éstos podían ser, desde ahora, castigados a la última pena; en ningún caso, aunque se apreciases diversas circunstancias atenuantes, la sanción sería susceptible de descender por bajo de los cinco años de trabajos forzados.

f) Este indudable retroceso, corregido, a veces, por el mejor criterio de la jurisprudencia (37), alargó su vigencia hasta la *Ley de 21 noviembre 1901*, disposición que, aun dictada, también para remediar la ineficacia dimanante de las rigurosas prescripciones legales, entronizó puntos de vista más humanitarios (38).

En virtud de esta Ley, los artículos 300 y 302 del C. p. quedaron redactados de la manera siguiente:

Art. 300. «L'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né.»

Art. 302. «Tout coupable d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'art. 13 relativement au parricide.

Toutefois, la mère, auter principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né, sera punie, dans le premier cas, des travaux forcés à perpétuité, et dans le second cas, des travaux forcés à temps, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ses coauteurs ou à ses complices» (39).

(36) CARRARA: *ob. cit.*, § 1213, pág. 348. Vid., también, GARÇON: *ob. cit.*, 9 A, pág. 704.

El texto completo del art. 5.º de la Ley comentada puede verse en CHEAVEAUHELLE: *ob. cit.*, III (Complemento a la *Théorie du C. p.*), 1863, pág. 351.

(37) La jurisprudencia del período 1874-1878 valoró el infanticidio (y el aborto) con una indulgencia casi sistemática. La aplicación de atenuantes en estos delitos llegó a ser criterio unánime, con lo que se consiguió que la pena correspondiente, en los pocos casos en que se condenaba, fuese rebajada en dos grados (Cfr. *Revista penal*, año VII, vol. XIII (1880), pág. 321).

(38) Sobre esta Ley, vid. GARÇON: *ob. cit.*, 10 B, pág. 704, y GARRAUD: *obra cit.*, págs. 193 y ss.

(39) El apartado I (Meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement), de la sec. 1.ª (Meurtre et autres crimes capitaux, menaces d'attentat contre les personnes), del tit. II (Crimes et délits contre les particuliers), quedó así:

Art. 295: L'omicide commis volontairement est qualifié meurtre-

Se establecía, por consiguiente, un nuevo sistema de penas, en el que dejábase traslucir declarado favor en pro de la madre infanticida, contrastante con la severidad de los castigos (penas del parricidio o del asesinato) previstos para los demás posibles autores. Mediante tal reglamentación se introdujo un sistema escalonado de sanciones, concebido del siguiente modo: 1.^o Si el infanticidio fuere *premeditado* (asesinato), la madre autora sería condenada a la pena de trabajos forzados a perpetuidad; los demás, a la pena de muerte. 2.^o Si la premeditación *no* se apreciase (homicidio voluntario: muerte), a la madre se le aplicaría la pena de trabajos forzados temporales y, a los demás, la de trabajos forzados perpetuos.

Se habían logrado apreciables mejoras.

Por de pronto, el absurdo criterio de presumir la premeditación obtuvo justo y oficial descrédito. ¿Se consiguió, además, adecuar la legislación a la tendencia moderna, reconociendo la trascendencia de la motivación honoris causa? Tal parece que fuera en principio, junto con las preocupaciones de tipo utilitario a que antes aludimos, el espíritu de la reforma. En el momento de redactarla, sin embargo, no se supo o no se quiso traducir esa finalidad: el legislador, incurriendo en el mismo defecto que los anteriores, continuó sin establecer distinción alguna entre las conductas de la madre ilegítima y legítima, único criterio que nos hubiera permitido afirmar, con certeza, que el móvil del honor fué efectivamente valorado (40).

g) Superado el principio de la premeditación presunta, ninguna seria razón se oponía a que se reglamentase el infanticidio «honoris causa» como especialidad privilegiada. Pero el legislador francés no se decidió a dar este paso. Las disposiciones vigentes (vid. cap. sig.) han sido concebidas con el mismo criterio (40 bis).

Art. 296: Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat.

Art. 297: Se define la alevosía.

Art. 298: Se define la alevosía.

Art. 299: Est qualifié parricide le meurtre des père ou mère légitimes, naturels, ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime.

Art. 300: Transcrito en el texto.

Art. 301: Se define el envenenamiento.

Art. 302: Transcrito en el texto.

(40) GARRAUD: *ob. y l. cit.*, págs. 193-194.

(40 bis) El Código francés de 1810 estuvo vigente en Bélgica hasta 1867, fecha en la cual se promulgó el primer Código propio de dicha nación, todavía imperante.

Las reformas que se introdujeron, en materia de infanticidio, en el Código napoleónico por las leyes francesas de 1824 y 1832 no tuvieron validez en Bélgica: hasta el Código de 1867, el delito de infanticidio estuvo configurado, en consecuencia, como un crimen asimilado, en todo caso, al asesinato.

Este sistema fué objeto de vivas críticas, reflejo, por lo general, de las que se suscitaron entre los penalistas galos. Destacó, de manera especial, la voz de HAUS, en cuyas *Observations sur le Projet de révision du Code pénal, présenté aux Chambres belges* (Gand, 1835, II, págs. 182 y s.) se demostró la in-

4. *Legislación italiana.*

Los diversos ordenamientos que componían el panorama legislativo italiano hasta muy avanzado el siglo XIX, pueden agruparse, por lo que al infanticidio se refiere, en función del criterio anteriormente expuesto.

A la *primera etapa* evolutiva, pertenecen los siguientes:

a) *Parma*.—El Código penal para los Ducados de Parma-Piacenza-Guastalla, de 5 noviembre 1820, calcado del francés, tipificó el infanticidio de la misma forma que éste en el artículo 308.

b) *Nápoles*.—En la segunda parte del Código promulgado por el Rey don Fernando, el 26 mayo 1810 (Codice per lo Regno delle Due Sicilie), destinada a las leyes penales, se definió el infanticidio (art. 349) como la muerte de un niño aún no bautizado o inscrito en los Registros del estado civil, castigándose dicho supuesto con la máxima pena. El artículo 387 decretó, sin embargo, la atenuación obligatoria de la penalidad en los casos de infanticidio por causa de honor; atenuación que, dado el lenguaje impersonal del artículo, podía beneficiar tanto a la madre como a los extraños autores o cómplices, siempre que se probase que su conducta obedeció al deseo de salvar el honor de aquélla (41).

c) *Cerdeña*.—El Código penal sardo, promulgado por Víctor Manuel II el 20 noviembre 1859 (Codice penale per gli Stati di S. M. il Rè di Sardegna), tuvo por base el Código de Carlos Alberto, del 26 octubre 1839 (dado para el Piamonte), del que constituyó una notable mejora. Los acontecimientos políticos posteriores a su promulgación determinaron que su vigencia se extendiese al antiguo Reino de Nápoles, primero (Decreto de 17 febrero 1861), a Venecia y Mantua, después (1866); al Estado Pontificio en 1870, y paulatinamente a toda Italia (excepción hecha de la Toscana), hasta que fué derogado, junto con el toscano en 1888, para ceder su puesto al Código de Zanardelli (42).

Definió el infanticidio en el artículo 525, castigándole con pena de muerte (artículo 531), salvo en los casos en que hubiese sido cometido por la madre sobre la prole ilegítima (artículo 532).

He aquí el texto literal de tales disposiciones:

Art. 525. (Sec. 1.^a, cap. I, tít. X, lib. II): «L'omicidio volontario di un infante di recente nato è qualificato infanticidio.»

justicia derivada del absurdo principio de la «premeditación presunta». (Otras críticas, en CHAVEAU-HELIE: *ob. cit.*, I, nota al § 2407, pág. 728.

Los puntos de vista de HAUS fueron afortunadamente recogidos en el Código de 1867 (vid. cap. s.).

(41) Vid. CARRARA: *ob. cit.*, § 1229, nota, pág. 379.

(42) Vid. MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*. Nuova edizione. I, Utet, Torino, 1950, pág. 90. (Hay trad. esp. de la ed. anterior. Buenos Aires, 1948.)

Art. 531. «I colpevoli dei crimini di parricidio, di veneficio, d'infanticidio e di assassinio sono puniti colla morte.»

Art. 532. «La pena dell'infanticidio potrà essere diminuita da uno a tre gradi riguardo alla madre che lo abbia commesso sulla prole illegittima» (43).

La fórmula empleada en el último artículo para la configuración de la atenuante, aun cuando laudable por significar una franca acogida de la tendencia humanitaria, no satisfizo del todo. Se consideró que manejada con habilidad podía suponer, en gracia a los argumentos que se expondrán a propósito del Código toscano, un cómodo expediente para beneficiar, sin merecerlo, diversas conductas motivadas por causas distintas a la de salvar el honor.

Enseguida se presentó la ocasión para corregir tales imperfecciones. Cuando, por obra de los acontecimientos políticos, se extendió la vigencia del Código sardo a las provincias napolitanas, substituyendo al promulgado por el Rey Fernando, pareció conveniente que una comisión de juristas de aquellas provincias revisase su articulado, acomodándole, en lo posible, a la legislación punitiva que hasta entonces había estado vigente en las mismas. Por lo que respecta al infanticidio, la Comisión encargada de las reformas, reconociendo la superioridad técnica del Código fernandino, se limitó a repetir las disposiciones de éste. Las modificaciones propuestas fueron sancionadas por el ya citado *Decreto de 17 febrero 1861*. A partir de aquel momento el articulado del Código sardo quedó redactado de la manera siguiente:

Art. 525. «L'omicidio volontario è qualificato per infanticidio quando è commesso in persona di un fanciullo di recente nato e non ancora battezzato, o iscritto ne' registri dello stato civile.»

Art. 531. «I colpevoli di parricidio, di venefizio, d'infanticidio e di assassinio per premeditazione sono puniti colla morte. Il condannato per parricidio sarà condotto al luogo del patibolo à piedi nudi e col capo coperto di un velo nero.»

Art. 532. «La pena dell'infanticidio sarà diminuita da uno a tre gradi quante volte sia stato diretto ad occultare per cagione di onore una prole illegittima.»

Se habían introducido, pues, dos importantes reformas:

Por un lado, se determinaba el sujeto pasivo del infanticidio no sólo en función de la edad (criatura recién nacida), sino también mediante los presupuestos alternativos de que no hubiere

(43) Vid. COSENTINO: *Il nuovo Codice penale del 20 nov. 1859, annotato per...*, libs. II y III, 4.^a ed. Napoles, Sarracino, 1880, págs. 523-527.

sido bautizado o inscrito en el registro civil; por otro, la configuración de la hipótesis privilegiada aparecía concebida, sin lugar a dudas, bajo el prisma de la «honoris causa». La primera, procedente del artículo 349 del Código del Rey Fernando (inspirado, a su vez, en la legislación francesa), debido a su arbitrario casuismo, no reportó beneficio alguno. La segunda, en cambio, por las razones antes apuntadas supuso una indiscutible mejora técnica con relación al viejo artículo 532.

d) *Estados de la Iglesia*.—El llamado Código gregoriano (Reglamento de los Delitos y de las Penas), promulgado el 20 septiembre 1832 por Edicto de Gregorio XVI, verdadero Código penal de los Estados de la Iglesia, siguió la misma trayectoria: El infanticidio aparecía castigado con la pena máxima, salvo en los casos en que hubiere sido cometido por la madre ilegítima para ocultar su deshonra, supuesto en el cual la penalidad debería de ser notablemente atenuada (art. 276, núm. 7).

La aceptación de semejante criterio por el Código gregoriano reviste gran interés, teniendo en cuenta que significó el total abandono de los puntos de vista mantenidos por la doctrina canónica anterior (partidaria, como ya se ha indicado, de castigar con el máximo rigor cualquier hipótesis de infanticidio, incluido el realizado por causa de honor) y la sustitución de los mismos por los más técnicos y humanitarios que ya habían sido adoptados o estaban siéndolo por los ordenamientos civiles (44).

El criterio moderno fué acogido por las siguientes legislaciones:

e) *Toscana*.—El Código penal toscano fué promulgado por Leopoldo II el 20 junio 1853, y estuvo vigente, como más arriba hemos dicho, hasta 1888. En su elaboración tomaron parte insignes juristas, entre los cuales el gran Carmignani. Su exquisita corrección técnica suscitó unánimes alabanzas: Mittermaier le calificó justamente como «la última palabra de la ciencia» (45), juicio que ha sido ratificado por los penalistas actuales (46).

(44) A partir de la publicación de este Reglamento gregoriano, algunos canonistas modificaron los rigurosos puntos de vista que anteriormente se habían sostenido respecto al infanticidio *honoris causa*, reconociendo, con timidez, que el móvil de honor podía apreciarse, en algunos casos, como circunstancia atenuante (así, por ej., GRANCLAUDE: *Ius canonicum iuxta ordinem Decretalium*, tomo III, París, 1883, págs. 348-349).

El lib. V, destinado a la regulación de los delitos y de las penas, del *Codex iuris canonici* (promulgado por Benedicto XV en 1917) no hizo alusión al punto que nos interesa. Los principales comentaristas del mismo (EICHMANN, SOLE, ROBERTI, CIELODI, MICHELS, etc.) han observado la misma actitud.

Sin embargo, algunos eclesiásticos, como el P. SURBLED (*La moral en sus relaciones con la Medicina y la Higiene*, trad. de la 13.^a ed. francesa. Barcelona, 1937, págs. 305 y ss.) continúan manifestando su disconformidad respecto al indulgente tratamiento que conceden las legislaciones civiles al infanticidio cometido por la madre para evitar la propagación de su ilícita concepción.

(45) Cfr. MANZINI: *Trattato*, I, cit., pág. 70.

(46) GRISPIGNI, por ej. (*ob. cit.*, I, pág. 64), afirma que «constituyó un monumento de sabiduría jurídica y de equitativa ponderación».

De acuerdo con los principios más modernos, definió el infanticidio como la muerte de la prole ilícitamente concebida, causada dolosa o culposamente por la madre, durante el parto o poco después del mismo (art. 316). La regulación de la penalidad correspondiente se hizo de manera muy minuciosa: En los casos de *infanticidio simple*, la madre autora podría ser castigada hasta diez años de reclusión en casa de fuerza si cometió el delito «por intantáneo ímpetu de pudor» (sigo la terminología de Carrara), y hasta quince años si lo hubiese «deliberado» antes del alumbramiento (art. 317). Si el infanticidio hubiese sido realizado por el deseo de evitar «insuperables calamidades» (*sovrastanti perizie*), la penalidad de la madre podría llegar, si ésta deliberó su conducta, hasta los diez años de reclusión y hasta los siete si actuó espontáneamente (art. 318). Cuando la acción hubiere recaído sobre una criatura no viable, la madre sería castigada con la pena de cárcel de seis meses a dos años (art. 319). Por último, el *infanticidio culposo* estaba sancionado con la pena de cárcel de dos meses a un año (art. 320).

Esta regulación motivó comentarios de índole muy diversa (47). Los puntos más destacados por la crítica fueron los siguientes:

1.º Que el infanticidio constituía un *título nuevo* y especial de delito cuya característica de concreción radicaba en el móvil determinante de la conducta materna: la «honoris causa». Partiendo de tal premisa, habrían de resolverse, en consecuencia, los problemas relativos a la participación de personas extrañas en la comisión del mismo (48).

2.º Que la fórmula empleada en el *artículo 316* presentaba un grave defecto técnico, a saber: la no alusión al móvil de ocultar la deshonra, referencia que el legislador toscano había reputado ociosa por considerar que dicho elemento aparecía subsumido en la exigencia de la *ilícita fecundación*.

Las injustas consecuencias que podrían derivarse de tal criterio fueron agudamente denunciadas por Carrara, mediante la descripción de algunos supuestos en los que la muerte de la criatura recién nacida, a pesar de haber sido realizada por la madre ilegítima, no obedece al deseo de ocultar la deshonra ni, por lo tanto, entraña una conducta merecedora del notable privilegio que según el tenor literal de los preceptos antes referidos debería corresponderla (49).

Para corregir semejantes imperfecciones, al propio Carrara recomendó que se introdujesen en el artículo 316 del Código toscano las mismas modificaciones que se llevaron a cabo en el corres-

(47) Vid., entre otros, PUCCIONI: *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1861, págs. 448 y ss.; id., *Il C. p. toscano illustrato*. Pistoia, 1835-1839 (4 vols.); ALIMENA: *Dei delitti contro la persona*, cit., pág. 593; IMPALLOMINI: *L'omicidio nel diritto penale*, 2.ª ed. Torino, Ute, 1900, pág. 547, y CARRARA: *obra cit.*, *passim*.

(48) CARRARA: *ob. cit.*, nota al § 1229, págs. 379-380.

(49) CARRARA: *ob. cit.*, § 1230, pág. 382 y ss.

pondiente del Código sardo, cuando este ordenamiento extendió su vigencia a las provincias napolitanas (50).

3.º La previsión del *infanticidio culposo* dió lugar a una amplia polémica, de cuyos términos, por ser idénticos a los que hoy todavía se proponen a propósito del argumento, nos ocuparemos en el lugar oportuno. Debemos adelantar, sin embargo, que Carrara defendió la tesis mantenida por el legislador toscano (51).

f) *Ducado de Módena*.—Las prescripciones del Código toscano relativas al infanticidio sirvieron de modelo a los redactores del llamado Código estense (publicado el 4 dic. 1855) (52), para describir los rasgos esenciales de dicha figura (art. 350). En orden a la penalidad, se decretó, sin embargo, que se privilegiasen únicamente aquellos supuestos en que la muerte de la criatura hubiere sido realizada por la madre ilegítima ante el temor de futuras calamidades insuperables (*sovrastanti sevizie*) (art. 358).

g) *Cantón Ticino*.—En el Código penal de 1873 (53), se definió el infanticidio utilizando una fórmula que aún no ha sido superada:

Art. 328. «Chiunque, a fine di salvare l'onore proprio o della propria famiglia, cagiona volontariamente la morte di un infante, nell'atto della nascita o poco dopo, è colpevole di infanticidio.»

La corrección técnica de este precepto se manifestaba, sobre todo, en la armónica descripción típica de los elementos integrantes de la figura, en función de la causa de honor: ampliación de los sujetos pasivos, por estimar que también los parientes próximos de la madre pueden actuar para salvar el honor de ésta; y determinación del límite temporal máximo de la conducta mediante una fórmula bastante elástica.

h) *Legislación unitaria: Código de Zanardelli*.—Lograda la unidad nacional mediante la constitución del reino de Italia, se sintió enseguida la necesidad de sustituir los ordenamientos punitivos a la sazón vigentes (Códigos sardo-italiano y toscano) por una legislación penal unitaria. Tras no pocas vicisitudes (54), en

(50) CARRARA: *ob. cit.*, II (4.ª ed., 1879), nota al § 1385, pág. 34.

(51) CARRARA: *ob. cit.*, I, nota al § 1227, pág. 373 y ss.

(52) Sobre este Código, que se publicó junto al de procedimiento criminal (*Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena, 1855), *vid.* MITTERMAIER en: *Archiv des Criminalrechts*, 1865, pág. 354 y ss.

(53) Codice penale della repubblica e cantone del Ticino. Lugano, 1873. Anteriormente había estado en vigor el Código de 1816, donde el infanticidio aparecía regulado en el art. 263.

(54) El primer voto en pro de una legislación penal única fué emitido por el Diputado Altieri, el 18 mayo 1860. Poco después, una Comisión, presidida por Conforti, trazó las líneas fundamentales de lo que habría de ser la parte general del Código. Este esquema sirvió de base al de 1868, y éste, a su vez,

1887 el Ministro Zanardelli presentó un proyecto de C. p. que, aprobado por la Cámara al año siguiente, sirvió de base al texto definitivo (redactado por una Comisión de la que formó parte Lucchini), cuya aprobación tuvo lugar el 30 junio 1889, entrando en vigor el 1 de enero de 1890.

En los trabajos preparatorios de este Código, la reglamentación del infanticidio sufrió diversas modificaciones. En el esquema presentado por la *Subcomisión Tolomei-Ambrosoli* (que había de dar lugar al Proyecto de 1868), se adoptó una fórmula (art. 325, 1) inspirada, sobre todo, en el Código toscano, si bien supieron corregirse las deficiencias de éste mediante la expresa mención de la «causa honoris»: «Comete el delito de infanticidio la madre que durante el parto o hasta que dure la situación creada por el mismo, priva de vida voluntariamente a su hijo ilegítimo, o con deliberada omisión de los cuidados necesarios le deja perecer con el fin de salvar el honor o para evitar insuperables calamidades.»

En el *Proyecto Vigliani* (1874) resucitaron algunos puntos de vista correspondientes a la primera etapa evolutiva, apreciándose en el infanticidio, ciertas circunstancias *aggravantes*, que se estimó no concurrían en la hipótesis ordinaria del homicidio, y tipificándose el infanticidio cometido por causa de honor como supuesto atenuado de aquella figura (art. 379). La *relación* que precedía a dicho proyecto demostraba, sin embargo, que en la mente de su autor se agitaron no pocas dudas, provenientes del entrecruzamiento, que por entonces todavía se operaba entre las concepciones antiguas y el criterio pregonado por los reformadores (55). A pesar de todo, la fórmula empleada para la redacción de la hipótesis privilegiada suponía indiscutible mejora con respecto a las

a un nuevo Proyecto de 1870. Los trabajos preparatorios fueron continuados por los Ministros De Falco y Vigliani, quienes en 24 de feb. de 1874 presentaron otro Proyecto, muy notable, que, tras algunas modificaciones, fué aprobado por el Senado al año siguiente. El mismo favor obtuvo, en 1877, el esquema elaborado por la Comisión que nombrara el Ministro Mancini. Pero ninguno de ambos llegó a transformarse en texto de definitivo.

Designado Zanardelli Ministro de Justicia en 1883, confeccionó un nuevo Proyecto, que no obtuvo aprobación a pesar de haber sido presentado por los Ministros Savelli (reelaborado), Pessina (en 1885) y Taiani (en 1886). Rehecho por el propio Zanardelli, cuando volvió a ser nombrado Guardasigilli, obtuvo, por fin, definitiva aprobación. (Sobre este complicado proceso: MANZINI: *Trattato*, cit., I, pág. 70 y ss. Bibliogr. en FLORIAN: *ob. cit.*, I, pág. 153.)

(55) La *Relación* decía: «Sería difícil designar elementos sustanciales de característica diferencia entre el infanticidio y el homicidio. Es obligado reconocer, sin embargo, que el primero lleva en su propia esencia algunas condiciones agravantes que no aparecen en la figura ordinaria del segundo: la barbarie del acto mediante el cual se destruye la vida de un ser incapaz de suscitar más que sentimientos de benevolencia, la supresión de toda huella de su existencia civil y la facilidad de ocultar el delito. De aquí la razón de que el Proyecto mencione la muerte de un infante únicamente para señalar los elementos determinantes de la agravación de la penalidad: la edad del infante, no superior a cinco días, y que la muerte tenga lugar antes de la inscripción del mismo en el Registro civil» (Cfr. PUGLIA: *Studi critici di Diritto criminale*, Napoli, Anfossi, 1885, cap. VII (*Del reato d'infanticidio*), págs. 175-176).

de los Códigos anteriores, en cuanto que extendían el beneficio no sólo a la madre, sino también a los parientes próximos que hubieren actuado para salvar el honor materno.

Una disciplina muy parecida se intentó en el *primer Proyecto de Zanardelli* (1883): En el *artículo 327* se establecía que el homicidio sería castigado con la pena de prisión de 21 a 25 años; disponiéndose en el artículo siguiente que en algunos casos dicha pena *no* podría aplicarse en el grado mínimo: uno de ellos era aquél en que el delito hubiere sido cometido sobre un infante no inscrito todavía en el Registro del estado civil y dentro de los cinco primeros días de su nacimiento (56). El privilegio penal para los infanticidios cometidos «honoris causa» estaba preceptuado en el *artículo 332*, en uno de cuyos párrafos se ordenaba que se rebajase de uno a tres grados la penalidad del homicidio cuando se hubiere causado la muerte de un infante para salvar el propio honor, o el de la mujer, la madre, la hija (incluyendo la adoptiva), o la hermana (57).

Impulsado por las críticas que suscitara esta concepción del infanticidio (en general como supuesto *agravado* del homicidio ordinario (concepción que suponía un palpable retroceso respecto a los ordenamientos vigentes), el propio Zanardelli abandonó tales puntos de vista en el *Proyecto de 1887* cuyo articulado (58) habría de pasar al texto definitivo. En su virtud, la regulación del delito que nos ocupa en el Código penal italiano de 1889, quedó establecida de la manera siguiente:

a) La muerte de un recién nacido causada por cualquier persona se entendía absorbida en la objetividad del homicidio ordinario, previsto en la correcta fórmula del art. 364 (lib. II, tit. IX, cap. I): «Chiunque, a fine di uccidere, cagiona la morte di alcuno, è punito con la reclusione da diciotto a ventun anno.»

Las circunstancias de agravación del homicidio (art. 365, números 1 y 3, y art. 366) afectaban, por lo tanto, a aquel supuesto, siempre que concurriesen en el mismo.

b) No obstante, si la muerte de la criatura recién nacida hubiere sido cometida con el fin de ocultar la propia deshonra o la de un próximo pariente, se rebajaría la penalidad, según lo preceptuado en el art. 369:

«Quando il delitto preveduto nell'art. 364 sia commesso sopra la persona di un infante non ancora iscritto nei

(56) Las razones en que se apoyaba esta concepción del infanticidio como hipótesis agravada figuran también en la *Relación* que se acompañó a este Proyecto. Eran idénticas a las reseñadas en la que acabamos de citar. (Vid PUGLIA: *ob. cit.*, pág. 176.)

(57) En la *Relación* se enumeraban los argumentos que justificaban tal privilegio, en términos muy parecidos a los empleados por CARRARA. (Vid. la *Relación*, en PUGLIA: *ob. cit.*, pág. 177.)

(58) Este Proyecto definitivo está publicado en «Rivista penale», vol. XXVII (1888). (El art. 350, que es donde aparece tipificado el infanticidio, puede verse en la pág. 97.)

registri dello stato civile, e nei primi cinque giorni della nascita, per salvare l'onore proprio, o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella, la pena è della detenzione da três a dodici anni» (59).

Pronto se advirtió que, para la redacción de este artículo, se habían tenido a la vista varios Códigos vigentes (60), y que el requisito de que el niño no hubiere sido inscrito en el Registro—tan arbitrario como el límite de los cinco días—procedía del Código sardo-italiano, inspirado, a su vez, como arriba se dijo, en el fernandino. La mención del móvil de ocultar la deshonra fué alabada sin reservas, así como la extensión del mismo a los parientes próximos de la madre (61).

El extremo más discutido por la crítica fué el de si, tal como estaba redactado el Código, cabía afirmar que el infanticidio (honoris causa) constituyese una figura independiente, es decir, un delito *sui generis*, o si, por el contrario, era, tan sólo, un homicidio atenuado en razón del móvil. La jurisprudencia, Majno y Arena se inclinaron por la primera solución (62), pero la mayor parte de los comentaristas, discuriendo con mayor acierto, propusieron la segunda (63).

A la vista del art. 369 se afirmó, también, la imposibilidad de concebir el infanticidio (por causa de honor) culposo (64) (64 bis).

(59) En el Proyecto definitivo se había señalado la pena de seis a doce años (art. 350).

(60) Cfr. ALTAVILLA: *Delitti contro la persona*, cit., pág. 6.

(61) Vid. IMPALLOMONTI: *L'omicidio*, cit., págs. 306, 542 y 553-554 (en estas últimas se transcribe el párrafo CXIV de la *Relación ministerial* que se acompañó al Proyecto definitivo, y en el que se exponen los motivos en virtud de los cuales se extendió el privilegio a los próximos parientes de la madre). Sobre tales extremos, vid., también, ARENA (Pasquale): *Intorno al delitto d'infanticidio* (art. 369), en *Supplemento alla Rivista penale*, vol. VIII (1899-1900), Torino, Ute, págs. 40-44.

(62) MAJNO (Luigi): *Commento al Codice penale italiano*, 3.^a ed., vol. III (artículos 246-40-), Torino, 1922, pág. 278; ARENA: *trab. cit.*, pág. 38.

(63) Así: ALIMENA: *Dei delitti contro la persona*, cit., págs. 596 y 605-606; IMPALLOMONTI: *ob. cit.*, págs. 553-557; CARFORA (Francesco): *Infanticidio*, en *Il Digesto italiano*, vol. XIII-I, Torino, 1902-1906, pág. 703 (bibliogr. exhaustiva, en las págs. 663-664. El artículo lleva fecha 12-II-1904); y, especialmente, CONTI (Ugo): *Omicidio volontario e infanticidio*, en «La legge» (*Monitore giudiziario e amministrativo*), año XLIII (1903), Roma, col. 1653. (Entre los modernos, igual MANZINI: *Trattato*, VIII, 2.^a ed., 1947, pág. 53.)

(64) IMPALLOMONTI: *ob. cit.*, pág. 542; ALIMENA: *ob. cit.*, pág. 597.

(64 bis) Más comentarios en torno a la regulación del infanticidio en este Código, en CRIVELARI-SUMAN: *Il C. p. per il Regno d'Italia*, vol. VII, Torino, 1896, pág. 713 y ss. (bibliogr. en las págs. 706-708); CIVOLI (V.): *Diritto penale*. Sel. Milano, 1907, pág. 1021 y ss.; CIVOLI (C.): *Trattato di Diritto penale*, vol. IV, P. S., Milano, 1916, pág. 144 y ss.; CALABRESI (Armando): *La causa honoris nell'infanticidio*, en «Suppl. alla Rivista penale», vol. VIII (1889-1900), págs. 219-228; PUGLIA (F.): *Causa d'onore e vizio parziale di mente nel reato d'infanticidio*, en «Giustizia penale», vol. V (1899), cols. 1361-1364, etc.

5. *Legislación alemana.*

La regulación del infanticidio en los Códigos penales de los diversos Estados que componían la Alemania del siglo XIX se hizo, por lo general, de acuerdo con los modernos postulados:

Se ha dicho que estas legislaciones fundamentaron el privilegiado tratamiento de tal delito, no tanto en la situación *psicológica* de la madre autora, como en el estado *fisiológico* en que ésta se encuentra durante el parto o en los momentos posteriores al mismo (65). Semejante afirmación resulta bastante dicutible: Si el fundamento del privilegio se hubiera cifrado, efectivamente, en la anormal situación de la parturienta, no se habría limitado su conducta a un período temporal—tres días, según el Código bávaro, que es el que señaló plazo más amplio—totalmente insuficiente para abarcar la posible duración que, cuando surjan complicaciones patológicas, puede tener tal estado: varios meses, en algunos casos (66). Por otra parte, de haberse seguido ese criterio, se habrían atenuado, por igual, las conductas de la madre legítima e ilegítima, en cuanto que tanto la una como la otra pueden sufrir las influencias patológicas del alumbramiento. La prohibición de conceder el privilegio penal a la meretriz (expresamente preceptuada en el Código bávaro, uno de los pilares fundamentales del movimiento codificador alemán) acredita, además, de manera inequívoca, que, según el legislador germano, la verdadera característica de concreción del infanticidio estaba constituida por el deseo de ocultar la deshonra (*honoris causa*), no concebible en aquéllas mujeres que voluntariamente renunciaron a la reputación sexual.

A pesar de todo, la tesis referida pudo sostenerse alegando el argumento de que los Códigos alemanes, aun cuando incluyeran el requisito de la ilegitimidad de la criatura en la descripción del infanticidio, no mencionaban, de modo expreso, el móvil del honor. Nos parece, sin embargo, que tal silencio debió de valorarse, únicamente (ya lo dijimos a propósito del Código toscano), como un defecto de técnica legislativa: el legislador estimó que la motivación de la conducta materna estaba implícita en la exigencia de la ilegitimidad de la víctima, sin preveer que, en ciertos casos, dicha presunción no se cumple.

Pasemos revista a los ordenamientos más importantes:

a) *Babiera*.—En el Código penal de 16 de mayo de 1813 (Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern) (67), elaborado por

(65) Cfr. CARRARA: *ob. cit.*, I, nota 3 al § 1226, pág. 372, quien añade que este criterio estaba inspirado en los puntos de vista de MITTERRMAYER.

(66) De ahí que WERNER (cit. por CARRARA, *loc. cit.*) propusiera, ya por entonces, que se concediese el *privilegium levioris poenae* hasta un año después del nacimiento. Este largo plazo ha sido aceptado (vid. cap. sig.) por la consecuente legislación inglesa.

(67) Vid. la ed. hecha en München, en 1814 (hay trad. francesa, con notas, de Ch. VATEL. París, 1852).

Feuerbach, estaba definido el infanticidio (art. 159) como: «la muerte de un recién nacido causada por la madre ilegítima durante los tres días posteriores al nacimiento», disponiéndose, como antes se dijo, que el beneficio penal concedido a tal figura no se apreciase en favor de la meretriz.

Una reglamentación muy parecida se estableció en los *arts. 157 y 158* del Código de *10 de nov. de 1861* (68), estrechamente vinculado al prusiano de 1851.

b) *Oldenburg*.—Las disposiciones del Código bávaro fueron repetidas en el *art. 164* del C. p. de Oldenburg, de 1814, que era una reproducción casi literaria de aquél (69).

En el Código de 1858, basado en el prusiano de 1851, se conservó la misma regulación.

c) *Sajonia*.—En el Código penal de 30 de marzo de 1838 (70), muy influido por el bávaro, se tipificó el infanticidio (artículo 126) como la destrucción de una criatura ilegítima causada por la madre durante el parto o dentro de las veinticuatro horas posteriores al nacimiento.

En el de *13 agosto 1855* (en vigor desde el 1 oct. 1856 (71)), se amplió a dos días el límite máximo de la conducta materna, ampliación que fué mantenida en la edición revisada de 1868.

d) *Brunswick*.—En el Código penal de *10 de jul. de 1840* (72), se transcribió, íntegramente, en el *art. 149*, el precepto correspondiente del Código sajón de 1838.

e) *Württemberg*.—El Código penal de *1 marzo de 1839* (73), reflejo fiel del bávaro, siguió los mismos pasos que éste, aun cuando redujera la extensión cronológica de la conducta materna hasta las veinticuatro horas posteriores al parto (art. 249).

f) *Baden*.—La misma regulación se adoptó en el *art. 215* del C. p. de Baden, de *6 marzo 1845* (en vigor desde 1 de marzo de 1851) (74).

(68) Das Strafrecht für das Königreich Bayern. Correcter abdruck der amtlichen Ausgabe und Anmerkungen hiezu. München, 1862.

(69) Strafgesetzbuch für die herzoglich Oldenburgischen Lande von 1814; mit Einschlagung des bis Ende 1836, ergangenen neuen Bestimmungen. Oldenburg, 1837.

(70) Vid. las ed. de Gross: *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit Anmerkungen*. Dresden, 1838, 2 vols., y de F. B. Busch: *Die neuen Criminalgesetzbücher des Königr. Sachsen, etc.* Leipzig, 1848.

(71) Vid. ed. de Krttg (A. O.): *Das Strafgesetzbuch für das König. Sachsen, mit erläuterungen*. 2.^a ed. Leipzig, 1856.

(72) Das Criminal-Gesetz-Buch für das Herzogthum Braunschweig. Nebst den Motiven der herzogl. Landesregierung und Erläuterungen aus dem ständischen Verhandlungen. Braunschweig, 1840.

(73) Strafgesetzbuch für das Königr. Württemberg; nebst dem Einführungs und Competenz-Gesetz. Stuttgart (s. f.).

(74) Hay trad. italiana, de Mori (en *Scritti germanici*, t. IV).

g). *Código penal prusiano de 1851 y derivaciones posteriores.* Después de una larga preparación, el 1 jul. 1851 entró en vigor el célebre C. p. prusiano (75)—más inspirado en el ordenamiento napoleónico que en la tradición alemana—que había de ser el fundamento principal de la vigente legislación germana.

El infanticidio fué tipificado en el *art. 180*, en los siguientes términos:

«La madre que durante el parto o inmediatamente después matare voluntariamente a su hijo ilegítimo, cometerá infanticidio y será castigada con la pena de cinco a veinte años de reclusión.

Si el homicidio del niño hubiere sido cometido por cualquier otra persona, o si cualquier otra persona hubiere participado en el infanticidio, se aplicarán a éstas las disposiciones concernientes al asesinato o al homicidio, o las que regulan la participación en estos crímenes».

El extremo más destacable de esta disposición radicaba en la *no comunicabilidad* a los cómplices de la madre del título especial y privilegiado del infanticidio, principio que perduró en el *artículo 50 del Código penal para la Confederación alemana del Norte* (Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Promulgado el 31 mayo de 1870) (76) (76 bis), ordenamiento que, transformado en *Código penal del Reich alemán*, habría de llegar a ser el Código aún vigente.

6. Otras legislaciones. Reenvío.

De otras legislaciones europeas del siglo XIX (holandesa, sueca, etc.), que aceptaron la moderna disciplina del infanticidio, nos ocuparemos en el próximo capítulo, habida cuenta de que están todavía en vigor.

(75) Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, nebst Gesetz über die Einführung desselben, von 14 april 1851. Amtliche Ausg. Berlin, 1851, Nauck & Co. (Hay trad. francesa, de J. S. G. Nypels, Bruselas, 1862).

(76) Vid. SCHÜRZE, *Lehrbuch*, § 82, nota 8 (Cfr. CARRARA, págs. 380-381).

(76 bis) Constituida la Confederación de la Alemania del Norte, bajo la hegemonía de Prusia, se preparó este Código, que fué redactado sobre la base del prusiano. Al realizarse la unidad del Imperio, el predominio de Prusia motivó que dicho ordenamiento absorbiese al de los demás Estados, pasando a ser, en 15 de mayo de 1871, el *C. p. del Reich alemán* (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich). En 1872 extendió su vigencia a Baviera, Württemberg y Baden. En la actualidad, profundamente modernizado y germanizado, sigue vigente.

RESUME

La conception de l'infanticide honoris causa comme delictum exceptum provient du mouvement humanitaire - utilitariste du XVIII^e siècle. Le premier qui défendit la mère infanticide fut Beccaria qui fut suivi par Filangieri et Jérémie Bentham avec quelques points de vue personnels. La contribution de Romagnosi dans ce procès doit être accueillie d'après l'auteur avec quelques réserves, car lorsqu'il manifesta ses sentiments bénévoles il y avait déjà plusieurs législations qui avaient typifié l'infanticide par suite de l'honneur comme une spécialité privilégiée et que lorsqu'il eut l'occasion de les mettre en pratique il s'abstint de le faire. Le mérite d'avoir été le systématiseur de telles conceptions correspond à Feuerbach.

Les points de vue des Réformistes furent acceptés par la plupart des législations européennes du XIX^e siècle dont on offre dans ce travail un examen très détaillé. La française fut la plus opposée à admettre les nouveaux postulats car elle était trop influencée par le principe insensé que la mort d'un enfant nouveau né suppose, en tout cas, une conduite préméditée. Après une longue série des réformes elle finit aussi par adopter la conception moderne, en la justifiant, par des raisons purement utilitaires.

SUMMARY

The conception of the infanticide honoris causa as a delictum-exceptum derives from the humanitarian-utilitarian movement of the 18th century. The first one to declare himself favourable to the infanticide mother was Beccaria followed by Filangieri and by Jeremy Bentham with some personal points of view. According to the author, Romagnosi's contribution to that process should be accepted with some mental reservations as there were already some legislations which had typified the infanticide by causes of honor as a privileged specialty when he declared his benevolent sentiments and that he did not put them into practice when he had a chance to do so. The glory of having been the systematiser of such conceptions belongs to Feuerbach.

The points of view of the Reformists were accepted by the majority of the European legislations of the 19th century from which a minute survey is offered in the present study. The greatest opposition to the new principles was to be found among the French legislation which was too influenced by the absurd principle that the death of a newly born creature shows always a premeditated conduct. After long series of reforms they finally adopted too the modern conception but justifying it on pure utilitarian reasons.