

# El objeto material de los delitos contra la vida (límite mínimo)

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Bolonia  
Profesor Adjunto de Derecho penal

SUMARIO: I. *Delimitación del problema.*—II. *El límite mínimo de la persona desde el punto de vista biológico: requisitos.*—III. *El límite mínimo de la persona desde el punto de vista jurídico: requisitos.* A) El requisito del nacimiento. B) El requisito de la vida. C) Identidad de los requisitos jurídicos y biológicos.—IV. *La cuestión de la viabilidad.* A) Concepto. B) El requisito de la viabilidad en sentido amplio. C) Crítica. D) El requisito de la viabilidad en sentido estricto (viabilidad cronológica). E) Crítica. F) La doctrina correcta.—V. *El límite mínimo de la persona según la Jurisprudencia española.*—VI. *El límite mínimo de la persona como criterio para resolver las cuestiones siguientes:* A) Diferencias entre el infanticidio y el aborto por razón del objeto material. B) Valoración jurídico-penal del llamado *feticidio*. C) Idem de las conductas cuyo resultado sea la supresión de un *feto apnéico*. D) Idem de las que destruyan monstruos o deformes.

## I. *Delimitación del problema.*

El objeto material de los delitos contra la vida es el *hombre* (1).

En los delitos contra la vida, por tanto, el objeto material y el sujeto pasivo coinciden; tal coincidencia es, no obstante, solamente *externa*, ya que, substancialmente, el hombre-sujeto pasivo

(1) Así ADOLF SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 3.<sup>a</sup> ed., Biederstein Verlag, München-Berlin, 1947, § 210, pág. 443; FRANK: *Das Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich*, Tübingen, 1931, pág. 461 (*Objekt des Delikte wider das Leben ist der Mensch*); WILHEM MALANIUK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Zweiter Bd. I. Teil, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1948, página 9.

es una entidad *normativa*, que circunscribe al portador del interés tutelado, en tanto que el hombre-objeto material es un concepto del que nos servimos para señalar el *objeto natural* sobre el que recae la acción (2).

El ser humano («hombre» o «persona») puede ser objeto material de los delitos contra la vida desde que empieza hasta que termina su existencia como tal ser. El final de esta existencia, que constituye el límite máximo del hombre considerado como objeto material de los delitos contra la vida, es cuestión que ahora no interesa. El principio de la misma (*límite mínimo*) se identifica con el momento en el cual el producto de la concepción se transforma en persona. A la aclaración de este extremo va destinado el presente estudio.

## II. *El límite mínimo de la persona desde el punto de vista biológico: requisitos.*

Desde el punto de vista biológico, el comienzo de la persona humana está condicionado a dos requisitos: 1.º Que el producto de la concepción haya iniciado, en virtud del parto, su separación del cuerpo materno; y 2.º Que en tales condiciones continúe vivo. Así que se cumplan estos requisitos, la biología denunciará la aparición de una persona humana.

1.º El producto de la concepción inicia su separación del claustro materno cuando, terminado el embarazo y llegado el parto, es expulsado del útero y se hace perceptible externamente. No se precisa que su expulsión haya sido total; basta que haya comenzado, de forma que la criatura pueda ser apreciada con los sentidos.

2.º El producto de la concepción, una vez que ha comenzado a separarse del claustro materno, podrá decirse vivo si, finalizado el período de gestación, no se ha interrumpido la vida que le animaba desde los primeros instantes de su existencia endouterina.

Esta vida, llamada vida embriológica o parasitaria (vida orgánica, vida en sentido biológico), se identifica durante el embarazo con la vida que activa a cualquier otro órgano de la madre, del cual el feto difiere, únicamente, porque posee autonomía anatómica y hasta un cierto punto funcional (3)

Cuando, bajo los efectos del parto, la criatura comienza a se-

(2) Sobre esta distinción conceptual entre el sujeto pasivo (portador del bien o interés objeto de ataque) y el objeto material (objeto sobre el que recae la acción típica), véase M. E. MAYER: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, pág. 98; MEZGER: *Tratado*, 2.ª ed. esp., I, pág. 371, y en el *Grundriss (Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss)*, 2.ª ed. Berlín, 1941), página 64.

(3) V. BORRI: *Nozioni elementari di Medicina legale*, Sel, Milano, 1908, páginas 685 y sigs., y CARRARA-ROMANESE-CANUTO-TOVO: *Manuales di Medicina* páginas, vol. II, Utet, Torino, 1938, pág. 201 (a propósito de infanticidio):

pararse de la madre—terminando así su existencia intrauterina o embriológica—pueden verificarse dos supuestos: o que deje de vivir o que continúe viviendo. En el primer caso, el embrión no habrá conseguido resistir la autonomía vital que su separación de la madre le imponía y, en consecuencia, no habrá llegado a ser *persona*; en el segundo, biológicamente deberá anotarse la presencia de una nueva persona humana porque el embrión, ya gestado, ha conseguido prolongar su vida independientemente de la asistencia materna.

La vida de la *persona* es, por consiguiente, desde el punto de vista biológico, la misma que acompaña al feto desde sus primeros instantes, sólo que *modificada* en virtud de la separación de éste del cuerpo materno.

Esta concepción biológica sobre el comienzo de la persona coincide con la concepción animista.

### III. *El límite mínimo de la persona desde el punto de vista jurídico: requisitos.*

Desde el punto de vista jurídico, el principio de la persona humana está condicionado a los mismos requisitos que la biología exige. Estos requisitos se corresponden con los dos presupuestos que la dogmática ha expresado en los términos siguientes: 1.º Que haya tenido lugar el nacimiento; y 2.º Que el nacido sea una criatura viva.

#### A) *El requisito del «nacimiento».*

Acerca de lo que por *nacimiento* deba entenderse, la doctrina nos ofrece dos respuestas diversas: a) Nacimiento es un fenómeno natural, integrado por las circunstancias esenciales de que el embrión haya sido *totalmente expulsado del claustro materno* (el feto juega un papel meramente pasivo), y que, ya separado de la madre, inicie su *vida autónoma* o independiente (el feto desempeña una función activa); y b) Nacimiento equivale a parto.

a) La noción expresada en primer lugar exige que *la criatura esté totalmente separada del claustro materno*.

Los defensores principales de este criterio han sido, y son, los tratadistas ingleses, quienes, por regla general, parten del concepto que diera Coke sobre la víctima de los delitos contra la vida: *any reasonable creature in rerum natura* (4).

La línea de demarcación que fijase el momento en el cual una criatura es *in rerum natura* había de trazarse—dijo Stephen, co-

(4) SIR EDWARD COKE: *Institutes of the Laws of England*, London, Lee and Pakeman, 1648, 3.ª parte, 47 (cfr. KENNY: *Esquisse du Droit criminel anglais*, trad. de A. Paulian, Paris, 1921, pág. 158), y WHARTON: *The Law of Homicide*, 3.ª ed., Rochester, 1907, pág. 1.

mentando la definición de Coke (5)—o en el punto en que el feto empieza a vivir, o en el punto en que empieza a tener una vida independiente de la de su madre, o en el punto en que *ha salido completamente del cuerpo de la madre al mundo exterior*. De estos tres criterios, el último se estimó como el más preciso.

En tal sentido, la preocupación de los juristas ingleses ha constituido siempre en aclarar cuándo puede decirse que el niño ha salido completamente del cuerpo de la madre (*completely born alive*), ya que, cuando tal se atestigüe, el Derecho indicará, a todos los efectos penales, la existencia de un *hombre* (objeto material de los delitos contra la vida).

El problema referido suele solucionarse afirmando que el niño ha nacido (es persona *in rerum natura*, objeto material) cuando *todas* sus partes hayan salido del seno materno. De este parecer son Wharton, Kenny, Russell, Wilshere, Atkinson, etc. (6) y, con ellos, la Jurisprudencia (7); los cuales están también de acuerdo en admitir que «todas las partes del niño han salido del seno materno» aun cuando el *cordón umbilical* (que constituye una parte de los parafernalia del feto: *paraphernalia of the foetus*) no esté todavía separado.

Además de los tratadistas ingleses, sostuvieron el criterio de la total separación Beling y Alimena, seguidos fielmente por otros de menor importancia, entre los cuales nuestro comentarista Groizard y los argentinos González Roura, Malagarriga, Díaz, etcétera (8).

(5) STEPHEN: *History of Criminal Law*, vol. III, 2, y en *A digest of Criminal Law*, London, 1904, pág. 175.

(6) WHARTON: Ob. cit., pág. 15, y cap. XVIII, §§ 371 y sigs. (V. también la ed. de RUPPENTHAL: FRANCIS WHARTON, *Criminal Law by...* 12.<sup>a</sup> ed. with large additions by Hon. J. C. R., Rochester, N. Y., 1932); KENNY: *Esquisse*, cit. pág. 162 (Nacido: que haya entrado en el mundo. No basta la expulsión parcial, pero no hace falta que se haya cortado el cordón umbilical); WILSHERE: *The elements of Criminal Law and Procedure*, 4.<sup>a</sup> ed., London, Sweet and Maxwell, 1935, pág. 51 (un niño existe cuando ha nacido completamente: wholly born into the world in a living state); RUSSELL: *A Treatise in Crimes and Misdemeanors*, I, págs. 621 y sigs. (no hay nacimiento mientras todo el cuerpo del niño no se halle por completo fuera del vientre materno: full-born); B. S. ATKINSON: *Life, Birth and Live-Birth*, en «Law Quarterly Review», vol. XX, páginas 134 y sigs. (espec. 139-140); etc.

(7) V. la citada por O. SEABORNE DAVIES: *Child-Killing in English Law*, en *The modern approach to criminal Law*, ed. por RADZINOWICZ y TURNER, London, 1945, pág. 304.

(8) V. BELING: *Grudzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1930 (hay trad. esp. de SOLER), § 42, 1.<sup>o</sup> d.; ALIMENA: *Dei delitti contro la persona* (lib. II, tit. IX del C. p.); stratto dalla Enciclopedia del D. penale diretta da PESSINA, Sel, Milano, 1908, pág. 382; GROIZARD: *Comentarios*, t. IV, pág. 530; GONZÁLEZ ROURA: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1925, III, págs. 40 y sigs.; E. C. DÍAZ: *El Código penal para la República Argentina*, Buenos Aires, 1928, 3.<sup>a</sup> ed., página 162; MALAGARRIGA: *El C. p. argentino*, Buenos Aires, 1927, II, pág. 63.

De otros autores (SALTELLI-ROM. DI FALCO, BENASSI, PANNAIN, etc.) que, pese a la disposición del C. p. italiano, donde se configura como hipótesis de infanticidio la muerte de la criatura durante el parto, siguen exigiendo el requisito de la total separación para la existencia *jurídica* de la persona, nos ocuparemos más adelante.

La principal consecuencia práctica de esta posición doctrinal radica en considerar que el producto concepcional «durante el tiempo en el cual está siendo expulsado del claustro materno», es decir, durante el parto, no es persona, pues en tales condiciones está por cumplirse el requisito esencial de la separación completa. Lógicamente, pues, la conducta que destruya la criatura durante tal momento no podrá ser valorada como homicidio. Los que así piensan enjuician el llamado feticidio como hipótesis de aborto (9)

b) Modernamente, la doctrina y las propias legislaciones se pronuncian afirmando, o dando a entender, que el comienzo de la persona, desde el punto de vista jurídico penal, no está supeditado a la total separación del cuerpo de la madre, sino que basta se haya *iniciado* la expulsión de la criatura, pues *el parto equivale al nacimiento*.

¿Qué se entiende por parto? Todos los obstétricos dan el nombre de parto al estado en que se encuentra la mujer durante el tiempo de la expulsión del producto concepcional. Este estado se prolonga desde que la mujer empieza a sentir los consiguientes dolores (primer período del parto) hasta que la placenta ha sido expulsada (último período), y adquiere su plenitud en el acto de la rotura del saco de las aguas (10). Ahora bien: la Medicina legal destaca que, a efectos jurídicos, el verdadero comienzo del parto coincide con la rotura del saco de las aguas, y que, por tanto, el parto *supone* que la criatura y sus anejos hayan comenzado a separarse del organismo materno saliendo al mundo exterior o, lo que es igual, que se hayan hecho perceptibles con los sentidos (Ascarelli, Romanese, Jascke-Pankow, Cuzzi, Ribemont-Déssaignes-Lepage, etc.) (11).

El requisito del nacimiento (concepto sinónimo al de parto) se cumplirá, pues, según esta teoría, desde el momento en que la criatura haya iniciado su separación del alvo materno. A partir de ese instante, el Derecho penal estimará (y protegerá) la existencia de un *hombre* (persona), sancionando como delito contra la vida la acción que contra el mismo atente.

(9) Así PUGLIA: *Del reato d'infanticidio*, en «Studi critici di Diritto criminale», Napoli, Anfossi, 1885, págs. 180 y sigs., y otros penalistas de la pasada centuria (para éstos, cfr. ARENA: *In torno al delitto d'infanticidio, articolo 369 C. p.*, en «Suppl. alla Rivista penale», vol. VIII (1889-1900), Torino Utet, pág. 37, advirtiendo que incluye equivocadamente en esta corriente a CRIVELARI-SUMAN: estos comentaristas —v. *Il Codice penale per il Regno d'Italia, oppr. R. D. 30 giugno 1899, con effetto dal 1 genn. 1890*, vol. VII, Torino, Utet, 1896, pág. 723— estiman como infanticidio u homicidio la muerte de la criatura «naciente»). V., también, BENASSI: *Questioni di vita e di vitalità nel delitto d'infanticidio*, en «Giustizia Penale», vol. XLVII (1941), I, col. 143.

(10) Cfr. ATTILIO ASCARELLI: *L'infanticidio dal punto di vista medico-legale (Considerazioni sulla generica del reato d'infanticidio nel vecchio e nel nuovo Codice)*, en «Giustizia Penale», vol. XXXIX (1933), I, col. 317.

(11) V. ASCARELLI, loc. cit.; ROMANESE: *Considerazioni medico-legali sull'art. 578 Codice penale (infanticidio per causa di onore)*, en «Archivio di antrop. crim., psich. e med. legale», 1932, pág. 731 (en la pág. 728 pueden confrontarse los testimonios de los obstétricos citados en el texto).

1. Esta forma de considerar el límite mínimo de la persona aparece *explícitamente reconocida* en todos los Códigos penales, que castigan como infanticidio la hipótesis de muerte de la criatura «durante el parto». Entre ellos destacan los Códigos *alemán* (art. 217), *austríaco* (art. 139), *suiizo* (art. 116), *polaco* (art. 226), *noruego* (art. 234), *danés* (art. 238), *italiano* (art. 578), *belga* (art. 396), *portugués* (art. 356), *argentino* (art. 81, 2.º), *brasileño* (art. 123), *guatemalteco* (art. 303), *peruano* (art. 155) y *costarricense* (art. 187) (12).

Según estos ordenamientos, la objetividad jurídica del infanticidio se cumple o privando de la vida a la criatura mientras que está siendo expulsada del claustro materno, o matándola cuando ya se ha separado completamente del mismo. Objeto material de este delito lo es, en una palabra, la criatura «raciente» o «nacida».

2. A la vista de tales preceptos, la doctrina italiana ha construído la tesis siguiente:

La ley penal equipara la muerte del producto de la concepción «durante el parto» (es decir, durante el momento de transición entre la vida intra y extrauterina) a la de la criatura completamente destacada del cuerpo de la madre, *cuando ambas muertes se realicen por causa de honor* (infanticidio honoris causa).

Por interpretación extensiva—no «creadora»—deberá sostenerse que la muerte violenta de la criatura «naciente», cometida bajo el impulso de causas distintas a la del honor (motivos hereditarios, deseos de no aumentar la prole, etc.), está también *parificada* a la muerte del «nacido» causada sin motivos especiales. De lo contrario se llegaría a la conclusión absurda de que se punen las formas más leves (por causa de honor) y se excluyen las más graves.

Ahora bien: si homicidio (muerte de un hombre) es la acción que ilegal y culpablemente causa la muerte de una criatura raciente o nacida, quiere decirse que *hombre* (o persona humana), *a efectos de la ley penal, lo es tanto la criatura separada del claustro materno como la que está siendo expulsada del mismo* o, lo que es igual, que el producto de la concepción «durante el nacimiento» no es feto, si que *persona* (Manzini, Grispigni, Antolisei, Vannini, Perrando, etc.) (13).

(12) En estos CC. se emplean las expresiones «durante el parto» y sus equivalentes: «in oder gleich nacht der Geburt», «während der Geburt», «pendant l'accouchement», «au moment de sa naissance», «no acto do seu nascimento», etc. En gracia a la brevedad no transcribo los artículos completos, que pueden verse en mi trabajo *El delito de infanticidio: estudio técnico-jurídico*, de próxima publicación.

(13) Cfr. GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1947, II, página 275; MANZINI: *Tratatto di diritto penale italiano*, 2.ª ed., VIII, Torino, 1947, pág. 56; VANNINI: *Delitti contro la vita*, Giuffrè, Milano, 1946, págs. 7 y 105; IDEM: *Manuale di D. penale italiano*, P. S. Giuffrè, Milano, 1947, página 215; G. C. PERRANDO: *Omicidio di feto*, en «Il nuovo diritto», Roma, 1937, págs. 413 y 415. V., además, en el mismo sentido, EUGENIO IANNITTI PI-

Esta posición, que es aceptada por la mayoría, ha sido combatida en parte por Benassi, Saltelli-R. Di Faico, Sabatini y Maggiore, los cuales admiten que objeto material de los delitos contra la vida pueda serlo, según la ley, el feto naciente o la criatura nacida, pero niegan que de tal prescripción legal pueda inferirse que jurídicamente sea *hombre* tanto el naciente como el nacido. Para ellos la existencia de la *persona* sigue estando sometida al requisito de la separación completa, aun cuando la ley penal extienda su tutela, mediante una *ficción*, a la «persona en potencia», que, según este sector de la doctrina, lo es la criatura durante el nacimiento (14).

A efectos prácticos esta tendencia coincide con la mayoritaria.

Pannain, sin embargo, sostiene solitario una sugestiva, pero inconsistente, teoría: a) Objeto material del homicidio solamente puede serlo la criatura separada por completo, pues sólo a tal corresponde la condición de persona humana; b) La ley tipifica, no obstante, como delito especial la destrucción de la vida del feto naciente, cuando se ejecute por «causa de honor» (art. 578, Código penal italiano); c) Cuando la muerte del feto naciente obedezca a otros móviles, *no existe delito*: no será homicidio porque la víctima no era una persona, tampoco aborto porque falta la interrupción voluntaria del embarazo, y menos feticidio por ausencia de la *honoris causa*, elemento esencial; d) La interpretación analógica, de la que se sirve la doctrina preponderante (considerando como homicidio las hipótesis de muerte del feto durante el parto y por motivos diversos al de salvar la deshonra), es inadmisibles porque la analogía está prohibida en el ordenamiento positivo italiano; e) En conclusión, el feticidio *sine causa honoris* es una figura atípica y constituye una laguna de la ley, no subsanable (15).

ROMALLO: *Tits. VIII al XIII del lib. II C. p.*, en *II C. p. illustrato sotto la direzione del Prof. Sen U. CONTI*, III, Sel. Milano, 1936, pág. 216 (donde se sigue a MANZINI).

(14) Cfr. BENASSI: *Questioni di vita*, etc., cit. col. 158; SALTELLI-R DI FAICO: *Commento teorico-pratico del nuovo C. p.*, IV, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1940, página 248; G. MAGGIORE: *Diritto penale*, II, 2.<sup>o</sup>, 3.<sup>a</sup> ed., Bologna, 1948, página 715 (sin ningún razonamiento).

(15) La primera exposición de esta teoría consta en *Osservazioni sul feticidio*, en «La Corte d'Assise», año III (1936), oct.-dic. (núms. 5-6), págs. 288-291; fué después ampliada en el confuso artículo *L'uccisione del feto nascente*, en «Il nuovo diritto», Roma, 1937, págs. 514-528; volviendo a insistirse sobre ella en el artículo *Feticidio*, en «Nuovo Digesto italiano» 1938 (V, pág. 1068), en la recensión que hizo su autor al *Delitti contro la vita*, de VANNINI (en «Archivio Penale», III, 1.<sup>a</sup>, 1947, pág. 240) y, respondiendo al mismo VANNINI, en *Il concetto di persona nei delitti c. la vita e l'incolumità individuale, particolarmente del bene «vita» nell'omicidio*, publicado, también, en «Archivio Penale», III, 2.<sup>a</sup>, 1947, págs. 306-318.

Único seguidor de la misma ha sido NICOTERA, en *Il feticidio ed una lacuna del C. p.*, en «La Calabria giudiziaria», 1946, núms. 1-2, pág. 78 (nota de jurisprudencia).

Antes que PANNAIN, en forma confusísima y prolija en contradicciones, se expresó parecidamente ALTAVILLA, en *Delitti c. la persona*, correspondiente al *Trattato* de FLORIÁN, 1934, págs. 38 y 134-35.

Semejante discurso presenta flancos muy vulnerables: a) Sostener que solamente es persona la criatura separada por completo de la madre, es opinión que hoy está desacreditada por la biología, la concepción animista, las legislaciones de mayor prestigio y la doctrina correspondiente a éstas. De ello se ha dado cuenta más arriba. Pannain cita, en favor de sus argumentos, testimonios de Manzini, Alimena, Altavilla, D'Amora, etc., según los cuales *el feto no es objeto material de los delitos contra la vida* (homicidio): por nuestra parte podríamos añadir los de todos los penalistas italianos y extranjeros que han escrito desde hace dos siglos. Naturalmente que el feto no es objeto material del homicidio, ¿pero es que la criatura *naciente*, es decir, expulsada ya bajo los efectos del parto, sigue siendo feto? La respuesta ha sido eludida por Pannain; b) Pannain hubo de enfrentarse forzosamente con el Código penal italiano vigente, donde la muerte de la criatura durante el parto es infanticidio, cuando se cometa por causa de honor (art. 578). El feto (así llamado impropriamente) es, pues, por lo menos, objeto material de uno de los delitos contra la vida. Si lo es será porque le acompaña la condición de persona..., luego el homicidio podrá realizarse privando de vida al «naciente» o al «nacido», ya que tanto el uno como el otro son objeto material de los delitos contra la vida. Al llegar a este punto, fruto de lógica inatacable, Pannain se opone, alegando que la conclusión gravita sobre un razonamiento analógico. A la objeción se responde con los testimonios de Antolisei y Vannini, los cuales demuestran que el procedimiento empleado no cae dentro de la analogía prohibida en las *Preleggi* (analogía como medio de creación), sino dentro de la analogía entendida como medio de interpretación de las normas incriminadoras (16).

Rechazada la argumentación de Pannain, puede concluirse que, a la vista del Código penal italiano (y, por tanto, de todos los

(16) Sobre la prohibición contenida en el art. 1 del C. p. italiano y en el art. 14 de las *Preleggi*, véase G. VASALLI: *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1942. La réplica de VANNINI (en *Il bene vita nel delitto di omicidio. Risposta ad una recensione*, en «Archivio Penale», volumen III, 1.ª, 1947, págs. 302-305) a la objeción de PANNAIN está concebida en los términos siguientes: El error de P. consiste en creer que el feticidio sine causa honoris es una laguna no colmable, en virtud de la prohibición contenida en el art. 1 C. p. y en el art. 14 de las *Preleggi*. Nada más incierto: no hay laguna ni, por lo tanto, procedimiento analógico utilizado para salvarla. Está, sin embargo, en juego la analogía, pero la analogía como medio de interpretación, no de integración. Y no debe de olvidarse que si la analogía como medio de *creación* de normas no está consentida, sí que lo está como medio de interpretación de las normas vigentes. Precisamente en base a este principio, la norma del art. 575 (homicidio voluntario), examinada con criterios sistemáticos, es decir, avecinándola a la norma contenida en el art. 578, e iluminándola mediante referencias analógicas (equiparación del feticidio al infanticidio), se ofrece al entendimiento del intérprete (interpretación declarativa) en el sentido de que el término *hombre* en ella descrito comprende, también, el producto viable de la concepción desde el instante en que se inicia el parto, o sea durante el parto. La respuesta de ANTOLISEI (*Manuale*, 1.ª ed., pág. 46) está fundamentada en argumentos semejantes.

que contienen disposiciones semejantes), el producto de la concepción adquiere la condición de persona (objeto material de los delitos contra la vida) desde que, por efectos del parto, comienza a ser expulsado del alvo materno. Esta doctrina es la única aceptable (17).

Ahora bien, digamos, por último, si el producto de la concepción adquiere la condición de «persona» (a efectos penales) desde que empieza a separarse del claustro materno síguese que, según la ley penal, *el requisito del nacimiento se cumple desde el momento en que el parto haya comenzado* (haciéndose la criatura perceptible desde fuera).

3. Dando por supuesta la argumentación apuntada, la dogmática dominante en otros países cuyos códigos siguen, en este punto, la misma trayectoria que el italiano, defiende idéntica teoría, a saber: que la criatura es persona (objeto material de los delitos contra la vida) desde que da comienzo su expulsión, pues en aquel momento se inicia el parto y, consiguientemente, el *nacimiento*.

Así, los comentaristas alemanes, entre los que se advierten dos tendencias. Una, la más extrema, partiendo de la equiparación absoluta de parto y nacimiento (es decir, sin aceptar las limitaciones impuestas por la Medicina legal), opina: a efectos de la ley penal el «hombre» lo es ya durante el parto (*während des Geburtsaktes*). El acto del nacimiento (parto) se inicia con la expulsión que, sin interrupciones posteriores, conducirá a la separación completa de la criatura. En tal sentido, es irrelevante que la criatura haya o no salido totalmente del cuerpo materno, que sólo haya salido una parte de ella, o que no haya salido: basta que el parto haya empezado, pues desde ese momento para el Derecho penal existe una nueva persona. De esta forma se expresa, entre otros, Schönke, Frank, Liszt-Schmidt, Mezger, Olshausen, Hälschner, Ebermayer, etc. (18).

La otra tendencia, menos rigorista, exige que por lo menos,

---

(17) Sobre el problema, a más de la bibliografía citada, puede consultarse: CAMASSA: *L'uccisione del nascente*, en «Foro delle Puglie», 1928, col. 43; COSTA: *Il delitti contro la vita nascente*, en «Foro ligure», 1929, col. 62.

(18) Vid. SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch*, cit., 3.<sup>a</sup> ed., 1947, pág. 443, § 210; FRANK: *Strafgesetzbuch*, cit., 1931, I, § 211, pág. 461; LISZT-SCHMIDT: *Lerhbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.<sup>a</sup> ed., 1927, § 80, I. y § 84, III, págs. 458-59; MEZGER: *Grundriss*, cit., 2.<sup>a</sup> ed., pág. 233; OLSHAUSEN: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1916, § 211, I (el síntoma del comienzo del nacimiento son los dolores del parto); L. EBERMAYER-A. LOBE-ROSENBERG: *Das Reichs Strafgesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., 1922, § 217. También ENNECCERUS, *Derecho civil*, P. G., 1.<sup>a</sup> ed., trad. esp., Barcelona, Bosch, pág. 329, nota 7 (advierete que los límites de la persona son más amplios en el D. penal que en el D. civil, ya que aquel ordenamiento, que considera como homicidio el hecho de matar a un niño durante el nacimiento, estima que la persona comienza jurídicamente desde que el parto tiene lugar). (Para otros, cfr. SCHÖNKE, op. y loc. citados.)

en todo caso, haya salido al exterior alguna parte de la criatura, de forma que pueda ser percibida por la vista o el tacto (Binding, Holtzendorff, Gerland, etc. (19).

Igual que éstos se expresan: Thormann-Overbeck y Clerc, comentando el Código penal suizo (20); Nypels y Cosstant, comentando el Código penal belga (21) y Gómez y Soler, comentando el Código penal argentino. Este último dice terminantemente: «En consecuencia, puede ser sujeto pasivo del homicidio el hombre, aun antes de la completa separación del seno materno, durante el nacimiento, es decir, desde el momento de los dolores del parto, sin que exista base legal para distinguir entre los momentos anteriores y posteriores a la expulsión» (22).

4. En los ordenamientos que omiten toda referencia al supuesto de la muerte de la criatura «durante el parto» (mientras que está siendo expulsada del útero materno), la valoración del límite mínimo de la persona es, no obstante, idéntica. En estos Códigos el elemento objetivo de los delitos contra la vida aparece descrito mediante la amplísima frase de «muerte de un hombre», pero ninguna disposición impide que el intérprete entienda tal expresión (hombre, persona) como elemento normativo que abarque *tanto la criatura naciente como la separada por completo de la madre.*

Entre tales legislaciones figuran los Códigos de *Chile, Bolivia, Nicaragua, El Salvador, Cuba y Honduras*, que designan al objeto material del infanticidio con las palabras «hijo» o «descendiente» (arts. 394, 498, 359, 363, 438 y 408, respectivamente); la *Infanticide Act 1938*, que utiliza la expresión «a child under the age of twelve months»; los de *Panamá, Uruguay, Méjico y Paraguay*, que le llaman «párvulo» o «niño» (arts. 311, 313, 325 y 347, respectivamente); y los de *El Ecuador, Francia y Venezuela*, juntamente con la derogada *Infanticide Act 1922* y con el *Código italiano de Zanardelli*, tampoco vigente, que prefieren la advocación «recién nacido», «nouveau-né», «neonato», «newly-born

(19) Vid. BINDING: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. I, 2.<sup>a</sup> ed., § 9, 4, pág. 38 (el niño ha nacido cuando se haya separado en parte, aunque no sea por completo, de su madre, de manera que el influjo mortal puede venir desde fuera). (Para los demás, cfr. SCHÖNKE o FRANK, op. y locs. cit.; y para una exposición completa del problema, véase WALCHER: *Das Neugeborene in forensischer Hinsicht*, 1941.)

(20) Vid. THORMANN-OVERBECK: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, II, Zurich, Schulthess & Co., 1941, pág. 19; F. CLERC: *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse*, P. S. I, Lausana, 1943, pág. 32.

(21) Vid. J. S. G. NYPELS et SERVAIS: *Le code pénal belge interprété*, Bruxelles, 1896-1899, II, pág. 629, art. 369, núm. 5 (seguidor de la tesis más extrema); J. CONSTANT: *Manuel de Droit pénal*, 2.<sup>a</sup> parte, t. II, Liège, Imp. des Invalides, 1949, pág. 101 (igual que NYPELS).

(22) E. GÓMEZ: *Tratado de Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1939, II, pág. 107; SOLER: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1945, t. III, pág. 91.

child») (arts. 429, 302, 413 y 369. respectivamente). El código penal español vigente dice también: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido...» (art. 410).

¿Existen argumentos capaces de demostrar que estos Códigos conciben el límite mínimo de la *persona* de forma menos amplia que los ordenamientos que emplean la frase «durante el parto»? Creo que se debe responder negativamente. Aun admitiendo que la advocación «recién nacido» (o las similares) indicase el límite mínimo de la persona (siendo así que denuncia el límite máximo que la misma puede alcanzar para ser objeto material del delito de infanticidio), sólo podría deducirse que la ley penal condiciona la aparición de la misma al hecho del *nacimiento*.

«Nacimiento»—se ha dicho más arriba—es un concepto que, siguiendo las opiniones más autorizadas y recientes, equivale al médico-legal (para algunos, incluso al obstétrico) de parto. Partiendo de esta premisa, será preciso admitir que el requisito del «nacimiento»—exigido según el tenor literal de los preceptos citados—estará satisfecho desde el momento en que se inicie aquél, es decir, a efectos prácticos, desde que la criatura haya comenzado a salir al mundo exterior; hombre o persona, en resumen, según estos ordenamientos también, lo es el producto de la concepción desde que, terminado el embarazo y llegado el parto, empiece a separarse del seno materno.

¿Por qué, entonces—se me podrá responder—la aclaración de «durante el parto» empleada, como antes se ha visto, por los Códigos más modernos? A mi modo de ver, sencillamente por eso: por razones *aclaratorias*. Decir «muerte de un hombre» significa, sin necesidad de más explicaciones, muerte de una criatura humana desde sus primeros momentos de aparición en el mundo exterior; añadir que esa criatura puede también ser destruida (como objeto material de los delitos contra la vida) «durante el parto» supone, tan sólo, que por razones de buena técnica el legislador ha querido aclarar o precisar el sentido ya latente en las palabras «muerte de un hombre». En conclusión, la frase «durante el parto» nada innova (sólo aclara) sobre el límite mínimo de la persona a efectos penales.

A más de otros muchos (23), parece que piensan de este modo,

(23) En este sentido, E. IANNITTI PIROMALLO: *Il C. p. illustrato*, etc., cit., III, págs. 215-216 («la disposición referente al feticidio *no innova al C.º derogado* (el de Zanardelli, que sólo se refería a la muerte del «neonato»), a diferencia de lo que algunos autores creen»). *Contrarium*, SALTELLI R. DI FALCO: *Commento*, IV, cit., pág. 248.

Más o menos claramente opinaron así STOPPATO e IMPALLOMENI, comentando el art. 369 del C. it. de 1889 (idéntico, a los efectos que ahora nos ocupan, el C. p. español vigente). (V. del primero, *Infanticidio e procurato aborto*, Druker e Tedeschi, Verona-Padova, 1887, pág. 127, y del segundo, *L'omicidio nel diritto penale*, 2.ª ed., Torino, Ute, 1900, págs. 544 y 548 y sigs.) Y, de manera parecida, GARRAUD: *Traité*, V, pág. 197, nota 28, y GOYET: *Précis de Dr. pénal*, 5.ª ed., ref. y puesta al día por ROUSSELET-PATIN, Sirey, Paris, 1945, pág. 312.

aun cuando no lo expongan claramente, Puig Peña y Rodríguez Muñoz-Jaso-Devesa, los cuales, refiriéndose al Código español, ponen de relieve la igualdad parto-nacimiento y opinan, en consecuencia, que a partir de la terminación de aquél, la vida humana cae bajo la protección del precepto descrito en el artículo 407 (24).

En el Código penal español vigente, por tanto, el límite mínimo de la persona (objeto material de los delitos contra la vida) coincide con el *comienzo* de la expulsión motivada por el parto y consubstancial al mismo.

5. El primero de los requisitos que la biología exige para afirmar la existencia de un hombre se corresponde con el precisado por el Derecho penal a los mismos fines.

El segundo de los requisitos coincide igualmente. Veámoslo:

#### B) *El requisito de la vida.*

Para otorgar la condición de persona el Derecho penal exige, además del hecho de que la criatura haya iniciado su separación del claustro materno, que tal criatura *esté viva*.

¿A qué clase de vida alude la condición propuesta? Según criterio tradicional, la vida que debe de animar a la criatura para que a tal corresponda el atributo de persona, es la *vida autónoma* (vida propia, vida independiente), esto es, la vida que la criatura *inicia* (función activa) una vez separada del claustro materno.

En esta creencia los juristas contemporáneos a este parecer dominante, se formularon indefectiblemente una pregunta esencial: ¿cuándo aparece la vida autónoma? Las opiniones se dividieron, dando lugar a respuestas tan variadas como complicado era, y es, el problema a resolver (25).

Dejando a un lado fórmulas desacreditadas desde su origen (como la que hacía radicar el comienzo de la vida autónoma en el hecho de que el niño hubiese o no gritado), esas opiniones pueden agruparse en dos apartados: uno, el formado por los que afirmaron (o afirman) que *la vida autónoma comienza cuando se inicia la respiración*; y otro, por quienes cifran el comienzo de la vida autónoma en *signos diversos*, y más precisos, que el de la respiración pulmonar. Este último punto de vista da lugar, como veremos más tarde, a la sustitución de la exigencia de la vida autónoma por la simple exigencia de la vida orgánica o vida en sentido biológico.

(24) RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO-RZ. DEVESA: *Derecho penal*, Parte Especial, Madrid, 1949, pág. 226; PUIG PEÑA: *Derecho penal*, II, pág. 321; éste, sin embargo, cayendo en manifiesta contradicción, cree que el feticidio debe de valorarse como hipótesis de aborto.

(25) A propósito de la dificultad del problema, véase TARDIEU: *Estudio médico-legal sobre el infanticidio*. Trad. y anot. por P. SEREÑANA, Barcelona, 1883, pág. 38.

a) Los afiliados al primero parten de un hecho atestiguado por la ciencia médica, a saber, que cuando el feto es expulsado del claustro materno, cesando por ello la respiración placentaria, comienzan los actos respiratorios, integrantes de la llamada *respiración pulmonar* (26).

Teniendo en cuenta tal observación, algunos médicos legistas patrocinados por Casper (27), elevaron a dogma el cómodo criterio de que «*vivir es respirar*» o, lo que es su traducción práctica, que el hombre, ser dotado de vida autónoma, no lo es en tanto dé comienzo a los actos respiratorios pulmonares.

Y llevadas estas aportaciones medicolegales al terreno del Derecho penal, algunos sostuvieron que la criatura humana no debe considerarse objeto material de los delitos contra la vida en tanto que, separada totalmente de la madre, haya *iniciado* la respiración pulmonar; ello porque hasta ese momento no es *jurídicamente* una persona. De este parecer, ciertos juristas antiguos (Civoli, por ejemplo, y nuestro Groizard) y bastantes legistas hoy superados (Puccinotti, Ziino, Severi, etc.) (28).

Si el producto de la concepción no fuere persona hasta tanto hubiere iniciado los actos respiratorios, se deberían producir las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Que la criatura «durante el parto» no es persona desde el punto de vista jurídico-penal, porque en ese tiempo lo normal es que no haya todavía respirado. Su destrucción, en consecuencia, no caerá dentro de la objetividad jurídica del homicidio, por falta de objeto material sobre el que dirigir la acción típica.

2. Que el feto apnéico (en sus dos modalidades: feto dotado de vida apnéica extrauterina y feto durante el periodo de apnea fisiológica) carece asimismo de las condiciones conformantes del objeto material del homicidio, pues no habiendo comenzado la respiración pulmonar no es, a efectos jurídico-penales, una persona.

3. Que se deberá afirmar, igualmente, la inexistencia de objeto material del homicidio, cuando la víctima sea una criatura a la que violentamente se la impidió comenzar los actos respiratorios (mediante asfixia intencionada), ya que, por no haberlos co-

(26) Cfr. ROMANESE, en el *Manuale di M. legale*, dirigido por CARRARA con el autor, CANUTO y TOVO, vol. II, t. I, Torino, Utet, 1938, pág. 203.

(27) CASPER: *Traité pratique de Médecine légale*, vol. II, págs. 4 y sigs. (Cfr. TARDIEU, o. c., *passim*.)

(28) Vid. ZIINO: *Medicina legale*, vol. II, págs. 362 y sigs.; SEVERI: *I criteri della vita giuridica del neonato nelle questioni penali e civili*, Génova, Stab. Tip. Colombo, 1894, pág. 75; PELLACANI: *Antiche e nuove questioni in torno alla docimasia polmonare*, en «Riv. di fren. e med. leg.», vol. XV (1889), fascículos II y III, pág. 73; FILOMUSI-GUELFI: *Sui caratteri della eseguita respirazione nelle necroscopte per infanticidio e sui criteri della vita legale*, en «Giornale di med. legale», año II (1895), pág. 23. (Para otros, cfr. PANNAIN: *L'uccisione del feto nascente*, cit., pág. 517, nota 2.)

menzado, tampoco ostentó, en ningún momento, la condición de *hombre*.

No se necesita demasiada agudeza para percatarse de que estas consecuencias serían viables partiendo únicamente de la opinión, cuyo descrédito hemos resaltado, que supedita el límite mínimo de la persona al supuesto de su «completa» separación. Tal coincidencia se ofrece, sin posibilidad de dudas, en lo que respecta a la calificación de la criatura «durante el momento del parto» (ni ha respirado ni se ha separado totalmente del claustro materno); y tampoco admite réplica por lo que hace a las otras dos consecuencias—no considerar «personas» a los fetos apnéicos ni a los que violentamente se les impidió respirar—. En estas hipótesis, sin embargo, el requisito de la respiración puede restringir, todavía más, los contornos del límite mínimo de la persona, ya que tanto las criaturas apnéicas como las asfixiadas antes de respirar pudieron haber cumplido la exigencia de la separación *total* y, pese a ello, no gozar de la condición de personas, según la teoría que nos ocupa, por no haber comenzado los actos respiratorios. En definitiva, pues, el requisito de la respiración pulmonar es correlativo al de la separación completa; se complementan mutuamente y obedecen por igual al viejo concepto de *nacimiento*, sustituido actualmente por el de parto.

Según este último criterio, las consecuencias expuestas son deducciones insostenibles: si para la existencia de la persona basta con que la separación de la criatura haya empezado (es decir, basta que se haya iniciado el parto) y que, en tales condiciones, continúe viva, no podrá exigirse, después, que hayan aparecido los actos respiratorios, los cuales, por regla general, surgen con posterioridad a la separación total. De donde que: o se exige ésta (compatible con aquéllos) y en tal caso la equivalencia nacimiento-parto es un contrasentido, o, si no se exige, no se deberá exigir tampoco que la respiración pulmonar haya comenzado.

Para sortear tales contradicciones, algunos, como Liszt-Schmidt y Wachenfeld, partidarios, por un lado, de que el nacimiento se cumple así que «comienza» la expulsión de la criatura, y, por otro, de que el fenómeno de la respiración pulmonar es la única prueba decisiva de que el nacido es un ser vivo, se pronuncian limitando esta exigencia (la respiración) a la «posibilidad de que pueda iniciarse» («que haya cesado la respiración placentaria y sea posible la pulmonar»), con lo que, según su parecer, el producto de la concepción podrá ser protegido como *persona* si comenzada su expulsión del seno materno, estaba *capacitado* para iniciar, a su tiempo, los actos respiratorios (29).

Otros, tales Benassi, Romano di Falco y Maggiore, llegan a la misma meta por distinto camino. El principio de la *respiración* es, según éstos también, un requisito indispensable para atesti-

(29) Vid. LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch*, cit., § 80, I; WACHENFELD: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, pág. 300.

guar la existencia de vida en la criatura. La ley penal, no obstante, considera (mediante una ficción, afirman ellos) como *persona* a la criatura «naciente»; luego, por imperio de la ley, el requisito de la respiración tendrá que limitarse a la *posibilidad de iniciarla*, pues de lo contrario se irá contra el sentido del ordenamiento punitivo, que estima y valora como persona a un ser (la criatura «naciente») que aún, por disposición biológica, en la mayoría de los casos, no ha podido empezar a respirar (30).

Este modo de pensar supone una dialéctica excesivamente complicada y arbitraria. Su artificiosidad procede de que los sostenedores del mismo parten de un error básico, a saber, el asociar el comienzo de la vida de la persona a los actos respiratorios (o a la posibilidad de comenzarlos). El porqué de ello se explica fácilmente: los comentaristas citados creen que la vida que señala la aparición de una persona es la vida *autónoma* o vida independiente; si así fuese, la prueba de la respiración sería, en efecto, incontrovertible: la criatura «inicia su vida» (independiente) desde el momento en que empieza a respirar. La realidad, sin embargo, ha demostrado que la vida que anima a la persona no es una vida distinta de la que anima al feto durante su gestación; no es vida que se *inicie* con el nacimiento, sino vida que se *modifica* en virtud de ese fenómeno; es, en una palabra, la vida en sentido biológico.

Así lo dejan ya entrever:

b) Los que asocian el comienzo de la vida autónoma a signos diversos de la respiración pulmonar.

Estos parten, también, de un hecho demostrado médicamente. Si es cierto que siempre que se ha «respirado» se ha «vivido», no lo es que para vivir sea imprescindible la respiración (31). Existen casos de criaturas humanas que, separadas de la madre, *viven sin haber comenzado la respiración pulmonar*, bien por causas fisiológicas o patológicas (fetos durante el período de apnea fisiológica o fetos con vida apnéica extrauterina), bien porque violentamente se les impidió comenzarla (asfixia provocada). Estas criaturas, indiscutiblemente, pueden haber vivido.

Considerando semejantes supuestos, otro sector de legistas, acaudillados por el inglés Taylor (al que siguió la medicina legal inglesa y buena parte de la francesa), se preocupó en demostrar que el comienzo de la vida de la persona debe de acreditarse mediante una serie de signos o pruebas, entre los cuales está la res-

(30) Vid. BENASSI, trab. cit., cols. 149-150 y 157; SALTELLI-R. DI FALCO: *Commento*, cit., IV, pág. 232 (núm. 1.167); MAGGIORE: *Diritto penale*, vol. II, tomo II, 3.<sup>a</sup> ed., cit., pág. 715. (Nótese que estos autores son precisamente los que habían afirmado que el feto «durante el nacimiento» no es aún persona, si que «persona en potencia», es decir, equiparada por la ley al hombre o persona en acto.)

(31) Vid. TARDIEU, o. c., pág. 60, y, parecidamente, ASCARELLI: *L'infanticidio dal punto di vista medico legale*, cit., col. 316.

piración, parificados en valor probatorio. Cualquiera de ellos bastará para certificar que el producto de la concepción hubo gozado de vida propia: cuando la respiración pulmonar aparezca contemporáneamente a la expulsión, será suficiente demostrarla y se habrá afirmado que la criatura gozaba de vida; cuando entre la expulsión y el comienzo de los actos respiratorios transcurra un intervalo de tiempo, la vida de la criatura deberá probarse acudiendo a otros signos (la circulación separada, por ejemplo) (32), los que podrán certificar que el naciente o el nacido, pese a no haber respirado, estaba vivo.

Esta dirección médico legal ha tenido favorable acogida entre los penalistas: unos se declaran partidarios suyos y la aceptan sin ninguna reserva (en este sentido, Manzini, Impallomeni, Garraud, Verna, Seaborne Davies, etc.) (33); otros la dan por supuesta y admitida: tales los que ven el límite mínimo de la persona en el «comienzo» de la expulsión (doctrina, como se ha dicho, mayoritaria), ya que tal punto de vista sólo puede conciliarse—tal hemos probado anteriormente—con la teoría que asocia la vida de la criatura a pruebas de contornos más amplios que el de la respiración pulmonar. E, igualmente, quienes conceden al feto apnéico, aptitud para ser objeto material de los delitos contra la vida (34); el feto apnéico, lo mismo que la criatura «naciente», no ha respirado: si puede ser objeto de homicidio es porque posee el atributo de «persona»; luego, para ser persona no es necesario haber respirado, es decir, no se precisa que la criatura goce de vida autónoma (aparecida cuando la respiración aparezca), sino que *basta esté animada de vida orgánica* (vida en sentido biológico).

c) Excluido el criterio de la respiración pulmonar, no queda ninguna base firme donde apoyar la pretendida diferencia entre vida autónoma (vida independiente o vida en sentido jurídico) y vida en sentido biológico. Percatándose de ello, la ciencia jurídico penal contemporánea reconoce la existencia de una nueva «persona» humana cada vez que se acredite que la criatura, cuya separación del claustro materno se ha iniciado o completado en virtud del parto, goce de la misma vida que la acompañara desde sus

(32) Vid. TARDIEU, o. c., *passim* (espec. págs. 60 y sigs.); A. S. TAYLOR: *The principles and practice of Medical Jurisprudence*, London, 1865 (he manejado las ediciones francesa—París, 1881, págs. 720-21—e italiana—de Simoncelli, Nápoles, 1882, págs. 552 y sigs., caps. 48-51—). En la actualidad sigue este criterio GLAISTER: *Medical Jurisprudence and Toxicology*, 8.ª ed., Edinburgh, 1945, págs. 357 y sigs.

Contra el valor decisivo de la respiración pulmonar (acreditada mediante la docimasia del mismo nombre) se alzó también la escuela de Viena, patrocinada por HABERDA (cfr. ETTORRE FRANCEO: *Respirazione artificiale e vita in un feto*, en «Arch. di antrop.», etc., 1933, pág. 750).

(33) Vid. MANZINI: *Trattato*, cit., VIII, pág. 56; IMPALLOMENI: *L'omicidio*, cit., págs. 134 y 550; STOPPATO, o. c., pág. 109; VERNA: *La decapitazione nei supplizi e nei delitti e particolarmente nell'infanticidio*, en «Rivista Penale», año LX (1943), II, pág. 877; SEABORNE DAVIES, trab. cit., págs. 305-307.

(34) V. más adelante.

primeros momentos de desarrollo intrauterino; la equiparación de la vida en sentido jurídico a la vida en sentido biológico está reconocida plenamente.

Esta identidad fué ya agudamente advertida por Severi, en 1894 (35), y por otros legistas de la pasada centuria (Lazzaretti, entre ellos) (36); pero ha sido en estos últimos años cuando ha encontrado mayor aprobación, correspondiendo a Vannini, entre los juristas, y a Macaggi, Perrando y Romanese, entre los cultivadores de la medicina legal (37) el mérito de haberla expuesto con rigor sistemático. Sus puntos de vista son paralelos a los expuestos por el pensamiento católico.

C) Una *conclusión fundamental* se deduce de la investigación anterior, a saber: que jurídicamente el comienzo (límite mínimo) de la persona depende de dos supuestos: primero, que el producto de la concepción haya iniciado, en virtud del parto, su separación del seno materno, y segundo, que en tales condiciones «continúe» vivo, es decir, que no se haya interrumpido su vida orgánica. Relacionando estas dos exigencias con las precisadas a los mismos fines por la biología, salta a la vista su coincidencia absoluta. Si valoramos el significado de tal identidad, habremos conseguido el objetivo propuesto: *que jurídica y biológicamente el límite mínimo de la persona está concebido en términos afines. Y ello por que la noción de «persona» (objeto material de los delitos contra la vida) es la misma en ambos campos científicos.*

¿Se precisa, además, a efectos jurídicopenales, que la criatura nacida viva sea viable?

#### IV. La cuestión de la viabilidad.

A) Se entiende por viabilidad la aptitud de que goza una criatura nacida viva para continuar su vida extrauterina (38). Será viable, por lo tanto, toda criatura que, nacida viva, posea capacidad suficiente para prolongar su existencia autónoma; no lo será si carece de tal capacidad o aptitud; en tal caso se tratará de una criatura viva, pero no viable.

La falta de viabilidad puede estar determinada por dos razones: o porque la criatura, nacida viva, estaba afectada de enfermedad o vicio orgánico que la impidían continuar su vida independiente, o porque, habiendo nacido viva, no había alcanzado la

(35) Vid. SEVERI: *I criteri della vita giuridica del neonato*, cit., págs. 76-77.

(36) Cit. por BENASSI: *Questioni*, etc., col. 143.

(37) Vid. VANNINI: *Delitti c. la vita*, cit., pág. 7; MACAGGI, en las anotaciones al *Manuale di M. legale e delle Assicurazioni*, de PERRANDO, vol. I, página 616; ROMANESE, en el *Tratatto di M. legale*, ya cit., vol. II, y en *Considerazioni medico-legali sull'art. 578 C. p.*, cit., pág. 729.

(38) Vid. BLAS PÉREZ: *El requisito de la viabilidad*, en «Rev. de Derecho privado», año XXVIII (1944), pág. 276; ROMANESE: *Manuale di M. legale*, citado. II, t. I, pág. 209.

madurez de desarrollo cronológicamente suficiente. La Medicina legal concibe la «madurez» como el estado en que se encuentra el feto que haya llegado, aproximadamente, a diez meses lunares de vida intrauterina; «prematuro» es el feto que, no habiendo logrado ese total desarrollo intrauterino, sea, sin embargo, capaz de iniciar la vida extrauterina, lo que tiene lugar a partir de los seis meses o seis meses y medio de gestación; y «no maduro» es cualquier otro feto de concepción más reciente. Los contornos de estas categorías no son dogmáticos (39).

B) El Derecho civil clásico dispuso que el requisito de la viabilidad debía concurrir en todo nacido como condición imprescindible para que éste fuese considerado como persona jurídica. Cumplía tal exigencia el feto que hubiere nacido a término (maduro o prematuro) y no estuviese afectado por vicio orgánico o enfermedad impositivos de su ulterior desarrollo, es decir, el nacido que, además de vivo, fuese viable en el más amplio sentido de la expresión.

El apoyo legal más firme de esta dirección jurídico-privada estuvo formado, en un principio, por el binomio Italia-Francia, completado por las legislaciones inspiradas en él. El *art. 725 del Código civil francés* (hoy vigente) declaró incapaces para suceder a los nacidos no viables, quienes, en consecuencia, y a efectos de la vocación hereditaria, quedaron equiparados al nacido muerto. Y de igual forma, el *art. 724 del Código civil italiano* (hoy derogado) prescribía: *Sono incapaci di succedere: 1.º Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti; 2.º Coloro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui costa che sono nati vivi.*»

Influídos por estas legislaciones, e impulsados, las más de las veces, por el humano deseo de burlar la tremenda severidad de las antiguas leyes penales, algunos penalistas y legistas afirmaron que la viabilidad, entendida en el sentido antedicho, debía de concurrir en el nacido vivo para que éste pudiese ser sujeto pasivo del homicidio; porque sólo la criatura humana viva y viable era valorada como «persona». Así Carnot, Mittermaier, Pessina, Severi y otros de menor fuste (40).

(39) V. PELLEGRINI-LORO: *Compendio di M. legale*, vol. I, parte 1.ª, 3.ª edición, Cedam, Padova, 1947, págs. 208-209.

(40) Vid. MITTERMAIER: *Contributo alla dottrina dell'infanticidio*, en *Scritti germanici di Diritto crim.*, a cura di A. Mori. Livorno, 1846, § 8; CARNOT: *Commentaire sur le Code pénal*, 1824, art. 300, núm. 8; SEVERI: *I criteri*, etc., citado, págs. 76-77; CARFORA: *Infanticidio*, en «*Il Digesto italiano*», vol. XIII-I, Torino, Ute, 1902-1906, pág. 675, núm. 33; PESSINA: *Elementi di Diritto penale*, vol. II, pág. 3, etc. (Otras referencias en «*Rivista Penale*», año XI (1885), volumen XXII, págs. 50-51; vol. XXXV (1892), págs. 362 y sigs., y vol. LI (1900), pág. 382).

Todos los franceses deducían sus conclusiones del *art. 725 del C. c.*, e, igualmente, los italianos hacían descansar sus razonamientos en el *art. 724 del viejo C. c.* Además de este precepto, abonaba su tesis el *art. 135 del Codice di Pro.*

En la actualidad, son contados los que continúan manteniendo esta posición. Un caso excepcional constituye Sabatini (41).

Las consecuencias prácticas de esta teoría, en lo que respecta al dictámen sobre la existencia o inexistencia del objeto material de los delitos contra la vida, son las siguientes:

Primera: Existe objeto material cuando se haya privado de vida a una criatura que nació viva, que era de término (feto maduro o prematuro) y que no presentaba enfermedad o vicio orgánico capaces de obstaculizar su vida extrauterina (independiente) duradera.

Segunda: No existe objeto material del homicidio cuando se haya destruido una criatura nacida viva y de término, pero afectada por vicio orgánico o enfermedad letales.

Tercera: No existe objeto material del homicidio cuando la víctima sea una criatura nacida viva, pero de gestación incompleta (feto no maduro; es decir, por bajo de los seis meses o seis meses y medio de vida intrauterina, aproximadamente).

Tales consecuencias, y, por tanto, la doctrina que las produce, sólo son compatibles con la teoría que ve el comienzo de la persona en la aparición de los actos respiratorios: es más, se la puede, incluso, enjuiciar como secuela inevitable de ésta. La criatura que pudo iniciar los actos integrantes de la llamada respiración pulmonar, en la mayoría de los casos, será viable, tendrá aptitud para continuar viviendo (42). Y, a la inversa, la que no consiguió comenzarlos es porque carecía de capacidad para prolongar su existencia autónoma. Igual es, en definitiva, negar la condición de persona al nacido con vicio orgánico o enfermedad letales o al que no alcanzó la gestación suficiente, alegando que no hubieron respirado, que negarles el atributo arguyendo su falta de viabilidad; pues ambas notas negativas concurren siempre.

Ahora bien: rechazado el criterio que asocia la vida de la persona al comienzo de la respiración, resultará que la teoría sobre la viabilidad que nos ocupa es insostenible. Las criaturas afectadas de enfermedad letal (o inmaduras), según el criterio correcto arriba consignado, son *personas* con tal de que separadas del cuerpo materno estén animadas siquiera de vida orgánica; esas

---

*cedura penale* de 1865, donde, en consecuencia con la ley sustantiva, se disponía: «*Quantv siavi sospetto d'infanticidio, i periti dichiareranno altresì se il bambino sia nato vivo, e se fosse in stato di vivere fuori dall'utero materno*», es decir, que los forenses estaban obligados a acreditar, en los casos de infanticidio, tanto la vida como la *viabilidad* de la víctima. En el mismo sentido, puede verse la curiosa Ordenanza austríaca de policía, de 1853 (§ 90), cit. por HOFFMAN (en las *Adiciones* a la ed. esp. del *Infanticidio*, de TARDIEU, cit., página 116).

(41) Vid. SABATINI: *Istituzioni di D. p.*, vol. II. P. S. cit., pág. 334, número 420. Su posición es la consecuencia de no haber sabido apreciar las diferencias que existen entre la viabilidad en sentido amplio (integrada por la madurez fetal de desarrollo y la ausencia de enfermedad impeditiva de vida autónoma duradera) y la viabilidad cronológica o médico-legal (en sentido estricto), constituida tan sólo por el desarrollo embriológico suficiente.

(42) Vid. BENASSI, trab. cit., col. 141.

mismas criaturas no son viables; luego, si se reconoce validez al punto de partida que antes aceptamos, se deberá concluir negando que la viabilidad (en sentido amplio) sea requisito preciso para la existencia de la persona humana.

C) La doctrina partidaria de exigir el requisito de la viabilidad en sentido amplio como atributo esencial del objeto material de los delitos contra la vida, inició su descrédito casi contemporáneamente a su aparición. Diversas causas contribuyeron en tal proceso, siendo la principal que el propio sistema jurídico-privado, sobre el que se apoyaba la teoría, cambió de orientación así que pudo confirmarse que los precedentes romanos argüidos para justificarle eran fruto de interpretaciones erróneas (43). Desde este momento, las legislaciones europeas tendieron hacia la abolición del requisito; patrocinaron tal movimiento los Códigos civiles alemán y suizo, siguiéndoles Italia, una de las naciones que componían el binomio clásico. El artículo 724 del viejo Código civil italiano fué sustituido por otro precepto de gran rigor técnico, el artículo 462 del Código civil vigente, cuyo texto prescribe: *La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita* (44). El golpe de muerte contra la arcaica viabilidad civil estaba dado.

Por su parte, la ciencia penal y médico-legal expuso irrefutables argumentos en contra del requisito: el ordenamiento punitivo protege la «vida humana» en cuanto que es un bien del más elevado valor moral; la vida humana exige tutela aun cuando se trate de una vida efímera: de lo contrario deberían ser excluidos de la protección penal los ancianos y moribundos, posibilidad que clama contra el buen sentido humano y jurídico; las viejas doctrinas sobre la viabilidad son secuelas de la bárbara idea que permitía matar al mal conformado o inútil..

El legislador acogió inmediatamente la opinión científica, aclarando los términos del problema. En tal sentido fué ejemplar el legislador italiano cuyo modo de pensar cristalizó en la «Relación de la Comisión Senatorial sobre el Proyecto de Ley de 1877» (que había de ser el llamado Código de Zanardelli): «La doctrina y la experiencia nos enseñan las dificultades y los problemas que esta última condición (la viabilidad) crearía en torno a la punibilidad del infanticidio. Ciertamente para que exista el delito de homicidio

(43) En este sentido, SAVIGNY y sus seguidores, según puede verse en CARRARA: *Programa*, P. S., t. I, ed. de 1881 (5.<sup>a</sup>), núm. 1.234, pág. 392, y en el artículo de PÉREZ GONZÁLEZ antes cit.

(44) Con anterioridad a esta reforma se había derogado, también, el artículo 135 del *C. di Proc. pen.*, de 1865, sustituyéndole el art. 13 de las «normas de actuación» del nuevo C. de procedimiento penal, en donde se dispone: «Nel caso d'infanticidio, i periti accertano e dichiarano se l'infante sia nato vivo.» Basta, pues, el dictamen sobre la vida, siendo superfluo el de la viabilidad.

de un infante se requiere que éste haya nacido *vivo*, y no debe considerarse como tal al infante provisto de vida efímera y solamente aparente; mas si se llevase el tenor de la ley hasta disponer que el infante no sólo debe estar vivo, sino también gozando de las condiciones precisas para vivir, supondría exigir, por un lado, con relación al infanticidio, una condición especial que no se precisa en cualquier otro homicidio, introduciendo, por lo tanto, en esta hipótesis un elemento que, fundado en la previsión de eventualidades futuras, la haría vaga, indeterminada, arbitraria y, en consecuencia, peligrosa para la justicia» (45).

En contra de la exigencia de la viabilidad en sentido amplio se manifestaron, también, con certero criterio, las *jurisprudencias* francesa e italiana (46), contribuyendo poderosamente al desprestigio de la referida dictrina.

D) Partiendo del supuesto de que la viabilidad civil (o en sentido amplio) no puede admitirse en el Derecho penal por ser, sobre todo, incompatible con el concepto que tal ordenamiento nos ofrece de la «persona humana» (igual al biológico), otra corriente doctrinal, cuyo alcance llega en pleno vigor hasta nuestros días, afirma que la *viabilidad en sentido cronológico* (equivalente a la madurez embriológica del feto) es un requisito esencial para la existencia del objeto material de los delitos contra la vida (persona).

Objeto material del homicidio sólo podrá serlo, según esta tendencia, la criatura que haya nacido viva y *hubiere disfrutado de un periodo de gestación suficiente* (de seis meses o seis meses y medio en adelante). Si pasado ese tiempo vió la luz con vida, deberá ser considerada como criatura viable, aunque esté afectada de vicio orgánico o enfermedad que la imposibiliten continuar la existencia independiente: el requisito de la viabilidad se cumple, pues, con el solo hecho de que el periodo de gestación intrauterina haya sido bastante desde el punto de vista cronológico.

La representación de esta corriente doctrinal corre a cargo de un nutrido número de legistas, a los cuales siguen de cerca varios penalistas. Entre aquéllos destaca Ferrando, a quien debemos el concepto más perfilado de esta especie de viabilidad (cronológi-

(45) V. comentarios a este texto (que corresponde a la pág. 231 de la Relación senatorial) en BENASSI, trab. cit., col. 140, y en IMPALLOMENE: *L'omicidio nel diritto penale*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, Ute, 1900, pág. 48.

(46) De la *jurisprudencia italiana*, pueden consultarse: S. 27 en. 1892, en «Giustizia penale», 135 (cit. por IMPALLOMENE, o. c., pág. 50); 5 mayo 1899; 5 en. 1900; 27 en. 1892; 2 jun. 1891, y otras comentadas por MAINO, en su *Commento al C. p. italiano*, 3.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> ristampa, vol. III, Torino, Utet, 1922, página 279, núm. 4, y por ALIMENA, en *Dei delitti c. la persona* (lib. II, tit. IX, del C. p.), cit., pág. 603, núm. 3.

De la *jurisprudencia francesa* dan cuenta: GARRAUD: *Traité*, cit., V, páginas 196 y sigs.; GOYET: *Précis*, 5.<sup>a</sup> ed. cit., pág. 312, y GARÇON: *Code pénal annoté pur...*, I, Sirey, París, 1901-1906, págs. 703 y sigs.

ca), equivalente a madurez fetal (47). Entre los penalistas que la han acogido figuran Vannini y Casalnuovo, que le sigue fielmente; y, en forma no muy clara, Impallomeni y Manzini.

Dice el primero de ellos: Objeto material del delito de homicidio (cualquiera que sea su objetividad jurídica) es el *ser humano viable*, entendiendo por viabilidad no ya la aptitud para vivir por defecto de enfermedad, sino la *capacidad de gozar de vida extrauterina* (viabilidad, por lo tanto, en el sentido de desarrollo de vida intrauterina capaz de consentir, por haberse logrado la madurez, una vida fuera del alvo materno). La consideración legislativa de la viabilidad—continúa V.—está implícita en la palabra «hombre», indicadora de lo que se contrapone a *delusa spes hominis*. La viabilidad penal ha de entenderse, pues, *en el sentido embriológico de la palabra*, de forma que el nacido vivo será viable, aun cuando, cumplido el desarrollo intrauterino suficiente, esté afectado por causas patológicas o teratológicas (48).

En forma poco precisa había seguido estos mismos pasos Impallomeni. Sentaba como premisa principal que la viabilidad no debía exigirse para otorgar la condición de persona a la criatura, alegando en favor de su tesis la Relación senatorial antes transcrita y el criterio de la jurisprudencia. Pero exponía a renglón seguido las consecuencias prácticas de su doctrina en forma tal que, pese a su punto de partida, nos vemos obligados a encuadrarle como defensor de la teoría siguiente: a efectos jurídico-penales la falta de viabilidad es irrelevante cuando sea parcial o relativa (dependiente de condiciones morbosas o patológicas); si es absoluta—por ejemplo, en los casos de espontánea expulsión

(47) Cfr. PERRANDO, cit. por PELLEGRINI-LORO, en *Compendio*, I, 1.<sup>a</sup>, página 215: «La viabilidad debe de considerarse como la consolidación de un complejo normal de organización anatómica, en virtud del cual aparezca, en aquel momento, como posible la prolongación indefinida de la vida extrauterina. La falta del atributo de la viabilidad debe, por consiguiente, distinguirse de la letalidad de una alteración anatómica, en cuanto que esta última presume la intervención extrínseca de una condición que destruya y quite la ya adquirida organización necesaria para la vida. Es decir: la letalidad se refiere al proceso que posea el carácter de progresiva desintegración mortífera de los mecanismos de la vida; la falta de viabilidad se refiere, sin embargo, apriorísticamente, a la no conseguida ni conseguible estabilidad orgánica necesaria para la vida autónoma.»

Los primeros expositores de esta teoría fueron TARDIEU (*Infanticidio*, cit., página 23) y BROUARDEL (*L'infanticide*, Paris, Bailliére, 1897), a quienes siguieron destacados legistas, muchos de los cuales son contemporáneos (cfr. ROMANESSE, en el *Manuale*, cit., II-I, pág. 210, y en *Considerazioni medico legali*, etc., cit., págs. 729-731).

(48) Vid. VANNINI: *Delitti contra la vita*, cit., págs. 6-7 y 102-103; idéntico en *Il delitto di omicidio*, Sel. Milano, 1935, págs. 7-8 (núm. 4), que no debe considerarse, como algunos creen, como la primera ed. de la monografía citada en primer lugar, ya que ésta tiene más amplio contenido y en algunos puntos modifica o amplía la anterior; igual, también, en el *Manuale*, P. S., cit., página 215, y en *Il bene vita*, etc., cit., págs. 302-305. CASALNUOVO acepta totalmente estas opiniones (vid. *La causa di onore nella struttura del reato*, Jovene, Napoli, 1939, pág. 105, nota 72), pero erróneamente se las atribuye también a SABATINI.

de un feto inmaduro, pero vivo—determina la inexistencia de sujeto pasivo (objeto material) del homicidio (49). Tesis que, en consecuencia, coincide con la que se expone en el presente apartado.

Y otro tanto puede decirse de Manzini. En la segunda edición del «Trattato» escribe: No es necesario que se pruebe la viabilidad del «naciente»; es decir, su capacidad para vivir más o menos tiempo. Aunque se probase la no viabilidad del nacido vivo posteriormente matado, subsistiría, no obstante, el delito discutido (homicidio). Demostrado que, en el momento de realizarse la acción, el nacido estaba vivo, se cumplen todos los elementos objetivos del delito, porque la ley penal no distingue entre viable y no viable. Tampoco lo distingue el Código civil (italiano) en su artículo 426. Ni siquiera debe diferenciarse la no viabilidad dependiente de causas patológicas o teratológicas y la no viabilidad dependiente de causas embriológicas. Si de un parto—continúa—natural o provocadamente inmaduro, nace un ser vivo, su muerte voluntaria constituirá homicidio, fuese la que hubiere sido la duración del embarazo; y la presunción de no viabilidad de un ser vivo debe reputarse como una *contradictio in terminis* (50).

Anteriormente, sin embargo, el propio Manzini había declarado (51) que la muerte de un feto absolutamente inmaduro, pero nacido vivo, no podía constituir homicidio (ni siquiera feticidio), porque estos delitos presuponen que el feto a quien se causó la muerte fuese un feto maduro para la vida extrauterina; y lo había corroborado con ejemplos que después referiré. E, incluso, en el mismo lugar donde obra su terminante negación de la viabilidad (en todos sus aspectos), opina que la muerte de un ser vivo sólo puede causarse cuando el feto sobre el que recae la acción esté dotado de vida endouterina (vida en sentido biológico), haya sido expulsado vivo (en el sentido de que haya comenzado la expulsión) y *no sea absolutamente inmaduro* para soportar la existencia extrauterina, en cuyo caso se tratará de aborto (52).

Relacionando estas manifestaciones contradictorias, me parece exacto resumir así el pensamiento del ilustre autor: la viabilidad (absoluta o relativa) no se requiere; la *madurez embriológica*, en cambio, es condición imprescindible para la existencia de la persona. El defecto de tal discurso radica en que Manzini no ha ad-

---

(49) Vid. IMPALLOMENI: *L'omicidio*, cit., págs. 47-50 y 545-546. CASALINUOVO (o. y loc. cit.) llama a su doctrina «tesis intermedia»; no sabemos si quiere decir intermedia entre la que propugna la viabilidad en sentido amplio y la que exige la viabilidad cronológica, o entre esta y la que no exige ningún tipo de viabilidad. La realidad es que IMPALLOMENI exige la viabilidad cronológica o de desarrollo, aun cuando no precisó bien el doble aspecto bajo el que el requisito puede considerarse.

(50) Vid. MANZINI: *Trattato di Dir. penale*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. VIII, Torino, Utet, 1947, págs. 55-56.

(51) En el vol. VII (*Trattato*), págs. 517-518.

(52) En el vol. VIII, pág. 55.

vertido que esa madurez embriológica o de desarrollo es el contenido de la viabilidad parcial, relativa (en sentido estricto) o penal. Los ejemplos que nos ofrece corroboran esta crítica.

Las consecuencias prácticas de estos principios son:

Primera. Que es objeto material (persona) del homicidio el feto nacido vivo y de gestación bastante (viabilidad en sentido estricto).

a) Si un feto capaz *por su desarrollo* de vivir la vida extrauterina, ha sido expulsado vivo y después matado, habrá homicidio aunque el parto hubiere sido *precoz por causas naturales* (Impallomeni, Vannini (53).

b) Si un feto capaz *por su desarrollo* de vivir la vida extrauterina ha sido expulsado vivo y después matado, habrá homicidio aunque el parto hubiere sido *provocadamente precoz* (Impallomeni, Vannini, Manzini) (54).

Segunda. Que es objeto material (persona) del homicidio el feto nacido vivo y de gestación bastante (viable en sentido estricto), *aun cuando estuviere afectado de enfermedad mortal*.

a) Si se causa la muerte a un feto de término (viable cronológicamente), nacido vivo, y *naturalmente* expulsado, habrá homicidio, aun cuando después se demostrase *que estaba afectado de enfermedad que le impediría continuar su vida extrauterina*.

b) Si se causa la muerte a un feto capaz por su desarrollo de vivir la vida extrauterina, nacido vivo, y expulsado como consecuencia de un parto *natural o provocadamente precoz*, habrá homicidio, aunque después se demuestre *que estaba afectado de enfermedad que le impediría continuar su vida extrauterina*.

Tercera. Que no es objeto material (persona) del homicidio el feto nacido vivo, pero absolutamente inmaduro.

a) Si sobre un feto *naturalmente* expulsado vivo, pero *totalmente inmaduro* (no viable en sentido estricto), se realizan, durante o después de su expulsión, actos violentos que aceleren su inevitable muerte, *no habrá homicidio* (Impallomeni, Manzini) (55).

b) Si sobre un feto *provocadamente* (a consecuencia de prácticas abortivas) expulsado vivo, pero *absolutamente inmaduro* (no viable en sentido estricto) se realizan, durante o después de su expulsión, actos violentos que aceleren su inevitable muerte, *no habrá homicidio*.

E) La doctrina expuesta tampoco puede aceptarse si se respetan los principios que hemos admitido sobre el concepto y límite mínimo de la persona. Según éstos basta para la existencia de la misma que la expulsión haya comenzado y, que en tales condiciones, la criatura continúe viva (aun cuando esa vida, a causa

(53) Vid. IMPALLOMENI, o. c., pág. 546; VANNINI: *Delitti c. la vita*, cit., pág. 102.

(54) Vid. IMPALLOMENI y VANNINI, ob. y lugs. cits.; MANZINI: *Tratatto*, VII, página 518.

(55) Vid. IMPALLOMENI, loc. cit.; MANZINI: *Tratatto*, VII, pág. 518.

de inmadurez fetal, sea efímera): biológica y jurídicamente, pues, la criatura nacida viva, pero inmadura, es también persona. Según aquella, sin embargo, no puede considerarse como objeto material (persona) del homicidio a la criatura nacida viva (en virtud de parto natural o provocado), pero de gestación insuficiente (inmadura), por faltarle el requisito de la viabilidad cronológica o viabilidad en sentido estricto (equivalente a madurez de desarrollo). La teoría en cuestión supone, por tanto, aunque sea en menor escala que la de la viabilidad en sentido amplio, una incorrecta aplicación de los requisitos que jurídicamente condicionan la existencia de la persona humana. *Tampoco la viabilidad en sentido estricto es condición que deba caracterizar al objeto material de los delitos contra la vida.*

F) Así lo ha entendido la doctrina dominante, según la cual la objetividad jurídica del homicidio se cumple privando de vida al ser que gozó de ella, siquiera fuese de modo efímero (por inmadurez de desarrollo embriológico) o inseguro (por efecto de causas patológicas o teratológicas), y ello porque, en tales casos, se privó de vida a una verdadera persona humana.

Este correcto criterio ha sido sostenido por destacados penalistas, a partir de los últimos años del pasado siglo. Hoy lo comparten la mayoría de los autores alemanes (en especial Liszt, Wachenfeld y von Hippel) (56), italianos (Puglia, Maino, Carrara, Stoppato, Alimena, etc., entre los antiguos; Altavilla, Iannitti Piromallo, Pannain, Marciano, Griego, etc., entre los contemporáneos) (57) y franceses (Garraud, Vidal, Roux, Garçon, etc.) (58), así como las *doctrinas jurisprudenciales* correspondientes (59).

(56) Cfr. las obs. y lugs. cit. en la nota 18. V., además, LISZT: *Verbrechen und Vergehen wider das Leben*, en «Verg. Darstellung», B. T. 5.º, página 10; von HIPPEL: *Lehrbuch*, 1932, pág. 189.

(57) Vid. PUGLIA: *Del reato d'infanticidio*, cit., pág. 181; MAINO: *Commento*, cit., III, págs. 254 y 279; STOPPATO: *Infanticidio*, etc., cit., pág. 144; CARRARA: *Programma*, cit., I, núm. 1.234, pág. 391; ALIMENA: *Delitti c. la vita*, cit., págs. 602-603, núm. 3; CRIVELARI-SUMAN: *Il C. penale*, cit., VII, página 723; ARENA: *In torno al delitto d'infanticidio*, cit., pág. 38; ALTAVILLA: *Delitti c. la persona*, cit., pág. 39; E. IANNITTI-PIROMALLO: *Il C. pen. illustrato*, cit., III, págs. 215 (núm. 203) y 231 (núm. 213); ALFREDO IANNITTI-PIROMALLO: *Elementi*, cit., pág. 377; PANNAIN: *Omicidio*, en N. D. I., cit., página 42, núm. 4; SALTELLI-R. DI FALCO: *Commento*, cit., IV, págs. 232 (núm. 1.167) y 248; MARCIANO: *Nuovi Studi sul Codice penale*, Napoli, La Toga, 1934, pág. 51; GRIEGO: *Uccisione del neonato immediatamente dopo il parto*, en «Giustizia penale», febrero 1949, fasc. II, 2.ª parte, col. 87. Vid. también PUPA: *In torno all'omicidio di un infante non vitale*, en «Giurisprudenza delle Corti regionali», 1934, pág. 137, y ARISTIDE MANASSERO: *La importanza della vitalità del neonato in tema di infanticidio*, en «Giustizia penale», 1949, jul.-agosto, I, col. 217.

(58) Vid. GARÇON: *Le code pénal*, cit. pág. 705, núm. 23; GOYET, *Précis*, cit. pág. 312. Tampoco la exigen: CHAUDÉ: *Manuel de M. légale*, 1896, página 224; CONSTANT: o. c., II, 2.ª parte, pág. 101; DÍAZ: *C. penal argentino*, cit. pág. 163; MALAGARRIGA: *C. penal argentino*, cit., II, pág. 63, etc.

(59) La jurisprudencia francesa puede verse en los auts. cit. más arriba. La italiana más reciente es la que sigue:

Y los principales razonamientos que se esgrimen en su defen-  
so son: Primero, y por encima de cualquier otro, que la ley pe-  
nal debe «proteger la vida humana», independientemente de su  
inseguridad o posible duración; para la tutela penal de la vida  
humana es indiferente que la madurez embriológica o los vicios  
patológicos de la criatura impidan la prolongación de su existen-  
cia autónoma. En este sentido son inatacables las bellas pala-  
bras del Maestro de Pisa: «Se un essere destinato dalla natura a  
prossima morte vien da mano micidiale spogliato di queila existen-  
za (sia pur breve) che Dio gli aveva segnato; ciò costituisce sem-  
pre una ingiusta lesione del diritto aca vita, e così il titolo di omi-  
cidio»; e, igualmente, los acertados testimonios de Garraud, Al-  
mena y Pannain, entre otros muchos (60); segundo, que el afir-  
mar que la muerte violenta del nacido no viable no constituye  
homicidio, sería tanto como negar esta condición a la conducta  
que privase de vida al anciano o al moribundo. De este parecer  
es Arena, quien lo expone con mucho acierto: «Non potrebbe  
certamente essere lecito il precipitare il corso della vita di un esse-  
re umano mentre d'altra parte non dovrebbe costituire reato  
l'uccisione di un uomo destinato a sicura morte.» Y lo mismo  
Maino, Puglia, Marciano y Del Giudice (61); tercero, otros de  
carácter particular alegados por Maggiore y Pannain (62).

---

SS. 25 ab. 1934, FRATINI (en «Giustizia penale», año XLI (1935), II, co-  
lumna 510, y en «Annali di dir. e proc. pen.», 1935, pág. 359). En el «omissis»  
(Vid. G. P., col. 511) se dice que la ley no protege una vida efímera, sola-  
mente aparente, pero que no por ello puede confundirse la vida con la viabi-  
lidad. La prueba de la viabilidad no está exigida por la ley penal, ni si-  
quiera en el delito de infanticidio, en cuanto que se trata de un homicidio  
cometido con el fin de evitar el deshonor y la vergüenza que siguen al público  
conocimiento del parto ilegítimo. Exigir el requisito de la viabilidad con  
respecto al infanticidio equivaldría a exigir un requisito especial que no se  
precisa en el homicidio. Es superfluo, por tanto, averiguar la viabilidad, aun-  
que denote la diligencia con que se procedió en la valoración de la prueba ge-  
nérica. 15 ab. 1935, MORETTO (en «Giustizia penale», año XLII (1936), Mas-  
simario, II, col. 85); 25 en. 1939 (en «Rivista pen.» Massimario, 1938-39, pá-  
gina 270); 6 mar. 1940 (en «Rivista penale». Massimario, pág. 432); 28 enero  
1946, FELICI (en «Rivista penale», año LXXI (1946), pág. 785): «No es ne-  
cesario el requisito de la viabilidad, bastando que el niño haya nacido vivo  
y que esta vida se haya truncado violentamente, cualquiera que hubiera sido  
la duración de la misma.»

(60) Vid. CARRARA: o. y loc. anteriorm. cit.; ALIMENA: Id. id («La  
vida de quien no está destinado a vivir es vida también, sólo que vida pró-  
xima a terminar»); GARRAUD: Traité, cit. pág. 196; PANNAIN: *Infanticidio*,  
N. D. I., cit. pág. 1060 («La viabilidad no está implícita en la palabra  
«hombre»—se dirige contra Vannini—: la tutela de la vida no es tutela de  
la viabilidad; matar o causar la muerte significa quitar la vida, y esto se  
efectúa, también, en el individuo no viable, porque éste viene privado de  
ella aunque sea por un período brevísimo durante el cual habría continuado  
viviendo»).

(61) ARENA: *In torno al delitto d'infanticidio*, loc. cit.; PUGLIA: Tra-  
bajo cit., loc. cit.; MAINO y MARCIANO: o. y lugs. cit.; DEL GIUDICE: *En  
Se a costituire il reato sia necessaria la vitalità dell'infante*, en «Sinossi  
giuridica», 1916, pág. 384.

(62) MAGGIORE (o. c., pág. 742) fundamenta la negación del requisito de

V. *El límite mínimo de la persona según la jurisprudencia española.*

Las orientaciones que pueden deducirse de nuestra jurisprudencia acerca del límite mínimo del concepto jurídico-penal de «persona» son algo confusas. En los fallos del Tribunal Supremo se emplean alusiones muy diversas para referirse al objeto material del homicidio o del infanticidio en sus primeros momentos de existencia. Ello no obstante, el estudio sistemático de estos fallos nos lleva a dos conclusiones fundamentales:

a) Que el requisito del nacimiento debe de entenderse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 29 del Código civil, a cuyo tenor, por tanto, según el parecer de nuestro más alto Tribunal, habrá de ajustarse la interpretación jurídico-penal. En este sentido se pronuncia únicamente, en forma taxativa, la sentencia de 7 de mayo de 1902 (G. 22 nov. 1902, t. 68, pág. 416, núm. 211), disponiendo que no es homicidio la muerte de un feto (de siete a ocho meses de gestación), «porque siendo el homicidio la muerte violenta de una persona, no puede otorgarse esa condición al que no ha llegado a tener vida extrauterina, del modo que requiere el artículo 29 del Código civil, según el cual la personalidad se determina por el nacimiento».

Quien tenga presente cuanto hasta ahora se lleva dicho, habrá de admitir que la sentencia aludida entraña graves fallos de técnica. La primera parte del razonamiento es, sin embargo, exacta: el producto de la concepción no es «persona» en tanto no haya nacido; el error de técnica radica en que se haya equiparado tal requisito (el nacimiento) a la vida extrauterina. De que tales conceptos están valorados a la par, responde la segunda parte del discurso, en la cual, para apoyar la anterior, se nos remite al artículo 29 del Código civil, cuya redacción es inequívoca. En

---

la viabilidad en el hecho que «el C. p. (italiano) no la exige, ya que considera homicidio incluso al feticidio». El argumento, aunque parta de un supuesto cierto, es inadmisibles, pues el requisito de la viabilidad no tiene nada que ver con la incriminación del feticidio; en los Códigos que han equiparado la muerte del naciente a la del ya nacido, el problema subsiste. ¿Se requiere la viabilidad del «naciente» y del «nacido» o no se requiere? Si no se precisa, será homicidio la muerte del que está naciendo o del que ya ha nacido, con tal de que ambos gocen de vida; si se precisa, a la prueba de la vida del naciente o del nacido, se deberá añadir la de la viabilidad del uno o del otro.

PANNAIN (*Infanticidio*, cit. pág. 1060, núm. 5) dice que la opinión de Vannini (que, como queda dicho, se pronuncia en favor de la viabilidad entendida como suficiencia de desarrollo cronológico) no es admisible, porque si lo fuera debería afirmarse, a efectos del dolo, que los sujetos agentes están obligados a conocer la viabilidad de su víctima y que, en consecuencia, el error de hecho sobre la falta del requisito excluiría la punibilidad. Estas razones, de indudable peso en el momento de la culpabilidad, no tiene, sin embargo, nada que ver con lo que ahora se discute, es decir, con la existencia o inexistencia de la acción típica en relación al objeto material.

esta remisión, precisamente aparece el mayor defecto del fallo, porque las disposiciones contenidas en el Código civil sobre el concepto y límite mínimo de la «persona» no pueden aplicarse en el Derecho penal.

En el Código civil obran dos de estas disposiciones, a saber: el *artículo 29* («el nacimiento determina la personalidad») y el *artículo 30*, en el que se aclara que «para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del claustro materno». De las dos referencias, la última (donde se regula el requisito de la viabilidad, siguiendo en todo al ordenamiento francés) debe dejarse a un lado, obedeciendo a la misma limitación que la encabeza: «para los efectos civiles...»; nos queda, pues, únicamente, el *artículo 29*. ¿Es preciso detenerse en él para conseguir el concepto y límite mínimo de la persona, tal como los concibe el Derecho penal? Creo que no. El precepto invocado dispone solamente que la «personalidad» se adquiere por el hecho del nacimiento; alude, pues, a una cualidad de la persona—la personalidad—que en Derecho privado la otorga capacidad para ser sujeto, salvadas las limitaciones impuestas por el propio ordenamiento, de derechos y obligaciones. Ahora bien: esta «cualidad» o «capacidad» en sentido amplio, que el Derecho privado regula, no interesa en ningún aspecto al Derecho penal, donde es doctrina pacífica que sujeto pasivo (u «objeto material»), en los delitos que consideramos puede serlo cualquier persona portadora del interés protegido (vida humana) (63).

La referencia contenida en la sentencia que comento es, en definitiva, insostenible. Ello no obstante, y aunque por motivos dialécticos aceptásemos que el *artículo 29* se refiere a la «persona» (y no a la «personalidad»), seguiría subsistente la necesidad de interpretar el sentido del concepto «nacimiento» (concepto normativo) que la ley civil emplea y la sentencia recoge. De acuerdo con ésta parece que el nacimiento se cumple en el momento en que el embrión posea «vida extrauterina». ¿Será necesario, partiendo de este supuesto, que el producto de la concepción deba haberse separado *totalmente* de la madre para que, según el Tribunal Supremo, pueda reputarse persona humana? La jurisprudencia no nos lo dice. Pero, habida cuenta de que, como en seguida veremos, considera «personas» a los nacidos que gocen de vida en sentido biológico, soy partidario de la respuesta negativa.

---

(63) Así pensó ya nuestro gran SILVELA (*El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, Fortanet, 1847, página 238): «Unidos todos los seres humanos por el vínculo del Derecho, es la cualidad de hombre bastante para constituir capacidad jurídica pasiva con relación al Delito, y así tanto el sano de entendimiento como el loco, el imbécil y el privado de sentido, el niño como el adulto, el nacido como el feto, la mujer como el sabio, pueden ser sujetos pasivos del delito.» Vid. también RANIERI: *Diritto penale*, Ambrosiana, Milano, 1945, pág. 445, y BATTAGLINI (G.): *Diritto penale*, P. G., Padova, 1949 (2.<sup>a</sup> ed.), pág. 136.

Por otra parte, antes se ha insistido en que la dogmática y las legislaciones más autorizadas valoran el concepto «nacimiento» equiparándole al obstétrico o médico-legal de «parto». La misma igualdad puede establecerse con relación a nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente, donde nada consta en contrario. Todo ello permite que se colme el casi absoluto silencio jurisprudencial en el sentido de que, aun aceptando provisionalmente la remisión al artículo 29 del Código civil, nada existe que impida concebir el requisito del «nacimiento», sin separarnos del Tribunal Supremo, tal como antes se dijo; es decir, como condición que se realiza tan pronto como se *micie*, por efectos del parto, la separación de la criatura del cuerpo de su madre.

b) Que el Tribunal Supremo enjuicia el requisito de la *vida humana* de acuerdo con el significado que se ha ofrecido anteriormente; es decir, conforme a la noción biológica del mismo: el nacido es persona si no se ha interrumpido la vida que gozaba en el interior del seno materno, la vida orgánica. El fenómeno de la respiración pulmonar, según nuestra jurisprudencia, no es decisivo; la criatura puede estar viva sin haber respirado.

Así se deduce, singularmente, de la sentencia de 18 de febrero de 1889 (G. 26 jun. 1889, t. XLII, pág. 30, núm. 147), donde se estima como objeto material del delito de infanticidio (como «persona», por lo tanto) a un feto que, no habiendo respirado (según demostró la docimasia pulmonar), había *vivido* durante un corto período de tiempo, dotado de vida intrauterina (feto apneico). Y, parecidamente, las de 4 de mayo de 1880 (G. 10 sept. 1880, tomo XXII, pág. 359, núm. 176), donde se habla de un *niño* («persona») nacido a los cuatro meses de gestación; y 11 de febrero de 1914 (G. 2 sept. 1914, t. XCII, pág. 109, núm. 38, en la que se alude a un nacido «que vivió pocos instantes».

Otros fallos mencionan el objeto material llamándole simplemente *niño o niña vivos* (64). De cómo se deba interpretar esa condición—la vida humana—dan cuenta las sentencias antes citadas. La vida orgánica es suficiente.

La prueba de la respiración (docimasia pulmonar) ha sido, sin embargo, aceptada repetidamente por el Tribunal Supremo; así las sentencias de 27 de diciembre de 1878 (G. 7 feb. 1879, t. XIX, página 462, núm. 524, de 1878), 2 de abril de 1884 (G. 18 septiembre 1884, t. XXXI, pág. 652, núm. 289, de 1884), 20 de mayo

(64) SS. 17 dic. 1870 (G. 24 en. 1871, t. I, pág. 97, núm. 54); 24 jun. 1879 (G. 11 ag. 1879, t. XX, pág. 580, núm. 271 de 1879); 13 dic. 1881 (G. 22 abril 1882, t. XXV, pág. 441, núm. 540 de 1881); 2 ab. 1884 (G. 18 sep. 1884, tomo XXXI, pág. 652, núm. 289 de 1884); 19 en. 1921 (G. 27 mar. 1921, tomo CVI, pág. 34, núm. 10); 20 may. 1929 (G. 20 may. 1930, t. CXX, página 368, núm. 135); 6 jun. 1933 (t. CXXVIII, pág. 438, núm. 175); 5 nov. 1941 (Aranzadi, 41, R. 255, pág. 163); 3 oct. 1947 (Aranzadi, 47, R. 1129, página 728); 23 dic. 1946 (Aranzadi, 46, R. 1440, pág. 941); 30 en. 1949 (Aranzadi, 49, R. 50, pág. 37).

de 1884 (G. 14 oct. 1884, vol. XXXII, pág. 290, núm. 462) y 26 de junio de 1888 (G. 8 sept. 1888, t. XLI, pág. 218, núm. 96).

Relacionando estos fallos con los anteriores, que sólo exigen la vida en sentido biológico, se deduce que, cuando pueda acreditarse, la respiración será el criterio más seguro para probar que el nacido estaba vivo. Cuando, sin embargo, no pueda probarse que el nacido respiró, el perito deberá continuar su investigación para dictaminar si, pese a que no habían comenzado los actos respiratorios, el nacido estaba vivo; es decir, si la vida orgánica no se había interrumpido a partir del comienzo de la expulsión.

c) ¿Es necesario, según nuestra jurisprudencia, que el nacido vivo sea *viable* para que pueda calificársele como «persona»? El problema está resuelto con las afirmaciones anteriores: si para ser persona sólo se requiere la vida en sentido biológico, huelga la investigación acerca de la viabilidad del infante. Repasando los fallos del T. S. aparecen, no obstante, diversas alusiones a la viabilidad (en sentido amplio o en sentido estricto). Tales, los que nos dicen que el «niño había nacido vivo y viable» (65); «que nació vivo y de todo tiempo» (66), y los que emplean expresiones semejantes: «Niño que era de tiempo y había vivido después de salir del claustro materno»; «niño que nació vivo, era de tiempo, con todos sus órganos completamente sanos y en estado de funcionar»; «niño de robustez, viable de todo tiempo, en condiciones para vivir y que nació vivo»; «nacido de todo tiempo y que había vivido»; «niño que era de tiempo y tenía las mejores condiciones de viabilidad»; «niño de todo tiempo, con plenitud de desarrollo y con vida»; «niña de término y que nació con vida»; «niño perfectamente viable»; «niño de término, vivo» (67).

Relacionando también estas SS. con las anteriores, se desprenden conclusiones semejantes a las que se producen confrontando las SS. que aluden a la respiración y las que exigen únicamente la vida orgánica; cuando médicamente se acredite que el niño era viable, se habrá obtenido la mejor prueba de que gozaba de vida, cuando no lo sea, se deberá proceder en el sentido de probar si

(65) SS. 2 abr. 1886 (G. 14 ag. 1886, t. XXXVI, pág. 554, núm. 293); 14 oct. 1887 (G. 23 nov. 1887, t. XXXIX, pág. 487, núm. 229); 26 junio 1888 (G. 8 sep. 1888, t. XLI, pág. 218, núm. 96); 27 feb. 1924 (G. 6 oct. 1924, tomo CXI, pág. 168, núm. 67); 22 mar. 1928 (G. 22 nov. 1928, t. CXVII, página 313); 19 en. 1943 (Aranzadi, 43, R. 54, pág. 41).

(66) SS. 21 oct. 1904 (G. 24 dic. 1904, t. LXXIII, pág. 231, núm. 105); 30 dic. 1924 (G. 27 may. 1925, t. CXI, pág. 784, núm. 339); 30 nov. 1927 (G. 10 sep. 1929, t. CXVI, pág. 256, núm. 111).

(67) SS. 30 sep. 1873 (G. 8 dic. 1873, t. IX, pág. 214, núm. 1.816); 8 mayo 1877 (G. 22 ag. 1877, t. XVI, pág. 494, núm. 223 de 1877); 4 oct. 1877 (G. 17 noviembre 1877, t. XVII, pág. 148, núm. 384); 29 abr. 1881 (G. 29 jul. 1881, tomo XXIV, pág. 367, núm. 186 de 1881); 20 may. 1884 (G. 14 oct. 1884, tomo XXXII, pág. 290, núm. 462 de 1884); 11 jul. 1889 (G. 11 sep. 1889, tomo XLIII, pág. 233, núm. 114); 30 dic. 1944 (Aranzadi, 44, R. 995, pág. 575); 5 feb. 1948 (Aranzadi, 48, R. 206, pág. 121); 14 en. 1946 (Aranzadi, 46, R. 55-página 48).

hubo o no respirado; cuando la respiración tampoco pueda acreditarse, se deberá investigar si poseía vida (vida en sentido biológico).

En último término, pues, los criterios de nuestra jurisprudencia no se oponen a las conclusiones que se han expuesto anteriormente: la persona desde el punto de vista jurídico es idéntica a la persona desde el punto de vista biológico. Su límite mínimo se cumple así que se haya iniciado la separación y, en tales condiciones, la criatura goce de vida.

VI. Teniendo en cuenta que el concepto y límite mínimo de la persona (objeto material de los delitos contra la vida) son iguales desde los puntos de vista jurídico-penal y biológico, los problemas relativos a la distinción del aborto y del homicidio por razón del objeto material, al feticidio y a la supresión de feto apnéico, se presentan de fácil enunciado:

A) *Diferencia entre el homicidio y el aborto por razón del objeto material*

Objeto material del homicidio es la *persona humana*; objeto material del aborto, el *feto (nasciturus)*, que, normalmente, debe llegar a ser una persona (68).

El producto de la concepción será, por tanto, objeto material del delito de aborto desde sus primeros instantes de existencia endouterina hasta el momento en el cual, comenzado el parto, se *inicie* su separación del claustro materno, es decir, hasta que llegue a ser persona. El producto de la concepción será objeto material del homicidio desde que, iniciado el parto, *haya comenzado su separación* del cuerpo de la madre, haciéndose perceptible con los sentidos.

En consecuencia: las acciones que se dirijan contra la vida del feto durante cualquier momento de su desarrollo intrauterino, serán acciones del aborto, porque atentan contra el embrión (*nasciturus*). Así nuestra *jurisprudencia*, muy numerosa en este punto, la cual ha valorado siempre como aborto la destrucción de un feto en el alvo materno, en cualquier momento de los nueve meses que comprende la gestación normal (69). Las acciones que se dirijan

(68) En este sentido, escultóricamente, BERNER (*Trattato*, pág. 44): «El aborto se distingue del infanticidio (o del homicidio) por la naturaleza del objeto, el cual en el infanticidio (o en el homicidio) è *diventato persona*, y en el aborto *deve devenir tale*» (Cfr. MARCIANO (G.): *Nuovi Studi sul C. penal*, cit. pág. 51).

(69) El T. S. define el aborto como «la muerte violenta de un feto o embrión durante cualquier momento de la gestación, porque la ley no le establece, y sólo requiere su existencia en el período de vida intrauterina» (SS. 20 nov. 1894 y 14 mar. 1895). En este sentido, será aborto la muerte del feto desde sus primeros instantes de vida intrauterina (se pronuncia con-

contra el producto de la concepción desde que, terminado el embarazo y llegado el parto, comienza a ser perceptible externamente, serán acciones de homicidio, porque atentan contra una persona.

Habida cuenta del concepto jurídico-penal de persona que antes se ha admitido, en el cual la viabilidad no es requisito condicionante, opino: primero, que es homicidio la muerte causada a un recién nacido con posterioridad a su expulsión intencionadamente provocada. Es indiferente que el nacido a consecuencia de tales prácticas fuese o no viable, con tal de que estuviese dotado de vida. Segundo, que es homicidio preterintencional, en concurso con tentativa de aborto, el supuesto en el cual el recién nacido muera con posterioridad a la expulsión violentamente provocada y a consecuencia de la misma. Es indiferente que el nacido fuese o no viable, con tal de que hubiere gozado de vida desde el momento de la expulsión hasta que se produjo su muerte.

A fines prácticos puede resumirse: el producto de la concepción es *feto* (objeto material del aborto) en tanto esté dentro del útero materno; las acciones que contra él se dirijan serán siempre conductas de aborto. El producto de la concepción es persona (objeto material del homicidio) desde que haya comenzado a salir (aunque sólo haya salido una mínima parte) del claustro materno; los acciones que contra su vida se dirijan serán siempre conductas de homicidio (70).

## B) Valoración jurídico-penal del llamado «feticidio».

Se conoce con el nombre de *feticidio* el delito cuya objetividad consiste en causar la muerte del producto concepcional *durante el parto*, es decir, desde que comienza a salir del claustro materno hasta que se ha separado totalmente del mismo.

Las conductas maternas de este tipo son muy raras (en razón a que la madre, por regla general, no puede actuar sobre su fruto durante el estado que la produce el parto), pero no excepcionales. Los extraños, en cambio, pueden realizarlas fácilmente.

---

trariamente, siendo excepcional, la S. 16 mar. 1876, donde se dice «siendo un feto de dos meses no le anima aún la vida intrauterina, que aparece en época más avanzada de la gestación») hasta que termine la gestación. Así, la muerte de un feto de *dos meses* (SS. 11 feb. 1898); de *tres meses* (6 febrero 1884; 26 may. 1893; 7 mar. 1903); de *cuatro meses* (1 feb. 1887; 12 jul. 1893; 3 feb. 1894; 6 dic. 1902; 14 oct. 1913); de *cinco meses* (29 abr. 1909; 26 enero 1926); de *seis meses* (30 nov. 1887; 26 mar. 1926); de *ocho meses* (27 agosto 1904; 23 abr. 1874; 26 jul. 1877; 27 jun. 1902; 14 feb. 1914); de la *segunda quincena del noveno mes* (11 oct. 1873; 17 jun. 1880).

(70) Constantemente nos referimos al homicidio, entendiéndole como delito-tipo, y dando por supuesto que el intérprete decidirá después, según los casos, si en lugar del delito-tipo se trata de una figura agravada, privilegiada o independiente.

La Medicina legal registra algunos casos de *feticidio* cometidos por la parturienta. Benassi (71) cita seis: el llamado de Vibert, el de Haberdá (72), el de Murgia, en 1931; otro anotado por él mismo, el de Muller (73) y el de Ziino, en 1880 (74). Otros han sido estudiados o comprobados por Schaunstein (75), Schmidt (76), Amoroso (77) y Verna (78). De todos ellos, cuatro (Benassi, Amoroso, Muller y Verna se realizaron por *decapitación* (79).

Desde el punto de vista jurídico-penal estos supuestos deben de ser valorados como hipótesis de *homicidio* (80), en razón a que se trata de la muerte de una *persona* (ya que el producto de la concepción lo es ya durante el parto, según hemos insistido). El *nomen iuris* de «feticidio» es, por estas razones, manifiestamente inexacto (81). Es evidente, además, que el enjuiciamiento de los supuestos de muerte de la criatura durante el parto como homicidio responde a los fines que la ley se propone al sancionar las conductas que atentan contra la vida humana (82).

C) *Valoración jurídico-penal de las conductas cuyo resultado sea la supresión de un feto apnéico.*

Se llaman *fetos apnéicos* aquellos que, separados totalmente del claustro materno, continúan viviendo sin haber iniciado la respiración pulmonar.

La vida que anima a tales criaturas suele considerarse como una manifestación residual de su vida intrauterina, sostenida en virtud de la circulación materno-fetal, y por medio de la llamada «compensación respiratoria» (respiración gastrointestinal, respiración traqueobronquial, respiración cutánea). Para distinguir esta

(71) Vid. BENASSI: *Infanticidio per decapitazione*, en «Arch. di antrop. crim., etc.», t. XLVIII (1928), pág. 221, y en el vol. correspondiente al año 1932, pág. 748.

(72) Vid. HABERDA: *Zum Lehre von Kindesmorde*, en «Beiträge Zeit. ger. Med.», I, 1911, pág. 38.

(73) Vid. M. MULLER: *Infanticide pendant l'expulsion du foetus en présentation du siège*, en «Ann. Med. lég.», 12 (1932), pág. 157.

(74) Cfr. ASCARELLI, en *L'infanticidio dal punto di vista medico-legale*, citado, col. 316.

(75) Vid. SCHAUNSTEIN: *Lehrbuch der Gericht. Medizin*, 1875, pág. 293 (cfr. TARDIEU: *Adiciones a la trad. esp. cit.*, pág. 40).

(77) Vid. M. AMOROSO: *Infanticidio per decapitazione*, en «Arch. di antrop. crim., etc.», 54 (1934), pág. 101.

(78) Vid. VERNA: *La decapitazione nei supplizi*, etc., cit., págs. 878 y siguientes.

(79) VERNA (trab. cit.) analiza la valoración de estos casos desde los puntos de vista psicológico y criminológico, llegando a la conclusión (págs. 876-877) de que desde el aspecto político-criminal debería tratarse a la autora de los mismos con menor indulgencia que a la homicida (o infanticida) normal.

(80) Téngase en cuenta lo que se dice en la nota 70.

(81) Vide *supra*, III, A, b), 4.

(82) En este sentido, BENASSI: *Questioni*, etc., cit., col. 143, párr. 1 y 3.

vida de la que se manifiesta mediante la respiración pulmonar. se la viene calificando *vida apnéica*.

Dentro de esta categoría—fetos que viven con vida apnéica—algunos distinguen dos grupos: el de los fetos generalmente inmaduros y tarados con procesos anormales, que viven algún tiempo (minutos e incluso, en casos excepcionales, hasta algunas horas) y dejan de existir sin haber comenzado los actos respiratorios normales; y el de aquellos otros que, maduros y no tarados, viven sin respirar durante algunos segundos o minutos, iniciando, seguidamente, la respiración pulmonar. A los primeros, que son criaturas vivientes, pero incapacitadas para dar comienzo a la respiración pulmonar, se les denomina *fetos con vida apnéica extrauterina*; a los segundos, que están normalmente capacitados para iniciar los actos respiratorios, se les conoce como *fetos que han vivido durante el período de apnea fisiológica* (83).

La presencia de estos seres suele comprobarse en el momento de la autopsia, mediante la cual puede observarse que, a veces, los pulmones de un recién nacido, en el que se habían advertido manifestaciones vitales de duración anormalmente larga, se encuentran, sin embargo, en estado fetal o casi fetal, lo que demuestra que el nacido hubo vivido, pero no respirado.

Casos de este tipo han sido y son presentados por casi todos los tratadistas de Medicina legal; el estudio y sistematización de los mismos se debe, sobre todo, a Macaggi (84).

¿Bajo qué objetividad jurídico-penal deberá subsumirse la conducta que atente contra uno de estos seres? La respuesta ha motivado abundante literatura (85). Los que cifraban la aparición de

(83) Esta clasificación, que ha sido aceptada por MANZINI (*Trattato*, VIII, página 56), es de BENASSI (trab. cit., cols. 149, 150, 151 y 158), partidario de calificar el estado que hemos denominado *apnea fisiológica* con el nombre de *hipopnea*, ya que, según él, el feto respira durante ese período en forma reducida, tomando el oxígeno necesario a través del cordón umbilical.

(84) Registran diversos casos, por ejemplo: TARDIEU, o. c., pág. 135; HOFFMANN, lug. cit., pág. 49; K. SCHRÖDER, en «Archiv f. Gynäk.», t. I, página 418; KEHRER, en «Archiv f. Klin. Med.», t. VI (1896), pág. 398; PELLACANI: *Antiche e nuove questioni in torno alla docimasia polmonare*, cit., página 73; E. FRANCEO: *Respirazione artificiale e vita in un feto*, cit., pág. 750; TAMASSIA: *Vita senza respirazione*, en «Atti del R. I. veneto de Scienze lettere ed arti», 1907, pág. 9; SIRACUSA: *Alcune osservazioni sull'atelectasia polmonare*, en «Riv. di patologia sperimentale», vol. IV (1926); otros en OTTOLENGHI, DE DOMINICIS, ASCARELLI, etc. BENASSI (art. cit., cols. 137-139) se ocupa de otro, juzgado por la Audiencia de Bolonia, el 13 jun. 1939.

El estudio principal de DOMENICO MACAGGI sobre el problema es *La vita apnoica extrauterina*. Génova, Tip. Sociale, s/f. (es de 1925), donde plantea la cuestión tanto desde el punto de vista biológico como desde el plano de la valoración jurídica. Sobre este punto insiste en otros trabajos (*vide infra*).•

(85) Vid. MACAGGI, además de la o. c., los arts. siguientes: *Vita apnoica extrauterina ed infanticidio di fronte all'art. 577 del testo definitivo del Progetto Rocco*, en «Atti del VI Congresso di Med. leg.», págs. 540 y sigs. (también en «Arch. di antrop. crim., etc.», vol. I (1930), págs. 1536-1547; *Ancora della vita apnoica extrauterina e dei suoi rapporti con gli arresti di sviluppo polmonare*, extracto del «Archivio di antrop. crim., etc.», vol. XLVIII (1928).

la vida en el comienzo de los actos respiratorios, debieron contestar, y contestaron, descartando la posibilidad de valorar como hipótesis de *homicidio* la supresión del feto apnéico. El feto apnéico, criatura que no ha respirado, no es persona. Por no serlo, tampoco podrá constituir objeto material de los delitos contra la vida: de donde que las conductas cuyo resultado sea la destrucción de un feto apnéico, deberán quedar impunes por ser atípicas (CARRARA) (86) o valorarse como conductas de aborto (FILIPPI, NAPODANO) (87). De las dos soluciones, la primera es más lógica: el feto apnéico, aun cuando, según este criterio, no fuese persona (porque no respiró), tampoco es *nasciturus* (porque ya estaba separado de la madre).

Ahora bien: el criterio de la respiración, hoy está desacreditado; para la existencia de la persona basta la vida en sentido biológico. Situándonos dentro de este enfoque, único correcto, habremos de admitir que el feto apnéico es, jurídica y biológicamente, una verdadera persona humana. Se trata de una criatura nacida y nacida viva. No importa que esta su vida sea residual de la intrauterina, que sea vacilante o efímera: es vida y eso basta. La supresión de un feto apnéico constituye, pues, hipótesis de *homicidio*. De este parecer son las jurisprudencias española e italiana (88) y la doctrina de mayor prescancia (89).

página 11, y *Pour la résolution de quelques problèmes sur la vie e la viabilité du nouveau-né*, en «Ann. Méd. lég.», 1928, pág. 32.

Desde el estricto punto de vista médico-legal y jurídico, el estudio más acertado se debe a DEL VECCHIO: *La responsabilità penale nella soppressione di feto apnoico*, en «Riv. it di dir. pen.», 1930, II, págs. 513-525 y 593-609.

(86) Vid. CARRARA: *Programma*, I, cit., núm. 1.225, notas 1 y 2; para otros, cfr. DEL VECCHIO, art. cit., pág. 515.

(87) Vid. FILIPPI: *Manuale di M. legale*, Milano, s/f., I, págs. 977 y 1011, y 968 y 1012; NAPODANO: *Il diritto penale italiano nei suoi principi*, Pisa, 1902, II, pág. 5. Para otros, cfr. DEL VECCHIO, art. cit., pág. 525, nota 3. Y, por supuesto, en este mismo sentido, todos los que exigen la respiración pulmonar.

(88) De la *jurisprudencia española*, v. la S. 18 feb. 1899, antes citada; de la *italiana*, la S. 23 jun. 1939 (en «Giurisprudenza delle Corti», Roma, 1939, fascículos 9-10-11, II, pág. 293).

(89) Así, DEL VECCHIO, o. c., esp. págs. 596 y 599-600; MACAGGI: *La vita apnoica*, cit., págs. 96-97; ASCARELLI: *L'infanticidio dal punto di vista*, etc., citado, col. 316; MACAGGI: *Vita apnoica extrauterina ed infanticidio*, etc., cit., páginas 1546-1547; MAHON: *Medicina legale e polizia medica*, Milano, 1934, II, páginas 280 y sigs.; PANNAIX: *Feticidio*, cit., pág. 1087; RANDAZZO: *Considerazioni morali, eugeniche e giuridiche sul compromentamento del medico di fronte ad un feto mostruoso o con gravi anomalie di sviluppo, partorito in stato di asfissia*, Modena, 1942; SOREL: *Deux cas d'infanticide avant la respiration*, en «Ann. Méd. lég.», VIII (1928), pág. 515; MANZINI: *Trattato*, a partir de la 2.ª ed., VIII (1947), pág. 56. Y, por supuesto, todos los que niegan que la aparición de la vida esté condicionada al comienzo de los actos respiratorios pulmonares.

D) *Valoración jurídico-penal de las conductas que destruyen monstruos o deformes.*

Excepcionalmente puede suceder que el nacido contra el que se dirige la conducta homicida sea un parto monstruoso.

¿Es el monstruo objeto material de los delitos contra la vida? Los romanos distinguieron dos categorías: el *ostentum* y el *mostrum*, siendo el primero (*ostentum*) el que podía revelar su origen humano; se le consideraba persona, y, en consecuencia, estaba capacitado para ser objeto material del homicidio. Los segundos (*mostrum*) estaban catalogados como seres no humanos: su muerte caía fuera de las hipótesis que nos interesan. De ahí el broca do «mostruosus partus sine fraude caedunto» (90).

Modernamente, el criterio general es que las dos categorías, es decir, los nacidos deformes y los que carecen de forma humana, pueden ser objeto de los delitos contra la vida, por ser penal y biológicamente *personas* (91).

Esta opinión ha sido corregida por algunos en el sentido de que el monstruo únicamente podrá ser sujeto pasivo de los delitos apuntados «si no supera los límites de la humanidad» (92).

Me inclino por la primera solución, por entender sea la única que se adecúa al concepto y límite mínimo de la persona que se han intentado fijar en el presente estudio.

## RESUME

*Dans cette étude on défend la thèse suivante: le concept de personne (objet matériel des délits contre la vie) est le même selon le point de vue juridique que selon le point de vue biologique; logiquement leur limite inférieure doit coïncider. D'après cela, ce sont deux les circonstances qui conditionnent l'apparition d'une nouvelle personne pour les effets juridiques-pénaux: que le produit de la conception ait "commencé", à cause de l'accouchement sa séparation du corps de la mère et que, dans ces conditions, il continue à vivre. Cette vie est la vie dans le sens biologique, c'est à*

(90) Cfr. ALTAVILLA: *Delitti c. la persona*, cit., núm. 35, pág. 41.

(91) Cfr., por ej., IMPALLOMINI: *L'omicidio*, cit., pág. 50; ° MANZINI: *Trattato*, VIII, pág. 54; MAGGIORE, o. c., II, t. II, pág. 742; CARFORA: *Infanticidio*, cit., pág. 675, núm. 34; CUELLO CALÓN: *El C. p. de 1928*, cit., pág. 475, nota 27; GARRAUD: *Traité*, cit., V, pág. 197; etc.

(92) Así PESSINA: *Elementi*, cit., II, pág. 3, quien opina que la sentencia «mostruosus partus...» debe de interpretarse restrictivamente: sólo los que carezcan de forma humana. Esta forma humana se apreciará analizando la cabeza de la víctima. Suscriben tal criterio CRIVELARI-SUMAN, o. c., VII, pág. 713, número 2, y VANNINI: *Delitti c. la vita*, cit., pág. 7. Esta opinión no es acertada: en este sentido, E. IANNITTI PIROMALLO: *Elementi*, cit., II, págs. 377-78. (Para todo ello, vid. RITTER-VON LISZT: *Die vorsätzlichen Tötungen*, Viena, 1919, págs. 6 y sigs., cit. por CUELLO CALÓN, o. y loc. citis.)

dire, la même vie qui anime le fœtus dès ses moments premiers d'existence endo-utérine, "modifiée" par sa séparation du cloître maternel. Sa viabilité n'est pas nécessaire.

Avec ces suppositions, déduites des législations positives et de la doctrine la plus autorisée, l'auteur étudie la jurisprudence espagnole, qui lui permet de soutenir les mêmes conclusions, et les problèmes qui concernent la différence entre l'avortement et l'homicide selon leur objet matériel, ceux qui concernent la qualification juridique de la destruction violente d'un fœtus et la valoration des conduites qui détruisent un fœtus apnéique ou un enfantement monstrueux, problèmes qui, d'accord avec les prémisses signalées, présentent une solution facile.

### SUMMARY

The author defends in this study the following thesis; the concept of person (material object of the crimes against life) is the same from the juridical as from the biological point of view; logically their inferior limit must coincide. According to this, the circumstances which condition the apparition of a new person for all the juridical penal effects, are two: that the product of the conception have "begin" the separation from its mother's body as a result of the parturition, and that under these conditions it continues to live. This life is life in its biological sens, viz the same one which animates the foetus from its first moments of endo-uterine life, "modified" by its separation from the motherly womb. Its viability is not necessary.

Under this suppositions, drawn from the positive legislations and from the most authorized doctrine, the author studies the Spanish jurisprudence, which enables him to maintain the same conclusions, and the problems concerning the difference between abortion and murder according to their material object, those concerning the juridical qualification of the violent destruction of a foetus and the valuation of the conducts which destroy an apnoeical foetus or a monstrous parturition, problems which, according to the above nominated premises. show an easy solution.