

29
198



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho



EL INFANTICIDIO COMO ESPECIE PRIVILEGIADA DE HOMICIDIO



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

LUIS ARMANDO CARRILLO TRUJILLO



México, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

I N T R O D U C C I O N	1
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS:	
A) G E N E R A L I D A D E S	7
B) D E R E C H O R O M A N O	12
C) D E R E C H O G E R M A N O	16
D) A N T I G U O D E R E C H O E S P A N O L	23
CAPITULO II. EL INFANTICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO:	
A) I T A L I A	26
B) A R G E N T I N A	32
C) O T R O S P A I S E S	37
D) S I S T E M A S Q U E F U N D A M E N T A N S U M E N O R P U N I B I L I D A D	42
CAPITULO III. EL INFANTICIDIO DE ACUERDO CON NUESTRA L E G I S L A C I O N :	
A) L E G I S L A C I O N D E 1871 Y 1929	46
B) C O D I G O P E N A L P A R A E L D I S T R I T O F E D E R A L D E 1931	51
C) C O D I G O S P E N A L E S D E C A D A U N O D E L O S E S T A D O S D E L A R E P U B L I C A M E X I C A N A	57
D) P R O Y E C T O S D E C O D I G O P E N A L D E 1949, 1958 Y 1963	64
E) C R I T I C A A L L E G I S L A D O R	67

CAPITULO IV. ¿DEBE CONSIDERARSE AL INFANTICIDIO COMO
UN HOMICIDIO PRIVILEGIADO?

A) ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL HOMICIDIO	73
B) COMPARACION DEL HOMICIDIO CON EL INFANTICIDIO	78
C) LOS MEDIOS COMISIVOS Y LA PARTICIPACION	83
D) CONTRADICCIONES LEGALES	89

CAPITULO V. EL INFANTICIDIO "HONORIS CAUSA":

A) CARACTERISTICAS DE ESTA FIGURA	95
B) EL MOVIL DEL HONOR	100
C) EL VALOR DE LA VIDA HUMANA	106
D) ¿HAY RAZON DE SER DE ESTA FIGURA?	111

C O N C L U S I O N E S	116
-------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A	122
-------------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

El tema del infanticidio presenta aspectos inter
santisimos. Al adentrarnos en su estudio necesariamente surgen dudas sobre la real eficacia del derecho penal, por no decir del derecho en general.

Uno de esos aspectos es el relativo a la mínima pe
nalidad con que se castiga este delito, no en cuanto a la fi
gura en sí misma, sino en relación con la penalidad que se les asigna a otros delitos contra la vida e integridad perso
nal, concretamente el homicidio calificado, cuya penalidad es muy severa; y tanto éste como aquél presentan características muy similares.

En la antigüedad se le dio tratamiento especial al delito de infanticidio porque se quiso castigar con penas más severas que las aplicadas al homicidio común, pues llegó a considerarse que al crimen de sangre se le sumaba el crimen carnal, argumento, a mi juicio, razonable. Pero convertirlo en figura privilegiada, con pena mucho menor que la que se le asigna a un homicidio común, por el simple hecho de que la muerte de la víctima se realiza dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, con el propósito de "ocultar la des
honra" de la madre, allí sí que el fundamento me parece muy débil.

Se ha argumentado hasta el cansancio que la existencia de esta figura se justifica por el móvil de "ocultar la deshonra" de la madre y que se ha dado por llamar móvil del honor. Pero yo preguntaría lo siguiente: ¿Por qué, en todo caso, ese móvil es aplicado únicamente cuando la muerte del recién nacido ocurre dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento? ¿Qué diferencia hay entre un niño de tres días de nacido y uno de cuatro días de nacido? O ¿Qué pasado el término a que se refiere la ley, ya se esfuma el honor? Ciertamente suena absurdo. Al respecto hago mío el argumento de Carrara, dado con el propósito de demostrar que no hay razón de castigar con mayor severidad el infanticidio que el homicidio. Afirma que "...el vínculo entre la madre y el niño nacido hace dos horas, es perfectamente igual al que existe entre la madre y el niño nacido hace dos meses". Desgraciadamente este autor luego se contradice, pues se manifiesta abiertamente a favor de la atenuación de la pena para la infanticida, como lo notaremos durante el desarrollo del presente tema.

Otro aspecto de gran importancia lo constituye el trato que le da nuestra legislación a esta figura delictiva. El Código Penal de 1871 fue el primero que adoptó en nuestro país a este delito; posteriormente el de 1929, que además de reglamentar el infanticidio agregó el delito de filicidio, que en realidad contenía disposiciones repetitivas con relación al primer delito; y, por último, el Código Penal vigente, que en

esencia le da el mismo trato que los Códigos anteriores.

Es importante hacer mención que nuestro primer Código ya mencionado es copia casi textual del Código Penal español de 1870 que se refiere únicamente al infanticidio "honoris causa"; lo más grave, sin embargo, no fue la copia del mismo, sino que nuestro legislador, tal vez con el ánimo de "aportar algo propio", introdujo el infanticidio sin móviles de honor, como lo llama Porte Petit, o genérico, el cual carece de fundamento legal alguno. Aquí el legislador obró tal vez impulsado por la idea de que la vida de un niño recién nacido tiene menos valor que la de una persona adulta, lo cual de todas maneras resulta absurdo y contrario al sentido común. No se conformó, pues, nuestro legislador con copiar disposiciones poco afortunadas, sino que aún empeoró el asunto 'creando' una nueva aberración, como lo es el infanticidio genérico o sin móviles de honor.

La doctrina ha considerado a la vida como uno de - los derechos más grandes del individuo. El Código Civil, en su artículo 22, establece que desde el momento en que un ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en dicho ordenamiento, aunque esto en la práctica constituya, como atinadamente lo señala Rojina Villegas, una verdadera ficción jurídica, opinión que desgraciadamente queda confirmada cuando vemos el

tratamiento que le da nuestra ley al delito de infanticidio. Y como éste, en nuestro derecho positivo se presentan otras mu
✓ chas otras "ficciones jurídicas". Veamos.

Ahora recuerdo algunos de los conceptos jurídicos que veíamos cuando cursamos nuestras primeras materias en la Facultad de Derecho, como aquél de Celso, que definía al dere
cho como "ars boni et aequi" (el arte de lo bueno y de lo equi
tativo); o el siguiente de Bodenheimer: "Por su propia natura
leza el Derecho es un término entre la anarquía y el despotis
mo... Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de
los individuos; para evitar el despotismo, enfrena el poder
del gobierno". (1)

Todos estos conceptos de verdad me emocionaban, pues veía en el derecho la solución de todos los problemas de nues
tro país, pero lamentablemente vemos que no es así; y ello es culpa de todos nosotros. Día con día vemos injusticias de to
do tipo y esto no lo debemos permitir, sobre todo los que ama
mos al derecho. Por ejemplo, no es posible que el señor Artu
ro Durazo salga libre legalmente. Todo mundo sabe que es cul
pable de los delitos que se le imputan y tal vez de muchos, pe
ro muchos, más; sin embargo el juez no cuenta con los "elemen

(1) BODENHEIMER, EDGAR. Teoría del Derecho. Colección Popular. Fondo de Cultura Económica. Página 26. México, 1971.

tos necesarios para condenarlo", pues los testigos se retractan, las pruebas se desvanecen... Sí; así es: Durazo puede obtener su libertad legalmente. Y mientras tanto sigo recordando bellos conceptos, como el de Aristóteles, que decía: "...el magistrado merece una recompensa que debe dársele; y esta recompensa es el honor y la consideración. Los que no se contentan con este honroso salario se hacen tiranos". (2)

No podemos aceptar que estos hermosos conceptos jurídicos, que tanto nos impactaron en los primeros años de la carrera, sean sólo teóricos; no es posible que estén tan olvidados en la práctica. De lo contrario no nos quedaría sino aplicar la frase que apareció publicada en algunos diarios capitalinos, en la primera plana, que se referían a la derrota sufrida un día antes por la selección mexicana por parte de los alemanes, durante el reciente Campeonato Mundial de Fútbol: "ADIOS, ILUSION".

La solución de muchos de nuestros problemas depende de todos nosotros, insisto, teniendo leyes justas: por parte de los legisladores, haciéndolas; y de nosotros los ciudadanos, acatándolas.

Conforme vayamos desarrollando este tema, nos daremos cuenta de los errores y contradicciones que acarrearán las

(2) ARISTOTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral Nº 318. Página 146. Espasa - Calpe Mexicana, S. A. México, 1962.

disposiciones relativas al infanticidio, debido a la poca aplicación de parte de nuestro legislador en el cumplimiento de sus auténticas funciones. Los dos primeros capítulos se refieren propiamente a los antecedentes que existen de este delito tanto en la antigüedad como en la época moderna; en el capítulo tercero, veremos este delito de acuerdo con nuestro derecho positivo; el cuarto, contiene un análisis del infanticidio en comparación con el homicidio, principalmente el calificado, que como mencionamos, presenta características semejantes; y el quinto y último, que en resumen contiene todos los errores y contradicciones legales del infanticidio.

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

A) GENERALIDADES.

Para algunos autores, como Francisco Carrara, la palabra infanticidio, desconocida para los latinos, deriva del italiano infantare, que según la Crusca, célebre sociedad literaria de Florencia, es sinónimo de parir (partorire) y equivale a muerte de hombre recién nacido. Para otros, la palabra infanticidio tiene su origen etimológico en infans-coedere, que significa "matar niño".

Pero sea uno u otro su origen, el hecho es que ninguno de estos conceptos nos da una idea exacta de su noción jurídica, puesto que en derecho la muerte de un niño no constituye singularidad alguna para convertir esta figura en un homicidio especial, ya que la niñez del sujeto pasivo, como cualquier otra condición personal, es por lo común intrascendente a los efectos de carácter penal de íntegra y absoluta protección a la vida humana.

Además, al referirnos al infanticidio para determinar una forma de muerte injusta, estamos empleando un lenguaje impropio, pues la palabra infante no expresa en este acto la infancia en general, sino tan sólo una brevísima parte de ella.

Pero haya o no razón para emplear el término infan

ticidio al referirnos a la muerte del recién nacido, el hecho es que el título fue separado del homicidio porque se le atribuyó fisonomía especial y ha sido sancionado de muy diversas formas, desde las más severas, como la pena de muerte, hasta las muy leves o de verdadera impunidad, lo que ha obedecido al sentimiento que genera esta figura: por un lado de indignación contra el que mata a un ser débil e indefenso y por el otro piedad por la madre que mata para ocultar su deshonor.

En efecto, en la antigüedad se dieron casos de verdadera impunidad en el infanticidio, pero en la Europa Medieval se castigó hasta con la pena de muerte, pues se tomó en cuenta que la víctima, por su tierna edad, se encontraba imposibilitada para defenderse y además se consideró que al acto de sangre (crimen sanguinis) se sumaba el crimen carnal (crimen carnis). Nunca se hizo caso al motivo de honor reclamado por la madre.

Originalmente los legisladores dieron figura especial al infanticidio con el ánimo de castigarlo con más severidad que al homicidio, pero al transcurso del tiempo se fue tratando con especial benignidad y se ha ido castigando con penas menos severas. Así, lo que era una condición de agravamiento, se convirtió en motivo de atenuación. ¿A que se debió este cambio?

Para Carrara, se debe al triunfo de los principios

políticos sobre los principios ascéticos, considerando dentro de los primeros los que señalan menor peligrosidad del agente infanticida por alguna causa de honor, con respecto al homicidio común; y los segundos, o sea los ascéticos, que son los que no admitían que un pecado sirviera de excusa de un delito.

En resumen, podemos afirmar que el infanticidio se distingue del homicidio por una disminución de su fuerza moral objetiva (el menor temor al reo) y de su fuerza moral subjetiva (la presión ejercida sobre la voluntad por el peligro del deshonor que recae sobre la mujer).

Ya desde comienzos del siglo XVIII apareció un movimiento fundado en el derecho natural encaminado a atenuar las penas para este tipo de delitos; y se menciona como uno de los iniciadores al Marqués de Beccaria, quien señala: " El infanticidio es igualmente efecto de la contradicción inevitable en que se encuentra una persona que haya cedido por violencia o por flaqueza. Quien se ve entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, ¿cómo no preferirá ésta a la miseria infalible en que serían puestos ella y el infeliz fruto? El mejor modo de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la flaqueza contra la tiranía, la cual exagera los vicios que no pueden cubrirse con el manto de la virtud". (3)

(3) CESAR BONECASA, Marqués de Beccaria. Tratado de los Delitos y las Penas. Página 127. Editorial Atalaya. Buenos Aires.

Lo anterior trajo como consecuencia que las nuevas legislaciones introdujeran el motivo de honor en el infanticidio para atenuar aún más la pena en esta figura. Es una razón de índole social que la ley se ha visto obligada a adoptar. Desde Carrará, pasando por la doctrina y leyes alemanas, se habla de honor como el motivo de la atenuación de la pena para la madre que mata a su hijo durante el parto o días después. Se argumenta que en estos casos la madre obra impulsada por el ocultamiento de la deshonra; que quiere matar, no por matar por un motivo fútil, sino porque existe una oposición entre la vergüenza y su deseo de suprimir esa huella, esa vida que descubra su deshonra.

A pesar de todos los argumentos a favor de la atenuación de la pena en este delito, considero que ninguno de los llamados de orden social es valedero para considerar la muerte de un niño recién nacido como un delito menos grave que un homicidio, puesto que atenta contra la propia naturalidad, ya que el simple instinto materno debe estar por encima de cualquier conveniencia social; y por tanto resulta absurdo que el legislador haya sobrepuesto este pretexto para rebajar tan considerablemente la pena en este delito.

Así pues, el infanticidio en algunas legislaciones estuvo comprendido dentro del homicidio común y en otras se le consideró como parricidio, pero en la mayoría de las legis

laciones modernas, se ha considerado como una especie de homicidio privilegiado, sancionado con penas mucho menos severas, sin que aparentemente exista un argumento sólido para esa separación.

B) DERECHO ROMANO.

De acuerdo a los estudios que existen se desprende que originalmente los romanos no emplearon la palabra infanticidio, sino que llamaban también homicidio la muerte del niño recién nacido e incluso al aborto procurado.

A la luz del jus vitae et necis, en virtud del cual el padre tenía el derecho de vida y muerte sobre los hijos, se llegó a discutir si el infanticidio era o no castigado entre los romanos, empero en base a este derecho no podemos aclarar la duda, toda vez que aún admitiendo que el padre ejercitara, en forma amplia, este derecho, no se podría dejar impune la muerte de un infante recién nacido, puesto que la regla del jus vitae et necis se ejercitaba en casos muy concretos y en determinadas circunstancias, por ejemplo: el hijo que hubiera cometido algún delito o alguna falta grave. Más bien todo parece indicar que el infanticidio entre los romanos estaba contenido en el título de parricidio (Ley I, Digesto, Ad Legem - Pompeiam de Parricidis); y en el homicidio (Ley 8, Código. Ad Legem Corneliam de Sicariis) que se castigó con pena de muerte, al igual que la simple tentativa.

No se tienen datos muy precisos de cuándo nació entre los criminalistas la idea de dar un contenido especial al infanticidio, pero al parecer quien usó por vez primera esta palabra fue Tertuliano (Apología contra los Gentiles. Cap.

II), pues a decir verdad en los tiempos antiguos el infanticidio y el aborto procurado eran delitos muy raros, ya que la prole numerosa era un orgullo.

Se afirma que una ley, cuyo origen data desde la fundación de Roma, permitía al padre matar en cualquier momento a los hijos monstruosos y a los demás después de haber cumplido los tres años de edad, por enfermedad o inutilidad, a fin de disminuir las cargas económicas y las molestias que ocasionaban al grupo en sus continuas migraciones.

Durante la época de los emperadores se suprimió en Roma el derecho de los padres sobre la vida de sus hijos y se sancionó al infanticidio como uno de los delitos más graves, catalogándolo al parricidio, de acuerdo con la Constitución de Constantino y castigándolo con pena de muerte. Pero se puede afirmar que este derecho de vida y muerte vino a desaparecer completamente en la época de Justiniano con el Códex (IX, 16, 7) y el De Infantibus Expositus, donde quedó sancionada la exposición de recién nacidos.

Ahora bien, aunque es cierto que en Roma se dieron muchos casos de impunidad y aún de licitud de la muerte de los hijos, esto no se debió a las consideraciones psicoéticas propias del infanticidio, sino por cuestiones culturales rudimentarias de paganismo que estaban fundamentadas en el jus vi

tae et necis, ejercitado exclusivamente por el padre, que de bía tener además la patria potestad sobre la víctima, o bien por la persona que fuera titular de esa potestad, aunque no fuera padre natural de la víctima, mas nunca extensivo hacia la madre. De ahí que cuando la Lex Pompeiam estructuró el parricidio, sólo mencionó a la madre y no al padre en la hipótesis puericida, es decir, en un sentido diametralmente opuesto al del derecho moderno, en el que el parricidio se destipifica precisamente cuando se trata de la madre.

En el derecho romano, como vemos, no se dió una situación penal igualitaria entre el padre y la madre frente al infanticidio de los propios hijos, sino hasta la derogación formal del derecho de vida y muerte, hecha por la Constitución de Valentiniano y Valente en el año 374, añadida en el Códex Justiniano que ya mencionamos, pero no a la Pompeia.* En tales condiciones, la pena capital fue el castigo ordinario para quienes daban muerte a los hijos, y no la de culeum, reservada a los parricidas, por lo que de alguna manera vino a privilegiarse la muerte de los hijos frente a la de los demás familiares.

* El texto de la Ley Pompeia de parricidio decía: mater quae filium filiamve occiderit eius legis poena efficitur. En la interpretación de este texto muchos autores consideran que la voz 'filius' se refiere sólo a hijos adultos, no a los pequeños y menos a los recién nacidos, por lo que resulta impropio aplicar el precepto de infanticidio como hoy lo entendemos.

En efecto, en la muerte del hijo por su madre sólo se veía un parricidio y así lo sancionaba la Ley Pompeia. Si era el padre el que lo mataba, se llegaba hasta la impunidad, en virtud del jus vitae et necis que tanto hemos mencionado, cuando había un motivo fundado. Y esto hace suponer que se refería a hijos adultos.

Podemos concluir, finalmente, afirmando que el jus vitae et necis concedía al padre el derecho de vida y muerte sobre el hijo y aún el de venderlo, porque derivaba tal derecho del de propiedad; pero en cambio en la época imperial se castigó con pena capital la muerte del hijo ejecutada en forma secreta y alevosamente, desapareciendo así este derecho absurdo del padre.

C) DERECHO GERMANO.

Aunque, como ya vimos, la palabra infanticidio fue usada por vez primera por Tertuliano, la idea de darle un contenido especial entre los criminalistas a esta figura, al parecer, se debe a la escuela alemana, posterior a la Constitución Carolina, ya que en Alemania, antes que en cualquier otro lado, predominó la idea de que el infanticidio es un delito menor que el de la muerte dada a un hijo ya adulto, aunque la penalidad para aquél siguió siendo rigurosa.

La extrema severidad con que se castigaba el infanticidio en Alemania en la época medieval tuvo una excepción en la Lev Sállica, mediante la cual sólo se sancionaba con una pequeña multa a quien daba muerte a los párvulos menores de doce años de edad, aunque la verdad sea dicha esta mínima penalidad no se debía a motivos de honor, sino que estimaba que la vida de un niño era de menor valor que la de un adulto; por lo menos eso se desprende del contenido de las Capitulares de Carlomagno.

En otras disposiciones legales germanas de la antigüedad al infanticidio se le dio el tratamiento de homicidio, y ya en la Constitución Carolina se separó y se castigó con rigor, al disponer como pena al infanticida el enterramiento en vida y su empalamiento.

En efecto, para algunos autores, la Constitución Carolina de 1532 en su artículo 131 deja traslucir cierta benignidad hacia el infanticidio, pero sólo con relación al parricidio propio sobre hijos adultos a que se refiere el artículo 137 del mismo ordenamiento, pues mientras en el infanticidio se aplicaba la pena de anegamiento a la infanticida, en el parricidio se aplicaba la pena de decapitación. A partir de esto resulta realmente relativa tal benignidad y más si se toma en consideración que la atenuación sólo se refería a los casos en que la infanticida hubiera ocultado su embarazo, ya que se suponía que existía en ella cierto pudor o una muestra de honor.

En Alemania, pues, se castigó con suma severidad el delito de infanticidio y aún se empleó la tortura hacia la madre que hubiere dado a luz y no hubiere dado razón de su hijo recién nacido, aunque históricamente todo parece indicar que la tortura sólo se empleó en los casos en que se encontraron señales de violencia en el cuerpo del recién nacido; pero sea como fuere, el hecho es que se usó la tortura como método de prueba.

Afortunadamente este despreciable método fue disminuyendo paulativamente en Alemania y esto se debió en gran parte a Thomasius, que consideró que el hecho de ocultar la preñez es en sí un gesto de moralidad y pudor. Es célebre la di

sertación de este autor al respecto y se titula Tortura e x foris Christianorum proscribenda, la cual fue publicada el 22 de junio de 1705.

En opinión de muchos autores, el artículo 131 de la Ley Carolina de 1532 atenúa la pena para quien comete un infanticidio, mas para Mittermaier esta disposición se refiere únicamente al caso de la madre fecundada de modo ilegítimo y la pena de anegamiento prescrita en la misma, expresa en el ánimo del legislador mitigación de la pena pero sólo en relación a la pena a que se refiere el artículo 137, que trata sobre el parricidio, al cual corresponde la decapitación, que es una pena atroz y despiadada.

No obstante lo anterior, Mittermaier considera a la Ley Carolina como un documento muy adelantado y señala como otro gran mérito del mismo la separación que hace entre infanticidio y aborto, que anteriormente se trataba casi igual, pues el derecho antiguo tenía como característica la confusión entre los preceptos de infanticidio y los de aborto, hasta el grado que era difícil distinguir uno de otro.

Históricamente parece que el infanticidio fue más frecuente en todas las regiones europeas que en nuestros días. En tal virtud la Constitución Carolina previó que en las zo

nas donde se daba con frecuencia este delito se aplicara, ya no la pena ordinaria de ahogamiento, sino la de tenaza y empalamiento.

Así pues, la severidad con que se castigó el infanticidio era general en toda Europa hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX, hasta que Beccaria protestó contra tal dureza poniendo de manifiesto la angustiosa situación en que se encontraba la madre y tal como quedó expuesto en el inciso A) del presente capítulo. Algunos autores, como Romagnosi, sostuvieron las mismas ideas de Beccaria, empero fue especialmente en Alemania donde se intensificó la idea de la atenuación de la pena para el infanticidio, atenuación que apareció por vez primera en el Código Austriaco de 1803; a partir del cual fue introduciéndose paulativamente en las legislaciones de todo el mundo.

Además de las penas estrictamente legales para el infanticidio, existieron en Alemania otras de tipo social y aún religioso. A la par de las Ordenanzas de Enrique II y Luis XVI en Francia, en las que señalaban como "presunciones" de que la muerte del recién nacido fue intencional la privación del bautismo y el entierro clandestino; en Alemania sanciones de tipo infamante como la privación del velo nupcial o de ataúd blanco a la mujer deshonrada tuvieron un neto carácter punitivo para el embarazo mismo, independientemente del ac

to infanticida.

Estas sanciones fueron suprimidas por Federico el -
Grande.

D) ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL.

Las antiguas fuentes históricas españolas no nos presentan un antecedente claro del infanticidio. Por excepción el derecho visigótico menciona la muerte del recién nacido para asimilarlo al aborto, mas no como una figura independiente, pero como en España fue tan frecuente este delito, el Concilio de Toledo, en el Canon 17, tuvo que ocuparse de este problema; y no fue sino hasta con el Fuero Juzgo, cuando ya se legisló concretamente sobre esta materia.

En efecto, el Fuero Juzgo, considerado por Cujacio como la más grande de las legislaciones bárbaras, en su libro VI, título III, Ley 7a., estableció la pena de muerte o la ceguera para la mujer que hubiere dado muerte a su hijo y castigaba de la misma forma al padre que hubiere ordenado la muerte de su hijo.

Seguramente este precepto se debió al influjo del III Concilio Toledano, que se llevó a cabo en el año de 589, pero en las legislaciones posteriores, como las Partidas y el Fuero Real, no se ocupaban del infanticidio, lo cual es raro, ya que estos ordenamientos, sobre todo el primero, eran muy precisos en lo que respecta a los delitos de parricidio y aborto, aunque se podría interpretar como alusión al infanticidio

la exposición de niños a que se refiere la ley 4a. título XX de la IV Partida, que disponía la privación de la patria potestad a los padres que abandonaban a sus hijos y atribuía derechos civiles a quien recogiese a las criaturas abandonadas. No obstante lo anterior, creemos que este precepto es meramente civilista y por tanto nada tiene que ver con el infanticidio desde el punto de vista penal.

El hecho de que tanto las Partidas como el Fuero Real no mencionen al infanticidio, no quiere decir que no se castigaba éste, sino que todo hace suponer que se asimiló al parricidio, deducción hecha con base en las prácticas de la época del derecho común europeo. Además, para algunos autores, el infanticidio estuvo tratado dentro del título amplio de los homicidios.

El silencio de las Partidas, mantenido en el Fuero Real, se hizo extensivo casi a todos los fueros Regionales y municipales, en los que sólo se menciona la exposición de infantes por sus madres, como en los de Cuenca (XI, 35), Teruel (párrafo 372), Zorita de los Canes (artículo 262) y Brihuega (párrafo 97). Sólo el Fuero de Soria (párrafo 537) establece como pena la muerte a quien matara a la criazón nacida de fornicio a la parición o después que nasciera. Para Quintano Rípollés, de esta definición se desprende un esbozo del "móvil de honor" que tratan las legislaciones modernas, al señalar

que "la referencia al fornicio indica, sin duda, una concepción ilícita extraconyugal". (4) De cualquier forma, esto no representa privilegio penal alguno.

La poca claridad en los conceptos y la severidad con que fue castigado el infanticidio persistieron en España al igual que en casi toda Europa, hasta las vísperas de la Co dificación ochocentista.

En las postrimerías del antiguo régimen penal, José Marcos Gutiérrez afirmaba que el infanticidio no fue tratado en ningún Código y lo definió como la muerte de un niño de poca edad causada, no por cualquier persona, sino por sus mis mos padres.

Los Códigos de Austria de 1803, de Baviera de 1813 y de España de 1822 fueron los primeros en tratar detenidamente el infanticidio y en quitar la pena capital como castigo; además tomaron en cuenta el móvil del honor para la atenuación de la pena, aunque ciertamente los tres variaron en cuanto la fijación de la edad de la víctima: recién nacido en el austria co, de tres días en el bávaro y de veinticuatro horas en el español.

(4) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Infracciones contra las Personas. Página 416. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

Veamos ahora la evolución histórica del infanticidio en el derecho español a partir de la Codificación. Efectivamente, el Código de 1822, que comprendía al infanticidio dentro del parricidio, establecía en su artículo 622 lo siguiente: "Exceptuáse (de la pena de parricidio) a las mujeres solteras o viudas que, teniendo un hijo ilegítimo y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipitaren a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento para cubrir la fragilidad, siempre que ésta sea, a juicio de los jueces de hecho y según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la de lincuente". La pena era de quince a veinte años de reclusión y destierro perpetuo; pero lo que es importante destacar es que se quitó la pena de muerte y que tomaron en cuenta, a partir de entonces, los supuestos de la concepción ilegítima y el móvil del honor.

En el Código de 1848, en su artículo 327, se establece para la infanticida tan solo la pena de prisión, extensiva para los abuelos maternos, en su caso; se amplió la edad de la criatura a tres días; desaparecieron los requisitos de objetividad que hacían mérito a la concepción ilegítima; y se simplificó la redacción del concepto legal, entre otras modificaciones.

El Código de 1875, llamado Código Penal Carlista.,

atendiendo a las críticas de Pacheco, fue menos benigno que el anterior, pues estableció como pena a la madre infanticida prisión mayor y a los abuelos maternos reclusión temporal.

En los Códigos de 1350 y 1370 se respetaron tipicidad y pena. Este último es el que nos interesa más, ya que es el antecedente más directo de nuestra legislación penal, pues nuestro Código Penal de 1871 es copia casi íntegra de aquél y más aún, según J. Almaraz, hasta sus faltas gramaticales transcribe.

El Código español de 1870 precisó la prisión correcional para la madre infanticida y separó con minuciosidad al delito de infanticidio del homicidio y del parricidio, sancionándolo con penas distintas. No es menester extendernos en más comentarios en virtud de que analizaremos en el capítulo III de este trabajo nuestro Código de 1871, que, como ya dijimos, es copia de aquél. Y sobre los Códigos Penales españoles de 1848 y 1932 no es necesario comentarlos, pues en esencia tratan lo mismo que el anterior.

II.- EL INFANTICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO.

A) I T A L I A .

El artículo 578 del Código Penal italiano de 1930 estableció: "El que ocasione la muerte de un recién nacido, in mediatamente después del parto o de un feto durante el parto, para salvar el honor propio o de un pariente próximo, será castigado con reclusión de tres a diez años.

"A la misma pena quedarán sometidos los que concurran en el hecho con el fin de favorecer a alguna de las personas indicadas en la disposición precedente. En cualquier otro caso, a quienes concurran en el hecho se les aplicará reclusión no inferior a diez años.

"No se aplicarán las agravantes establecidas en el artículo 61".

A nuestro modo de ver, el segundo párrafo antes citado está obscuro, pues en primer término sólo se precisa la pena inferior que se le aplicaría al extraño que participare en el delito y no el máximo como se fija en todos los demás - delitos; y además, es tan amplio el texto que se podría encuadrar incluso en el homicidio común.

En lo que se refiere al primer párrafo, el término "pariente próximo" es sumamente extenso. Para Maggiore ese

término usado por el legislador comprendería no sólo a la madre de la víctima y al marido de ésta, sino también a los ascendientes, descendientes, hermanos, parientes afines e incluso a los tíos y sobrinos, lo que a nuestro parecer viene a complicar aún más la existencia de este delito. Pero en fin, ya más adelante precisaremos estos conceptos.

Ahora bien, partiendo del texto legal, nos encontramos con que los elementos constitutivos del infanticidio son el sujeto activo, la conducta, el objeto material, el resultado, el tiempo del hecho y el dolo específico. Veamos brevemente cada uno de ellos.

Sujeto activo. Este puede ser la madre de la víctima, que obra para salvar su honor, o un pariente próximo que actúa para salvar el honor de aquélla. Para Raineri no es necesario que exista acuerdo entre la madre y el pariente para la realización del ilícito, para que éste último incurra en él; en cambio para Maggiore sí debe existir ese acuerdo, pues afirma que de lo contrario el pariente que participa comete ría homicidio y no infanticidio; más aún, si la madre, dócil al instinto de maternidad, prefiere la vergüenza antes que el delito, es obvio que nadie puede reemplazarla para salvar su honor, pues éste es exclusivo de ella.

Es importante destacar que el elemento esencial de este delito de infanticidio es el móvil del honor. Y así es

adoptado por la mayoría de las legislaciones del mundo, pues to que si no se hubiera tomado en cuenta este móvil, no se hu biera creado la figura de infanticidio como homicidio privile giado.

Conducta. Puede ser ésta comisiva u omisiva, al igual que en el homicidio común, y la acción supone ocasionar inmediatamente después del parto la muerte de un recién naci do, o durante el parto de un feto, tal como lo dispone el ar tículo 575 del propio Código Penal italiano.

Lo anterior ocasiona confusión por el ánimo del le gislador de precisar las características del ilícito, pues se puede configurar como homicidio o como aborto por pequeños de talles.

De acuerdo con el artículo 556 del Código citado, por "recién nacido" se entiende el niño que nació vivo y que tiene menos de cinco años de vida; y para que opere la 'causa de honor' ese niño debe ser ilegítimo, ya que de lo contrario estaríamos ante un homicidio común agravado y ya no sería in fanticidio.

Objeto material. El objeto material de este delito, como ya lo mencionamos, es el recién nacido o el feto sobre el que recae la conducta criminosa. Y por recién nacido insig timos, debemos entender como el ser humano que ha surgido a

la vida, sea normal o monstruoso, con tal que haya nacido; y determina por feto, el que está naciendo vivo y que aún no se ha separado del cuerpo de la madre. Carrara manifiesta su de acuerdo con el texto de la disposición antes transcrita y usa el término como sinónimo de aborto, que según él es su verda dero sentido.

Del contenido del precepto legal inicialmente trans crito se desprende la clara intención del legislador italiano de brindar una mayor protección a la vida humana al equiparar la muerte del recién nacido con la del feto durante el parto para la configuración del delito, considerando que no es sufi ciente castigar el hecho como aborto, en que la pena sería me nor. Y como intención es buena, pero técnicamente deja una gran laguna, puesto que el infanticidio tiene unas caracterís ticas muy especiales (por ejemplo, el móvil del honor) que en la muerte del feto, como se menciona en el texto anterior, no se dan; y esta muerte, en muchos casos, podría quedar impune, ya que propiamente no constituya un aborto y tampoco puede es timarse como una vida humana independiente, o sea que en sen tido estrictamente biológico el ser naciente no sería ni un feto ni un nacido, pues ni tiene vida extrauterina (presupes to del infanticidio), ni sigue viviendo la vida intrauterina (presupuesto del aborto).

El Código Penal italiano anterior al comentado, es

decir el de 1859, se refería al infanticidio como el "delito cometido sobre la persona de un niño todavía no inscrito en los registros del estado civil, en los primeros cinco días de su nacimiento". Esta disposición seguramente tenía el mérito de precisar el tiempo del delito, es decir, la edad de la víctima, pero el nuevo legislador consideró que la atenuante del honor podía permanecer en la madre mientras permaneciera en ella la perturbación del espíritu propio del parto. Esto, no obstante, ha propiciado los problemas de técnica jurídica que ya hemos señalado.

Resultado. El resultado es la muerte del recién nacido o del feto. Si éstos son varios, como es el caso de los hermanos siameses o gemelos, los delitos también serán varios y, consecuentemente, se acumularán.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 411 y 412 del mismo Código italiano, puede haber concurso con los delitos de vilipendio, destrucción y ocultación de cadáveres. No se da el concurso material entre el infanticidio y el delito de abandono de un recién nacido por causa de honor, ya que el último es absorbido por el primero, y así lo dispone el artículo 392. En cuanto al concurso de personas extrañas, éstas responderían del delito de homicidio.

Tiempo de hecho. Es el de su realización inmediatamente después del parto o durante el mismo. De no ser así, el

delito que se daría sería el de homicidio y resultaría inútil el esfuerzo por salvar el honor, pues el nacimiento no se podría ocultar.

Dolo específico. Este elemento se refiere a que debe haber conciencia y voluntad en el sujeto activo de ocasionar la muerte del niño con el fin de salvar el honor. Y aunque la causa de honor constituya un elemento constitutivo, es también un fin subjetivo del sujeto activo y consecuentemente un elemento psicológico.

El Código Toscano preveía el infanticidio culposo, pero el Código de 1930 ya no, pues en todo caso se daría homicidio culposo. Con el mismo criterio, obviamente tampoco se daría el infanticidio preterintencional.

B) A R G E N T I N A

Para la mayoría de los autores argentinos, la figura del infanticidio constituye siempre una forma de parricidio, aunque con atenuación especialísima. El artículo 81, inciso 2º de su Código Penal vigente, establece lo siguiente: "Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre, que para ocultar su deshonra matara a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito..."

Hay un elemento que resalta, y no sólo de esta definición, sino de las que ya hemos visto, y que constituye en sí la razón de ser de este delito, que es la causa de honor, tanto en las legislaciones antiguas como en las modernas.

En estas condiciones, si consideramos que el infanticidio es una forma privilegiada de homicidio, es obvio que si mantiene todas las condiciones como tal pero no concurre el móvil del honor no se configurará dicho delito, sino que estaremos en presencia de un homicidio o en todo caso de un parricidio.

El tiempo en que se da es más claro en la legislación argentina que en la italiana, pues el primero separa con

precisión cuándo es aborto y cuándo es homicidio, con un sencillo principio jurídico, que Sebastián Soler resume en la siguiente fórmula: "Si a alguna figura calificada o privilegiada se le suprime el elemento que la califica o privilegia, subsiste la figura correspondiente". (5) Es decir, que si en el infanticidio desaparece el móvil del honor, se convierte el hecho en homicidio.

El texto antes transcrito emplea el concepto estado puerperal, y debemos entender correctamente su significado para poder comprender el alcance del precepto mismo. La introducción de este concepto fue hecho por el Senado, substituyendo la fórmula 'hasta tres días después', por la de 'mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal', siguiendo el modelo de la legislación suiza. Ricardo C. Núñez considera que aunque este concepto es variable e inseguro, ciertamente no es empleado por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales, sino que es considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos - que se prolongan por un tiempo indeterminado después del parto.

Nosotros creemos que la razón de que la ley haya usado el vocablo mencionado, fue la necesidad de designar de

(5) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Página 91. Tipográfica Editora Argentina. 1956.

alguna manera los momentos posteriores al parto, pero en realidad la expresión es poco afortunada y en nuestra opinión complica aún más la figura misma del infanticidio y justifica menos su existencia.

Aún de acuerdo a la opinión médica, es impreciso el significado real del 'estado puerperal', pues para algunos es el tiempo de la involución clínica del útero; otros piensan que la involución histológica de este órgano dura, vale decir, hasta unos dos meses; otros lo extienden hasta la reaparición de la menstruación.

Pero sea lo que sea, lo cierto es que el texto legal está partiendo de vaguedades, que, en lugar de aclarar, confunde.

Además de lo anterior, algunos autores argentinos, como Sebastián Soler, critican esta figura al señalar que la legislación suiza, que como ya vimos es modelo de la Argentina, adopta con toda claridad dos criterios para la configuración del infanticidio; el primero es el criterio psicológico, en el cual el legislador obedece a consideraciones psicológicas y se refieren a los casos en que las criaturas provienen de una relación ilegítima, produciendo una gran angustia en las madres; y el criterio fisiológico, en el que el legislador no restringe el infanticidio a la muerte de la criatura illegítima, debiendo considerar que todo parto puede traer a la

madre los mismos desórdenes físicos o morales, sea o no legítimo el hijo, sin tomar en cuenta los móviles del honor, que en algunos casos seguramente se dan.

Estrictamente hablando, tanto el criterio psicológico como el fisiológico pueden considerarse como atenuantes y en el infanticidio pueden ser tan valdeiros como el móvil del honor, como es el caso de extrema miseria de la madre que da muerte a su hijo, aunque esto, claro, sólo teóricamente.

Entre los motivos que pueden impulsar a la madre a matar a su hijo durante el nacimiento de éste o durante el parto, la ley menciona el 'honor', pero de hecho existen móviles igual o más poderosos que aquél, tales como la necesidad económica, el desamparo, la piedad, etc. Pero la ley sólo considera al 'honor': el ocultamiento de la deshonra es todo lo que exige para atenuar al homicidio y clasificarlo como infanticidio.

La expresión 'deshonra' se refiere a la situación sexual de la mujer y a la publicación que el parto constituye de las ilícitas relaciones sexuales preexistentes; o sea que el honor que se trata de salvar es el honor social, no el moral.

Para el Código argentino el propósito de ocultar la deshonra es el elemento alrededor del cual gira toda la serie

de prescripciones contenidas en la ley respecto del infanticidio.

Es importante hacer notar que para algunos autores, como Ricardo C. Núñez, el infanticidio es un delito autónomo, técnicamente hablando, y que según la estructura sustancial que el Código argentino le asigna, es un parricidio por causa de honor, cuando los sujetos activos sean la madre o los ascendientes, u homicidio por causa de honor, cuando se trata de otros parientes distintos de los primeros. Así por ejemplo, si la madre mata al hijo mas no por causa de honor, esta remos en presencia de un parricidio.

C) OTROS PAISES.

La mayoría de las legislaciones penales en el mundo tienden a privilegiar el infanticidio, pero también hay algunas que ni siquiera mencionan esta figura, sometiendo tácitamente su apreciación a las normas generales del homicidio, como es el caso de Rusia y Japón. Y en cierta forma también podríamos incluir a Francia que en el artículo 302 de su Código Penal hace mención del infanticidio como muerte del recién nacido, pero no alude a motivación o situación psicológica alguna, de donde se desprende que para el derecho francés el infanticidio no viene a ser sino un homicidio atenuado por la mera consideración objetiva de la tierna edad de la víctima.

No obstante, la mayoría de las legislaciones atenúan la pena para el delito de infanticidio, como lo veremos en seguida.

El artículo 410 del Código Penal español vigente da fine a este delito como "la muerte de un niño recién nacido, causada por su madre o por sus abuelos maternos, para ocultar la deshonra de aquélla". Y esta última circunstancia, o sea la de ocultar la deshonra, es la que propiamente cualifica a este delito, aunque muchos autores no estén de acuerdo, por ejemplo Pacheco quien afirma que es hasta repugnante ese criterio, ya que a esa idea de honra que no contuvo la infanticida para evitar el nacimiento, no se puede dar moralmente el valor

ni la fuerza que el precepto le da.

Para José María Rodríguez Devsa, al igual que otros muchos tratadistas, el infanticidio se convirtió en un "homicidio privilegiado" sin existir fundamento alguno, como lo consideramos también nosotros, pero aún así la legislación española influyó en la codificación penal de varios países.

Para el derecho alemán, en mi opinión muy confuso, el infanticidio no se considera como un delito especial, sino como un delito independiente y autónomo, según se deduce de la disposición legal a que se refiere el párrafo 2 frente al párrafo 213 de su Código Penal de 1953, conforme al cual hay infanticidio cuando una madre "mata dolosamente a su hijo ilegítimo durante o inmediatamente después del parto". Y la pena que se establece es de menos de tres años y, si existen atenuantes, menos de seis meses de prisión. Y esta atenuante, a mi juicio, es la que provoca la confusión que menciono, pues con arreglo al párrafo 213 se aplican hasta seis meses de prisión si se trata de una madre que da muerte a su hijo no inmediatamente después del parto, sino dos días después, lo que a nuestro modo de ver es sumamente absurdo.

Por otra parte, el Código Penal colombiano, en su artículo 369 establece: "La madre que, para ocultar su deshonra, en el momento del parto o dentro de los ocho días siguientes causare la muerte de su hijo, no inscritos en los registros

del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años.

"En igual sanción incurrirá el que cometa el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana".

Para tener una idea clara de lo que ha sucedido con los antecedentes del infanticidio, que a nuestro modo de ver ha ido copiándose de generación en generación sin un análisis serio de su razón de ser, basta citar lo que menciona Jesús Bernal Pinzón, quien afirma que "sus antecedentes inmediatos, en cuanto a nuestro Código, no se conocen, ya que las actas se limitan a registrar el proyecto de artículo propuesto por Escallón, y aprobado sin debatirlo dentro de la Comisión". (6) No obstante lo anterior, todo hace suponer que el derecho penal colombiano en este punto fue influido en gran parte por el Código Penal italiano de 1932, aunque con algunas modificaciones, principalmente en lo que se refiere a la edad de la víctima y a los parientes que pueden incurrir en el delito.

Para Nelson Hungria, la causa de honor en este delito no debería ser la única, sino que deberían extenderse al de estrechez económica, el exceso de prole o al recelo de un hijo tarado, motivaciones que de alguna forma son más fuertes

(6) BERNAL PINZON, JESUS. El Homicidio. Comentarios al Código Penal Colombiano. Editorial Temis Bogotá. 1971. Pág. 267.

que la del honor.

En realidad casi todos los sistemas europeos han sido adoptados en los países de habla hispana, como lo mencionamos anteriormente, aunque con adaptaciones especiales, en donde además del móvil del honor sigue figurando la edad determinada de la víctima, la cual es muy variable, ya que en los Códigos de Costa Rica (artículo 127), Honduras (artículo 408) y Paraguay (artículo 313) se señala la tradicional de tres días; en cambio en el de El Salvador (artículo 253) es de cuarenta y ocho horas; en el de Nicaragua (artículo 359), de veinticuatro horas; el de Panamá (artículo 316) de cinco días; y el de Cuba (artículo 438) prolonga la edad de la víctima hasta ocho días; y el de Venezuela (artículo 413) sustituye el requisito de la edad por el de no inscripción en el Registro Civil.

Igualmente en estas legislaciones varían los elementos personales que concurren en el infanticidio como agentes: en las de Cuba, Ecuador, Honduras y El Salvador se circunscriben a la madre y abuelos maternos; en la de Costa Rica, se incluyen además a los hermanos de la mujer; y en las de Paraguay y Uruguay, se adoptó la fórmula de "parientes próximos". Pero como vemos, en esencia todas estas legislaciones le dan el mismo tratamiento al infanticidio.

Hay algunas otras legislaciones de hispanoamérica

que, aunque adoptan los sistemas antes señalados, presentan - características especiales, como es el caso del Código Penal de Puerto Rico, que no menciona al infanticidio como figura - especial, sino que lo incluye dentro de los homicidios de se gundo grado, influenciado por la legislación norteamericana , no obstante lo cual supone un adelanto a nuestro modo de ver.

También la tradición francesa, que no hace referen - cia a la motivación ni a la ilegitimidad del alumbramiento, se refleja en algunos otros Códigos, como el dominicano (artícu - los 300 y 302), haitiano (artículo 245) y en cierto modo tam - bién el brasileño (artículo 123), en el que no se requiere - condición alguna para la configuración del delito, y el de MÉ xico, en lo que se refiere a' infanticidio "genérico" (artícu - lo 325) que analizaremos en el siguiente capítulo.

D) SISTEMAS QUE FUNDAMENTAN SU MENOR PUNIBILIDAD

Hemos visto que el infanticidio es una especie de homicidio privilegiado, con penas muy inferiores a las del homicidio común, pero ¿a qué se debe esta atenuación?

Las legislaciones del mundo han adoptado diversos sistemas que fundamentan la menor punibilidad en el infanticidio y que podemos clasificar en los siguientes: a) Latino, b) Germánico, c) Mixto, d) El que se basa sólo en la tierna edad de la víctima, y e) El de la indiferenciación combinado con el Latino.

a) Sistema Latino. Este toma como base el móvil del honor (ocultamiento de la deshonra) y es el más antiguo, siendo adoptado por primera vez por el Código español de 1822, por lo que Quintano Ripollés considera que este sistema debió llamarse español y no latino, pues en estricto rigor ni Francia ni Italia lo acogieron.

Entre los Códigos que adoptaron este sistema podemos mencionar a los de Colombia (artículo 369), Nicaragua (359), Paraguay (artículo 313), Costa Rica (artículo 187), Uruguay (artículo 313), Holanda (artículo 290) e Italia (artículo 57B). Y como variantes de este sistema destacan los de Noruega (artículo 324) y Rumania (artículo 465) que aunque no mencionan expresamente la causa de honor, implícitamente se está refiriendo

riendo a ella, pues menciona la ilegitimidad del hijo.

b) Sistema Germánico. Este sistema que más bien debió llamarse suizo, pues este país fue el primero que lo adoptó, alude a la alteración fisiopsíquica originada en el estado puerperal. El Código suizo, en su artículo 116, hace referencia al estado anormal del puerperio (Geburtsvorgang), cualquiera que fuere su duración, o sea que no limita su temporalidad.

Cabe hacer la aclaración de que es frecuente que uno y otro sistemas de los mencionados se den conjuntamente en el tipo, siendo excepcionales los casos de plena pureza. Así, algunos autores agrupan al Código alemán dentro de este sistema, pero aunque menciona la condición de ilegitimidad, nosotros creemos que ésta es más afín a la motivación de honra que a la de trastornos biológicos. Y la doctrina ha minimizado la motivación de honra en beneficio de las alteraciones y angustias que el parto entraña en las condiciones de ilegitimidad, llegando a dar preferencia a las motivaciones económicas, ajenas a la honra.

También podemos encuadrar dentro de este sistema a la legislación inglesa, que entre los años de 1905 a 1922 tuvo sesenta condenas capitales en contra de mujeres por el delito de infanticidio, por lo que ante tal dureza entró en vigor la Infanticide Act de 1922, que atenuó la pena tomando en

cuenta la concepción biológica del trastorno de la parturienta, pues legó a considerarse que la madre actúa bajo el influjo de las alteraciones del parto hasta la lactancia, en un plazo máximo de un año, que es el más amplio término que se conoce históricamente dentro del derecho penal. Este precepto es mantenido por el Código inglés de 1938 (1-2 Geo. VI, c. 36).

c) Sistema Mixto: Este sistema de nacimiento al ti po no sólo por el móvil del honor, sino también por referencia al estado puerperal. Y a este sistema pertenece el Código Ar gentino, que en el inciso 2 de su artículo 21, se refiere a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal, que como ya vimos varía mucho en cuanto a su duración.

d) Sistema que se basa en la tierna edad de la víc tima. En este no se exige móvil alguno, ni hay referencia al estado puerperal. La estructura penal es sólo en función a la edad de la víctima, destacada en su proximidad al nacimiento, sistema seguido por el Código francés (artículos 300 y 302) y por la legislación penal del Principado de Mónaco.

e) Sistema de la indiferenciación combinado con el latino. Este último es una mezcla del anterior y del latino y que por otra parte atiende a la mera circunstancia de la tier

na edad del recién nacido y por la otra a la causa de honor , como sucede con los Códigos de Austria (artículo 139), Bélgica (artículo 396), Luxemburgo (artículo 396) y Portugal (artículo 356).

En esta última clasificación bien podría entrar - nuestro Código Penal vigente, puesto que en su artículo 325 , que se refiere al infanticidio genérico, se refiere sólo a la corta edad de la víctima; y en el 327 hace referencia al infanticidio por causa de honor.

III.— EL INFANTICIDIO DE ACUERDO CON NUESTRA LEGISLACION.

A) LEGISLACION DE 1871 Y 1929.

Hace notar Raúl Carrancá y Rivas que durante la Colonia aún existía entre los indios la costumbre de sacrificar menores con fines religiosos o de idolatría, cuyos cadáveres precipitaban en los cenotes. Y estos actos se castigaron con tal rigor que muchos indios quedaron mancos o lisiados, algunos fueron colgados y otros ensambenitados; pero por otro lado algunos indios culpables de este tipo de delitos sólo eran azotados, trasquilados o bien sancionados con penas pecuniarias, de donde puede apreciarse que en la Colonia había una absoluta desorganización en materia legislativa, ya que variaban mucho las penas, aún tratándose de un mismo delito. En —fin: este vendría a ser el único antecedente legal que podríamos tener de infanticidio, aunque propiamente estos casos no se refieren expresamente a el delito de infanticidio.

No fue sino hasta la promulgación del Código Penal de 1871 cuando nuestra legislación adoptó la figura del infanticidio como especie privilegiada de homicidio. Su artículo 581 establece: "Llábase infanticidio la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes". A su vez el artículo 584 se re

fiere al infanticidio llamado "honoris causa", que es cuando la madre da muerte a su hijo con el fin de ocultar su deshonra.

Este Código no menciona el caso en que la muerte sea causada por alguno de sus ascendientes consanguínicos, como lo señala el vigente que luego veremos, y establece en el artículo 584 que la pena para la madre será de cuatro años cuando cometa el delito con el fin de ocultar su deshonra, haya ocultado el embarazo, no haya inscrito a su hijo en el Registro Civil y el hijo sea ilegítimo.

Enseguida establece que cuando no concurren las tres primeras circunstancias, por cada una de las que falten, se aumentará un año más de prisión a los ya señalados; pero si el hijo fuere legítimo se aplicarán a la madre ocho años de prisión, concurren o no las otras circunstancias. También determina que cuando no sea la madre la que cometa el homicidio, se impondrán a los culpables ocho años de prisión.

Francisco González de la Vega critica estas disposiciones cuando afirma que nuestra legislación, al adoptar al infanticidio como delito especial, tuvo el propósito de tomar en cuenta el honor de la madre infanticida y la necesidad de crear una pena atenuada al mismo; sin embargo en la redacción de los preceptos mencionados no se consideraron algunos puntos importantísimos, como son la liga de descendencia entre las

partes del delito y los móviles de su comisión, pues la única pena prevista para la madre infanticida se daba en el 'honoris causa': cuatro años de prisión. Al respecto Demetrio Sodi atinadamente señala que en base a este precepto, la madre que da muerte a su hijo recién nacido por otro móvil que no sea el de ocultar su deshonra, podría quedar impune, ya que sólo el artículo 584 sirve de base para castigar a la madre infanticida y, agrega, que la causa del honor para la madre no tiene para un extraño razón de ser, el que en todo caso debe responder - de un homicidio calificado, y no hay razón alguna para aplicarle únicamente la pena de ocho años de prisión que señala este Código.

Ante esta laguna, el Proyecto de reformas al Código de 1871 modificó la redacción del artículo 584 del citado ordenamiento, basándose la Exposición de Motivos en que no había en el Código precepto que previera el caso de infanticidio ejecutado por la madre por otro móvil distinto al de ocultar la deshonra, lo cual, como afirma Porte Petit, "...no puede haber sido intencional de parte de los autores del Código, sino resultado de alguna de las confusiones a que es tan ocasionada, por desgracia, la confección de las leyes..." (7). Ante esto tuvo que cambiar también la redacción del artículo -

(7) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Doctrina sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. Editorial Jurídica Mexicana. Página 197. México, 1972.

582, en el sentido de que la pena a la madre infanticida se
rá de ocho años.

Este proyecto, que en sí modificó casi todos los ar-
tículos referidos al infanticidio, es importante porque si
vió de base al articulado relativo del siguiente Código Penal
o sea el de 1929, que enseguida analizaremos.

En efecto, el Código de 1929 conservó la doble tipi-
ficación, conservando el llamado infanticidio genérico, pero
sin referirse a los sujetos activos del delito ni a los móvi-
les que justificaban la atenuación de la pena con relación al
homicidio, creando además, en su artículo 994, el delito de fi-
licidio, definido como el homicidio cometido por los padres -
en la persona de sus hijos.

Francisco González de la Vega señala que este Códi-
go, en el tratamiento de los delitos en particular, nos trajo
una gran confusión, puesto que en el infanticidio genérico, -
que conservó la misma definición que el anterior, no hace re-
ferencia ni a los móviles ni a los posibles sujetos activos.
Asienta también que existen gravísimas contradicciones entre
las penalidades correspondientes al infanticidio genérico y al
filicidio, delito este último que podía cometerse en contra -
del descendiente en cualquier edad y que de todas formas ate-
nuaba la pena del homicidio.

José M. Ortiz Tirado afirma que el ánimo del legis

lador no fue crear otro tipo de delito al agregar el filicidio, puesto que el artículo 997 en sus fracciones III y IV emplea la palabra infante, que como ya hemos visto tiene la connotación de niño y el supuesto de la fracción III sólo puede referirse a un niño recién nacido. El artículo 993 que también se relaciona con el filicidio vuelve a hacer referencia al infante; el artículo 995 habla del infanticidio causado por imprudencia y no menciona al filicidio por imprudencia, lo cual hace suponer que se trata de una misma figura delictiva.

González de la Vega concluye al respecto: " Si los autores del Código de 29 realmente quisieron erigir el delito especial de filicidio amparando al hijo cualquiera que fuese su edad, debemos convenir entonces que fueron muy desafortunados en la redacción del capítulo o que se inspiraron en una mala técnica jurídica". (8)

De lo anterior se desprende que con el ánimo de crear nuevas figuras delictivas, únicamente crean confusión.

(8) GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Página 112. 16a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

B) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
DE 1931.

En este Código se reglamentaron dos tipos de infanticidio: el llamado genérico y el 'honoris causa'. Al primero se refiere el artículo 325, que escuetamente establece que es la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus descendientes consanguíneos; del segundo nos habla el artículo 326 en el que se establece la sanción para el mismo, y añade que salvo lo dispuesto en el 327, que se refiere al infanticidio 'honoris causa'.

Por principio de cuentas cabe señalar que la designación de 'infanticidio genérico' es impropia, pues, como afirma Jiménez Huerta, no cualquier persona puede ser sujeto activo del tipo descrito, sino únicamente los ascendientes consanguíneos de la víctima; por tanto no puede llamarse genérico. Por otra parte, no se hace referencia en el mismo a motivaciones o situaciones biológicas que propiciaron el origen histórico de este delito privilegiado, y la menor pena sólo corresponde a la corta edad de la víctima, tal vez porque inconscientemente se considere como una vida de menor valía que la de un adulto, pero el texto no deja traslucir, por lo menos técnicamente, alguna razón valedera para la existencia de esta figura, a pesar de que el autor antes citado considere que en el contenido del mismo se halla implícito y latente el requisito

de salvar el honor.

Por otra parte, el mismo artículo 325 emplea innecesariamente la fórmula "ascendientes consanguíneos", ya que el menor a esa edad no puede tener con su victimario otro tipo de parentesco, puesto que el de afinidad sólo se da por el matrimonio y el de adopción es imposible que se dé en un plazo tan corto. Por tanto, sale sobrando que se mencione esta circunstancia, pues ese plazo se debe a una elección totalmente empírica, ya que, como hemos visto, este elemento personal es muy variable.

La penalidad en el infanticidio mal llamado genérico, que es de seis a diez años de prisión, resulta atenuada si se compara con la pena asignada al homicidio simple (de ocho a veinte años de prisión) y sobre todo con la del homicidio calificado (veinte a cuarenta años de prisión).

En las condiciones antes señaladas, Porte Petit - sostiene que si el artículo 327 alude al infanticidio 'honorífica causa', entonces el 325 debe referirse necesariamente al infanticidio sin móviles de honor, y la penalidad de seis a diez años de prisión de que habla el artículo 326 obviamente no corresponde a la madre que obra impulsada por ocultar su deshonor (ya que a esta se refiere el artículo 327), sino a cualquier ascendiente que cometa el infanticidio sin móviles

de honor.

En conclusión, podemos afirmar que la ley no es a propiada al concretar una pena tan atenuada para el infanticidio sin móviles de honor; y técnicamente esto significa que hay un retroceso en la evolución histórica del derecho, pues así se tiende a revivir, en mi opinión, en algún sentido el jus vitae et necis del derecho romano, que supuestamente debimos haber superado.

Algunos autores, como Jiménez Huerta, insisten en considerar que en el homicidio de un niño, se encuentra el elemento subjetivo consistente en el fin de ocultar el parto y evitar el deshonor y que ese móvil debe considerarse dentro del texto del artículo 325 comentado, puesto que de lo contrario se llegaría al absurdo de que el privilegio de este delito alcanzara al hombre que sedujo a la mujer, da muerte al niño en contra de la voluntad de la madre para no ligarse con ella y librarse de la carga de alimentar al menor y suministrar continuamente los futuros gastos, o a la hipótesis de que la privación de la vida se debiera a causas tan despreciables como aquellas que tienden a usurpar una herencia.

Al respecto, y como simple deseo del autor, estamos de acuerdo con él, y aún doctrinalmente ese es el real sentido de que exista el infanticidio, pero, desgraciadamente, el texto del precepto que nos ocupa, y que es el que analizamos,

no respalda esos deseos, de ahí nuestra crítica, puesto que su contenido es claro y por más que lo releemos no vemos en dónde se refiera al móvil de ocultamiento de la deshonra que tanto se discute.

El infanticidio 'honoris causa' está previsto en el artículo 327 que establece: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya ocultado su embarazo; III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y IV. Que el infante no sea legítimo.

Aunque el precepto no menciona expresamente que la atenuación se deba a la intención de la madre de ocultar su deshonra, suprimiendo el producto de sus amores ilícitos, se deduce fácilmente del texto anterior. En este caso el privilegio sólo alcanza a la madre y no a los ascendientes, menos a algún otro pariente, pues el honor es una cuestión personal.

En este caso sí podemos admitir, aunque el artículo anterior no lo menciona, que el móvil del honor está implicitamente referido en el mismo, a pesar de que pudiera dar materia de discusión, pues como afirma Quintano Ripollés, "... En él figuran ya los móviles finalistas de defensa del honor ... no de modo expreso como en las legislaciones tradicionales -

del grupo hispánico, sino por la vía indirecta y siempre arriesgada de las presunciones. " (9)

Cuatro condiciones, pues, se requieren para que se configure el infanticidio 'honoris causa', de acuerdo con el precepto antes citado: a) Que la madre no tenga mala fama, la cual se refiere obviamente al aspecto de conducta sexual, exclusivamente; b) Que la madre haya ocultado su embarazo: si la mujer hace público ese estado, se supone que ya no lo considera un deshonor y por lo tanto ya no podría argüir que mató a su hijo recién nacido por honor; además, yo considero que esto es muy difícil que se lleve a cabo en la práctica: en todo caso se podría ocultar durante los primeros meses, pero ya no después de éstos. c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil, circunstancia en la que no vemos problema alguno. Y por último la d) que el hijo sea legítimo. En relación con este último requisito, Garraud afirma que se debe a una protesta directa contra las leyes que dejan sin protección a la mujer engañada y abandonada, criterio que no compartimos, puesto que el derecho en general no debe proteger cuestiones contrarias a la propia moral. Por su parte, Cuello Calón opina que no es necesario que la madre sea soltera, es decir, que también se concibe la fi

(9) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Tratado de la Parte Especial del Del Derecho Penal. Página 428. Tomo I. Infracciones contra las Personas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.

nalidad de ocultar la deshonra de la mujer casada; por ejemplo el caso de una relación de adulterio en que la mujer adúltera concibe. Con mucha razón estamos en contra de esta opinión, ya que resulta absurdo que a una mujer, además de adúltera, se le conceda todavía una atenuación por dar muerte a su hijo. Afortunadamente nuestro Código menciona claramente la ilegitimidad y en base a él no sería aplicable en nuestro país el criterio de este tratadista. Al menos eso creo.

Finalmente, el artículo 328 establece: "Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que les correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión".

Los comentarios a este precepto los haremos en el capítulo siguiente.

C) CODIGOS PENALES DE CADA UNO DE LOS ESTADOS
DE LA REPUBLICA MEXICANA.

Enseguida mencionaremos el trato que le dan al delito de infanticidio los Códigos Penales de cada uno de los Estados de la República, señalando su fecha de promulgación, los artículos que lo tratan, su similitud con el del Distrito Federal, en su caso, y demás variantes que presenten.

1) Aguascalientes. 19 de agosto de 1949. Artículos del 331 al 334. Igual que el del Distrito Federal.

2) Baja California Norte. 17 de junio de 1977. Artículos del 273 al 281. Igual al del Distrito Federal.

3) Baja California Sur. 22 de diciembre de 1930. No hacen mención al infanticidio ni al parricidio en forma expresa, lo que en sí es un adelanto, aunque sí en forma tácita: el artículo 117 establece: "Se impondrá de cinco a treinta años de prisión al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, al hermano o hermana". Y el 116: "Al responsable de cualquier homicidio intencional y que no tenga señalada una pena especial - en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión". A nuestro modo de ver, lo que establece este Código es lo correcto, pues no hay necesidad de reglamentar al infanticidio con título especial. Y si la mayoría de los Códigos Fe

nales de los Estados de la República copiaron al del Distrito Federal, es justo que ahora de éste se copie del de Baja California Sur.

4) Campeche. 13 de mayo de 1955. Artículos del 290 al 293. Igual al del Distrito Federal.

5) Colima. 13 de mayo de 1955. Artículos del 291 al 294. Igual al del Distrito Federal.

6) Coahuila. 2 de septiembre de 1941. Artículos del 301 al 304. Igual al del Distrito Federal.

7) Chiapas. 12 de febrero de 1938. Artículos 212 al 216. Parecido al del Distrito Federal, sólo que al final del primer precepto, que correspondía al 325 del de aquí y que se refiere al infanticidio genérico, agrega que después de las setenta y dos horas de vida del infante, si se le da muerte, será homicidio, lo cual se sobrentiende; también la penalidad cambia: seis a doce años de prisión para el genérico; y de cuatro a ocho años para el 'honoris causa'.

8) Chihuahua. 20 de julio de 1971. Artículos 301 al 304. Igual al del Distrito Federal.

9) Durango. 29 de junio de 1983. Artículos del 137 al 140. Igual al del Distrito Federal.

10) Guanajuato. 23 de febrero de 1978. Su artículo

221 establece: "Se aplicará de tres a diez años de prisión a la madre que para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes..."

Luego agrega que si es producto de una violación la pena será de tres a ocho años de prisión.

Ya por lo menos este Código excluyó el infanticidio genérico. Algo es algo.

11) Guerrero. 16 de diciembre de 1980. Artículos del 270 al 271. Casi copia al del Distrito Federal en lo que se refiere al infanticidio genérico, pero excluye al "honoris causa", lo cual está peor, pues por lo menos debía ser el contrario, es decir, eliminar al 'genérico'; y además agrega una multa de seis meses a dos años del salario mínimo general.

12) Hidalgo. 9 de marzo de 1940. Artículos del 318 al 321. Casi igual al del Distrito Federal, sólo que la penalidad del 'honoris causa' varía de dos a cinco años, y no de tres a cinco como éste último.

13) Jalisco. 29 de junio de 1933. Artículos del 291 al 294. Igual al del Distrito Federal.

14) México. 29 de noviembre de 1960. Artículos 240 y 241. No menciona al infanticidio pero su contenido viene in

cluido en el parricidio. El 240 establece: "Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco, o al cónyuge, se le aplicarán de quince a treinta años de prisión"; y el 241, aunque no lo menciona expresamente, se refiere al 'honoris causa'. Estas disposiciones están mucho mejor que las contenidas en el Código del Distrito Federal, ya que por lo menos excluyen de beneficio alguno a los ascendientes que no sean la madre de la víctima.

15) Michoacán. 7 de julio de 1980. Su artículo 284 establece: "Se aplicará de tres a cinco años de prisión a la madre que para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes.

"Igual pena se aplicará si el infante es producto de una violación".

Como vemos, técnicamente ya está mucho mejor porque no considera al infanticidio genérico y excluye a los demás ascendientes distintos de la madre.

16) Morelos. 12 de octubre de 1945. Artículos 323 a 326. Igual al del Distrito Federal.

17) Nayarit. 30 de agosto de 1969. Artículos 322 al

324. Igual al del Distrito Federal.

18) Nuevo León. 9 de junio de 1934. Artículos 315 a 318. Igual al del Distrito Federal.

19) Oaxaca. 18 de diciembre de 1943. Artículos 309 al 311. Igual al del Distrito Federal, pero excluye el "honoris causa".

20) Puebla. 12 de marzo de 1943. Artículos del 312 al 315. Casi igual al del Distrito Federal, salvo que en lo referente al 'honoris causa', en la fracción IV, en lugar de decir 'hijo ilegítimo' dice 'hijo fuera de matrimonio', que es más adecuado, pues los beneficios de la atenuación de ninguna manera deben alcanzar a la mujer casada que concibe por medio de una relación sexual ilícita.

21) Querétaro. 24 de diciembre de 1931. Artículos 295 al 298. Igual al del Distrito Federal.

22) Quintana Roo. 25 de mayo de 1979. Aunque expresamente no menciona al infanticidio, ni siquiera al parricidio, en el capítulo de Homicidio, establece lo siguiente: Artículo 173: "Se impondrán de diez a treinta años de prisión al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, a su hermano, a su cónyuge, o concubino sabiendo el delincuente esa relación". Y el 174: "Se aplicarán de dos a ocho años de prisión a la ma

dre que para ocultar su deshonra prive de la vida a su hijo, en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes".

Estas disposiciones ya están un poco mejor porque excluyen al infanticidio genérico y excluyen de la figura privilegiada a los demás ascendientes distintos de la madre, pero debía desaparecer también el infanticidio 'honoris causa', que aún lo contempla.

23) San Luis Potosí. 25 de abril de 1944. Artículos del 344 al 347. Igual al del Distrito Federal.

24) Sinaloa. 20 de diciembre de 1939. Artículos 290 al 293. Igual al del Distrito Federal.

25) Sonora. 8 de julio de 1949. Artículos del 260 al 261. Sólo se refiere al infanticidio 'honoris causa' en el mismo sentido que el del Distrito Federal, lo cual constituye en sí un pequeño adelanto.

26) Tabasco. 12 de marzo de 1958. Artículos del 316 al 319. Igual al del Distrito Federal.

27) Tamaulipas. 4 de febrero de 1956. Artículos del 322 al 324. Aunque cambia un poco la redacción, en esencia es igual al del Distrito Federal.

28) Tlaxcala. 21 de diciembre de 1979. No reglamen-

ta al infanticidio, pero en su lugar incluyó al filicidio. En su artículo 276 establece: "Al que prive de la vida a un descendiente consanguíneo y en línea recta sabiendo el delincente ese parentesco, se le aplicarán de veinte a treinta años de prisión".

Aunque este título pudo incluirse en el delito de parricidio, de todas formas está aceptable y mucho mejor que en lo establecido en el del Distrito Federal.

29) Veracruz. 11 de septiembre de 1980. No contempla ni infanticidio ni parricidio y nada pasa, pues estos delitos vienen incluidos implícitamente en el capítulo de Homicidio y creemos que así debe ser.

30) Zacatecas. 23 de noviembre de 1966. Artículos del 340 al 342. Igual al del Distrito Federal.

Como podemos observar, la inmensa mayoría copia textualmente a los artículos correspondientes del Código Penal vigente en el Distrito Federal. En la posición que defendemos sólo estarían correctos los Códigos de Baja California Sur, Estado de México y Veracruz; y algo aceptables los de Guerrero, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala y Sonora.

D) PROYECTOS DE CODIGO PENAL DE 1949, 1958 Y
1963.

En el año de 1949 surgió el primer intento serio de reformar el Código Penal vigente. Se integró una comisión formada por los señores Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo y Francisco Argüelles, quienes elaboraron un nuevo proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, en el que se contenían varias innovaciones, como en el Capítulo V del Título Décimosegundo, cuyo artículo 315 establecía lo siguiente: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que para ocultar su deshonra, prive de la vida a su hijo, dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento".

Como se ve, en el proyecto ya se excluye de la reglamentación anterior al infanticidio llamado 'genérico', lo que de alguna forma representa un avance jurídico, pues la figura se circunscribe solamente a la madre como sujeto pasivo y no se extiende a los demás ascendientes; pero la penalidad para el infanticidio 'honoris causa', que es al que se refiere dicha disposición, queda igual, con lo que no estamos aún entramente conformes, pero en fin, ya presenta otro enfoque más avanzado jurídicamente hablando.

Posterior al proyecto antes mencionado se elaboró - otro en el año de 1958 por parte de la Comisión de Estudios de la Procuraduría General de la República, comisión que estuvo

integrada por los señores Celestino Porte Petit, Francisco Pa
vón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Gevea.
En el artículo 239 de este nuevo Proyecto se reglamentó el in
fanticidio 'honoris causa' con la única innovación que dentro
del ámbito temporal agrega: "...en el momento de su nacimiento",
conservando además el de setenta y dos horas.

Con el propósito de elaborar un código penal tipo " para toda la República, en el año de 1963 se integró una vez más una comisión, la cual estuvo formada por los señores Celestino Porte Petit (quien intervino en todos los proyectos), - Luis Fernández Deblado, Luis Porte Petit Moreno y Olga Islas de González Mariscal. Esta comisión fue presidida por Fernando Román Lugo, entonces Procurador de Justicia del Distrito - Federal, y se integró en base a la resolución número 52 del Segundo Congreso de Procuradores de Justicia, que tuvo lugar en la ciudad de México. El proyecto de 'código tipo', en su artículo 283, correspondiente al Capítulo VI del Título Primero de su Sección Quinta, regulaba el infanticidio en los siguientes términos: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos, a la madre que, para ocultar su deshonra, prive de la vida a su hijo en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes".

En esencia, los tres proyectos de Código Penal dan el mismo tratamiento al infanticidio, por lo que podemos afir

mar que lo único que cambió respecto de uno y otros, fue la redacción; pero sí es digno de mencionar el hecho de que excluyan el mal llamado infanticidio 'genérico', lo cual, como ya dijimos, representa cierto avance técnico jurídico. Desafortunadamente ninguno de estos proyectos llegó a tener vigencia.

E) CRITICA AL LEGISLADOR.

En el prólogo de su meritoria obra, México Tierra de Volcanes, Joseph H. L. Schlarman nos narra una simpática anecdota ocurrida en el siglo pasado: un rico hacendado de nombre Tomás Gillow, de origen inglés, vino a radicar a nuestro país. Dentro de sus grandes propiedades figuró la Hacienda de Chautla, ubicada por el rumbo de Puebla. Cuando murió, su hijo Gregorio Eulogio Gillow se encargó de la administración de sus bienes. En sus grandes viajes por el mundo, éste, atraído por la moderna maquinaria agrícola que veía y con el propósito de introducirla en la hacienda, compró una desgranadora que por esos años había ganado una medalla de oro en una Exposición Mundial efectuada en Filadelfia y la llevó a Chautla. Un gentío se apiñó para verla trabajar, mas a pesar de repetidos intentos no funcionó, ante el desencanto de todos, por lo cual la desgranadora se arrumbó en una bodega.

Un buen día el señor Gillow recibió la visita, en su hacienda, de cerca de ochenta turistas, entre los cuales se encontraba un fabricante de desgranadoras. El industrial no se explicaba por qué en ese lugar no se utilizaba la maquina que la finca poseía. Ante esta duda se le informó que no operaba. En estas circunstancias nuestro personaje pasó del dicho al hecho: cambió su traje ordinario por uno de mecánico, revisó y, durante varias horas, trató infructuosamente de reparar

la máquina. Finalmente se supo la causa de que no sirviera: sencillamente, el grano que se producía en México era mas grueso que el que se daba en los Estados Unidos y por esto no pasaba por los rodillos.

El señor Gillow dio entonces una lección a todos los turistas americanos que creen poder juzgar a México por los modelos de Norteamérica. Les sentenció: "Caballeros, no todo lo que sirve en Estados Unidos da resultado en México. Yo regalaré esta desgranadora al Smithsonian Institute, con tal que ustedes pongan sobre la máquina un rótulo que diga en grandes caracteres: ESTA MAQUINA, PREMIADA CON MEDALLA DE ORO EN LA EXPOSICION DE PILADELPIA, RESULTA ENTERAMENTE INUTIL PARA MEXICO". (10)

Lo anterior viene a colación porque, como hemos visto, el infanticidio como figura privilegiada de homicidio ha sido adoptado en las distintas legislaciones, no sólo de nuestro país, sino del mundo entero, por mera copia, sin que exista un fundamento realmente fuerte. Así tenemos, por ejemplo, que en la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal de 1871, J. Almaraz manifiesta que éste es transcripción casi textual del Código español de 1870, aún hasta sus faltas gra

(10) SCHLARMAN, JOSEPH H. L. México Tierra de Volcanes. Página XII. Editorial Porrúa, S. A. México, 1969.

maticales; a su vez éste fue una adaptación del promulgado en 1848, que también fue copia del Código Penal brasileño del año de 1871. Y así nos la podríamos seguir en sentido contrario, pues nuestro Código Penal que entró en vigencia después, o sea el de 1929, en esencia le da el mismo tratamiento al infanticidio que el de 1871; y lo mismo se podría decir del vigente. Entences ¿cuál es la función del legislador? ¿Copiar a otros países, aún con errores? No; no podemos aceptarlo, pues como afirma también Carlos de María y Campos: "No todo lo que sirve en los Estados Unidos (o en cualquier otro país) sirve en México. México es México". (11)

Un funcionario, al que hace tiempo traté, me comunicó que había intervenido en la elaboración de una legislación en materia fiscal de un Estado del sureste de la República. A mí, a pesar de mi poca experiencia jurídica, se me hacía difícil aceptar que esta persona, por su comprobada medianía intellectual que lindaba con la ignorancia, fuera capaz de proyectar una ley. Durante algún tiempo tuve la duda de su participación. Sin embargo, si tomamos en cuenta que a veces la redacción de un proyecto legal se reduce simplemente a vaciar el contenido de otro documento de la misma índole, creo ya posible que el funcionario de referencia si haya colaborado. Esta persona también pudo basarse en un código de cualquier otro -

(11) Ibid. Página VI.

Estado o bien del Distrito Federal, cambiar en los artículos el nombre del estado correspondiente y **l i s t o** !

El doctor Jorge Carpizo señala que en nuestro país realmente el Presidente de la República es quien envía a las Cámaras la gran mayoría de las iniciativas de ley, las cuales en muchas ocasiones se aprueban sin mayor discusión. Afirma: "En 1935, 1937 y 1941, todos los proyectos de ley enviados por el ejecutivo fueron aprobados por unanimidad en la Cámara de Diputados. En 1943, fue aprobado por unanimidad el 92% de los proyectos; en 1947, el 74%; en 1949, el 77%; en 1953, el 59%; en 1955, el 62%, y en 1959, el 95%..." (12) En los últimos años, a pesar de que se ha permitido una mayor participación de los partidos de oposición, la situación no ha variado gran cosa. Uno de los diputados de la oposición de la pasada Legislatura, de limpia y brillante trayectoria, me hizo saber que la Ley de Responsabilidades para Funcionarios y Servidores Públicos vigente, fue aprobada por la Cámara de Diputados, por mayoría, el 28 de diciembre de 1982, como a las once del día; y a cada uno de los diputados les habían entregado el ejemplar del proyecto, para su estudio y análisis, unas catorce o trece horas antes, es decir, como a las diez de la noche, en la sesión del día anterior.

(12) CARPIZO, JORGE. El Presidencialismo en México. Página 84. Siglo Veintiuno Editores. México, 1979.

Entonces, ¿qué hace la Cámara de Diputados? Teóricamente tiene entre sus funciones principales, como lo señala Peter H. Smith, la de proporcionar una especie de ratificación a la estructura del poder y a las decisiones que de ella emanan; la de sancionar los actos del Ejecutivo que adquieren la categoría de leyes; y la de proporcionar un vínculo de comunicación entre el pueblo y el gobierno. Desgraciadamente en la práctica es distinto, pues desempeña un papel totalmente pasivo en el proceso legislativo de nuestro país.

El autor antes mencionado señala que además de "desempeñar funciones de esta índole, la Cámara de Diputados también es una fuente importante de espadrinamiento político. Una curul en el Congreso significa un ingreso nada despreciable, prestigio, emolumentos, y la oportunidad de lanzarse en otras empresas lucrativas..." Y refiriéndose a la Cámara de Senadores, agrega: "Al igual que la Cámara de Diputados, su impacto sobre el proceso legislativo es mínimo. Apoya la legitimidad del sistema, pero no a través de la incorporación de miembros de la oposición..." (11)

Todo lo anterior nos lleva al convencimiento de que el infanticidio, como cualquier otro delito y aún más cual

(13) SMITH, PETER H. Los Laberintos del Poder. El Reclutamiento de las Elites Políticas en México, 1900-1971. Páginas 260 a 262. El Colegio de México. 1981.

quier otra ley, no han sido bien analizados por parte del legislativo; sólo así se explica por qué la inmensa mayoría de los Códigos Penales de los Estados de la República copian textualmente el contenido de los artículos del 225 al 328 del Código Penal para el Distrito Federal. Y en verdad que esto es lamentable y decepcionante para aquellos que creíamos que el derecho era el instrumento para resolver los problemas que tenemos en el país.

IV. ¿DEBE CONSIDERARSE AL INFANTICIDIO COMO UN HOMICIDIO PRIVILEGIADO?

Conforme al artículo 302 del Código Penal vigente para el Distrito Federal "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

Por su parte, el artículo 307 del propio ordenamiento dispone: "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión". Y luego el 320 establece: "Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de veinte a cuarenta años de prisión". Y ya anteriormente el artículo 315 establece que para que se considere como calificado debe existir, por parte del agente, premeditación, ventaja, alevosía o traición.

Nos interesa sobre todo analizar el homicidio calificado porque, a nuestro modo de ver, el infanticidio, aún el 'honoris causa', bien podría encuadrarse en este tipo; y es interesante observar la diferencia con que se sanciona una y otra figuras. Veamos, pues, estas circunstancias.

a) Premeditación. No existe unanimidad sobre el fundamento de esta calificativa. En lenguaje ordinario significa pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla. De acuerdo con el propio artículo 315, hay premeditación cuando se cau

sa intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que se va a cometer.

Para aclarar el concepto real de premeditación se han formulado diversas teorías en dos grandes grupos, que son: 1) aquéllas en que se destaca su raíz subjetiva, como son la psicológica o de frialdad de ánimo; la ideológica o de reflexión y la de motivación depravada. Y 2) las que se fundan en bases estrictamente objetivas, entre las que se encuentran la cronológica y la de disminuida defensa. Veamos brevemente cada una de ellas.

En las del primer grupo empezaremos por la teoría psicológica o de la frialdad, que de acuerdo con Carrara y Carnignani, se caracteriza por el ánimo frío y tranquilo, estado de calma del espíritu, que revela en el sujeto una mayor capacidad criminógena; la teoría ideológica o de reflexión, según la cual el homicidio es premeditado cuando el agente lo ejecuta previa una decisión perfectamente deliberada, en la que recapacita, pesa y planea el delito que va a cometer; y la teoría de la motivación depravada, que sostiene que la depravación es requisito mismo de la premeditación.

En las del grupo segundo, tenemos la teoría cronológica, que sostiene que entre la decisión de cometer el delito y su ejecución debe haber un intervalo de tiempo más o me

nos largo, ya que si la intención de cometer el delito no es firme, la intención se desvanece; y la teoría de la disminuida defensa, en la que se sostiene que la premeditación agrava el delito porque al sujeto pasivo le es más difícil defenderse del individuo que premedita la agresión. A nuestro modo de ver esta teoría le queda a la medida a la premeditación que existe o se da en el infanticidio, aunque para Jiménez Huerta la que más se acerca a la definición que da el artículo 315, es la teoría ideológica o de la reflexión.

b) La alevosía. El artículo 318 establece: "La alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

Teóricamente, alevosía significa cautela para asegurar la comisión de un delito contra alguien, sin riesgo del delincuente. Jiménez Huerta considera que en la alevosía existen los mismos elementos conceptuales que integran la conducta, es decir, que hay un elemento interno y otro externo: el primero, como en todo comportamiento humano, es la voluntad; y el elemento externo alude a que no es una circunstancia de pura existencia subjetiva, sino que debe manifestarse hacia el exterior, y esas manifestaciones están expresadas en el precepto antes transcrito, como son la sorpresa, la asechanza y el empleo de cualquier medio que también impida la defensa.

c) La traición. El artículo 319 del Código Penal es tablece: "Se dice que obra a traición: el que no solamente em plea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente haya prometido a su víctima, o a la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza."

De este precepto se desprende que el aspecto esen cial de la traición y que la exterioriza es el quebrantamien to de la lealtad o de la fe debidas. Y en mi opinión, en el in fanticidio sí se da esa calificativa y así lo expresa claramente la última parte del artículo antes transcrito. Afirma Jiménez Huerta que cuando no hay entre la víctima y el agente un vínculo personal de "fe o seguridad", no se daría el homi cidio a traición, lo cual es discutible; de todas formas esta característica en todo caso sí se daría en el infanticidio, por la relación de parentesco que existe entre el recién nacido a quien se da muerte y el sujeto activo.

d) La ventaja. Esta calificativa no la tratan las legislaciones de otros países; es genuina del derecho penal me xicano. Gramaticalmente la palabra ventaja quiere decir o sig nifica superioridad de una persona respecto de otra; y jurídi camente es el estado de invulnerabilidad en que actúa el agen te.

El artículo 316 del mismo ordenamiento determina los casos en que se considera que hay ventaja: I. Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se encuentra armado; II. Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de las mismas o por el número de los que lo acompañan; III. Cuando se vale de un medio que debilite la defensa del ofendido; y IV. Cuando este se halle inerte o caído y aquél armado o de pie.

Jiménez Huerta manifiesta que en la primera hipótesis hay ventaja muscular; en la segunda, se precisan dos casos de ventaja; la tercera fracción se refiere a la ventaja en los medios comisivos; y la última fracción, se refiere a otros casos muy especiales de ventaja.

Aquí hay una contradicción en la ley, puesto que, de acuerdo con estas fracciones, no siempre se presupone invulnrabilidad para el agente, ya que en el caso, por ejemplo, de la fracción I, que se refiere a la hipótesis de ventaja muscular, puede ser que sea menos hábil que la supuesta víctima; pero lo que sí es cierto es que en el infanticidio sí se daría tal ventaja.

B) COMPARACION DEL HOMICIDIO CON EL INFANTICIDIO

Como lo asentamos al principio del capítulo anterior, conforme al artículo 302 del Código Penal vigente para el Distrito Federal "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

Partiendo de este precepto, el infanticidio encuadra perfectamente en este tipo, pero vamos a suponer que efectivamente éste contenga condiciones o circunstancias especialísimas que lo convierten en un homicidio privilegiado; pero, ¿por qué tanta diferencia en cuanto a la penalidad asignada a cada uno de ellos?

En efecto, la penalidad que le corresponde a un homicidio simple es de ocho a veinte años de prisión (artículo 308); y a un homicidio calificado de veinte a cuarenta años. Y no es necesario hacer un estudio muy exhaustivo del tema para darnos cuenta que aún suponiendo que el infanticidio no llegare a ser un homicidio calificado, estrictamente hablando, - ciertamente presenta aspectos más graves que un homicidio simple, y la pena que se aplica al infanticidio es mucho, pero mucho menor que la de aquél. Y no queremos decir con esto que consideramos que sea poco el castigo para la infanticida, si no que es mucha la diferencia que existe entre los dos delitos. En otras legislaciones, incluso de nuestro país, se inclu

ye al infanticidio dentro del título de Parricidio, que ciertamente resulta mas aceptable; así tenemos el caso del Código Penal del Estado de México (artículo 240), aunque sigue considerando los motivos de honor como atenuación de la pena en la muerte del recién nacido. (Artículo 241.)

En el Código Penal para el Distrito Federal vigente se estableció la penalidad para el parricidio, que es de trece a cuarenta años de prisión; y aún en el aborto, cuando media re violencia, se fija una penalidad de seis a ocho años de prisión. Es decir, que en algunos casos hasta el aborto se castiga con más rigor que el infanticidio.

Consideremos ahora qué calificativas de las que vimos en el punto anterior se presentan en el infanticidio.

a) Premeditación. El artículo 315, como ya vimos, establece que hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

Está muy claro este concepto y encuadra perfectamente en él el infanticidio, aún el 'honoris causa', a pesar de que eminentes tratadistas afirmen lo contrario, como Francisco Carrara, que opina lo siguiente: "... quienes advierten - que como el odio es la pasión constitutiva de la premeditación por esto, al no poder un niño recién nacido ser objeto de odio,

con mejor lógica debe concluirse que hay que presumir el infanticidio premeditado". (14) En nuestra modesta opinión es al contrario: al no poder un niño recién nacido darles causa de odio a sus padres, su muerte debe considerarse como premeditada.

b) La alevosía. Como apuntamos ésta consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer. ¿Un recién nacido podría defenderse en alguna forma? Ciertamente no. O sea que también en este delito se puede dar esta calificativa y de hecho se da. Algunos autores dirán que no, porque esta figura se considera especial y no hay por qué hablar de alevosía cuando se trata de un menor de setenta y dos horas de nacido. Para este argumento yo tomo como respuesta otro de Francisco Carrara, por cierto gran simpatizador del infanticidio, quien recalca: "... el vínculo de sangre entre la madre y el niño nacido hace dos horas, es perfectamente igual al que existe entre la madre y el niño nacido hace dos meses". (15)

c) Traición. El artículo 319 del Código Penal deter

(14) CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen I. Página 277. Editorial Tomis Bogotá. Colombia, 1973.

(15) Ibid. Página 268.

mina: "Se dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentes co..." La última parte de este precepto puede también ser perfectamente aplicable al infanticidio, en lo que se refiere a la fe o seguridad tácita por la relación de parentesco entre la infanticida y la víctima, aún cuando se trate del "honoris causa".

d) Ventaja. No cabe repetir lo relativo a esta calificativa que vimos en el inciso anterior (artículo 316), pero a nuestro juicio en el infanticidio sería donde mejor se aplicaría esta calificativa, ya que no puede haber ser más indefenso que un recién nacido.

En estas condiciones resulta despreciable y contrario al sentido común la gran diferencia que existe en lo que respecta a la penalidad que se asigna a cada uno de estos delitos: en el homicidio calificado de veinte a cuarenta años y en el infanticidio llamado 'genérico', de seis a diez años de prisión; y en el 'honoris causa', de tres a cinco años de prisión. En realidad no hay una explicación a esto.

Aún más: como el infanticidio es una figura privilegiada de homicidio, las calificativas no se dan en él, según

eso porque el sujeto pasivo es un niño menor de setenta y dos horas de edad. ¿Que pasaría entonces si la víctima ya tuviera ochenta y seis horas de nacido? Así sí se podrían dar las calificativas, ¿verdad? Qué sencillo, pues así ya estaríamos en presencia de un homicidio calificado. ¡Qué gran lógica! ¿No es esto absurdo?

Por último, cabe hacer un pequeño comentario sobre si existe o no el infanticidio culposo.

Es prácticamente unánime la doctrina en el sentido de excluir el infanticidio culposo; y la razón que presentan es que, al requerir el tipo el propósito de ocultar la deshonra, impide la forma de imprudencia. Afirma Jiménez Huerta que en todo caso, la muerte imprudencial del infante configuraría un homicidio culposo, al que correspondería la pena a que se refiere el artículo 60 del Código Penal, lo cual presenta una nueva y grave contradicción, como lo demostraremos en el inciso D) del presente capítulo.

C) LOS MEDIOS COMISIVOS Y LA PARTICIPACION.

Ambrosio Tardieu señala que en pocos delitos se ve tanta crueldad como la empleada en el infanticidio. Y al respecto me permito transcribir el tercer párrafo del artículo - 315 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, que es tablece: "Se presumirá que existe premeditación cuando las le siones o el homicidio se cometan por... tormento, motivos de pravados o brutal ferocidad".

Se han destacado como causas de muerte del recién nacido: a) la falta de vitalidad que origina la muerte poco después del alumbramiento; b) parto precipitado, que encuentra sus causas más frecuentes en golpes sufridos por el infante, ahogamiento o por toxicidad de aire; c) las hemorragias que pueden presentarse por rotura del cordón umbilical o falta de liga, entre otras.

Hasta aquí suenan más o menos suaves las formas más comunes de muerte del recién nacido, pero en cuanto a los me dios comisivos da hasta escalofrío. Tardieu nos señala los más usuales, como son: sofocación, oclusión violenta de las vías aereas, compresión de las paredes del pecho y del vien tre, secuestación en un espacio confinado, fractura de crá neo, estrangulación, inmersión en letrinas, sumersión, mutilaciones, combustión, hemorragia umbilical, envenenamiento, etc.

¿No se presentó acaso en este delito la "brutal ferocidad" a que se refiere el precepto al principio transcrito? Nos permitimos insistir en ello porque no es concebible que se le otorgue en las legislaciones de todo el mundo una pena tan atenuada. Aún los tratadistas más prestigiados, entre los que debo mencionar a Carrara, se refieren a la muerte del infante como de menos importancia o gravedad que la muerte de un adulto, y tal vez hasta inconscientemente, absorbidos por la propia evolución que ha tenido este delito.

Tardieu manifiesta que en Francia, a fines del siglo pasado, se dieron muchos casos de infanticidio, en que la madre, con cómplices o sin ellos, mutilaba el cuerpo de su hijo recién nacido y arrojaba los restos a las letrinas. Al respecto muchos autores (¡y vuelven a justificar!) manifiestan que estas actitudes, que por supuesto repugnan, no las hace la madre o el agente por brutal ferocidad, sino "para ocultar la deshonra", haciendo desaparecer todo rastro del delito. ¿Cómo la ven?

Desgraciadamente esta brutalidad no parece conmover gran cosa a legisladores y tratadistas. Tan es así que el ánimo general es extender los beneficios de la atenuación de esta figura a todo mundo, aún hasta a las mujeres casadas. Entre los que así opinan, como siempre, se encuentra Carrara, que afirma que "Puede suceder que una mujer casada, después de ha

ber sido fecundada ilegítimamente en ausencia de su esposo, ha biendo dado a luz, le haya piadosa y ocultamente prodigado al niño, por algunos días, cuidados maternos, con la esperanza - de que el esposo no regresaría tan pronto y aguardando una o casión propicia para enviar a la criatura a un establecimiento público; pero he aquí que de improviso se le anuncia el re greso anticipado del celoso marido, que ya se acerca al hogar, entonces la mujer, sintiéndose perdida, en la desesperación y terror del momento destruye el testimonio de su culpa". (16) Sosteniendo el mismo criterio de Carrara, podríamos exclamar: "¡Pobre mujer! No esperaba al desconsiderado de su marido". O sea que con esta posición, aunque la mujer hubiera mutilado a su pequeño hijo y tratara de esconderlo, el hecho sería infan ticidio, pues lo hizo "para ocultar su deshonra". ¡Qué fácil!

Seguramente en la práctica frecuentemente se habrán tipificado como infanticidios hechos que en realidad debieran ser sin más homicidios. Al respecto Tardieu afirma que "... no puede ser atenuante los arrebatos de una mujer, ni por sus sen timientos de conmiseración que despiertan unas muchachas se ducidas, a quienes el abandono condujeron al crimen". (17)

(16) CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Págs. 292 y 293. Editorial Temis Bogotá. 1973.

(17) TARDIEU, AMBROSIO. Estudio Médico Legal sobre el Infan ticidio. Barcelona, 1883.

En cuanto a la participación de terceros en el infanticidio, ciertamente que para ellos será aplicable la pena del homicidio y en este aspecto no hay duda, pero cuando los terceros son simples partícipes en el infanticidio ejecutado por los ascendientes del recién nacido, de acuerdo con el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, en relación con el 51 y el 56, se les deberá aplicar las penas atenuantes del infanticidio genérico, lo cual no nos parece justo, pues en ocasiones la participación es tan grave que debería aplicarse sanciones mayores.

El artículo 328 del propio ordenamiento establece: "Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que les correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión".

Jiménez Huerta considera que en este caso el partícipe debe ser sancionado conforme al artículo 56, punto 2º, que se refiere a la aplicación de las sanciones tomando en cuenta la edad, la educación y las costumbres del sujeto, entre otras, pero luego añade que "es evidente que debe ser sancionado con mayor benignidad quien participa en el hecho con el designio de auxiliar al sujeto activo primario a salvar el honor, que quien lo hace por recompensa, dada o prometida o

cualquier otra motivación bastarda". (18) Y yo agregaría: ¿Qué la muerte de un niño indefenso no es una motivación bastarda? En verdad que no entiendo cómo en un principio este autor manifestó que los casos a que se refiere el artículo 328 deben castigarse conforme al numeral 2º del artículo 56 mencionado, que sería con más severidad, y luego sugiere más benignidad (en fin el muerto es un recién nacido) hacia los responsables. Creo que la mayoría de tratadistas están inconscientemente contagiados de las opiniones de algunos autores prestigiados y han considerado al recién nacido como de poca importancia.

Maggiore considera que la benignidad de la Ley no tiene por qué extenderse hacia los participes extraños, si no que deberían responder de homicidio, puesto que la causal del honor no tiene razón de ser para un extraño (y yo sostengo que ni para el pariente), pues el que mata a un infante generalmente lo hace por intereses pecuniarios.

Para Cuello Calón no hay duda en cuanto a la participación. Afirma que "Los que en concepto de autores o cómplices, con excepción de la madre o de los abuelos maternos de la víctima, serán responsables de un parricidio, si son el padre o abuelos paternos, o de un asesinato si fueren otras per

(18) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana. Página - 183. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

sonas las culpables". (19) Este comentario es, por supuesto, en base al Código Español, pero su posición, no obstante, nos es de utilidad y estamos de acuerdo con él.

En conclusión, podemos afirmar que el contenido del artículo 328 propicia graves contradicciones legales, según - lo veremos en el siguiente punto.

(19) CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Pág. 521. BOSCH, Casa Editorial. Barcelona, España.

D) CONTRADICCIONES LEGALES.

J. Ramón Palacios Vargas considera que por "la poca fortuna con que fueron redactados los artículos 325, 326 y 327 del Código Penal, da origen a la creación de figuras privilegiadas sin asidero en doctrina alguna, en precedentes legislativos; y como en realidad carecen de lo que ha sido y es propio del infanticidio, 'la causa', acontece que, en forma absurda, circunstancias objetivas atenúan la sanción, independientemente de las calificantes que pudieran existir". (20)

Efectivamente, no existe antecedente de ninguna especie del infanticidio 'genérico' a que alude el artículo 325 mencionado y al que Porte Petit denomina infanticidio sin móviles de honor, que no menciona realmente móvil ni motivación algunos, a pesar de que muchos juristas insisten en que se encuentra implícito en el texto del precepto comentado, con lo que, por supuesto, no estamos de acuerdo. Creemos que este tipo de infanticidio fue adoptado por nuestra legislación por una mala interpretación del sistema francés, que tampoco expresa motivación o móvil alguno en su legislación para este delito, pero consideramos que éste lo separó del homicidio común con el ánimo de proteger la vida de un recién nacido, que

(20) PALACIOS VARGAS, J. RAMON. Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Página 83. Editorial Trillas. México, 1978.

obviamente es un ser más indefenso que un adulto, ya que le o torgó al infanticidio penas aún más severas que las del homici di o; y en cambio en nuestra legislación se interpretó com pletamente al contrario: atenuar la pena.

El hecho de que lo dispuesto en el artículo 325 an tes citado no tenga propiamente un fundamento jurídico, nece sariamente acarrea confusiones, lagunas y contradicciones. Vea mos.

En cuanto a la temporalidad, o sea la edad del suje to pasivo, la ley señala que para que se configure el infantici di o éste debe tener menos de setenta y dos horas de edad, es decir, tres días de vida. Pero ahora yo pregunto: ¿qué pas a ría si en el momento de la muerte del infante éste tiene ya - cuatro días de nacido? Técnicamente no hay problema y la res puesta es simple: ¡HOMICIDIO! Pero, ¿qué diferencia hay entre un niño de tres días de nacido y uno de cuatro? Ninguna. Esto demuestra que nuestra legislación se metió en 'honduras' al adoptar esta figura.

Por otra parte, ¿por qué se hacen extensivos los be neficios de la atenuación de la pena a otros ascendientes dis tintos de la madre? No debe ser así, pues el honor, aún más para efectos legales, debe ser personalísimo e intransmisible a otras personas.

En este punto, el Código Argentino si está peor pues hace extensivo el beneficio de la atenuación en este delito, además de la madre, a los padres, hermanos, marido e hijos. Esto me trae a la memoria que el suegro de un amigo tiene como anhelo máximo tener una casa muy grande para que en ella puedan vivir todas sus hijas (casadas o no), sus yernos, sus nietos, etc. Sí. Quiere una familia muy 'unida'. Así esta legislación, al igual que la nuestra, aunque en menor grado, hace extensivo el móvil de 'ocultar la deshonra' de la madre a otros familiares, lo cual considero un gran error. Afortunadamente en nuestro país ya varios Códigos Penales Estatales - han excluido esta fórmula; y sólo falta que el del Distrito - Federal también lo excluya.

Por otra parte, en lo que se refiere al infanticidio 'honoris causa', que aún atenúa más la pena, el artículo 327 establece como condiciones, entre otras, "IV. Que el infante sea ilegítimo". Esta fracción ha dado pie a que varios autores consideren que, en base a la misma, también la mujer casada pueda ser beneficiada por la atenuación, lo cual constituye una aberración. En este caso es más afortunado el Código Penal de Puebla, que excluye el contenido de esa fracción y lo substituye por la siguiente: "IV. Que no sea hijo nacido de matrimonio".

En otro punto, varios autores consideran que no pue

de configurarse en ningún caso el infanticidio culposo. Jiménez Huerta afirma que la muerte del infante, en forma imprudencial es un homicidio culposo, con lo que estamos completamente de acuerdo. El problema radica en que en este caso se aplicaría el artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal, que en su parte inicial establece: "Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años"; y por otra parte, la pena para el infanticidio 'honoris causa' que se considera doloso, es de tres a cinco años de prisión, o sea que en ambos delitos la pena máxima es de cinco años. - ¿Cómo es posible que se castigue casi igual? En efecto, si se configura como infanticidio, en el que hay dolo, la pena máxima es de cinco años; y si se configura como homicidio imprudencial, en el que no hay dolo, también la pena máxima es de cinco años. O sea que en ambos casos para el agente es igual actuar con dolo o sin él, en fin que la pena es la misma. ¿Verdad que es absurdo?

Volviendo con la participación de los 'ascendientes consanguíneos' a que se refiere el artículo 325 del Código Penal mencionado, resulta curioso que la doctrina considere sólo lo, además de la madre, a los abuelos maternos y nadie discute tal posición. Este término es claro y no hay razón, por lo menos aparente de acuerdo con el texto mismo del precepto, a excluir al padre de la víctima y a los abuelos paternos. Con esto no queremos decir que queramos extender los beneficios de

la atenuación de la pena a otros familiares, ya que hemos ma
nifestado nuestra desaprobación al respecto, pero sí conside
ramos que el alcance del texto a eso se presta, por lo que de
bería corregirse la redacción para no propiciar más confusio
nes.

En otro punto, relativo a si se puede dar el infan
ticidio culposo, varios autores, entre los que se encuentra Pa
vón Vasconcelos, rechazan la idea que se pueda dar, debido a
que de ordinario se estructura esta figura delictiva en base
al 'móvil del honor'. Y nosotros consideramos que este argu
mento resulta débil cuando nos referimos al infanticidio 'sin
móviles de honor', como lo llama Porte Petit, en el que no se
menciona motivación ni móvil alguno, como su nombre lo indica.

Otra confusión origina la figura del infanticidio
en lo relativo a la participación de terceros en su ejecución.
¿En qué delito incurrirán los partícipes, no ascendientes, en
este delito? Jiménez Huerta asienta que en la realización tí
pica descrita en el artículo 325, son partícipes de infantici
dio, lo cual en sí es una contradicción, pues el texto mismo
del precepto a que hacemos referencia excluye de la figura a
quienes no son 'ascendientes' de la víctima y, en consecuencia,

quien participa sin ser ascendiente no puede encuadrar en el tipo. Sin embargo no fácilmente podríamos afirmar que sería - un homicidio, pues como señala José María Devsa, "...El que - induce a un infanticidio no puede responder como inductor de un homicidio, por la sencilla razón de que no se ha cometido homicidio alguno..." (21)

Otro problema radica en lo que dispone el artículo 328 del ordenamiento, que dispone: "Si en el infanticidio to mare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, a además de las penas privativas de la libertad que le correspondan, se le suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión". Al respecto, como ya lo mencionamos, Jiménez Huer^{ta} opina que se debe castigar al partícipe en base al numeral 2º del artículo 56 del propio Código, pero debe aplicársele - más benignidad si obró con el propósito de salvar el honor de la madre. Aquí insistimos: esos partícipes ¿lo son de infanticidio o de homicidio? No pueden ser del primero porque el ti po mismo los excluye; y si son partícipes de homicidio ¿por qué se pide mayor benignidad en base al 'móvil del honor' de la madre, si no estamos en presencia de infanticidio?

(21) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVSA. Derecho Penal Español. Parte Especial. Página 60. Madrid, 1975.

V.- EL INFANTICIDIO "HONORIS CAUSA".

A) CARACTERISTICAS DE ESTA FIGURA.

El artículo 327 del Código Penal sentencia: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya ocultado el embarazo; III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y IV. Que el infante no sea legítimo".

Ciertamente el legislador, en el texto anterior, no menciona expresamente el móvil del honor, aunque muchos autores consideran que viene implícito en el texto mismo al analizar las circunstancias que se relacionan, lo cual creemos que es muy discutible. En fin, suponiendo que así fuera, de todas formas estas circunstancias provocan obscuridad en sus conceptos mismos.

I. Que no tenga mala fama. Este requisito se refiere exclusivamente al aspecto sexual: que la conducta sexual de la mujer no sea reprobable. Si la madre se dedica a la 'vida alegre', obviamente que ni ella ni sus ascendientes pueden invocar el móvil mencionado. Sin embargo, sí puede invocarse, incluso si la mujer tuviese antecedentes penales, por

ejemplo por un delito contra la propiedad, toda vez que la mala conducta sexual es lo único legalmente imputable, aunque el concepto de honor no quede muy claro.

II. Que haya ocultado su embarazo. Este requisito, como ya lo vimos, es muy relativo, ya que en nuestra opinión es difícil que una mujer pueda ocultar su embarazo a partir de los cinco meses en adelante, por lo que resulta muy discutible la opinión de Jiménez Huerta en el sentido de que si la mujer exhibe su embarazo pone de manifiesto que su estado no lo considera como un deshonor y que, por tanto, no puede salvar un valor moral que, según él, con anterioridad ya había desaparecido. Para este autor, entonces, el hecho de ocultar un embarazo ¿es un valor moral? La mujer, aún en el caso de querer ocultar su embarazo necesariamente tendrá que hacer vida social, aunque cambie de domicilio y, consecuentemente, su embarazo será conocido o visto por algunas personas ajenas a su familia. Así, consideramos que se podrá ocultar un fallo, pero no un embarazo. ¿A qué exhibición se referirá entonces el autor mencionado? A menos que la madre exhibiera su embarazo con pancartas y globos. En tales condiciones, es indiscutible que queda confusa la interpretación de este requisito.

III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil. Con respecto a la primera parte de este requisito, estamos completamente de

acuerdo, pues es evidente que si el nacimiento se hizo público, ya no se podría alegar el móvil del honor, más el de la inscripción en el Registro Civil me parece inadecuado y fuera de lugar, puesto que la inmensa mayoría de los mexicanos se registró después, pero mucho después de las setenta y dos horas de nacidos a que se refiere el tipo. Casi puedo asegurar que de los aproximadamente cien millones de mexicanos que actualmente somos, ni siquiera dos fueron registrados antes de ese término. Equivaldría, y no es exageración, a establecer : "...que el nacimiento fuere oculto y que no se haya retratado con Santa Claus".

IV. Que el infante no sea legítimo. "La fundamentación de esta exigencia -advierde Jiménez Huerta- está insita en la intuición jurídica, pues es obvio que no hay culturalmente deshonor en el advenimiento de la prole legítima". (22) Y luego afirma el propio autor que en base a esta circunstancia es evidente que la mujer casada puede también ultimar a su hijo recién nacido con el fin de "ocultar su deshonor", si ese hijo es producto de una relación ilícita. Y técnicamente sí encuadra el caso que se menciona, pero moralmente no, y aquí es donde la ley debe ser más precisa. La adúltera que, para ocultar su deshonor mata a su hijo recién nacido, zen ver

(22) JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana. Editorial Porrúa, S. A. Página 173. México, 1979.

dad será muy honorable? Yo creo que no lo es, al menos en es te aspecto no.

Por lo Petit afirma que en el infanticidio 'honoris causa' se requiere la existencia del dolo genérico, que es el deseo de privar de la vida al recién nacido; y un doble dolo específico: una determinada dirección de la voluntad (la muer te del descendiente) y la existencia de motivos particulares, como lo es el móvil del honor.

En base a lo anterior, el mismo autor concluye que no habrá infanticidio en los siguientes casos: a) cuando la ma dre dé muerte a su hijo por un móvil que no sea el honor; b) cuando, a pesar de haber móvil del honor, lo haga después de las setenta y dos horas de nacido; c) cuando cualquier otro ascendiente mate a su descendiente, aún dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento; d) cuando cualquier otro ascen diente mate al recién nacido después de las setenta y dos ho ras; y e) cuando cualquier otro pariente distinto de los seña lados dé muerte al infante, dentro o fuera del término mencio nado.

En lo que se refiere al primer inciso, me permito manifestar que, sin estar de acuerdo en que se adopten, exis ten otros móviles que en determinadas circunstancias se po drían considerar para atenuar la pena en la muerte del recién

nacido, ya que aunque ciertamente el móvil de 'ocultar la des honra' trae al agente aflicción, desesperación, angustia y vergüenza, igualmente es cierto que en ocasiones otros móvi les acarrear también estos sentimientos, como es el caso de la extrema miseria de la madre que da a luz, o la prole numerosa o el móvil de piedad, cuando, por tener características de monstruo, los padres dan muerte a un hijo recién nacido. Con sideramos que estos móviles son todavía más fuertes que el de 'ocultar la deshonra' y en cambio nuestra legislación no los contempla; y con esto no quiero decir que es nuestro deseo - que se adopten, no; por el contrario, deseamos que desaparezca en sí la figura privilegiada de infanticidio.

B) EL MOVIL DEL HONOR.

Es indudable que la razón de ser del infanticidio - es el móvil de 'ocultar la deshonra' de la madre, o sea que el motivo es el honor. Pero, ¿qué es el honor?

Conceptualmente la palabra honor significa cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos; honestidad y recato en las mujeres, etcétera. Y no debemos olvidar que la palabra latina honor es la madre de las castellanas honrar y honra, significando esta última estima y respeto de la dignidad humana; buena opinión y fama, adquiridas por la virtud y el mérito; pudor, honestidad, entre otras. En la Edad Media, el sentido de la honra era exagerada al confundirla, en el hombre, con el valor suicida, y en la mujer, con el recato exagerado y absoluto. Se decía que la mujer casada no sólo debía - ser honrada, sino también parecerlo; pero estos conceptos ya en nuestros días no son tan estrictos. Ahora ese concepto antiguo de honor ha cedido ante el de honradez (calidad de probo; proceder recto, etc.)

En la definición gramatical no hay mucho problema, pero en la acepción a que se refiere la ley en el delito de infanticidio sí que lo hay. Quintano Ripollés afirma que en el infanticidio se tutela "... el valor del honor sexual en su

aspecto externo de proyección en la sociedad, por lo cual lo que cuenta es el ocultamiento de la deshonra, no la deshonra misma, que parece dada ya como consumada". (23)

En base a lo anterior, podemos afirmar que el texto del artículo 327 de ninguna forma revela el ánimo de "ocultar la deshonra" por parte de la madre, pues sólo menciona algunas circunstancias en las que se atenuaría la pena de la infanticida, circunstancias que seguramente se podrían dar aún cuando ésta no pretendiera 'ocultar su deshonra'. Entonces el móvil del honor lo estamos presumiendo, mas es indudable que en el texto mismo de la ley no se encuentra. Esto confirma definitivamente nuestro dicho de que al reglamentar el infanticidio estamos partiendo de vaguedades, pero en fin, aún admitiendo que en el texto de la ley estuviera implícito el móvil citado, el problema sería si es correcto considerar como atenuante el 'ocultamiento de la deshonra', analizando detenidamente los conceptos en un principio descritos.

Para algunos autores, la figura del infanticidio - se justifica por causa del honor, en su expresión de la estimación de la delincuente, de sus cualidades, atributos o conducta privada o pública apegada a la honestidad y castidad.

(23) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Infracciones contra las Personas. Página 454. Editorial Revista de Derecho Privado. - Madrid.

Yo afirmo que puede suceder que la mujer, antes de convertirse en infanticida, puede reunir las más grandes virtudes de castidad, honorabilidad, decencia y demás, pero exteriormente, y en el momento de conocerse el delito esas dejan de tener el valor que les correspondía, es decir, desaparecen. A la ley no debe importarle, aunque si lo podría tomar en consideración durante el proceso, que anterior al hecho delictivo, la delincuente fuera aparentemente intachable. No se le va a sancionar por su comportamiento de ayer, sino por el de hoy. Su conducta pasada no se sanciona, se sanciona la presente. Es muy difícil suponer honor en estos casos. No puede afirmar la infanticida: "Si; si di muerte a mi hijo para ocultar mi des honra, pero yo soy decente, honorable, casta, honesta..."

Muchos autores han defendido, pero bruscamente, al infanticidio por causa de honor. Algunos otros, aunque se han atrevido a condenar esta figura y tacharla de inmoral, ponen como excusa la fragilidad de la mujer para tan atroz delito. Carrara -siempre Carrara- temerariamente los rebate diciendo: "...esta objeción tiene el acostumbrado defecto en que se cae siempre que se le concede a la moral excesivo predominio sobre el derecho punitivo..." (24) A lo que yo replicaría: "Como di cen en mi pueblo: ¿A poco no? ¡Claro que la moral está por en cima del derecho!, pues del interior del hombre nacen todos

(24) CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Página 280. Editorial Temis Bogotá. 1973.

los malos deseos, entre ellos los delitos.

Hay, en cambio, otras opiniones al contrario que me parecen también exageradas. Afirman algunos tratadistas que la joven infanticida no delinque por ocultar su deshonra, pues to que si así fuera no cometería el delito, ya que el hecho de verse inmiscuida en un juicio y hacerse acreedora a una pena, le acarrearía más deshonra que el de su primera falta. En esto también estamos de acuerdo, ya que la infanticida, como en otros delitos, en el momento de cometer el ilícito no piensa en la cárcel ni en la pena que le espera.

Como ya lo apuntamos, y perdón por insistir en ello, muchos autores consideran que el móvil de ocultar la deshonra debe comprender también a las mujeres casadas que cometen infanticidio, lo cual es un contrasentido, pues como ya vimos, del significado gramatical de honor derivan otros muchos conceptos, como son el de honradez, castidad, honestidad, etc. Y en el tema que nos ocupa estas cualidades indiscutiblemente se refieren principalmente a la conducta sexual de la mujer. A partir de este planteamiento, ¿puede considerarse a una adúltera mujer honesta u honorable u honrada o casta? Creo que al concepto de honor se le ha estado dando un significado muy distinto del que en realidad tiene. Por ejemplo, Juan P. Ramos afirma: "para algunas tendencias políticas y morales contemporáneas, el honor es un simple prejuicio que debe desapa-

recer muy pronto, porque la mayoría de los seres humanos no -
 es capaz de sentirlo ni comprenderlo, ni merece ser poseído -
 por el hombre". (25)

Es innegable que el móvil del honor se ha prestado a variadas opiniones, sin embargo creemos que analizando un poco sus verdaderos alcances, llegaremos a la conclusión de que en el infanticidio 'honoris causa' no se puede dar el móvil a que se refiere su propia denominación.

Ya quedó plenamente esclarecido el concepto de honor y creemos que todo mundo estará de acuerdo con el mismo. Partiendo, pues, de esto ¿puede una mujer que dio muerte a su hijo invocar el móvil del honor a su favor? ¿La actitud de ella, al dar muerte a su hijo, puede seguir encuadrada en la definición de honor que ya vimos? ¿Se puede llamar honesta a una madre que da muerte a su hijo para ocultar su vergüenza? El honor, la honestidad y la honradez son virtudes que se poseen interiormente, sean conocidas o no en lo exterior. No se puede hablar de honor exterior cuando interiormente no existe.

"Una cosa vergonzosa -advierde Aristóteles- sólo un corazón viciado es capaz de hacerlo. Pero si alguno que por naturaleza es capaz de cometer un acto de este género cree

(25) RAMOS, JUAN P. Los Delitos contra el Honor. Páginas 11 y 12. Ebeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1979.

que sólo por el hecho de ruborizarse de ello es ya un hombre de bien, incurre en un gran absurdo. La vergüenza sólo se aplica a los actos voluntarios, y el hombre de bien nunca hará voluntariamente una acción vergonzosa". (26)

En conclusión: ¿Es posible que siga siendo honrada una mujer que ejecuta un acto tan despreciable como es el de dar muerte a su hijo 'para ocultar su deshonra' o deshonrar? ¿Puede al mismo tiempo una persona tener honra y deshonra u honor y deshonor? Obviamente que ocultará lo que tiene, en este caso la deshonra. Entonces, ¿alguien con deshonra o deshonor puede argumentar a su favor un móvil de honor? ¿No es esto un contrasentido? Es muy distinta la preservación del honor en la legítima defensa, mas en el caso que nos ocupa ciertamente que no; más bien parece un juego de palabras propiciado por la ley misma.

El Doctor Gummersbach, especializado en este delito hace la observación de que en estos casos la mujer actúa no - por miedo al deshonor, sino por la convicción inconsciente de tener un derecho absoluto sobre su hijo.

(26) ARISTOTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral Nº 318 Espasa Calpe Mexicana, S. A. Páginas 128 y 129. México, 1962.

C) EL VALOR DE LA VIDA HUMANA.

Sin duda, la vida humana es el bien jurídico más importante tutelado por el derecho penal, pues cuando ya no hay vida salen sobrando todos los demás valores humanos. Por tanto, no puede existir un delito más grave contra la persona humana que el darle muerte.

La vida humana, pues, ocupa el primer lugar de la escala de valores humanos, tan es así que Koccco afirma que de ésta derivan todos los bienes que el hombre terrenalmente goza. Y en base a esto, la muerte a un individuo es el delito que se sanciona con penas más graves en las legislaciones de todo el mundo.

Recasens Siches señala que "...la vida humana es la realidad primaria y básica de todo... Constituye nuestra propia existencia, la de cada uno; todo cuanto hacemos, deseamos, pensamos y nos ocurre..." (27) La vida, en una palabra, es el mayor bien temporal que tenemos y la razón de ser del universo mismo.

Maggiore afirma que la vida humana pertenece al individuo sólo para que éste la conserve, la mejore física y es

(27) RECASENS SICHES, LUIS. Vida Humana, Sociedad y Derecho.
Página 59. Editorial Porrúa, S. A. México, 1952.

piritualmente y la ponga al servicio de un ideal, puesto que la tutela de la ley rebasa los intereses particulares de cada hombre, ya que la vida humana viene protegida por el Estado en interés no sólo del individuo, sino también de la sociedad en general.

Partiendo de estos conceptos, no podemos sino lamentar que, en relación con el delito de infanticidio, la ley le asigne a la vida del recién nacido un valor menor que a la vida de un adulto. Y esta opinión está respaldada por varios autores, entre los que se encuentra Quintano Ripollés, que dice: "Frente a este extraño tipo, en que parece aceptarse una minus valia de los niños de temprana edad..." (28)

Consideramos que el derecho no debe dar pie a que se piense que da menos valor a la vida de algunas personas, tomando en cuenta sus condiciones personales, tratése aún de gente supuestamente despreciable, como el peor de los asesinos, drogadictos, alcohólicos, ancianos desahuciados, etc.; y desgraciadamente se desprende todo lo contrario del contenido de los artículos del 325 al 327 del Código Penal vigente para el Distrito Federal y de sus correlativos en los Códigos Penales de la mayoría de los Estados de la República, al atenuar

(28) QUINTANO RIPOLES, ANTONIO. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Infracciones contra las Personas. Editorial Revista de Derecho Privado. Página 428. Madrid, España.

de manera tan considerable la pena a la madre o a los ascendientes que dan muerte a un recién nacido con las características antes mencionadas.

Indiscutiblemente que hay vidas más valiosas y productivas que otras, pero para el derecho todas deben tener el mismo valor y no debe propiciar en lo más mínimo la idea de que se valoran de forma distinta. Desgraciadamente en el caso del infanticidio se trasluce cierto menosprecio hacia la vida del recién nacido.

Estamos de acuerdo en que una tutela justa y eficaz del bien jurídico que es la vida debe considerar circunstancias, situaciones personales y objetivas y medios de ejecución que concurran en la conducta que causa la privación de una vida humana, pero no para atenuar la pena tan considerablemente como se hizo en el infanticidio; y el fin de la tutela rebasa o debe rebasar los intereses particulares de cada persona.

La doctrina establece que la vida humana debe ser protegida por el derecho desde el momento del nacimiento hasta el instante de la muerte, independientemente de las condiciones biológicas y fisiológicas que guarde el sujeto; y en el caso del infanticidio, ¿por qué si se toman en cuenta las condiciones del sujeto pasivo?

Debemos reflexionar muy bien sobre este asunto pues

considero que es un grave error de la ley tomar en cuenta si tuaciones personales de este tipo, pues en base a esto podría mos considerar como minus valia la muerte dada a un papenador o a un anciano enfermo, o a un huérfano, etc. Ciertamente sue na absurdo este razonamiento, pero ese es el que ha imperado en nuestra legislación penal a partir del Código de 1871, que fue el primero que adoptó al infanticidio como figura privile giada de homicidio, con una pena de cinco a seis veces menor que la asignada a éste, lo cual refleja una desproporción exa gerada, aún cuando ambas figuras tienen o presentan situacio nes semejantes.

A este respecto, César Bonecasa, Marqués de Becca ria opina: "No sólo es interés común que no se cometan deli tos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes de ben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas". (29)

Entonces, si no existe proporción en la determina ción de las penas, el derecho punitivo estará fallando; y es

(29) BONECASA, CESAR, Marqués de Beccaria. Tratado de los Deli tos y de las Penas. Editorial Atalaya. Buenos Aires. 1975

lo que está pasando con el infanticidio, en relación con el - homicidio calificado.

En resumen, podemos afirmar que la vida de un niño de menos de setenta y dos horas de nacido vale lo mismo que la de un niño de un mes de nacido, que la de un adolescente de quince años, que la de un joven de veinte años, que la de un adulto de cuarenta y que la de un anciano de ochenta; y la muerte de cualquiera de éstos, debe castigarse con la mis ma penalidad.

D) ¿HAY RAZON DE SER DE ESTA FIGURA?

En base a todo lo expuesto podemos afirmar que en nuestra legislación no debe existir el infanticidio y menos como figura privilegiada. Ni siquiera el llamado 'honoris causa' tiene razón de ser, mucho menos el 'genérico' o, como lo llama Porte Petit, el 'sin móviles de honor'.

Si partiéramos de la base en que el infanticidio se fundamentó, o sea el 'móvil del honor', entonces podríamos proponer un sinnúmero de figuras privilegiadas de homicidio; igualmente si tomáramos en cuenta sólo las condiciones personales del sujeto pasivo, como se hace en el infanticidio (dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento)

En cuanto a móviles, podemos mencionar el de la piedad (como la autanásia), el de extrema miseria de la madre que da muerte a su hijo, etc. Jesús Bernal Pinzón presenta el siguiente caso: "...se trata de la muerte de un recién nacido causada por el padre, luego de una serie de dramáticos acontecimientos que, si bien pudieron influir en su determinación, no son interesantes en cuanto al punto rebatido. El hecho es que en este caso, porque la muerte del recién nacido se hizo por el padre legítimo, y además porque el hijo había nacido con las manos deformes..." (30)

(30) BERNAL PINZÓN, JESUS. El Homicidio, Editorial Tomis Bogotá, Colombia. Página 274.

En este hecho la muerte del recién nacido no se cometió para esconder ninguna culpa, sino para salvar al propio hijo de la humillación que provocaría la misma monstruosidad, por un motivo altruista y con el sacrificio dolorosísimo del amor por el hijo.

Ciertamente este móvil, al igual que algunos otros, producen angustia y tristeza superiores, incluso, al de 'ocultar la deshonra', y nuestra legislación no los adopta. Y como este caso podríamos mencionar otros muchos.

Ahora bien, si tomáramos en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo, también estaríamos en la posibilidad de proponer varias figuras privilegiadas de homicidio, así por ejemplo, podríamos incluir como homicidio con pena atenuada el caso en que la víctima fuera un anciano 'echacoso', igualmente podríamos considerar como figura privilegiada los casos en que el sujeto pasivo fuera una persona vieja y solterona, y que aparentemente a nadie le hace falta. Y estoy partiendo de algo real, ya que la ley, implícitamente si se quiere, le está dando menos valor a la vida de un infante que a la de un adulto. Todos estos supuestos seguramente resultan despreciables y absurdos, pero si analizamos el fondo del problema llegaremos a la conclusión de que se fincan en argumen-tos análogos a los del infanticidio; y de hecho se aplican en otros delitos, como en el aborto, según lo dispone el artícu-

lo: 332 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

Mediante el 'móvil del honor' que convierte al in fanticidio en una figura privilegiada de homicidio, se atenúa la pena a la madre en aras a la angustia y a la vergüenza que experimenta al ver el testimonio de sus relaciones sexuales ilícitas. En el mismo sentido y con los mismos argumentos, por ejemplo, llegaríamos al absurdo de considerar como atenuante de la pena el caso del homicidio cometido por un ladrón, en el momento en que es sorprendido por un amigo y da muerte a éste impulsado por la vergüenza que le cause el sólo pensar que fuera a comentar el hecho del robo a otras personas cono cidas de ambos. ¿Podría el ladrón y homicida argumentar que dio muerte al amigo impulsado por el móvil de 'ocultar su deg honra'? Sinceramente creemos que no. Desgraciadamente estamos en el mismo caso de la madre que da muerte a su hijo recién nacido por vergüenza o por 'ocultar su deshonra'.

En tales condiciones, propongo que desaparezca de nuestro Código Penal vigente el delito de infanticidio contemplado en los artículos del 325 al 328.

Con esto no quiero decir que no se deban tomar en cuenta las condiciones naturales en que se encuentra una mujer que acaba de dar a luz y causa la muerte de su hijo recién nacido. ¡No! Por supuesto que no, pues no queremos ser injustos;

lo que afirmo y sostengo es que estas condiciones o circunstancias, que indebidamente han sido adoptadas por nuestra legislación penal, no justifican de manera alguna la creación de una figura privilegiada, como es la del infanticidio.

A la mujer que da muerte a su hijo en tales condiciones, se le puede atenuar la pena en los términos del Capítulo I del Título Tercero, Libro Primero, del Código Penal vigente para el Distrito Federal, pero se juzgaría ya no como infanticidio, sino como homicidio.

En tal caso podría, entonces, desaparecer también la figura de parricidio (aunque no estamos contra ella) e incluir a ambas en el Código mencionado, en el Capítulo II del Título Décimo Noveno, que se refiere a los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Basándonos en el Código Penal de Baja California Sur, promulgado el 22 de diciembre de 1950, nuestra propuesta quedaría de la siguiente manera:

"ART. 323.- Se impondrán de trece a cuarenta años de prisión al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta".

"ART. 324.- Derogado.

"ART. 325.- Derogado.

"ART. 326.- Derogado.

"ART. 327.- Derogado.

"ART. 328.- Derogado.

Como nos hemos dado cuenta, varios de los Estados - de la República han excluido atinadamente de sus Códigos Penales el delito de infanticidio, y eso mismo deben hacer tanto el Distrito Federal como las demás Entidades Federativas.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- En la antigüedad, la muerte de un niño recién nacido dada por su propia madre, fue castigada con penas mucho más severas que las aplicadas al homicidio común, ya que llegó a considerarse que al acto de sangre (crimen sanguinis) se sumaba el crimen carnal (crimen carnis).

SEGUNDA.- Entre los romanos, originalmente no se empleó la palabra infanticidio, sino que la muerte de un niño estaba comprendida dentro del homicidio propiamente dicho; durante la época de los emperadores se incluyó dentro de la figura del patricidio; y no fue sino hasta la época de Tertuliana (Apología contra los Gentiles, Capítulo II), cuando se usó por primera vez dicho término.

TERCERA.- La idea de darle un contenido especial al infanticidio, separándolo del homicidio, nació en Alemania, - donde originalmente se consideró a aquél como un delito menos grave que el segundo porque para ellos la vida de un menor valía menos que la de un adulto. No obstante lo absurdo de este criterio, de hecho esta idea ha sido adoptada por las legislaciones de casi todo el mundo.

CUARTA.- En el derecho español antiguo el infanticidio se castigó con la pena de muerte o la ceguera (Fuero Juzgo) y fue el Código de 1822 de este país, junto con los de -

Austria de 1803 y el de Baviera de 1813, los primeros en tratar detenidamente este delito. A partir de entonces es cuando se empieza a hablar de móvil de honor como justificante de la atenuación de la pena. Es importante el Código Español de 1870 porque, además de que derogó la pena de muerte en contra de la infanticida, es el antecedente inmediato de nuestro Código Penal de 1871.

QUINTA.- En la legislación contemporánea el infanticidio ha adoptado, inexplicablemente, nuevas modalidades; por ejemplo, el Código Penal italiano hace extensivos los beneficios de la atenuación no sólo a la madre, sino también a los abuelos, hermanos, parientes afines e incluso tíos y sobrinos de la víctima, lo cual es absurdo. También tenemos el Código argentino que establece que la muerte del recién nacido, para ocultar la deshonra de la madre, debe ser durante el nacimiento de la víctima o mientras se encuentre la madre bajo la influencia del estado puerperal, que es un término indeterminado, lo cual viene a complicar aún más la figura misma del infanticidio.

SEXTA.- Las legislaciones de casi todo el mundo han adoptado la figura del infanticidio por mera copia, fundándose en el supuesto móvil del honor; y aún hay algunas que ni siquiera tomaron en cuenta dicho móvil, como es el caso de Francia y de México. Este último, en lo que se refiere al infanticidio mal llamado genérico o sin móviles de honor.

SEPTIMA.- Nuestra legislación adoptó la figura del infanticidio en el Código Penal de 1871, que como mencionamos es copia casi textual del Código español de 1870, adoptando a demás del "honoris causa", el genérico, que propiamente salió de la "manga", pues no existe antecedente alguno. El Código - de 1929, además de conservar la doble tipificación, agregó el delito de filicidio, figura que duplica varias disposiciones del infanticidio, lo cual significó mayor obscuridad y confusión en este delito.

OCTAVA.- El Código Penal vigente, en esencia, contiene las mismas disposiciones que los Códigos anteriores; só lo extendió el beneficio de la atenuación de la pena a los "ascendientes consanguíneos".

NOVENA.- La inmensa mayoría de los Códigos Penales de los Estados de la República copia textualmente las disposiciones del Código Penal del Distrito Federal relativas al infanticidio; algunos, como los de Guanajuato, Guerrero, Quintana Roo, Tlaxcala y Sonora, sólo contemplan el "honoris causa"; y otros, como los de Baja California Sur y México, no reglamantan ya con título especial el infanticidio y en este sentido deberían estar todos los demás, ya que el infanticidio no tiene razón de ser.

DECLINA.- En los años de 1949, 1952 y 1963 se elaboraron sendos Proyectos de Código Penal y como única aportación

digna de mencionarse fue que en los mismos se excluía el infanticidio genérico, pero estos proyectos nunca tuvieron vigencia.

DECIMO PRIMERA.- Al ver que nuestra legislación ha sido copiada de otros países, no sólo la relativa al tema que nos ocupa, cabe hacer el señalamiento que el Poder Legislativo en nuestro país no cumple debidamente con sus funciones.

DECIMO SEGUNDA.- El infanticidio tiene gran similitud con el homicidio calificado, cuya pena es de veinte a cuarenta años de prisión, y se le castiga con una mucho menor: de seis a diez años de prisión en el genérico; y de tres a cinco años en el "honoris causa", lo cual me parece injusto y desproporcionado.

DECIMO TERCERA.- De ninguna manera se justifica la existencia del infanticidio como figura privilegiada de homicidio, ya que en aquél se ve con frecuencia, en su máxima expresión, la crueldad empleada sobre la víctima. En la muerte de un recién nacido los medios comisivos más usuales son, entre otros, la sofocación, fractura de cráneo, estrangulación, inmersión en letrinas, mutilaciones, etc. Y considero que en estos casos resulta hasta despreciable alegar la causa de honor.

DECIMO CUARTA.- El infanticidio genérico a que se refiere el artículo 325 del Código Penal no tiene antecedente

legislativo de ninguna especie. Este fue 'creación' de nuestro legislador. La única explicación de su adopción es que, tal vez hasta de manera inconsciente, se le da un valor menor a la vida de un recién nacido que a la de un ser adulto.

DECIMO QUINTA.- En cuanto al infanticidio "honoris causa", podemos concluir que es muy discutible la justificación de su existencia, ya que del propio móvil de "ocultar la deshonra" se desprenden sólo contradicciones, como es el hecho de querer hacer extensivo el beneficio de la atenuación a las mujeres casadas que dan muerte a su hijo, resultante de una relación ilícita, lo cual es absurdo. Alguien que comete un acto de deshonra no puede argumentar móvil de honor. Ni si quiera gramaticalmente liga.

DECIMO SEXTA.- De aceptar el "móvil del honor" como atenuante de la pena en el infanticidio, deberíamos también adoptar otros móviles que tendrían el mismo valor que aquél, como es el caso de extrema miseria y el de piedad, entre otros.

DECIMO SEPTIMA.- La vida humana ocupa el primer lugar en la escala de valores humanos y el derecho en ningún caso debe otorgar, ni siquiera implícitamente como en el caso del infanticidio, mayor o menor valor a la vida de las personas, basándose en condiciones puramente personales de las mismas.

DECIMO OCTAVA.- En conclusión, propongo que desaparezca el infanticidio como figura privilegiada de homicidio, no sólo del Código Penal vigente para el Distrito Federal, sino de todos los de la República, e incluir esta figura ya sea dentro del título general de homicidio, bien en la figura de parricidio, y con la pena asignada a éste.

B I B L I O G R A F I A

1. ARISTOTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral Nº 318. Espasa - Calpe Mexicana, S. A. México, 1962.
2. BERNAL PINZON, JESUS. El Homicidio. Comentarios al Código Penal Colombiano. Editorial Temis Bogotá. 1971.
3. BODENHEIMLER, EDGAR. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1971.
4. BONFACASA, CESAR. Marqués de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Atalaya. Buenos Aires.
5. CARPIZO, JORGE. El Presidencialismo Mexicano. Siglo Veintiuno. México, 1979.
6. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
7. CARRANCA Y RIVAS, RAUL; y CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
8. CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Volúmenes I y III. (Parte Especial). Editorial Temis Bogotá. 1973.
9. CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. Parte Especial. Delitos en Particular. Bosch, Editorial. Barcelona.
10. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

11. JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Tomo II. La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.
12. MAGGIORE, GIUSSEPE. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV. Delitos en Particular. Editorial Tomis Bogotá. 1972.
13. MEZGER, EDMUND. Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
14. MCRENO, ANTONIO DE P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. De los Delitos en Particular. Tomo Primero. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968.
15. NUÑEZ, RICARDO C. Derecho Penal Argentino. Tomo Tercero. Parte Especial. Delitos contra las Personas. Editorial Gmeba. Buenos Aires.
16. PALACIOS VARGAS, J. RAMON. Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Editorial Trillas. México, 1978.
17. PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Lecciones de Derecho Penal. (Parte Especial). Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
18. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Doctrina sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. Estudios comparativos con los Códigos Penales de las Entidades Federales. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1972.
19. PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal. Tomo III. Quinta Edición. Parte Especial. Volumen I. Ediciones Nauta. Barcelona, España.

20. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo I. Infracciones contra las Personas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
21. RAINERI, SILVIO. Manual de Derecho Penal. Tomo V. Parte Especial. De los Delitos en Particular. Editorial Tomis Bogotá. 1975.
22. RAMOS, JUAN P. Los Delitos contra el Honor. Abeledo Perrot Buenos Aires.
23. RECASENS SICHES, LUIS. Vida Humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, S. A. México, 1952.
24. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, 1975.
25. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1973.
26. SCHLARMAN, JOSEPH H. L. México Tierra de Volcanes. Editorial Porrúa, S. A. México, 1969.
27. SMITH, PETER H. Los Laberintos del Poder. El Reclutamiento de las Elites Políticas en México, 1900- 1971. Colegio de México, 1981.
28. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tercera Reimpresión. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.

29. Enciclopedia Cultural, Científica, Literaria, Artística.
Unión Tipográfica. Editorial Hispano Americana. México,
1957.
- Código Penal para el Distrito Federal.
 - Código Civil para el Distrito Federal.
 - Códigos Penales de cada uno de los Estados de la Repúbli
ca Mexicana.