

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON" - U. N. A. M.

**"REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE INFANTICIDIO
Y LA NECESIDAD DE ACTUALIZARLO"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
RAFAEL BUSTAMANTE MARTINEZ

San Juan de Aragón, Edo. de México

1 9 8 3



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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

Pág.

Introducción	1
Capítulo I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE INFANTICIDIO	4
1.1. Derecho Romano	6
1.1.1. Lex Pompeia de Parricidiis	7
1.1.2. Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis ...	8
1.2. Fuentes Históricas Españolas	10
1.2.1. Concilio Español de Ilíberis	10
1.2.2. Concilio Español de Alcira (Ankara)	11
1.2.3. Fuero Juzgo	11
1.2.4. Las Siete Partidas	12
1.3. Siglos XVII y XVIII	13
1.4. Antecedentes Históricos en el Derecho Mexicano ..	17
1.4.1. Derecho Azteca	17
1.4.2. Epoca Colonial	19
Capítulo II	
SISTEMAS QUE FUNDAMENTAN LA MENOR PUNIBILIDAD (DENTRO DEL DERECHO COMPARADO)	22
2.1. Sistema Latino de Motivación	24
2.1.1. Código Penal Español	25
2.1.2. Código Penal de Colombia	26
2.1.3. Código Penal de Costa Rica	26

I N D I C E

Pág.

2.2.	Sistema Germanico de Alteración Fisiopsíquica ...	27
2.2.1.	Código Federal Suizo	29
2.2.2.	Derecho Penal Ingles	30
2.3.	Sistema Intermedio (Mixto)	30
2.3.1.	Código Penal Argentino	30
2.4.	Otros Sistemas que Fundamentan la Menor Punibili- dad	31
2.5.	Legislación Mexicana	31
2.5.1.	Código Penal de 1871	31
2.5.2.	Código Penal de 1929	36
2.5.3.	Código Penal de 1931	37
2.5.4.	Analogías y Diferencias de los anteriores- Códigos	38
2.5.5.	Los Proyectos de Códigos Penales de los --- años 1949, 1958 y 1963	40

Capítulo III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE INFANTICIDIO	43
3.1. El Artículo 325 del Código Penal del Distrito --- Federal	44
3.2. Que el Producto de la Concepción haya Nacido	51
3.3. Que la muerte se deba a una causa externa	62
3.4. Que la muerte ocurra dentro de las 72 horas de --- haber nacido	70

I N D I C E

Pág.

3.5. Que la muerte sea causada por alguno de los ——— ascendientes consanguíneos	79
--	----

Capítulo IV

ANALISIS DEL ARTICULO 327 DEL CODIGO PENAL DEL D. F. ...	85
4.1. Infanticidio llamado "Honoris Causa"	86
4.1.1. Definición de Honor	86
4.1.2. El Móvil de Honor	87

Capítulo V

DE LA COPARTICIPACION EN EL DELITO DE INFANTICIDIO	97
---	----

Capítulo VI

PENALIDAD EN EL INFANTICIDIO	105
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUCCION

La presente tesis tratará de establecer un análisis objetivo, de un hecho delictuoso con fondo eminentemente polémico, por sus características especiales, como es el infanticidio.

Lo anterior resulta lógico si consideramos, que dentro de su evolución histórica ha sido objeto de diversos tratamientos, siendo castigado con penas crueles, como la decapitación, en algunas épocas, y en otras contemplado con especial benignidad.

El estudio sutil y minucioso que se hará al respecto, permitirá seguramente, momentos de profunda reflexión humanística y jurídica, sobre algunas consideraciones vertidas a lo largo de este trabajo. Así mismo, nos dará algunos puntos clave para la obtención de elementos y circunstancias con las que el legislador tendrá bases sólidas para que en tiempo prudente sea factible hacer una revisión y modificación sustancial al Código Penal en su totalidad, pues me parece una desviación de importancia mayor, la no actualización de la referida ley desde el año de 1931.

Dentro del planteamiento de esta tesis, se recoge información jurídica, médica, social y humanística, cuyos elementos estructurales nos dan clara idea de lo complejo de este delito, que tiene un poco de afección sexual, social y religioso costumbrista y cuyos efectos han inundado nuestra legislación punitiva.

Así pues, la meta principal del trabajo es provocar la

reflexión sobre un delito que provoca desasosiego en las dis
tintas comunidades, con el fin de que se busque más que una-
mayor penalización, una concientización masiva de lo que en-
realidad encierra un crimen de esta naturaleza.

C A P I T U L O I
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL
DELITO DE INFANTICIDIO

Mucho se ha discutido sobre la significación etimológica más aceptable con respecto al término INFANTICIDIO. Así encontramos que hay quienes aseguran que la palabra deriva del verbo italiano Infantare, ésta fue registrada por la Sociedad Literaria de Florencia, conocida como la "Crusca", que la redactó en su diccionario como sinónimo de parir (Partorire), equivalente a la muerte del recién nacido.

Por otro lado, hay quienes afirman que dicha voz tiene su origen en el bajo latín, con el apologista cristiano Tertuliano, el cual habla de Infanticidium (se compone de in-privar, fari-hablar, y coedere-dar muerte), que quiere decir, matar a un niño que todavía no habla.

Cualquiera que fuese la acepción que se empleó, seguramente estará muy lejos de revelar su verdadero significado jurídico actual, puesto que al llevarse a cabo la muerte de un niño, éste sólo hecho por su naturaleza, podría enmarcarse dentro del tipo previsto para el homicidio; pero esto no tiene validez si tomamos en consideración que el infanticidio está clasificado como un delito especial, y que se compone de elementos que le dan una forma peculiar. Así pues, si bien se trata de un homicidio por su naturaleza, ante el criterio de nuestra ley, el infanticidio no es una simple modalidad de aquel, ya que ambos se rigen por sus propias reglas, lo que les otorga su autonomía.

La historia del infanticidio nos presenta un fenómeno dual muy especial bajo el punto de vista de la evolución de las ideas morales. Por un lado se le separa de la familia de los homicidios dándole nombre y forma distinta; y por

otro su tratamiento ha obedecido tanto a un sentimiento de -
 severidad, como de indignación contra el que mata a un ser -
 débil e indefenso, de ahí las diversas formas de castigar la
 muerte provocada a un recién nacido, tanto en las épocas pri-
 migenias, como en las modernas.

1.1. DERECHO ROMANO

En la Roma primitiva, encontramos como se eliminaba a -
 los infantes por fríos e irracionales elementos de selección
 eugenésica. Posteriormente el castigo recayó sólo sobre la -
 madre infanticida, considerándolo como un crimen involucrado
 en la definición de parricidio, palabra dada por una antiquí-
 sima ley de Numa, éste concepto se apega en términos genera-
 les a lo que el derecho moderno conoce como homicidio.

A diferencia del caso anterior cuando era el padre el -
 que daba muerte a su hijo, se llegaba hasta la impunidad, so-
 bre todo cuando el descendiente provocaba la conducta agresiva
 de su progenitor, de aquí se puede presumir que el vástago
 debía de ser mayor. Esta acción deriva del Ius Vitae Ne-
 cisque (derecho de vida y muerte), que los padres romanos te-
 nían con sus hijos y nietos, y en general de los que se en-
 contraban bajo su potestad. La discusión acerca de que, si -
 el infanticidio era castigado en Roma, dá origen a que auto-
 res como el maestro Carrara (1), se cuestionen sobre cuál -
 era el límite del derecho de vida y muerte; si únicamente se

(1) Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal", -
 Editorial Temis, Bogotá, 1957, Págs. 266 y 267.

admitía su ejercicio a causa de un delito cometido por alguno de sus hijos, previo juicio de familia. Concluye el citado autor con el siguiente comentario: "...la verdad es que la regla del *Ius Vitae Necisque* no sirve para asentar en ella el principio de que los romanos no castigaron el infanticidio, pues, aún admitiendo ese derecho en el sentido más libre, no serviría para dejar impune la muerte cometida por la madre, por el padre natural, o también por el padre legítimo que estuviese todavía subtestate".

Además se puede asegurar que los romanos no utilizaron la palabra infanticidio para referirse al crimen ejercido sobre una criatura en sus primeros días de nacida, este delito lo incluían dentro del título de parricidio (*L. I. D., ad legem Pompeiam de Parricidis*).

1.1.1. Lex Pompeia de Parricidis

Como ya se dijo anteriormente, en Roma cuando la muerte de un niño era ocasionada por su propia madre se castigaba como parricidio, por la Lex Pompeia de Parricidis. En esta ley se le señalaban penas atroces a los que daban muerte a sus hijos, como la del *Culleum* (saco de cuero), en que se les arrojaba al mar. "De esta pena habla Modestino en la *L. 9. D., Lege Pompeia de Parricidis*, que dice; *Poenae Parricidii more matorum naec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus de inde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo, et vipera, et simia; de inde in mare profundum, cuilleus iactetur.* (Por costumbre antigua la pena del parricidio consiste en que el parricida sea azotado con vaquetas de

sangre y después se le encube, esto es, se le meta a un cue-ro junto con un perro, un gallo, una víbora, una mona, y se le arrojaba de ésta suerte al mar)" (2).

Dentro de la misma ley en otro enunciado encontramos que, se señala únicamente como sujeto activo de éste delito a la madre.

Hay quienes como Antonio Quintano Ripollés, aseguran que: "... Algunos romanistas le dan a la palabra filius la interpretación que se refiere únicamente a los hijos adultos y no a los menores, menos aún a los recién nacidos" (3).

Así pues, es posible asegurar que el infanticidio era contemplado por ésta ley.

1.1.2. Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis (de sicarios y envenenadores)

Con el nombre de Lex Cornelia, fueron dictadas varias leyes a las que agregaron el cognamen del autor, en unas, y el nombre del objeto a que se refiere la norma en otras.

Esta ley nos ofrece un punto de vista diferente al omitir cualquier vínculo de parentesco, ya que sólo menciona a los extraños, considerándolos homicidas cuando dan muerte a un infante, y aún, en el caso de la tentativa se les juzgaba como si hubiesen perpetrado el delito.

(2) Idem.

(3) Antonio Quintano Ripollés, "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, Tomo I, Pág. 462.

Al comentar éste ordenamiento el maestro Carrara (4), - expresa lo siguiente; "... la ley no innovó en nada el D. An- tigo, sino en cuanto quiso (aunque erróneamente) que en és- te delito la tentativa se castigara con pena capital, como - si el hecho se hubiera consumado".

Es hasta la Constitución de Valentiniano y Valente (año 374), cuando se retiró a los padres de familia el Ius Vitae- Necisque, y es entonces cuando se establece en Roma, una si- tuación, que si no es de total igualdad entre padres e hijos por lo menos se observa un mayor respeto a la vida de estos- últimos.

El maestro Antonio de P. Moreno (5), nos dice; "En la - época republicana, se castigó la muerte del hijo, ejecutada- secreta y alevosamente (por los progenitores), con la pena - capital". Esto se entiende, sobre todo porque, éste delito - se colocaba dentro del tipo de homicidio.

Es con el gobierno de Constantino, que el mencionado de- recho de vida y muerte se prohíbe y se castiga con graves pe- nas, y el padre que cometiera dicho delito se exponía a ---- ellas; ésta norma es plasmada en sus Constituciones.

Pero es con Justiniano, cuando se suprime por completo- con el surgimiento del cristianismo.

Con la invasión de los bárbaros, los crímenes de ascen- dientes en contra de sus descendientes pierde interés, en ----

(4) Carrara, Ob, cit. Pág. 267.

(5) Antonio de P. Moreno, "Curso de Derecho Penal Mexi- cano", Editorial Porrúa S.A., México, 1968, Pág. 113.

cuanto a su represión; esto como consecuencia de las costumbres, formas rituales, sacrificios e incluso un sistema salvaje de eugenesia, que entonces practicaban.

1.2. FUENTES HISTORICAS ESPAÑOLAS

Al tratar el tema de referencias, es importante hablar de las fuentes hispanas, ya que éstas tienen una gran influencia en nuestra historia, cultura y como consecuencia en nuestra formación jurídica, así que, debemos tener especial inclinación al momento de estudiarlas.

De antemano se puede establecer, que las fuentes en estudio no nos aportan antecedentes propiamente dichos del infanticidio, en el sentido restringido que lo conocemos. En España, se incluía el puericidio junto al parricidio, adoleciendo de incertidumbre y obscuridad.

En el derecho Visigótico se asimilan penalmente la muerte provocada a un infante con el aborto.

1.2.1. Concilio Español de Ilíberis

Este concilio llevado a cabo en el año 305, no viene a establecer una sanción jurídica, sino que señala una pena moral de tipo religioso, ya que establecía una privación de los sacramentos para las madres infanticidas, llevando el castigo al extremo de que si la mujer se encontraba en el lecho de muerte, y no obstante los solicitara, aún así, le eran negados.

1.2.2. Concilio Español de Alcira (Ankara)

En Alcira, se establecieron reglas por las cuales se reprimió de tal manera a la mujer fecundada en forma ilícita, que se le orillo a ésta a ocultar su deshonra, teniendo que tomar la terrible decisión de desaparecer al producto de la concepción; el Concilio se celebra en el año 314, y en el -- aunque parezca contradictorio, se muestra un sentimiento de indulgencia hacia la madre que cometía este acto. Lo anterior se confirma al observar que la corrección establecida, para las que privaban de la vida a sus hijos menores, sólo tenía validez en su conciencia, no así en los terrenos jurídicos, en donde un acto de esa naturaleza era considerado un delito tan grave como el homicidio.

El hecho de matar a un hijo no fue atenuado o singularizado por el ocultamiento del deshonra, que aún en las leyes laicas dotadas de un fuerte espíritu eclesiástico se persiguió con máximo rigor.

En éste congreso, no obstante el sentimiento de indulgencia a la infanticida, se manifiesta pasando posteriormente a los libros penitenciales.

1.2.3. Fuero Juzgo

Como ya se menciona, en el antiguo Derecho Español, salvo el Fuero Juzgo (Libro VI, Título III, Ley 7a.), no se establecía categoría especial, era así como el infanticidio debía juzgarse conforme a las reglas del homicidio o del parricidio.

En sí, este ordenamiento, demuestra un gran adelanto -- con relación al Derecho Romano Clásico, debiéndose seguramente a la influencia de las doctrinas acogidas en el tercer -- Concilio Toledano, en el año de 589.

Saldría sobrando cualquier comentario u opinión de la -- disposición que establece el Fuero Juzgo, y que a la letra -- dice; "Ninguna cosa es peor que los padres que no tienen compasión de sus hijos, considerando como pecado tal acto; y -- por lo tanto, a la mujer libre o sierva, que dá muerte a su hijo que haya nacido, o que impida dicho nacimiento utilizando yerbas o lo asfixiare, el juez de la tierra luego que tenga conocimiento, la condenará a muerte o a la ceguera, castigando de igual manera al marido que ordenare tal acto homicida" (6).

1.2.4. Las Siete Partidas

No contiene disposiciones especiales para el infanticidio, solamente señala penas para el parricidio y para el aborto. Sin embargo, en la Ley IV, Título XX, se fija la privación a los padres de la patria potestad para el caso de -- que abandonaren a sus hijos, y al que se compadeciera de uno de los niños abandonados y lo recogiera, se le atribuyan los derechos civiles, ésta ley era referente a la exposición de niños.

(6) Real Academia Española, "Fuero Juzgo en Latín y Castellano", Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1815, Libro -- VI, Título III, Ley VIII, Pág. 107.

Sería muy inocente pensar que al infanticida se le aplicaran las mismas penas que al que exponía a un menor, ya que los antecedentes legislativos de las Siete Partidas determinan un trato tan severo para el que daba muerte a una criatura, más aún siendo de su sangre.

En el Fuero Real, y en algunos Fueros Regionales y Municipales, se guarda silencio con respecto al infanticidio, — con excepción del Fuero de Soria, en su párrafo 537, comprendiendo pena de muerte para el que matara a su hijo recién nacido, aquí se hace referencia al "fornicio", que indicaba la relación extra conyugal y por lo tanto ilícita.

1.3. SIGLOS XVII Y XVIII

En el Siglo XVII, la pena de muerte por medio del fuego típicamente prevista para las faltas cometidas en contra de la religión, impero para los infanticidas. Esto se explica, — si recordamos el significado espiritual que representaba el dar muerte a un recién nacido, se aplicaba en el campo de la conciencia y del alma.

Las Leyes Francesas de los Estatutos de San Luis y algunos Estatutos Municipales de Italia, condenaban a los infanticidas llegando a lo más a no agravar la situación de — aquel ante los demás homicidios.

La mentalidad que existía en la época, le dió al infanticidio una forma netamente eclesiástica, consistiendo en la agravación del crimen en el caso de que la criatura no hubiese sido bautizada, ya que se le privaba de la salvación de su alma, y si la deshonra se hubiera querido ocultar, ésta —

constituía un dato de publicidad.

Los Edictos de Enrique II, de 1556, en el antiguo Derecho Francés, y de otros monarcas posteriores como se consiguió en las Ordenanzas de Luis XIV, en 1708, imponían la pena de muerte a la madre, tomándose en consideración el ocultamiento del embarazo y el no haber bautizado a la criatura para señalar la agravación del acto. Se hacía eco a la ancestral ideología canónica, lo cuál constituía uno de los factores que servirían para la reacción en sentido contrario a la severidad implantada.

En contra del tratamiento tan duro que se había venido utilizando, protestan el Marqués de Beccaria y Romagnosi.

Cesar de Bonesana, en su obra, "Del Tratado de los Delitos y de las Penas", busca mitigar la pena del infanticidio esgrimiendo el móvil de honor. Tras una larga campaña por muchos estados europeos, logra que las sanciones previstas se vuelvan menos crueles, se elimina la pena capital en la mayoría de los países, juzgando al delito motivo de estudio como un homicidio o parricidio ex exceptum.

Lo anterior, merece un comentario de D. Francisco González de la Vega; "Beccaria protesta por la severidad de la pena contra éste delito en Europa, pero limita sus argumentaciones al egoísta infanticidio ejecutado por la madre con el propósito de ocultar su deshonor sexual" (7). A pesar de éste movimiento, con la "atenuación" de que era aplicada por -

(7) Francisco González de la Vega, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa S. A., México, 1981, Pág. 105.

decapitación, la cual se consideraba como una forma noble de ejecución.

En el Siglo XVIII, a pesar del cambio operado hacia el tipo en estudio, los Jesuitas se pronunciaron como defensores de la pena máxima, y por lo tanto, opositores a la corriente de benignidad desatada en el Viejo Continente; no obstante todo lo anterior debemos contemplar a éste Siglo como una era dominada por la religión.

La Ilustración, vino a abrir un nuevo horizonte en la época; era bien llamada en Francia, la Edad de las Luces; el clero francés, a principios del Siglo XVIII, cada vez se modernizaba más en sus actitudes, sin embargo, prevaleció el concepto de castigar con rigor a las infanticidas; el fraile de Valombreuse no acepto las ideas de Beccaria, y por ello atacó su obra, así como la de inquisidores y príncipes, haciendo suponer que se trataba de un escritor ateo, variando la interpretación del trabajo realizado por el Marqués.

Bonesana, en su libro, indica que el infanticidio resulta inevitable ante el dilema en que la mujer se encuentra: "la mujer que cedió por debilidad o que sucumbió por la violencia; por un lado la infamia, por otro lado la muerte del ser incapaz de sufrir, ¿cómo preferirá ésta la miseria infame en que caerían ella y su infeliz fruto?" (8). Concluye que la mejor manera de evitar este delito, sería el de proteger con leyes más eficaces la flaqueza contra la tiranía, la

(8) Cesar Bonesana, "Tratado de los Delitos y de las Penas", Casa de Rosa, París, 1828, Pág. 160.

cuál exagera los vicios, que no pueden cubrirse con la manta de la virtud. No se puede llamar precisamente justa (vale -- tanto como decir necesaria) la pena de un delito cuando la -- ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una Nación.

Se puede considerar, que el sentimentalismo fue otro -- factor del cambio efectuado en el Siglo XVIII, con respecto -- del tema tratado. Hoy la palabra "sentimental", resulta quí -- zás despectiva indicando la excesiva emoción prodigada en on -- sos fútiles o definitivamente de mal gusto. Pero en esa épo -- ca, el sentimentalismo fue parte de un proceso más amplio, -- la civilización se convirtió más humana y más humanitaria. -- Entonces, como ahora, no se llegó nunca a la meta, pero el -- efecto de los intentos para lograrla fue visible por donde -- quiera que se le vea, en el cambio de actitud del hombre ha -- cia sus semejantes.

Romagnosi, defendió las ideas expuestas por el Marqués -- de Beccaria, siendo aunque resulte paradójico, en Alemania -- donde la idea de la justicia se sintió fuertemente con res -- pecto a la suavización de la pena señalada para el infanticidio. "Desde el punto de vista práctico sólo se manifestó en -- la sustitución de la condena de muerte por sustracción, por la de decapitación" (9).

La atenuación del castigo aparece por primera vez en el Código Austriaco de 1803. Algunas legislaciones siguieron el

(9) Eugenio Cuervo Calón, "Derecho Penal", Editorial Ca -- sa Bosch, Barcelona, 1936, Tomo II, Pág. 439.

mismo camino, como el Código de Napoleón de 1810, éste lo — menciona en su artículo 302 como un homicidio voluntario no — distinguiendo entre parientes, extraños o sexo del culpable.

En el Código Napoleónico, se advierte un cambio en lo — que se refiere al sujeto activo del delito, si recordamos — que desde el Derecho Romano se le consideraba sólo a la mu- — jer culpable, así como lícito y aún meritorio dar muerte a — la esposa infiel o a la hija deshonesto, acrecentándose el — rigor cuando la mujer daba muerte al hijo recién nacido para — ocultar su desliz, y todo ello se justificaba al estimar que — sólo el pater familias era poseedor del honor.

El Código Español de 1822, siguió el criterio de los Có- — digos mencionados, en lo referente a la atenuación de la pe- — na para las infanticidas, tomando en cuenta el móvil del ho- — nor, así como la ilegitimidad.

El infanticidio aparece por primera vez con sustantivi- — dad propia, en el Código de Baviera de 1813, ya que el Aug- — triaco y el Español, aunque lo atenuan, lo incluyen en el pa- — rricidio.

1.4. ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO

1.4.1. Derecho Azteca

Respecto al Derecho a tratar no se encuentran preceden- — tes del infanticidio, equiparándose cuando mucho a los sacri- — ficios de niños ofrecidos a las divinidades, como se manifes- — tó en Grecia, Esparta, y aún en la Roma primitiva por razón — de la selección de la raza, o por la inutilidad causada por —

su edad, y en algunos casos para disminuir las cargas económicas.

"Los Aztecas efectuaban sacrificios sangrientos a sus dioses, desde un animal hasta los seres humanos, hombres, mujeres o niños, sucediendo en grandes cantidades y cuyos cuerpos eran luego comidos; éstos podían ser prisioneros de guerra, esclavos e incluso niños de pecho vendidos por su madre efectuándose la venta en lugares llamados Tianguistlan, establecidos para realizar ese fin" (10).

El sacrificio de niños, se hacía al brotar los maizales cuando estaban creciendo y en ciertos meses del año; perteneciendo algunas criaturas a la nobleza.

Este tipo de ofrendas se llevaban a cabo de diversas maneras, degollándolos, ahogándolos en el lago o encerrándolos en una cueva para que murieran de terror y hambre.

El vender a uno de los hijos si se tenían más de cuatro constituía la esclavitud, hasta cierto punto voluntaria. Se plantea la duda, ¿y si no tenían más de cuatro?

Entre los Aztecas para el caso en que nacieran gemelos, el padre podía matar a uno existiendo la creencia que era de mal agüero, el cuál, consistía en la prevención de la desaparición de alguno de los padres.

Los hijos contrahechos también eran sacrificados en época de hambre, malas cosechas o cuando moría el rey. Así mis-

(10) Toribio Esquivel Obregón, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Editorial Polis, México, 1937, - Tomo I, Pág. 351.

su edad, y en algunos casos para disminuir las cargas económicas.

"Los Aztecas efectuaban sacrificios sangrientos a sus dioses, desde un animal hasta los seres humanos, hombres, mujeres o niños, sucediendo en grandes cantidades y cuyos cuerpos eran luego comidos; éstos podían ser prisioneros de guerra, esclavos e incluso niños de pecho vendidos por su madre efectuándose la venta en lugares llamados Tianguistlis, establecidos para realizar ese fin" (10).

El sacrificio de niños, se hacía al brotar los maizales cuando estaban crecidos y en ciertos meses del año; perteneciendo algunas criaturas a la nobleza.

Este tipo de ofrendas se llevaban a cabo de diversas maneras, degollándolos, ahogándolos en el lago o encerrándolos en una cueva para que murieran de terror y hambre.

El vender a uno de los hijos si se tenían más de cuatro constituía la esclavitud, hasta cierto punto voluntaria. Se plantea la duda, ¿y si no tenían más de cuatro?

Entre los Aztecas para el caso en que nacieran gemelos, el padre podía matar a uno existiendo la creencia que era de mal agüero, el cuál, consistía en la prevención de la desaparición de alguno de los padres.

Los hijos contrahechos también eran sacrificados en época de hambre, malas cosechas o cuando moría el rey. Así mis-

(10) Toribio Esquivel Obregón, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Editorial Polis, México, 1937, - Tomo I, Pág. 351.

mo, se les daba muerte a los niños que nacían en los días -- llamados nemontemi (el año que tenía 18 meses de 20 días, -- lo que da como resultado 360 días en total, a los que se su-- maban cinco más, y éstos eran los inútiles o nemontemi).

Lo anterior, no se ubica dentro de los delitos, y las -- penas señaladas para éstos por los Aztecas, que eran repre-- sentados en escenas pintadas.

El sacrificio de niños constituía una exigencia ritual-- debido a sus costumbres sacras.

1.4.2. Época Colonial

En su aspecto penal, el Derecho Indiano, localizado en-- esa época, no es muy homogéneo.

El fundamento de toda legislación indiana era la Corona y la ratificación emanada de los Virreyes, Audiencias, Gober-- nadores, Ciudades, etc.

El Derecho Hispánico en su desarrollo posterior a la -- Conquista, siguió siendo un sistema supletorio del Derecho -- Indiano; por lo tanto múltiples son las fuentes del Derecho-- Penal aplicado en la Nueva España.

El Derecho Penal Castellano, nos brinda la mayor parte-- de las normas aplicables en las Indias, siendo éstas las con-- tenidas en: el Fuero Juzgo (el cual, no fué formalmente dero-- gado cuando empezó la Conquista); el Fuero Viejo; el Fuero -- Real; Las Siete Partidas; el Ordenamiento de Alcalá; las Or-- denanzas Reales; las Leyes del Toro; la Nueva Recopilación.

No tiene caso repetir lo ya expuesto cuando nos referi-- mos a las fuentes históricas españolas.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar nuevas disposiciones relativas al infanticidio, contenidas en la Novísima Recopilación, en el Reglamento sobre Policía General de Expósitos, promulgado en la Real Cédula de Carlos IV, el 11 de diciembre de 1796, inserto en la Ley V, Título XXXVII, Libro VII; haciendo mención a la pena capital para la infanticida como para los expositores de niños, incluyendo el su puesto de la ocultación de la deshonra.

El Reglamento, creaba los establecimientos públicos llamados "caxas". Entre sus disposiciones se menciona: "A fin de evitar los muchos infanticidios, que se experimentan por el temor de ser descubiertas y perseguidas las personas que llevan a exponer alguna criatura por cuyo medio las arrojan y matan, sufriendo después el último suplicio como se ha verificado; los Justicias de los pueblos, en caso de encontrar de día o de noche en campo o en poblado a cualquiera que lleve alguna criatura, diciendo que va a ponerla en la casa o caxas de expósitos, o a entregarla al párroco de algún pueblo cercano, de ningún modo la detendrán, no la examinarán; y si la Justicia juzgase necesario a la seguridad del expósito, o la persona conductora lo pidiere, le acompañará hasta que se verifique la entrega, pero sin preguntar cosa alguna ni extrajudicialmente al conductor y dejándole retirarse libremente" (11).

Si la muerte del infante resultaba del abandono sin te-

(11) "Novísima Recopilación de las Leyes de España", Madrid, 1815, Libro XXXVII, Ley VI, Tomo III, Pág. 692.

ner conocimiento el párroco, se señalaba castigo con toda la severidad de la ley.

En ese entonces, lo que se trataba de evitar era el crimen despiadado o el abandono de la criatura, jugando un papel muy importante las casas de expósitos, dando como resultado la disminución de infanticidios.

La Real Cédula se aplicaba en España; sin embargo, se encontraban disposiciones aplicables a las Indias: "En quanto a los expósitos de Indias, no pudiendo acomodarse en él todas las reglas que van dadas para las dilatadas distancias de aquellos pueblos. Mi Consejo de Indias teniendo presente lo que llevo expresado, dará providencias oportunas, y las comunicará a los Prelados Eclesiásticos, y a las Audiencias, para que se arreglen á estas disposiciones en quanto sea posible; advirtiéndoles que le den noticia de lo que determinare; y que si debiere aumentarse el gasto en el debido cuidado y asistencia de los expósitos para la conservación de sus vidas, le propongan medios que no sean gravosos á mi Real Erario ni á los vasallos; de que a su tiempo dicho mi Consejo me irá dando cuenta con su dictamen según los informes que recibiere".

C A P I T U L O I I
SISTEMAS QUE FUNDAMENTAN LA
MEJOR PUNIBILIDAD

Después del recorrido histórico presentado en el capítulo anterior, nos damos cuenta como se ha establecido una controversia dialéctica entre los juristas, con relación a la pena que debe establecerse para el infanticidio. Así, hay quienes pugnan por penas graves, como la de muerte, pero también hay otro grupo que se inclina a privilegiarlo. Todo esto resulta comprensible tomando en consideración los constantes cambios de tipo sociocultural.

Los doctos, dándose cuenta de esta permanente lucha, aclaran que en la actualidad, son numerosos los países que consideran al infanticidio como un delito privilegiado; queda aclarado lo siguiente, los que hablan de incluirlo dentro de las normas que rigen al homicidio conforman un grupo reducido.

Los diversos autores, tomando en cuenta las condiciones establecidas por las legislaciones que lo consideran digno de ser tratado con más benignidad, llegan a crear diversos sistemas, a los que podemos clasificar de la siguiente manera;

- a) Sistema Latino de Motivación (honor).
- b) Sistema Germánico de Alteración Físico-psíquica (puerperio).
- c) Sistema Mixto (honor-puerperio).
- d) Sistema de Indiferenciación (tierna edad de la criatura).
- e) Sistema de Indiferenciación combinado con el latino- (honor-tierna edad de la criatura).

Es necesario aclarar, que los sistemas de más acepta-

ción son el Latino de Motivación y el Germánico de Altera---
ción fisio-psíquica, aunque esto no significa que los otros---
carezcan de importancia. Pasaremos pues, a analizar la ante---
rior clasificación.

2.1. SISTEMA LATINO DE MOTIVACION

Dentro de este sistema podemos encontrar que la razón---
de la cualificación del infanticidio, viene a ser el miedo a
la deshonra.

Es necesario recordar, como ya autores anteriores a Beccaria (como por ejemplo Mathaeus -1644-, invoca como razón -
atenuante el temor de la infanticida al deshonor), y éste ---
mismo señala que la causa de que se cometa el crimen, es el-
querer ocultar su honor burlado, y en ello se basan para pe-
dir la atenuante de éste delito.

Autores como Romagnosi, apoyando las ideas del multici-
tado Marqués de Beccaria, logran que las penas sean rebaja---
das; "...atenuación que apareció por primera vez en el Códig-
o Austriaco de 1803, hasta que a poco cobraron importancia-
otras legislaciones, entre ellas nuestro Código Penal de ---
1822 (artículo 612)" (12).

Como ya se había anotado en el capítulo anterior es en
el Código Penal Español (1822), donde se señala expresamente
la benignidad de la pena, tomando en cuenta el ocultamiento-
de la deshonra. Ante esto, el maestro Quintano Ripollés, opi-
na que el Sistema Latino debe llamarse "Sistema Español", to

(12) Ouello Calón, Ob. cit. Pág. 466.

mando en consideración que en estricto ni Francia, ni Italia lo acogieron (13).

Podemos mencionar entre muchos Códigos que adoptan el Sistema Latino: España (artículo 410); Colombia (artículo 369); Nicaragua (artículo 359); Paraguay (artículo 313); Costa Rica (artículo 187); Uruguay (artículo 313); etcétera.

2.1.1. Código Penal Español

El artículo 410 de el Código Penal Español, define al infanticidio de la siguiente manera; "Comete infanticidio la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido. También lo cometen los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre ejecutaren el mismo hecho".

Es por demás ser repetitivo, ya que está claro que el móvil del delito es 'ocultar la deshonra de la madre', y la situación puede darse tanto en la mujer casada como en la soltera.

Aclarando esta situación, Eugenio Cuello Calón, cita un precepto de la Legislación Española, él que señala lo siguiente: "Comete infanticidio la mujer que da a luz a los cuatro meses de casada por haber tenido ayuntamiento carnal con su marido antes de serlo, dando por ello muerte a su hijo para no deshonrarse en concepto público, 4 de mayo de 1880 (14).

(13) Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 477.

(14) Cuello Calón, Ob. cit. Pág. 469.

2.1.2. Código Penal de Colombia

El infanticidio lo encontramos tipificado en el artículo 369, que establece: "La madre que, para ocultar su deshonra, en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes causare la muerte de su hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en este delito, con prisión de hasta..."; es notable la similitud que existe entre éste ordenamiento y el español, aunque el primero a diferencia de éste último es, o trata de ser, más específico en cuanto al tiempo. El otro requisito es que no inscriba al recién nacido en el Registro Civil.

2.1.3. Código Penal de Costa Rica

Con esta legislación sucede lo mismo que con el anterior, refleja la influencia de la legislación española. Esto se deduce de la simple lectura del artículo 113: "Se impondrá la pena de uno a seis años... a la madre de buena fama para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento". El límite de edad en éste Código, es una variante en relación con el de Colombia.

Otro Código de gran importancia como es el de Italia en su artículo 578 señala que el infanticidio será; "... la muerte de un recién nacido, inmediatamente después del parto, o de un feto durante el mismo nacimiento, para salvar el honor propio o el de un pariente próximo".

Maggiore (15), advierte; "...que el sujeto pasivo del delito puede ser o un recién nacido o un feto durante el parto. Da a este segundo supuesto el título de 'feticidio', aunque define: como el dar muerte no al feto dentro del seno materno, ni al recién nacido después del parto, sino al que nace, es decir, durante el nacimiento".

Dentro de este mismo Sistema existen variantes, entre las que destacan los Códigos Noruego (artículo 324) y Rumano (artículo 465), en los que aunque no se menciona expresamente la causa de honor, va implícito, al referirse en sus textos a la ilegitimidad del hijo.

2.2. SISTEMA GERMANICO DE ALTERACION FISIO-PSIQUICA

Este Sistema, fundamenta la atenuante en el estado de anormalidad fisio-psíquica determinada por el parto o por el estado puerperal, lo que va a ser causa principal de que la parturienta doblegue su resistencia, ante el influjo de las circunstancias exteriores que la obligan a dar muerte a su hijo.

La cuestión a resolver en este Sistema, será el demostrar la existencia del estado psicológico, llegando al criterio de la presunción. Otro problema será el deslindar el estado puerperal de la inimputabilidad.

Con respecto al estado puerperal, no han dejado de plantearse serias divergencias en lo referente a su duración, e-

(15) Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1955, Pág. 311.

identidad psicológica.

En lo relativo a su duración Nerio Rojas (16) dice: "...La duración del Estado Puerperal, por lo pronto, es indeterminable con exactitud, sin contar las diferencias de criterio que exponen los tocólogos. Unos denominan "estado puerperal" al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros sólo a este último; algunos consideran que el estado puerperal comprende el tiempo de involución clínica del útero; otros lo refieren a la involución histológica de ese órgano que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los loquios, y otros lo extienden hasta la aparición de la menstruación". Por eso concluye el maestro, la legislación plantea un problema en el cual la conclusión médica afirma el absurdo o lo nebuloso de la ley.

Según los tratados de medicina legal, este estado se prolonga por un período aproximado de cuarenta días.

En lo que se refiere a distinguir el puerperio de la inimputabilidad, Soler (17) señala: "La expresión "estado puerperal", no es empleada por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales". Aclara que cuando se produzca el homicidio por razones de este tipo, se estará dentro de la inimputabilidad, en cuyo caso ju-

(16) Nerio Rojas, "Tratado de Medicina Legal", Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1971, Pág. 235.

(17) Sebastian Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo III, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1971, Pág. 77.

ridicamente no interesa que se trate de una verdadera psicosis maniaco depresiva o de una esquizofrenia.

Concluyendo, el Sistema Germánico sólo contempla que el hecho se origine mientras dure el estado fisiológico, con precedencia de los efectos psicológicos, que pudo haber ocasionado.

Este sistema es adoptado por los siguientes Códigos: Federal Suizo (artículo 116), Derecho Penal Ingles (act. de 1938), Etíope (artículo 527), Griego (artículo 303), Checoslovaco (parag. 217) y Yugoslavo (artículo 138).

2.2.1. Código Federal Suizo

Es este Código el que va a servir como modelo, al llamado Sistema Germánico.

El artículo 116 del Código Penal Suizo define al infanticidio de la siguiente manera: "la madre que intencionalmente matara a su hijo durante el nacimiento o cuando ella esté todavía bajo la influencia del estado puerperal...", vemos claramente como se presumen los trastornos anímicos en el momento del nacimiento, pero también puede ocurrir durante el "estado puerperal".

Thorman y Von Overbeck, comentan lo anterior, afirmando que el influjo del puerperio varía, según cada caso particular, y su duración es muy difícil de determinar; lo anterior queda supeditado, al estado depresivo de la mujer, que se origina de los sufrimientos físicos por los cuáles pasa, también por sus preocupaciones, las cuales resultan del agotamiento provocado por el parto.

2.2.2. Derecho Penal Ingles

Conforme al "infanticidio" act. 1938, es culpable de infanticidio la madre que mata a un hijo de un año de edad en la exasperación de la miseria, y por la preocupación de no alimentarlo y cuidarlo de modo adecuado.

Podemos ver que el término que fija la legislación inglesa es de un año, y viene a ser el más extenso conocido por el Derecho Penal vigente.

También podemos señalar que este delito, es juzgado como una simple felonía, siempre que se prueben las causas que requiere el ordenamiento señalado.

2.3. SISTEMA INTERMEDIO (MIXTO)

Este sistema fusiona los dos anteriores, dando origen al tipo no sólo por el móvil de honor, sino también tomando en cuenta el estado puerperal.

2.3.1. Código Penal Argentino

El tipo de infanticidio lo encontraremos inserto en el artículo 81, inciso 2o. : "... , a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo las influencias del puerperal (contrario a lo que sucede con la Legislación Suiza), constituyendo una modalidad limitada, establecida por la doctrina y la jurisprudencia; además de que también se considerará necesario el móvil del honor.

2.4. OTROS SISTEMAS QUE FUNDAMENTAN LA MENOR PUNIBILIDAD

Podemos señalar que los anteriores sistemas considerados como básicos, pero no por ello debemos dejar de mencionar los siguientes.

Sistema de Indiferenciación: Este sistema, no se fija en el móvil de honor, ni en el estado puerperal y estructura la norma penal en función de la tierna edad de la víctima, - ejemplo; el Código Francés (artículos 300 y 302).

Y por último el sistema llamado Joao Mestieri, de la Indiferenciación combinado con el Latino. Este sistema toma en cuenta la circunstancia objetiva de la tierna edad del recién nacido, además del móvil de honor.

Podemos citar como ejemplos a las legislaciones de Austria, Bélgica, Luxemburgo, Portugal y por supuesto nuestra Legislación, que fundo estos dos elementos, al crear dos tipos de infanticidio (artículos 325 y 327).

2.5. LEGISLACION MEXICANA

Una vez que en puntos anteriores hemos estudiado los diversos sistemas que fundamentan la menor punibilidad de el infanticidio, nos toca ahora hacer una revisión tanto de las legislaciones que han precedido a nuestro Código actual, como también a éste mismo.

2.5.1. Código Penal de 1871

Como ya hemos mencionado en diversos puntos de este es-

tudio, la legislación mexicana adopta un criterio dual, en lo referente a la punibilidad del delito de infanticidio. Este criterio va a tener origen en el Código Penal de 1871.

Primeramente, nos encontramos que en la exposición de motivos del citado Código (18), atribuida a Martínez de Castro, tratando de justificar el privilegio en la punibilidad se decía que en ninguna legislación moderna castigaba el infanticidio con la pena capital, cuando lo cometía la madre para ocultar su deshonor y en el momento de su nacimiento. Agrega que esta ley, se aparta de las disposiciones préteritas, que se caracterizaban por su crueldad.

Sin embargo, y pese a que nuestra legislación liberal, tuvo en cuenta el propósito de honor de la madre infanticida, para crear una pena atenuada a la del homicidio en general, y a la vez crear un delito especial; por un lamentable error da una definición de infanticidio (artículo 581), sin tomar en cuenta el móvil de su comisión, y también se omite el lazo de su descendencia entre sujeto activo y sujeto pasivo.

Gracias a lo anterior el citado Código va a dar origen a dos tipos, que, aunque diversos, son semejantes, y tienen valor, aún en nuestra legislación vigente.

Una vez que ha sido mencionada la exposición de motivos del citado Código, podemos revisar los preceptos que reglamentan el delito en estudio.

Dentro del capítulo X, del multicitado ordenamiento, encontremos el título de "INFANTICIDIO".

(18) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 110.

En el artículo 581, encontramos la definición de lo que González de la Vega llama INFANTICIDIO GENERICO.

"Llamese infanticidio: la muerte causada a un infante -- en el momento de su nacimiento, o dentro de las 72 horas siguientes".

El anterior precepto encontramos una característica especial, consistente en el hecho de que prevee la muerte del niño que está naciendo, durante el momento del parto y con posterioridad a él.

Siguiendo el orden prescrito por el mismo Código veremos cada uno de los artículos que prosiguen. Así se consigna el precepto 582, el cual establece: "El infanticidio causado por culpa, se castigará conforme a las reglas establecidas -- en los artículos 199 a 201; pero si el reo fuese médico, cirujano, comadrón o partera, se tomara esta circunstancia como agravante en el ejercicio de su profesión por dos años", --

Dentro del artículo 583, nos encontramos con el lado opuesto de la moneda, al mencionar dicho precepto, lo siguiente: "El infanticidio intencional, sea causado por un hecho o una omisión, será castigado con...".

En el artículo 584, encontramos el infanticidio "honoris causa", lo cual se deduce de la lectura de éste; "La pena será de ocho años de prisión cuando el infanticidio lo cometa la madre; pero se reducirá a la mitad cuando ésta se proponga ocultar su deshonor y concurren las siguientes circunstancias:

- I.-- Que la madre no tenga mala fama;
- II.-- Que haya ocultado su embarazo;

III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se haya inscrito en el Registro Civil; y

IV.- Que el infante no sea hijo legítimo".

Complementado y reglamentado lo anterior, el artículo 585, que establece: "Cuando en el segundo caso del artículo anterior no concurren las tres primeras circunstancias que en el se exigen, se aumentara por cada una de las que falten un año más de prisión a los cuatro años que para ese caso se señalan; pero si faltare la cuarta, esto es si el infante fuere hijo legítimo; se impondrán ocho años a la madre infanticida, concurren o no las otras tres circunstancias".

Desde un punto de vista personal, considero que el ordenamiento mencionado en el parrafo anterior, aparte de ser redundante es absurdo, ya que si tomamos en cuenta, que el fundamento del artículo 584, es que se pruebe la causa de honor, al ir faltando tan sólo alguna de las circunstancias, estaremos en consecuencia saliendo del móvil por el cual se estableció el privilegio, por lo que resulta innecesario que falten tres requisitos.

González de la Vega (19), manifiesta que esta reglamentación resulta absurda, sobre todo en lo referente al artículo 584, que era el único en que se penaba a las madres infanticidas, ya que según dicho precepto se les castigaría con prisión de cuatro años cuando mediara una causal de honor, pero ante la falta de una razón de éste caracter quedaría impune tal hecho.

(19) Idem.

Por su parte Demetrio Sodi (20), al comentar ese mismo precepto, establece que al desglosarse, abre la posible impunidad para las madres que dieran muerte a sus hijos en ausencia del deshonor. De modo que si cometían el hecho delictivo con una motivación diversa, no habría que aplicar la pena.

Podemos decir que es inexacta la afirmación del maestro Sodi, ya que la falta de la causal, simplemente excluye la aplicación de la pena privilegiada a la madre, así pues, no se deja impune ese acto criminal, esto es fácil de comprender, si interpretamos con lógica esas disposiciones.

Lo anterior da origen a que en los trabajos de revisión del Código de 1871, se proponga la pena de ocho años para el infanticidio cometido por la madre el cuál se reduciría a la mitad si se presentaba el motivo de protegerse del deshonor.

Continuando con nuestra exposición, el artículo 586, se refiere a los extraños o terceros que llegasen a cometer dicho delito: "Cuando no sea la madre la que cometa el infanticidio se impondrán en todo caso, ocho años de prisión al reo, a menos que éste sea médico, comadron, partera o boticario y como tal cometa el infanticidio; pues entonces se aumentará un año a ocho susodichos, y se le declarará inhabilitado perpetuamente para ejercer su profesión".

En verdad, resulta incomprensible, como es que desde entonces y hasta ahora, las leyes se empeñan en otorgar privilegios a quienes no lo merecen. Es absurdo que, cuando no-

(20) Demetrio Sodi, "Nuestra Ley Penal", Editorial Bouret, México. 1917, Tomo II, Págs. 303 y 304.

hay (y aun habiéndolo) un motivo ético como podría ser el -- ocultamiento del deshonor, que desde un punto de vista perso--
nal resulta injustificable tanto en la madre, o en sus pa--
rientes, con más razón en los extraños que no tienen ningún--
pretexto que los justifique, para cometer un crimen de tal--
naturaleza, y por lo tanto eludir las penas correspondientes
al delito de homicidio.

En éste caso comparto la opinión de Dn. Demetrio Sodi --
(21), que dice; "...el que mate a un infante no sólo ejecuta
un crimen monstruoso en un ser indefenso, sino que general--
mente es impulsado a cometerlo, por causas de interés pecu--
niario, dándole tintes de mayor negrura al atentado".

2.5.2. Código Penal de 1929

Podemos inferir de la lectura de los preceptos, que se--
ñala el Código del '29, que prosigue la tradición jurídica --
del Código anterior. Es más, dicha ley recoge sustancialmen--
te, en el artículo 997, el contenido del artículo 584, del --
Proyecto de Reformas del Código Penal de '71. El artículo ---
998, reproduce casi en los mismos terminos el artículo 585 --
del mencionado proyecto.

El ordenamiento de 1929, copia la definición de infanti--
cidio de la anterior legislación. Creó además la absurda e --
innecesaria figura del "Filicidio" (es el homicidio causado--
por los padres, en la persona de alguno de los hijos). Con --
la creación de este nuevo delito lo único que se consigue es

(21) Idem.

crear confusión donde ya de por sí existía. Además -agrega-- González de la Vega (22)-; "...la contradicción gravísima entre las penalidades del infanticidio genérico, del honoris causa y del filicidio...", y si tomamos en cuenta la definición de este último, se concluye que se puede cometer en el descendiente dentro de las 72 horas de su nacimiento o después en cualquier otra edad y sin embargo, seguían atenuando se las penas de homicidio.

El mismo autor (23), termina diciendo: "Si los legisladores de 1929, realmente quisieron exigir el delito especial de filicidio, amparando al hijo, cualquiera que fuese su edad, debemos convenir entonces, en que fueron muy desafortunados en la redacción del capítulo, o que se inspiraron en una mala técnica jurídica".

Dentro del artículo 995, se reitera el infanticidio imprudencial.

En el artículo 999, se disminuyó la pena aplicada a los médicos, parteros..., con relación a la inhabilitación perpetua, ésta se reduce a veinte años solamente.

2.5.3. Código Penal de 1931

Este Código, que regula al infanticidio, es el que tiene vigencia actualmente, dicho delito se encuentra inserto en el Libro Segundo, Título XIX "Delitos contra la vida y la Integridad Corporal", Capítulo V, comprende los artículos --

(22) González de la Vega. Ob. cit. Págs. 111 y 112.

(23) Idem.

del 325 al 328.

Como ya se mencionó, el criterio dual que adopta nuestra legislación (con respecto a la pena), y que tiene su origen en el Código del '71, trae como consecuencia la creación de dos tipos de infanticidio, el cometido por móviles de honor y causado sin que medie tal causa. Esto da lugar a discusiones doctrinarias que trataremos más adelante.

Debemos señalar que es el artículo 327, el que doctrinariamente hablando corresponde en realidad al infanticidio propiamente dicho.

Observando el contenido de los preceptos 325, 326, 327 y 328, podemos señalar que el primero es el que define el tipo, el segundo le marca la sanción; el tercero contempla el infanticidio honoris causa y su penalidad; y por último se establecen las penas para los terceros partícipes.

Los anteriores artículos serán tratados en los siguientes capítulos, es por ello que no queremos profundizar en su estudio.

2.5.4. Analogías y Diferencias de los Anteriores Códigos

Una vez realizado el estudio de los diferentes ordenamientos represivos, que han tenido vigencia en nuestro país, sólo nos queda por ver las semejanzas y diferencias que guardan entre ellos.

Tomando en consideración que se han tratado con profundidad la mayoría de ellos, seremos breves y explicaremos el presente punto a través de un cuadro sinóptico:

Cód. de 1871.

Def. de infanticidio.

Da lugar al infanticidio, in ipso partu y el inmediatamente posterior (72 horas).

Penalidad en el Honoris Causa 4 años. El Générico 8 años. Coparticipación. -- Penas de 8 años si es un extraño, si es un médico, boticario, etc. 9 años + inhabilitación perpetua.

Cód. de 1929.

Def. igual pero agrega el tipo de filicidio.

Este sostiene los mismos marcos de temporalidad, para el infanticidio, no así para el filicidio que puede ser en cualquier momento, después del nacimiento.

Penalidad en el Honoris Causa 5 años, Générico 10 años. 8 años si es un extraño, 9 a un profesionalista + inhabilitación por 20 años.

Cód. de 1931.

Este código -- Subsume ambos tipos de definiciones en uno sólo.

Este código -- suprime el infanticidio in ipso partu, -- sólo admite, -- el causado dentro de las 72 horas después del nacimiento.

Penalidad en el Honoris Causa de 3 a 5 años; el Générico de 6 a 10 años. El médico, co-madrón, cirujano, etc., a demás de las penas privativas de la li-

bertad inhabi-
litación de 1-
a 2 años.

Con el anterior cuadro creo que se comprendera mejor el presente punto.

2.5.5. Los proyectos de Códigos Penales de los años ---
1949, 1958, y 1963

No deja de ser importante, observar que la ley penal --- que nos rige actualmente, data de 1931. Es increíble ver co-
mo han cambiado las formas de vida y como se transforman las sociedades.

Culturalmente hay quienes aseguran que hemos sufrido -- una deformación, y que además somos una sociedad en declive-
éticamente. Todavía tenemos, quienes creemos que los cambios son positivos. Y es por eso que pensamos que la Legislación-
de 1931 ya no es coherente con la realidad, y por ello hace-
falta ubicarlo.

Estos cambios se han intentado a través de varios Pro-
yectos (1949, 1958 y 1963), por eso creo, es interesante co-
nocer algo acerca de estos intentos.

El proyecto de 1949, resulta ser el primer intento se-
rio de una reforma total a la Legislación Sustantiva Penal.

Son prestigiados juristas como Forte Petit, Carranca y-
Trujillo, y Luis Garrido, entre otros, los que forman una co-
misión que elaborara un Proyecto de Código tipo para la Repú-
blica. Este Código contiene multiples innovaciones, en diver-
sos aspectos, con relación a los Códigos anteriores.

Con respecto al infanticidio lo incluye en el Capítulo V, título XII, referente a los delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, que subsume todos los ordenamientos anteriores con uno sólo.

Artículo 315: "Se aplicarán de 3 a 5 años de prisión a la madre que para ocultar su deshonor, prive de la vida a su hijo dentro de las 72 horas de su nacimiento".

Es evidente que la técnica jurídica es superior a la empleada en el Código vigente. Se desprende de la lectura de este artículo, como sujeto activo, únicamente a la madre; el pasivo es el hijo; el marco de temporalidad referido, es el de 72 horas y se da relevancia al móvil de honor, figura que funda el privilegio en este delito.

Anteproyecto de 1958.- Este proyecto, es creado por la Comisión de estudios jurídicos de la Procuraduría General de la República, y se integra entre otros por Porte Petit, Pavón Vasconcelos y Ricardo Franco; éste proyecto es igual que el anterior, con la sola innovación que se manifiesta en el ámbito temporal señalado "...en el momento de su nacimiento o dentro de las 72 horas siguientes". Este concepto queda incluido en el artículo 239, del Capítulo VI, del subtítulo I, de igual denominación que el Proyecto anterior.

El Anteproyecto de 1963.- Se integra de nueva cuenta, una Comisión en la cual figuran Porte Petit, Olga Islas de González Mariscal y por el Lic. Fernando Roman Lugo, éste último es quien preside de dicho grupo.

Abreviando podemos establecer, que el Proyecto de Código Penal tipo del mencionado año, en su Capítulo VI, Título-

I de su Sección Quinta define al infanticidio de igual manera que el Proyecto de 1958; y por ende conserva las mismas características.

C A P I T U L O I I I
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL
DELITO DE INFANTICIDIO

Adquirida la noción general del infanticidio, y hecha la referencia a sus antecedentes legislativos de nuestro Código Penal vigente, podemos pasar a analizar el artículo 325 como indica nuestra ley.

3.1. EL ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, es el artículo 325 del Código Penal, el que nos señala el concepto de infanticidio, diciendo: "Llamase infanticidio; la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos". Es evidente, que el presente Código sigue los lineamientos de la legislación penal de 1871, al no mencionar el móvil de honor.

La técnica legislativa utilizada en la redacción del anterior ordenamiento, seguramente dará lugar a una serie de discusiones, casi todas tendientes a tratar de establecer, si es un tipo distinto del infanticidio por causa de honor, o también, a pretender encontrar el motivo del privilegio otorgado para éste precepto.

Es así, como los doctrinarios, tratando de dar una solución apropiada para dichos problemas, han brindado brillantes exposiciones.

La maestra Olga Islas de González Mariscal (24) nos di-

(24) Olga Islas de González Mariscal, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, México 1982, Págs. 159 y 160.

ce: "Los criterios emitidos se pueden clasificar en tres grupos: a) La figura descrita, requiere un móvil de honor; b) -- Contiene un móvil cualquiera, pero distinto del móvil de honor (Infanticidio Genérico); c) No exige móvil de ninguna -- clase (Infanticidio sin móviles)".

Dentro del primer grupo encontramos, entre otros, al -- maestro Mariano Jiménez Huerta y a don Raúl Carranco y Trujillo.

Estos dos autores sostienen que el Código vigente, sólo alude al infanticidio "honoris causa". Por ello al estudiarlo referente al concepto dado por el artículo 325, expresan, que a pesar de que éste no esclarece la "ratio legis" del infanticidio, es evidente que la diferencia está, en que la -- muerte que concreta el homicidio recaído sobre un niño, la -- vamos a encontrar en el elemento subjetivo, consistente en -- el fin de ocultar el parto y evitar así la deshonra.

Jiménez Huerta, en busca de la "ratio legis" del artículo 325, critica al Código del '71, por haber introducido la -- atenuación en el delito de infanticidio, sin fundarlo en razones de honor, humanas o jurídicas; así que quien pregunte -- el porqué de ésta disminución, se quedaría sin respuesta.

Con el fin de ubicar el móvil de honor como "ratio" del privilegio de ésta figura, comienza por decir: "Empero, desde ahora podemos subrayar que al circunscribirse en este artículo a los ascendientes consanguíneos, la posibilidad de -- ser sujeto activo del delito; surge como luego veremos, un --

elemento interpretativo de valor instrumental" (25).

Para redondear lo anterior, expresa; que si alguien sostiene que el móvil del Honor se excluye del artículo 325, -- tiene que aceptar que se presente el infanticidio por otros móviles, y que esta también alcance el beneficio otorgado -- por el precepto; tal sería el caso, del hombre que después -- de haber seducido a una mujer, da muerte al fruto de sus amores, con el fin de no ligarse a la madre de su hijo, y así, -- no tener que sufragar los gastos del niño.

Por lo tanto, Jiménez Huerta opina: "Aunque a primera-- vista, y según la letra del artículo 325, parece no ser el-- móvil de honor la "ratio legis" del privilegio que otorga este artículo al ascendiente consanguíneo que priva de la vida a su descendiente recién nacido. Si bien profundizamos en la interpretación del indicado, y superamos dogmáticamente, el torpe sentido que surge de su enteca redacción y de sus estrictos términos gramaticales; tenemos forzosamente que llegar a opuesta conclusión..." (26). Por esa razón resulta inconcebible que en el artículo mencionado, se haya establecido sin lógica un privilegio el cuál tendría un fundamento en la tierna edad de la criatura, lo que resultaría absurdo.

Agrega el citado autor que: "La especialidad del tipo -- de infanticidio brota a la consideración jurídica, de la fi-

(25) Mariano Jiménez Huerta, "Derecho Penal Mexicano", -- Parte Especial II, Antigua Librería Robredo, México, 1958, -- Pág. 169.

(26) Idem.

nalidad de la conducta homicida, esto es del móvil de ocu-
tar la deshonra, que se enseñorece de toda la conducta y que
originó desde la época de Beccaria, privilegios penales, man-
tenidos en los modernos Códigos...". Para concluir afirma lo
siguiente: "Es pues a juicio nuestro, evidente que también -
la conducta descrita en el artículo 325, requiere para su in-
tegración de un elemento finalístico, esto es que el agente-
actue con la tendencia interna de salvar el honor. Este ele-
mento subjetivo si bien no esta expresado en la letra de la-
ley, esta incito y latente, en la propia esencia del tipo" -
(27).

Por su parte Carranca y Trujillo al comentar el artícu-
lo 325, nos brinda una opinión semejante a la de Jiménez -
Huerta, esto lo podemos deducir del siguiente comentario "...
., el objeto jurídico del delito lo es: la reputación de la-
madre y la de sus progenitores, que el agente tiene la volun-
tad de poner a salvo; o sea que el móvil del delito esta vin-
culado a la 'honoris causa', elemento subjetivo de la antiju-
ricidad" (28).

Dentro del segundo grupo encontramos al maestro Porte -
Petit quien nos dice "...el Código Penal vigente reglamenta-
tanto el infanticidio cometido por móviles de honor, como el

(27) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 171.

(28) Raúl Carranca y Trujillo, "Código Penal Anotado", -
Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1971, Pág. 775, -
nota 1051.

sin móviles de honor" (29).

Tratando de complementar su comentario y con el fin de darle más fuerza expresa: "Otro dato, que nos lleva a sostener la existencia del infanticidio sin móviles de honor, es el de que no existe una disposición, --como la establecida, -- en el Código Penal de 1871, en el Proyecto de Reformas y en el Código Penal de 1929-- aumentando la pena para los casos -- en que falte alguna de las circunstancias consistentes en no tener mala fama..., habida cuenta que es innecesaria su inclusión, contando con los artículos 325 y 326, los cuales como hemos indicado aluden al infanticidio, sin móviles de honor. .." (30).

Dentro de este grupo, también podríamos incluir al jurista Francisco González de la Vega, este autor, al hablar -- del delito de infanticidio nos señala la existencia tanto de él con móviles de honor, como también, del que él denomina -- infanticidio genérico, artículo 325, esto lo afirma al decir : "...el Código Penal vigente, separándose en parte de las -- legislaciones de otros países que limitan la noción de infanticidio y su penalidad disminuida al causado por la madre -- con el propósito de ocultar su deshonestidad sexual; reglamentó una primera infracción que hemos venido denominando in

(29) Celestino Porte Petit Candaup, "Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal", Editorial Jurídica Mexicana, México, 1980, Pág. 386.

(30) Idem.

fantocidio g nerico (artículo 325 del Código Penal)" (31). - Aquí se considera la atenuación, no importando cual sea la causa que motive tal crimen.

En el tercer y último grupo, nos encontramos al maestro español Quintano Ripolles, el cual al comentar nuestro Código Penal vigente, señala que en él se regulan dos tipos; "uno nominal de infanticidio, bien que en rigor, unicamente al segundo corresponderá el nomen en estricta doctrina ... En el artículo 325 del Código Penal Mexicano se contempla cualquier hipótesis de muerte causada a un niño dentro de las 72 horas...; al no hacerse referencia alguna a motivaciones, ni a situaciones biológicas, conforme con la recusable técnica francesa, resulta con ello privilegiada una caprichosa figura de parricidio, en que la menor pena se funda en la corta edad de la víctima. Frente a este extraño tipo, en que parece aceptarse una minus valía de los niños de temprana edad; el artículo 327 consagra un tipo específico de infanticidio, único merecedor de tal nombre. En él figuraran ya los móviles finalistas de defensa del honor, aunque no de modo expreso como en las legislaciones tradicionales del grupo hispánico, sino por la vía indirecta y siempre arriesgada de las presunciones" (32).

Una vez analizadas las anteriores opiniones, tomando en cuenta los riesgos que implica acoger partido, definitivamente nos inclinamos por reconocer que efectivamente, nuestro -

(31) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 112.

(32) Quintano Ripolles, Ob. cit. Pág. 484.

Código Penal de 1931, recoge dos tipos de infanticidio, uno en el cual se omite el móvil del delito (artículo 325), y en el cual no se justifica ningún privilegio, y el otro, el señalado por el artículo 327 que admite el móvil de honor, tolerable para el legislador, aunque no para nosotros; y ya veremos porqué, posteriormente.

Creemos que en verdad, el artículo 325 regula otro tipo distinto, tomando en cuenta la forma en que se redactó, y -- también por lo que se advierte en el artículo 327 del Código Penal vigente, en el que se indica el móvil específico, ya -- que si el legislador hubiese querido señalar, la causa de honor como justificación en el artículo 325, lo pudo hacer, y -- sin embargo se omitió. Además el hacer una interpretación de la Ley siempre es riesgoso; nuestra Constitución previendo -- esto, nos establece en su artículo 14, tercer párrafo, "En -- los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por -- simple analogía y aún imponer por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Una vez exceptuado el móvil de honor del artículo 325, -- podríamos señalar como causas de éste tipo las siguientes: -- la miseria económica, comodidad (fines económicos egoístas), propósitos eugenésicos, desliz sexual, odio, muerte de un ser con el fin de evitar la competencia económica hereditaria, -- etc.

Para concluir con este punto, debemos decir que el artículo 325, indica por primera vez, en la ley mexicana, marcando como posibles sujetos activos, a los ascendientes consanguí-

guíneos.

En lo referente a el marco de temporalidad, tomando en cuenta la rigidez de la ley es de 72 horas a partir del nacimiento.

Así pues, del presente analisis, se desprenden los siguientes elementos del artículo 325, que son:

- a) Que el producto de la concepción haya nacido.
- b) Que la muerte se deba a una causa externa.
- c) Que la muerte ocurra dentro de las 72 horas de haber nacido.
- d) Que la muerte sea causada por alguno de los ascendientes consanguíneos.

A continuación los estudiaremos individualmente.

3.2. QUE EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION HAYA NACIDO

El primer elemento se constituye con una acción de muerte, ejercida contra un recién nacido, por lo tanto, en el infanticidio, el presupuesto lógico de la vida extrauterina es indispensable, ya que de lo contrario faltaría el bien tutelado por la ley, y el delito podría ser imposible. Pero se presentaría un problema, el cuál sería demostrar que el recién nacido vivió post-partum, esto en el caso de la muerte de un adulto, la inspección del cadáver, nos prueba que tenía vida. Pero en el primer caso, las condiciones generales del organismo del infante, no demuestran a simple vista que haya tenido vida extrauterina; por estas razones debemos ser extremadamente cuidadosos, al intentar construir la prueba, ya que no debe quedar la menor duda; sobre todo, en este ca-

so, es un requisito la prueba rigurosa del cuerpo del delito.

Dentro de éste elemento encontramos varios problemas, -- que debemos resolver. El primero de ellos sería: ¿cuando se reputa en la ley, nacido un ser?. Esta cuestión ha sido objeto de estudio entre los doctrinarios, tanto juristas, como -- médicos legales, entre las diversas opiniones recogimos las siguientes por considerar que son las más importantes:

a) Carrara señala que "el nacimiento de una persona, se da con el desprendimiento total del niño del claustro materno, es decir, cuando el nuevo ser tenga vida autónoma propia" (33).

b) Soler dice: que el nacimiento se produce, "...desde el comienzo del proceso del parte, hasta el momento de la completa separación" (34). Este autor da un término más amplio.

c) Carlos Fontan Balestra opina: "el nacimiento comienza con las contracciones uterinas dolorosas; y desde ese momento puede cometerse el delito de infanticidio, no siendo -- necesario, por tanto, la separación completa del cuerpo de la madre; y en la cesárea cuando comienza a ser extraída la criatura" (35).

En fin reseñar todas esas opiniones resultaría extenso,

(33) Carrara, Ob. cit. Pág. 290.

(34) Soler, Ob. cit. Pág. 75.

(35) Carlos Fontan Balestra, "Tratado de Derecho Penal" Editorial Abelado Perret, Buenos Aires, 1977, Pág. 53.

por ello recurrimos al resumen que nos presenta Cuello Calón de la siguiente manera: "Las opiniones formuladas por los juristas sobre este punto son muy diversas. Binding opina: que el niño ha nacido cuando se halla separado, aún cuando sólo sea en parte, de su madre; de manera que el influjo mortal puede venir de afuera... Analogo es el criterio de Holtzendorff... . Olshausen, la señal del nacimiento ha tenido lugar cuando cesa la respiración placentaria y es posible la pulmonar..., Altavilla, combate el criterio basado en la respiración, al que no lo considera con valor suficiente para determinar el comienzo de la vida, y cree que debe tomarse en consideración cualquier manifestación vital posterior al corte del cordón umbilical o la separación de la placenta... Garraud dice: para la existencia de éste delito no es preciso que el niño haya vivido la vida extrauterina, la muerte ejecutada in-ipso partu, todavía en el seno de la madre, es infanticidio... . Los autores ingleses y norteamericanos opinan que no hay nacimiento, mientras todo el cuerpo del niño no se halle por completo fuera del vientre de la madre..." (36).

Para el maestro Puig Peña, hay nacimiento: "Desde el momento en que el parto empieza de una manera normal; toda actuación extraña deberá ser considerada como infanticidio y todo acto anterior como aborto" (37).

(36) Cuello Calón, Ob. cit. Pág. 467.

(37) Federico Puig Peña, "Derecho Penal", Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Pág. 429.

Vemos como la mayoría de estas opiniones coinciden en - que no es necesario el total desprendimiento de la criatura, para que pueda tipificarse el infanticidio; basta con que só lo haya salido en parte y que hubiere tenido la condición re querida de estar vivo.

Es por tanto, condición ineludible de éste delito, que- exista vida post-partum, no basta pues con el simple naci---- miento, si no se presenta la condición señalada, primero es- taremos ante un delito imposible; "el cual sera sancionado - en aquellos casos en que se compruebe la temibilidad de sus- autores, por el empleo de medios idoneos para haber causado- la muerte" (artículo 12, Código Penal del Distrito Federal,-- de la tentativa).

Se presenta otro problema, que debemos resolver, como - es el determinar el fenómeno de la vida después del nacimien- to.

Carrara (38) dice: "Los antiguos, que para probar que - el niño nació vivo, no era suficiente que la infanticida con- fesara, si no se constataba de su vida por otro lado (Wern---- her, Bergero, Bassano)".

El autor anteriormente citado, nos habla de los prácti- cos y de su posición acerca de la presunción de la vida en - el delito que tratamos, ya que dice, que estan en desacuerdo unos con otros, ya que, Berlichio y Baldo entre otros sostie- nen que debe presumirse que la criatura nació viva, y por lo tanto, será la madre la que deba probar lo contrario. Por --

(38) Carrara, Ob. cit. Pág. 284.

otro lado Farinaccio, Thesauro, Paponio y Grivelli, opinan -- todo lo contrario, señalan que debe presumirse que el niño -- nació muerto; y éste criterio ha prevalecido (39).

A veces la vida extrauterina podrá demostrar a través -- de la prueba histórica y directa, esto a merced de testigos -- que aseguren haber visto moverse después de su salida del -- claustro materno, o de haberlo oído llorar; pero por lo regu -- lar estos partos se busca ocultarlos al máximo y por lo tan -- to alejarlo de miradas indiscretas, sera muy raro el caso en que se pueda probar a través de éste medio.

Por lo anteriormente expuesto, señalaremos que sera ne -- cesaria la prueba pericial, y va a ser la medicina legal la -- que nos proporcionará los medios idoneos para ello; el con -- junto de pruebas propuestas, constituyen las "docimasias" -- (yo pruebo, yo experimento). Estas pruebas se basan en la -- comprobación de signos de vida, manifestados en las funcio -- nes respiratorias, digestiva y circulatoria.

Existen diversos tipos de docimasias, como son: la doci -- masia pulmonar hidrostática, la pulmonar óptica, docimasia -- histológica, docimasia gastro intestinal, y la auricular. O -- tro medio de posible comprobación es el que nos señala Carra -- ra, el infarto del acido urico en los riñones del recién na -- cido.

Tomando en cuenta tanto la frecuencia con que se utili -- zan, así como también el grado de veracidad que ofrecen, nos avocaremos al estudio de la pulmonar hidrostática, y de otra

(39) Idem.

prueba que es complementaria de ésta, la gastro intestinal.--

a) Docimasia Pulmonar Hidrostática; "...como fenómeno general era ya conocido por los galenos, pero sólo en 1681 -- fué empleada por Schererger para demostrar si el feto había -- vivido. La prueba se basa en un fenómeno físico: la disminu- ción del peso específico del pulmón por la presencia de aire en su interior y aumento de volumen" (40).

Sonnenkal afirma que ésta prueba fué practicada desde -- 1561, por el tribunal Superior de Pagan en un caso jurídico. Con el tiempo éste método se fué perfeccionando, se unió a -- unas observaciones acerca de las condiciones de la cavidad -- torácica, y luego fue modificada por Plouquet.

Nerio Rojas: "La técnica de la docimasia pulmonar hi -- drostática es esencial; una falla puede ser motivo de una -- conclusión equivocada con lamentables consecuencias judicia- les: ya sea para condenar a un inocente, o bien para absol -- ver a un culpable" (41).

El procedimiento consta de cuatro tiempos:

1.-- Apertura de torax y extracción del árbol traqueo -- bronquial y pulmones, sea seccionando la traquea y tomando -- con una pinza, la parte posterior, o bien, sacando todos los órganos en una sola pieza; con la lengua, seccionando vasos -- y esófago a nivel del diafragma. Todo el conjunto se pone en el agua, en un recipiente suficientemente grande, y se obser -- va si flota o se hunde.

(40) Nerio Rojas, Ob. cit. Pags. 239 y 240.

(41) Idem.

2.- Cortar un pulmón entero, en partes, y ver si se hunden o flotan todos los pedazos o alguno de ellos.

3.- Tomar un trozo de pulmón que haya flotado, dejando hacia arriba la superficie de sección, comprimirle fuertemente bajo el agua y observar lo que sucede; puede pasar que se desprendan de este trozo de pulmón burbujas de aire, que suben en forma de espuma y quedan en la superficie del agua.

4.- Tomar un trozo de pulmón que haya flotado, comprimirlo violentamente varias veces dentro de la mano y soltarlo, ver si sigue flotando o se hunde despues de la trituration.

La docimasia gastro intestinal es, como ya lo dijimos, otra prueba complementaria de la pulmonar hidroestática.

Nerio Rojas: "Fué estudiada por Breslau, y se le conoce también con ese nombre; la técnica es sencilla: se ligan el cardias y el píloro, separando el estomago, y se hace otra ligadura y sección más lejos en el trayecto del intestino delgado, y lo mismo a nivel del recto; separandose así las diversas porciones. Se lo sumerge en el agua y se observa si flotan o no, todos o algunos" (42).

La base de esta prueba es que la criatura cuando nace va a respirar, y va a tragar aire, a través de movimientos de deglución que efectúa automáticamente, por lo tanto tendra aire en su estomago; y si la respiración fué prolongada, el aire estará en el estomago y en el intestino.

A pesar de la exactitud que en un momento nos pueden

(42) Nerio Rojas, Ob. cit. Págs. 239 y 240.

brindar las docimasia, estan también expuestas al error, -
 dado que todas ellas se basan en la respiración pulmonar, y-
 ello es fundamental para deducir de ahí, la existencia de la
 vida extrauterina. Como lo señala Carrara (43); "...hay ca-
 sos en que se encuentran idénticas señales en los pulmones -
 de los niños que han nacido muertos".

1.- Por enfermedad pulmonar;

2.- Por haber soplado algún malvado dentro de la boca -
 del niño muerto.

Esta prueba es común desecharla, pues no tiene importan-
 cia médico-legal, dado que implicaría el deseo de dar vida -
 al recién nacido.

El soplar de boca a boca, o a través de una canula, ha-
 ría posible destender el pulmón en algunas zonas y llevar -
 también aire el estomago. Así pues, las pruebas de flotación
 resultarían positivas.

3.- Por haber respirado momentaneamente el niño al na-
 cer, ya que también durante el parto pueden efectuarse la -
 respiración y expiración del feto.

4.- Por putrefacción gaseosa, va a ser principalmente -
 motivo de error en las dos pruebas tratadas: hidrostática de
 pulmón y la de Breslau. La formación de gas en los organos -
 debida a la putrefacción, hace posible la confusión con el -
 aire de la respiración, pues ambos son capaces de hacer flo-
 tar el pulmón o el estomago.

En éste caso aparecerán sobre la pleura, pequeñas vesí-

(43) Carrara, Ob. cit. Pág. 288.

culas de gas en número variable.

En la prueba hidrostática del pulmón, cuando hay putrefacción encontraremos, en el primer tiempo, flotación franca o entre dos aguas; en el segundo, flotación positiva de algunos trozos; tercero, burbujas más grandes, desiguales, menos abundantes, sin formación de espuma franca; cuarto, hundimiento pulmonar.

El maestro Nerio Rojas (44) señala que: "Las otras causas de error son de menor importancia, sea por su carácter muy excepcional o, por la mayor facilidad para evitarlas...; se refiere siempre a la docimasia hidrostática (congelación, fuego, conservación en alcohol, atelectasia secundaria, etc)".

Es tan importante el fenómeno de la respiración pulmonar, para en un momento dado poder determinar la vida extrauterina, que hay quienes han llegado a exagerar, al afirmar que respiración es sinónimo de vida, y esto no siempre será cierto.

A continuación analizaremos algunos casos en que por determinadas causas biológicas, se producirá el fenómeno de la vida extrauterina sin respiración, tal es el suceso del recién nacido apnéico (cuando sufren una suspensión respiratoria), se pueden presentar el caso durante este fenómeno, que puede durar varios minutos, se cometa el delito de infanticidio.

También por causas de tipo patológico, se puede dar el-

(44) Nerio Rojas, Ob. cit. Pág. 242.

fenómeno de vida extrauterina sin respiración. El niño que nace antes de las 28 semanas, si vive, no respira también puede presentarse este caso en niños débiles, mueren sin dejar huella de su respiración.

Otros casos semejantes a los anteriores serían: el niño que nace en estado de asfixia por interrupción prematura de su circulación placentaria; otro caso sería, el del infante que nació sin poder respirar, por la mucosidad que impidió el paso del aire a los pulmones. Una hemorragia meníngea por compresión de la cabeza durante el parto; o una neumonía sífilítica, también pueden obstruir el paso del aire a los pulmones de la criatura.

"Y como contraste, es dable afirmar que infantes cuyas vidas extrauterinas son tan evidentes que incluso se manifiestan al exterior mediante el grito y el llanto, presentan los pulmones después de muertos vacíos de aire, por natural retorno al estado fetal". Tal afirmación es hecha por el maestro Jiménez Huerta (45).

Por otro lado, debe indicarse que la respiración no se establece uniformemente en todos los recién nacidos, o sea que no es el mismo tiempo, puede variar, algunos respiran cuando apenas salió la cabeza del claustro materno, otros durante la salida del cuerpo y otros hasta que la expulsión sea completa.

Entonces no debe señalarse el fenómeno de la respiración como determinante de la vida. Así pues, cualquier otro

(45) Jiménez Huerta, Ob. cit. Págs. 179 y 180.

fenómeno circulatorio o muscular tendrá la misma trascendencia para demostrar la vida, el latido del corazón, la pulsación del cordón umbilical o las contracciones espasmódicas de un musculo, tienen también relevancia biológica.

A través de este punto hemos visto, cuando se considera el fenómeno del nacimiento, y como se puede probar éste; sólo nos falta por revisar el problema de la viabilidad en este delito.

Podemos empezar señalando, que el hecho de que un sujeto sea viable o no, resulta intrascendente para la ley penal la cual atiende directa e indirectamente a la realidad de los fenómenos humanos, y no a las ficciones, que el Derecho Privado crea. El problema tal vez resulta de importancia para el Derecho Civil, relacionando con este asunto, se encuentran los artículos 22 y 337 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios Federales.

El primero concede capacidad jurídica a las personas físicas, por su nacimiento, mismo que desaparece con la muerte. Agrega el citado precepto sin embargo: "pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido, para los efectos declarados en el presente código".

Mientras que el artículo 337, establece lo siguiente: "Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil...".

Sin embargo algunos estudiosos del Derecho Penal, nos brindan su opinión a este respecto.

Puig Peña (46) dice: que no es necesario que sea viable el niño para que se le considere nacido vivo.

Tardieu (47) por su parte aclara que la viabilidad, no constituye la vida, sino que es la aptitud para ella. "...in-fanticidio consiste en el hecho de privar de la vida a un niño recién nacido que ha salido del claustro materno; es indispensable que el niño haya nacido vivo, más no es necesario, que sea viable, y en algunos casos, no había sanción penal, tal es la situación del Código Toscano de 1853.

Por lo tanto podemos concluir que la viabilidad no es un elemento necesario, para el Derecho Penal el cual tutela la vida como una realidad, y por lo tanto se establece la obligación de protegerla y no de ultimarla.

3.3. QUE LA MUERTE SE DEBA A UNA CAUSA EXTERNA

El infanticidio a pesar de ser un tipo especial, tiene estrecha relación con el delito de homicidio y por lo tanto con los medios de consumación de éste último.

En el infanticidio los medios empleados por el criminal son diversos, y casi siempre van a ir inspirados en un afán de alcanzar la impunidad.

Así pues la conducta en este delito puede ser de acción o de omisión, por lo tanto nos encontramos frente a un deli-

(46) Puig Peña, Ob. cit. Pág. 429.

(47) Ambrosio Tardieu, "Estudio Médico Legal Sobre Delitos Contra la Honestidad", Casa Editorial de Francisco Pérez, Barcelona, 1883, Pág. 48.

to comisivo.

Las causa que originan la muerte, pueden ser de tipo patológico o criminal; las que nos interesan son las segundas y las señalaremos en un cuadro sinóptico.

- I.- Por asfixias:
- 1.- Sofocación.
 - 2.- Sumersión.
 - 3.- Enterramiento.
 - 4.- Estrangulación.
 - 5.- Ahorcamiento.
 - 6.- Confinamiento.

II.- Traumatismos:

- 1.- Craneanos.
- 2.- Heridas.
- 3.- Lesiones Térmicas.

III.- Intoxicación Medicamentosa.

- IV.- Omisión de -
- 1.- No de mamar al infante.
 - 2.- No ligarle el cordón un-
reción naci- bilical.
 - 3.- No prestarle la ayuda y-
do: los cuidados necesarios.

Después de revisar el anterior cuadro sinóptico, se puede concluir y reforzar el criterio adoptado en relación a la conducta que puede desarrollar el sujeto activo de este delito, y que puede ser una acción (maniobras ejecutadas sobre el recién nacido, con el propósito de causarle la muerte), o una omisión también llamada inacción, pero con ésta se busca el mismo fin que con la primera.

Dentro de éste segundo elemento se nos presentarían dos problemas, que la doctrina trata de resolver; el primero será, determinar si hay concurso de delitos, cuando hay abandono del recién nacido con resultado de muerte; y el segundo que es referente a la culpa. Dentro de éste delito, la pregunta será la siguiente: ¿Existe infanticidio culposo?

Para iniciar el análisis del primero de nuestros problemas, podemos decir que entre el delito de abandono de niños con resultado de muerte y el infanticidio existe una diferencia fundamental y que será la intención de causar la muerte en el segundo, y lo contrario en el primero.

En relación con esto, podríamos señalar los artículos 335 y 339 del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 335, establece el tipo y la sanción para el que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo.

El artículo 339, señala: "Si del abandono... resultare lesión o la muerte, se presumiran estas como premeditadas, para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan".

Carranca y Trujillo (48), al comentar el anterior precepto expresa: "No dice la ley que las lesiones o el homicidio sean premeditados, tan sólo re-envía a las penas correspondientes a estos delitos considerándolos como calificados, por lo que hace a la penalidad. No se trata, en consecuencia de una presunción juris tantum, sino juris et de jure".

González de la Vega (49), al analizar este precepto manifiesta; "...a prima facie, es voluntad de la ley considerar premeditados el homicidio o lesiones que resulten del abandono, siendo una conclusión sofisticada y falaz: en primer lugar implica una intolerable contradicción in terminis, el suponer premeditado un homicidio preterintencional, y en segundo lugar las presunciones de premeditación que la ley penal establece, admiten siempre prueba en contrario. La prueba obviamente esta incita de un abandono efectuado sin ánimo necandi".

Al referirse a este problema el maestro Jiménez Huerta declara; "...cuando con el fin de ocasionarle la muerte a un infante se le abandona, el agente será responsable sólo por infanticidio, pues el abandono no es más que un medio para matar. El principio de la consunción que rige el concurso de leyes, impide la simultánea subsunción de la conducta en el-

(48) Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carranca y Rivas, "Código Penal Anotado", Editorial Porrúa S. A., México, 1981 Pág. 659. Nota 1090.

(49) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 138.

tipo de abandono de personas..." (50).

Por su parte Maggiore (51), expone un comentario similar al de Jiménez Huerta, al sostener que no existe concurso material, entre el abandono de un recién nacido por causa de honor y con resultado de muerte y el delito de infanticidio, por que el abandono funciona como un medio para cometer el infanticidio, por lo tanto queda subsumido por éste. No se aplican ni las agravantes, ni las atenuantes por se incompatibles.

La mayoría de los doctrinarios, sostienen criterios semejantes a los vertidos en parrafos anteriores.

Así pues, para concluir el análisis de este problema, debemos señalar que puede darse un concurso aparente de normas, como en el caso que estudiaremos (abandono de niño con resultado de muerte), en esta situación, se aplicará la pena de infanticidio; se excluye pues la de abandono, esto debido a que opera el fenómeno de la consunción, y se sanciona sólo el delito mayor.

Lo anterior se puede fundamentar en lo que señala el artículo 59 del Código Penal del Distrito Federal, "Cuando un delito puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y que cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor".

El segundo problema que se nos presenta es el, determinar si puede haber un infanticidio culposo.

(50) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 181.

(51) Maggiore, Ob. cit. Pág. 308.

Al hacer referencia a esta pregunta, la mayoría de los autores coinciden en que no puede haber infanticidio culposo, esto tomando en consideración que la creación de este tipo privilegiado, se caracteriza por la presencia del elemento subjetivo, que liga el resultado con la conducta; ese elemento subjetivo no es otro que el móvil del honor. Sin embargo, hay quienes como Carrara opinan lo contrario.

Carrara (52), ante la duda de su discípulo Caprioli, — acerca de que resultaba contradictoria su posición, relativa a que podía existir el infanticidio por causa de honor culposo, ya que siempre habra dolo aunque éste sea degradado, pero no culpa, contestó de la siguiente forma; "...el fin de salvar el honor puede conducir a una pobre mujer a dos determinaciones distintas: la primera, darle muerte a la criatura, y siendo así, es indudable que siempre estaríamos ante el verdadero dolo; la segunda, ocultar al niño, pero sin prever que se pone en peligro la vida de éste. Y en ésta segunda hipótesis es evidente que si la manera de efectuarse la ocultación le causare inopinadamente muerte al niño, no podrá imputarsele dolo a la mujer, por que no previo esa muerte. Sólo podrá imputarsele imprudencia, por no haber previsto todas las consecuencias posibles de su propia acción, por lo tanto no podrá considerarsele responsable de infanticidio doloso, por que obró al mismo tiempo con el fin de salvar su honra y la vida del niño; pero sí habra que imputarsele una omisión de diligencia, y por consiguiente una culpa".

(52) Carrara, Ob. cit. Págs. 296, 297 y 298.

El mismo maestro para reforzar su posición destaca ----
 "..., el infanticidio culposo no es identico al infanticidio
 cometido con actos negativos, pues en estos también puede ma-
 nifestarse verdadero dolo, cuando se dirigen a causar la ----
 muerte del niño. No es la forma exterior la que delimita los
 dos casos..." (53).

En posición contraria a esta tesis, encontramos las i -
 deas del Maestro Jiménez Huerta (54), explica: "No es confi-
 gurable el infanticidio perpetrado por culpa; este delito se
 caracteriza típicamente, por la existencia del elemento sub-
 jetivo, que liga el resultado con la conducta: matar para o-
 cultar la deshonra...este elemento, preside exclusivamente -
 la realización dolosa de la conducta típica: matar al ni ----
 ño...".

En definitiva podemos decir, que el infanticidio por mó-
 vil de honor, es aceptable la posición de rechazar su forma-
 culposa, ya que el elemento mencionado de este delito lleva-
 implícita una conducta dolosa.

Dentro de nuestra legislación se presenta el problema -
 por partida doble, si tomamos en cuenta su doble tipifica -
 ción "sui generis", al establecer infanticidio honoris cau-
 sa, y el infanticidio sin el móvil de honor. El primero que-
 da resuelto, en lo expuesto anteriormente; ¿pero puede exis-
 tir el segundo en una forma culposa?

De lo anterior se deriva otro problema, ya que nuestra-

(53) Idem.

(54) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 181.

legislación, no establece una punibilidad específica para el infanticidio culposo ¿cuál será la sanción aplicable a este caso?.

Antonio de P. Moreno determina; "...cuando la conducta del agente carece de intención dolosa, pero es omiso imprevi- sor, por que no preve lo previsible, es negligente, irrefle- xivo o descuidado y causa el daño de privación de vida al in- fante, de quien es ascendiente consanguíneo, será responsa- ble de un delito imprudencial" (55).

Tomando en cuenta la anterior reflexión podemos decir, - que la sanción aplicable será la que establece el artículo - 60: "Los delitos de imprudencia se sancionarán, con prisión - de tres a 5 años ...La calificación de la gravedad de la im- prudencia, queda al arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración, las circunstancias generales señaladas en el - artículo 52...".

En nuestra legislación penal, el artículo 8, es el que - preve los delitos intencionales y los imprudenciales.

Así pues podemos terminar diciendo que, es probable la - comisión del infanticidio sin móvil de honor en su forma cul - posa, aunque técnicamente se niegue tal posibilidad. Ya que - según se expresó, es requisito de éste delito, la intención - de causar la muerte, pero se regulará, como un delito impru - dencial, y no como infanticidio culposo.

(55) de P. Moreno, Ob. cit. Pág. 117.

3.4. QUE LA MUERTE OCURRA DENTRO DE LAS 72 HORAS DE HABER NACIDO

El tipo de infanticidio señalado por el artículo 325, de nuestro Código Penal vigente, contiene una referencia temporal, concretada al hecho mismo que consigna el citado precepto; "...la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento...".

Es necesario señalar, que en cuanto al marco temporal -- que debe establecerse para el infanticidio, no hay un criterio definido. Las diversas legislaciones adoptan plazos diferentes, como ejemplo citaremos las siguientes: Bolivia, inmediatamente después del parto; Colombia y Cuba, dentro de los ocho días siguientes; el Código Penal Italiano, señala el momento del parto, o inmediatamente después de éste acontecimiento; Ecuador al recién nacido; Códigos Portugues y Brasileño, desde el momento del nacimiento hasta los ocho días siguientes; el Código Aleman y el Belga durante el parto o inmediatamente después, sin fijar plazo; el Derecho Frances se refiere al recién nacido, sin establecer que debe entenderse por éste; los Códigos de Holanda, Argentina y el Hungaro se refieren al infanticidio, en el momento del nacimiento.

Vemos como la mayoría de los Códigos mencionados, hablan del infanticidio ipso-parto y después de él, aunque también hay un número importante de legislaciones, especialmente latinoamericanas, que no hablan de la muerte causada al naciente.

Nuestro Código Penal de 1931, suprimió la definición

del infanticidio realizado en el momento del parto, a que hacían referencia los Códigos anteriores (1871 y 1929). Esta omisión va a traer serios problemas, pero el principal será determinar ante que delito nos encontramos, cuando se causa la muerte al que nace. ¿Estaremos ante un aborto, un infanticidio, un homicidio o lesiones?

Esta cuestión que se presenta en nuestra Legislación Penal; se ha tratado de solucionar con propuestas para crear el tipo llamado "Feticidio". La Legislación Italiana, acepta esta figura, la cual vamos a encontrar inserta en su definición del infanticidio, señalada en el artículo 578, de su respectivo Código, misma que establece lo siguiente: "La muerte del feto durante el parto, para salvar el honor propio o el de un pariente próximo...".

El profesor Stampa, citado por Quintano Ripollés (56), rechaza el "Feticidio", o sea la muerte de seres en trance de nacer sin estar dotados de vida autónoma, dependiente por tanto de la madre; por considerarlo innecesario, y lo asimila al infanticidio, descartando el delito de aborto, al no diferenciar el nacimiento biológico del jurídico, resultando para esto intrascendente, que el producto de la concepción haya o no respirado.

Como ya lo señalamos, nuestra ley penal ignora la figura del feticidio, al no estar expresamente contemplado por el ordenamiento respectivo.

Sin embargo, otras legislaciones resuelven el problema-

(56) Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 499.

tan frecuente que se presenta entre juristas y médicos legistas, cuando se causa la muerte al ser que nace, antes de haberse desligado por completo de la madre; al agregar a la definición de infanticidio la expresión "al nacer" o "al momento de su nacimiento".

En relación con esto Carrara, expresa su opinión; "... en terminos rigurosos el niño muerto durante el nacimiento no puede considerarse nacido, ni su muerte podía llamarse aborto, por no estar ya en estado fetal. De aquí las infinitas discusiones sobre este caso que se haya, en cierto modo, entre el feticidio y el infanticidio, y que en el estado actual de la teoría abstracta se equipara con éste último" (57).

Por su parte el tratadista español Quintano Ripolles (58), señala: "El que está naciendo es obvio que no ha nacido aún y por ende no es un recién nacido".

Así como el autor citado, en el párrafo anterior, hay quienes critican la idea de llamar infanticidio la muerte del que no ha nacido, por considerarla como inexacta y contraria a la verdad de las cosas.

Estos críticos, fundamentan sus ideas afirmando que puede sancionarse gravemente el hecho de dar muerte al feto que nace; pero no por ello estaremos ante un infanticidio, ya que no puede matarse al que no ha nacido, y este hecho no será un aborto, por que la vida placentaria del feto ha con-

(57) Carrara, Ob. cit. Pág. 290.

(58) Quintano Ripolles, Ob. cit. Pág. 500.

cluido de un modo natural, como consecuencia de la madurez - del feto; pero tampoco es un infanticidio, es un impedimento para adquirir la vida, no una privación de ella.

Es una necesidad palpable, el hecho, que la Legislación Penal debe dejar a un lado ambigüedades, y equiparar por regla general al niño naciente y al nacido, salvo las debidas precauciones de juicio práctico acerca de la realidad de la vida.

Con relación a este problema, del infanticidio ipso parto, la doctrina divide opiniones, y es así como surge la polémica.

Debemos destacar, que en Francia donde siempre se utilizó el término de "recién nacido", la doctrina y la jurisprudencia no han dudado en admitir muchas veces el infanticidio en el momento del parto.

Dentro de la doctrina española varios autores, se han pronunciado por la tesis extensiva, aceptando el infanticidio, cuando la víctima es un ser naciente.

Es así como Puig Pena (59), aclara que el problema surge cuando el niño no ha nacido totalmente, y es así como se inclina por estimar que desde el momento en que el parto empieza de una manera normal, toda actuación extraña se considera infanticidio.

Por su parte Rodríguez Devesa -citado por Raúl F. Carde

(59) Puig Peña, Ob. cit. Pág. 429.

nas- (60), afirma que hay infanticidio, desde que el aborto no puede ser posible, y echa de menos una previsión como la Italiana del feticidio, que solucionaría todas las dificultades; fija el límite entre el aborto e infanticidio, sin que el corte de cordón umbilical sea necesario.

Será entonces el nacimiento, lo que nos permita diferenciar entre el infanticidio, el homicidio y el aborto.

Impallomeni, entiende por nacimiento, el proceso que se inicia al concluir la gestación, hasta que el niño sale enteramente del claustro materno, sin que interese que éste respire o no.

La gestación terminará cuando se inicie el parto y así se podrá diferenciar del aborto -este es una expulsión violenta del producto-, el parto, ya que es una expulsión espontánea (61).

Parece acertada la definición anterior, sobre todo si tomamos en cuenta, que es necesario determinar el hecho concreto del nacimiento, y para ello debemos valernos, no de elementos subjetivos, como serían los dolores del parto, sino de los ciertos, que nos da la expulsión del naciente, revelados por síntomas inequívocos.

Dentro de nuestra ley penal, podemos considerar lo mar-

(60) Raúl F. Cardenas, "Estudios Penales", Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, México, 1977, Pág. 165.

(61) Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1978, Tomo XV, Pág. 664.

cado en el artículo 329, de nuestro Código Penal: estima al aborto, como la muerte del producto de la concepción, en cualquier etapa de la preñez; el momento del nacimiento no puede considerarse, dentro del proceso de gestación, pues con este hecho precisamente, es con el que concluye.

Una vez establecida la diferencia entre el infanticidio y el aborto, y después de haber concluido que no se puede encuadrar la muerte del naciente dentro de éste último, se nos presenta la siguiente interrogante: ¿la muerte realizada contra el que nace, es homicidio?.

En relación con este asunto, encontramos comentarios negativos a la posibilidad de encontrarse ante un homicidio, - por ejemplo podemos citar a Remo Pannain (62), este autor - interpreta que la muerte del feto ipso-parto, prevista por la legislación Italiana como feticidio, sólo cuando se propone salvar el honor, cuando falta este elemento típico "carece de encuadramiento penal, imposible en el homicidio por no tratarse de persona...".

Se puede afirmar, que cuando se considera nacido al ser que se ha separado por completo del claustro materno, no podrá encuadrarse la muerte del que nace, como un homicidio, - el cual entendemos como la privación de la vida a un ser humano.

(62) Remo Pannain, "Infanticidio en Nuovo Digesto Italiano", Unione Tipografico - Editrice Torinese, Tomo VI, Italia, 1952, Pág. 1059.

El maestro Raúl F. Cardenas (63) expone: "De acuerdo con nuestra legislación vigente que ha suprimido el delito de feticidio, considero que la supresión del ser durante el parto, no es aborto, ni infanticidio, ni tampoco homicidio; ...pero entiendo que no por eso, puede dejar de inculcarse tal conducta, que puede tipificarse dentro del amplio concepto de lesión, ya que se causa un daño al cuerpo de la mujer o una alteración a la salud. Sin embargo cuando el hecho es realizado por la madre, considero que es impune, pues aún cuando la mujer no puede disponer de su cuerpo o de su salud no se sanciona, salvo casos excepcionales, la autodesutilización o el daño a la salud ocasionado por el mismo sujeto activo, encontramos así al sujeto activo y el pasivo reunidos en una persona".

El maestro González de la Vega (64), toma una postura, que considero es más adecuada para este problema; él manifiesta lo siguiente: "...el elemento por sus características técnico-biológicas, debe ser establecido por peritaje médico-legista, pudiendo fijar como criterio en México, sujeta la supresión del infanticidio en el momento del nacimiento, el que el niño ha nacido cuando definitiva o parcialmente exorcizado del seno materno, su fisiología es ya autónoma".

Por su parte Jiménez Huerta (65), sostiene que la muerte dada al niño en el momento del parto, es por ende eugen-

(63) F. Cardenas, Ob. cit. Págs. 169 y 170.

(64) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 114.

(65) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 177.

drable dentro del infanticidio, ya que en el momento en que el nuevo ser se alumbra al exterior la preñez ha terminado.

Para finalizar este punto, estimo que la Legislación Penal, debe desembarazarse de este problema, y la solución sería la inclusión del feticidio, dentro del tipo de infanticidio.

Nuestro Código vigente, al no regular ésta figura nos viene a ocasionar graves problemas, ya que no podemos afirmar tajantemente estar ante un infanticidio cuando se produce la muerte del que nace, esto debido a la omisión clara que se hace en la ley en relación con éste hecho, y debemos recordar que existen preceptos constitucionales, mencionados ya en anteriores páginas, que prohíben la aplicación de la ley por simple analogía.

Sin embargo considerando y aceptando, que la preñez concluye con el inicio del nacimiento, y además que el Derecho Penal por lo general, entiende como nacido, al ser aunque en parte, se ha separado del claustro materno; me inclino por aceptar que la muerte provocada del feto en el momento del nacimiento, es infanticidio.

Una vez aclarado el problema relativo al feticidio, podemos pasar a analizar la ratio legis, del marco temporal establecido por nuestro Código Penal para el infanticidio.

La razón de establecer un marco temporal corto, en la mayoría de las legislaciones, deriva del móvil de honor, causa por la cual la figura se coloca dentro de un marco privilegiado.

En relación con esto Puig Peña, considera recién naci-

do; "...al que nació pocos días antes, con tal de que el nacimiento sea secreto, para no desvirtuar la razón de la atenuación, el móvil de honor" (66).

Por su parte el maestro de Pisa Carrara (67), declara en relación a la expresión recién nacido, adoptada por algunas legislaciones; "...es el modo escogido para expresar el concepto jurídico del infanticidio, el cual consiste en que el nacimiento del niño no haya sido manifestado a la familia o a los vecinos, de manera que la causa para darle muerte hubiera sido la de ocultar su existencia, para encubrir la falta cometida; y en esto consiste el criterio que distingue esencialmente el infanticidio y el homicidio ...es preciso fijar siempre en la mente, que la causa del infanticidio debe ser la de salvar el honor de la madre, ...más ¿para qué en la fijación del tiempo? ¿se quiere expresar un concepto jurídico, y éste es el de que la muerte del niño se ha cometido para ocultar el parto?, pues entonces, definase el hecho según esta intención, y no se errara nunca...".

Las posturas adoptadas por Puig Peña y Carrara, resultan adecuadas, pero en nuestra legislación, con sus características sui generis, con la existencia del infanticidio genérico y el honoris causa (para este tipo, si podrían acogerse las opiniones mencionadas, cuando la conducta del sujeto activo encuadre en él).

(66) Puig Peña, Ob. cit. Pág. 429.

(67) Carrara, Ob. cit. Pág. 291.

Francisco Pavón Vasconcelos (68), señala que el marco temporal establecido para la realización del infanticidio es justificable, si se toma en cuenta el móvil de honor. Pero en nuestra legislación, al aceptar el tipo común de infanticidio (artículo 325), la fijación del término de 72 horas es totalmente arbitrario y sólo útil para la fijación de la línea divisoria temporal entre el aborto y el infanticidio, y entre éste y el homicidio.

En realidad, parece aceptable la anterior opinión, por lo tanto se puede decir, que la elección de este plazo, resulta meramente empírica, no teniendo una razón jurídica específica, para la creación de el marco temporal establecido para el artículo 325, y el cual si puede considerarse adecuado para el caso de el artículo 327, o sea cuando existe el móvil de honor.

3.5. QUE LA MUERTE SEA CAUSADA POR ALGUNO DE LOS ASCENDIENTES CONSANGUINEOS

Por último vamos a estudiar lo relativo al sujeto activo del infanticidio, sólo la madre del niño sacrificado, como lo encontramos en el artículo 327, o cualquiera otro de sus ascendientes consanguíneos, según expresa el artículo 325, pueden ser los realizadores de tal hecho.

(68) Francisco Pavón Vasconcelos, "Lecciones de Derecho Penal", Editorial Porrúa S. A., México, 1976, Págs. 299 y 300.

El maestro González de la Vega, al comentar el artículo 325, manifiesta que dicho precepto tiene el mérito de indicar, por primera vez en la ley mexicana, los posibles sujetos activos de la infracción: los ascendientes. Pero a la vez establece una crítica al manifestar: "El precepto emplea una fórmula innecesaria: "ascendientes consanguíneos", por que el niño acabado de nacer no puede tener ni ascendientes por afinidad, ya que este parentesco, se adquiere por el matrimonio y se establece entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, ni ascendientes civiles de adopción, puesto que dentro del término de 72 horas es imposible que se cumplan las formalidades legales, para la adquisición de esta forma de ascendencia; el recién nacido no tiene sino una clase de ascendientes, los consanguíneos, resultando así innecesaria la mención de esta circunstancia" (69).

Jiménez Huerta, no está totalmente de acuerdo con González de la Vega, sobre todo en lo referente al parentesco que puede tener un recién nacido por afinidad; para reafirmar su posición, dice que la condición del infante no obsta para no tener parientes por afinidad. "Pues bien, este sería el caso del parentesco existente entre el niño, sujeto pasivo del delito de infanticidio y el cónyuge de la abuela consanguínea casado con ésta en segundas nupcias" (70).

En relación con esto la Ley Civil (artículo 294) no es

(69) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 112.

(70) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 175.

establece distinción en cuanto a los parientes del cónyuge.

Al igual que con el marco temporal, también las legislaciones tienen variantes en cuanto al señalamiento del posible sujeto activo de este delito. Podemos señalar como ejemplos: El Código Federal Suizo, y el Código Penal de Costa Rica, que señalan a la madre como único sujeto activo posible del infanticidio; el Código Penal Argentino, menciona a la madre (por dos circunstancias, el estado puerperal y el móvil de honor), y a los padres, hermanos, marido e hijos; la legislación española (artículo 410), menciona tanto a la madre como a los abuelos maternos.

En realidad, la ratio legis, que inspiró a las distintas legislaciones a señalar, siempre a la madre como sujeto activo de este delito, así como extender esa facultad en ocasiones a los abuelos maternos, deriva del hecho de que sólo ellos pueden ver afectado su honor, además en el caso establecido por las circunstancias del estado puerperal, esto sólo puede afectar a la parturienta.

El hecho de designar exclusivamente a la madre como posible sujeto activo de éste delito, en algunas legislaciones en las que se establece el móvil de honor, a generado diversas críticas, ya que varios autores no aceptan que la única afectada por el deshonor sea la mujer fecundada ilegítimamente, porque pueden haber personas de su parentela a quienes les interesa la honra de la mujer, hasta el punto de que su voluntad sufre una fuerte depresión, ante la amenaza del peligro en que ella se encuentra. Así pues, Giuliani y Puccioni, extienden esta excusa al autor de la preñez

y colocan dentro de la definición de infanticidio, como posible sujeto activo también al padre de la parturienta.

Por su parte Niccolini, extiende tal excusa al extraño que por su amistad con la mujer ilegítimamente fecundada, - se hace coautor del infanticidio, con ella para salvarle la honra.

Dentro de nuestra legislación penal, como ya vimos (artículo 325), se señala a los ascendientes consanguíneos, - quedando comprendidos entre estos, tanto los padres como - los abuelos, pero se excluyen al no mencionarse los extraños. Cuando sea un extraño el que de muerte a un recién nacido dentro de las 72 horas de su nacimiento, estaremos ante un homicidio calificado.

El maestro Jiménez Huerta, destaca; "...la posibilidad establecida en el artículo 325, para cualquier ascendiente-consanguíneo, de ser sujeto activo; excede lo racional, - pues si bien es comprensible que los ascendientes consanguíneos maternos del infanticidio, realicen la conducta ejecutiva con el fin de ocultar la deshonra, esta finalidad no - puede concurrir en el padre del niño inmolado, ni en sus demás ascendientes consanguíneos..." (71).

Considero, que lo anterior sería coherente si el artículo mencionado regulara específicamente el infanticidio honoris causa, pero el tipo descrito por dicho precepto, no - menciona causa especial para la comisión del delito.

Una cuestión que se menciona en relación con los suje-

(71) Pannain, Ob. cit. Tomo IV, Pág. 1058.

tos activos, es el hecho de que alguno de los ascendientes-consanguíneos, de muerte al recién nacido en contra de la voluntad de la madre.

Algunos penalistas como Vannini y Pannain, consideran que el caso en que la madre se oponga, a la supresión del hijo, por ella ilegítimamente concebido, prefiriendo exponerse al deshonor, antes que suprimir al fruto de sus ilícitos amores; sus parientes cercanos no pueden adquirir el derecho de sustituirla y matar a la criatura, y por ende, si lo hacen deberán responder por homicidio común (72).

Esta opinión sin embargo, no puede aceptarse en la interpretación dogmática del derecho en vigor, pues además de que el artículo 325, contempla expresamente como posibles sujetos activos, a los ascendientes consanguíneos. No especifica el móvil del crimen.

Por último, siendo la liga de ascendencia la que une al sujeto pasivo con el sujeto activo de la infracción, será necesario ver como se puede probar el vínculo del parentesco.

Nuestro Código Civil vigente, en los artículos 340, — 341, 360 y siguientes, nos dice; "...la prueba de filiación de los hijos recién nacidos de matrimonio, se obtiene con la partida del nacimiento, y con el acta de matrimonio, admitiéndose en efecto de esta posesión, la filiación por cualquier probanza legal, excepto la testimonial, si no se apoya en otras pruebas que la hagan verosímil".

(72) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 117.

El maestro González de la Vega, asegura: "La filiación de la víctima puede ser legítima o natural, ya que el artículo 325, del Código Penal, al hablar de ascendientes, no establece distinción alguna" (73).

Es preciso establecer, que la prueba de la filiación -- del recién nacido, no es tributaria de las normas civiles, -- será suficiente que en el proceso y conforme a las formas -- probatorias reguladas por el Código de Procedimientos Penales, se establezca dicha filiación como un hecho indudable.

(73) Idem.

C A P I T U L O I V
ANALISIS DEL ARTICULO 327
DEL CODIGO PENAL DEL D. F.

4.1. INFANTICIDIO HONORIS CAUSA

Una vez estudiado con toda amplitud el artículo 325 del Código Penal Vigente, que describe el tipo llamado infanticidio génerico, podemos decir, que no se determino una causa específica para la comisión de dicho delito, y por lo tanto-- dió origen a una figura privilegiada sin fundamento alguno.-- Pasaremos a estudiar el denominado infanticidio honoris cau-- sa, inserto en el artículo 327, del mismo ordenamiento, el -- cuál establece una atenuación mayor en cuanto a la penali -- dad, que la establecida por el artículo 326 para el que mata a un recién nacido sin que existan móviles de honor.

Para poder establecer un concepto del infanticidio "ho-- noris causa", debemos tomar los elementos descriptivos que -- nos brindan los artículos 325 y 327. Así, podríamos decir -- que, "comete infanticidio la madre que para ocultar su des-- honra priva de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento", del anterior sólo nos faltaría estu -- diar el elemento de la deshonra, el cuál se desprende de la -- palabra honor. Por lo tanto debo establecer la definición de ésta palabra, ya que alrededor de ella gira toda la problemá tica relacionada con el presente tema.

4.1.1. Definición de Honor

En relación a la palabra honor, podemos establecer algu -- nos de los conceptos vertidos por la Real Academia de la Len -- gua, que nos dice: "Es una cualidad moral que nos lleva al -- más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del pró -- jimo y de nosotros mismos". En otra definición señala: "Es --

honestidad y recato en las mujeres, y buena opinión que se granjean con éstas virtudes" (74).

También, se puede considerar al honor, como la cualidad moral que impulsa al hombre a comportarse de manera que pueda conservar su propia estimación y ser merecedor de consideración y respeto ajenos.

Con el propósito de establecer la diferencia entre los conceptos de honor y honra; Baralt (75), dice que: "En el honor hay algo convencional y arbitrario; algo que depende de las preocupaciones de una época, o de un país. Al paso que honra expresa una calidad invariable, inherente a la naturaleza misma de las cosas. De tal modo que honor significa en muchos casos la consideración que el uso o ideas erróneas de moral, concedan a cosas varias, y aún criminales, que no se podrán expresar por medio de la honra...".

Es verdad que existen diferencias entre el honor y honra, pero no tan marcados como lo expresa el citado autor, y así debemos considerar no como invariable el concepto de honra, sino cambiante conforme a las diversas épocas o países.

4.1.2. El Móvil de Honor

Después de haber señalado el significado de la palabra honor, podemos pasar a estudiar porqué se le coloca como cir

(74) Gran Enciclopedia Larousse, Editorial Planeta S.A. Calvet 51-53, Barcelona, 1952, Tomo V, Letra H.

(75) Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. cit. Tomo XIV, Págs. 470 y 471.

cunstancia atenuante del delito en estudio.

Debemos recordar, que existen varios Sistemas o Bloques que pugnan por el establecimiento del privilegio para la figura del infanticidio, los más importantes son: el Germánico (de alteración fisiopsíquica, se fundamenta en la circunstancia del estado puerperal), y el Latino (de motivación, en el que se establece la atenuación por razones de honor).

En relación al móvil de honor, podemos decir, que constituye el elemento psicológico del delito de infanticidio, - el cuál basa la teoría de ésta figura en el ocultamiento de la deshonra de la madre, que debe ser determinante en la comisión del hecho criminal.

La Ley atenúa la pena considerando las consecuencias -- gravísimas de tipo familiar y social que produciría la prueba indiscutible del deshonor en que ha caído la mujer; así -- como su interés por ocultar su deslíz (a lo que debemos agregar la situación angustiosa por la que atraviesa), para poder evitar el escándalo.

El maestro Antonio de P. Moreno, expresa un razonamiento aceptable, en relación a la conducta llevada a cabo por la mujer para ocultar su deshonor: "La madre ha mancillado -- su propio honor y su acción homicida no es la capacitada para limpiar la mancha, el honor ultrajado o borrar el estigma" (76).

En nuestra legislación penal, artículo 327, no se define expresa y literalmente que la causa de una mayor atenua--

(76) de P. Moreno, Ob. cit. Pág. 389.

ción en éste caso sea el móvil de honor, sin embargo dicho motivo puede deducirse de las cuatro circunstancias (obligatorias), establecidas en las fracciones del citado precepto, y que a continuación señalaremos para su posterior análisis:

"Art. 327.- 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".

De lo anterior, se deduce que el sujeto activo, sólo puede ser la madre; puesto que ni el padre, ni los abuelos podrán ser beneficiados con la atenuación establecida para éste tipo, aún cuando prueben que el único objeto de su acción criminal fué el de salvar el honor de la parturienta, y en consecuencia el del grupo familiar.

Después de ésta aclaración, podemos analizar individualmente las circunstancias fijadas por el legislador en el artículo 327.

La primera de las circunstancias marcadas, es que la mujer no tenga mala fama. Se debe determinar que la ley se refiere a la fama pública, respecto de la conducta sexual de la mujer.

Lo anterior se concluye de lo manifestado por el tratadista González de la Vega, al referirse a éste problema; "...se exige que la madre no tenga mala fama, porque cuando-

ésta por su viciada conducta sexual precedente o por cual --
quier forma de degradación, no tiene ya interés en ocultar --
sus deslices, sería absurda la atenuación por el propósito --
de honor" (77).

No estoy totalmente de acuerdo con lo señalado por el --
citado autor, ya que no debió incluir en su comentario la --
frase "cualquier otra forma de degradación", sino únicamente
lo referente a la conducta sexual; ésta afirmación se puede--
fundar en la apreciación, de que una mujer puede no ser hon--
rada por falta de probidad, y sin embargo conservar incólume
su honor sexual, tal sería el caso de una doncella que ha si--
do condenada por otro delito (ej. robo, daño en propiedad --
ajena, etc.), por lo tanto en ella podría caber la atenuan--
te. Situación distinta será la de la prostituta. Tratando de
reforzar ésta opinión citare a el maestro Porte Petit (78),--
que nos dice: "...si el motivo de la atenuación es la oculta--
ción del embarazo, en cuanto a que implica deshonor sexual,--
no importa la degradación de otra índole".

Por lo expuesto, podemos señalar que la ley no se refie--
re más que a la mala fama, respecto a la conducta sexual del
sujeto activo de éste delito, y no a otro aspecto negativo --
de la fama, como por ejemplo lo referente a su educación y a
sus virtudes domesticas. Así pues, la mujer de vivir licen--
cioso, o la prostituta, o en general la que goza de una dudo--
sa conducta sexual no puede alegar que tuvo como fin evitar--

(77) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 118.

(78) Porte Petit, Ob. cit. Pág. 389.

la deshonra, y por lo tanto, se encuadraría su crimen en el infanticidio genérico.

En sí el problema debe ser considerado con especial atención por el juez, el cuál debe adecuarse en su interpretación a la moral reinante en ese momento en el medio social.

El segundo requisito establecido por el artículo 327, se refiere al ocultamiento del embarazo.

Esta circunstancia marcada como un beneficio en nuestra ley, tiene un negro antecedente en la ordenanza dictada por Enrique II, de Francia en 1556, y reproducida por Luis XIV, el 25 de febrero de 1708, ésta, más que un privilegio encerraba un castigo para la madre que ocultaba su estado de preñez o el parto, éste consistía en dar muerte a la culpable de tal falta. Este decreto, fundamentaba su severidad, en el hecho de que se privaba al niño del bautismo y de la sepultura en lugar sagrado, además de la presunción del infanticidio. Para evitar la mujer ser castigada, debía declarar ante un funcionario público su estado de gravidez.

Posteriormente, con la lucha iniciada por Beccaria, en relación a la menor punibilidad de ésta acción delictuosa, sobre todo si se tomaba en cuenta el honor, se consideró al ocultamiento de la preñez como una muestra de moralidad y pudor.

En nuestro Código Penal, se establece ésta circunstancia para determinar cuando una mujer tuvo a bien esconder su embarazo, y como consecuencia de ello poder evitar la deshonra, pues en caso contrario, cuando la mujer se ha exhibido en lugares concurridos haciendo con ello que se conozca su

embarazo, no puede alegar que tuvo interés por evitar el deshonra propio, o el de los parientes próximos.

Con referencia a la fracción II, del precepto en estudio, Ramón Palacios (79), señala: "La mayoría de las veces, el ocultamiento del embarazo tiene como finalidad no revelar la deshonra, pero no siempre tiende a ese fin, como es biennotorio. Si se ha ocultado o no, es cuestión de hecho que debe apreciarse en cada caso el juez".

Como tercera condición, encontramos, el ocultamiento del nacimiento del niño, y su no inscripción en el Registro Civil. Estas exigencias hacen patente el deseo por parte de la víctima del desliz, de que no se conozca su situación, ya logro ocultar el estado de gravidez en que se encontró, persiste en esconder el alumbramiento, tanto en el orden material (desconocimiento del suceso por parte de las personas que la rodean), como jurídico, al no inscribirlo en los libros del Registro Civil, con lo que se puede considerar cumple su objetivo. Como situación contraria, podemos señalar el hecho de que se haga público el nacimiento, o bien, se registre a la criatura, en un caso semejante la mujer no podría evitar el escándalo, ya que ella misma lo propiciaría.

Se puede asegurar que el registrar al niño, es la forma máxima de publicidad del acontecimiento, y con ello pierden validez las anteriores circunstancias.

Es el Código Civil para el Distrito Federal, el que es-

(79) J. Ramón Palacios Vargas, "Delitos contra la Vida e Integridad Corporal", Editorial Trillas, México, Pág. 87.

establece las reglas para el Registro Civil, en el capítulo referente a las actas de nacimiento en sus artículos del 54 al 76. Podemos considerar de importancia el artículo 54, que expresa lo siguiente: "Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el juez del Registro Civil, en su oficina o en la casa donde aquel hubiere nacido". De esto se desprende que el hecho de registrar al infante, da un carácter de publicidad para tal conducta.

En el artículo 55, del mismo ordenamiento, se establece la obligación para el padre, la madre, los médicos, cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, de declarar el nacimiento, a los tres últimos se les fija un plazo de setenta y dos horas, posteriores al nacimiento, para que den aviso al Registro Civil.

Por lo tanto, el hecho de inscribir el nacimiento, o la realización de actos que hagan patente éste acontecimiento, imposibilitan la concurrencia del móvil de honor.

La fracción IV, del 327, se refiere a la ilegitimidad del infante.

Se considera como hijo ilegítimo al que nace de una madre que no esté unida en matrimonio legal.

Sin embargo, hay quienes como el maestro Cuello Calón (80), observan la posibilidad de que el móvil de la honra puede concurrir tanto en la mujer soltera, como en la casada legalmente; tal sería la situación de la mujer que separada por largo tiempo de su marido, ha concebido de adúlteras re-

(80) Cuello Calón, Ob. cit. Pág. 469.

laciones, o también pudiera darse en el caso de la mujer que ha concebido antes de haberse realizado su matrimonio.

Por su parte Jiménez Huerta (81), hace notar lo siguiente; "...como es ilegítimo el nacido durante el matrimonio — cuando hubiese sido 'físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los treientos que han precedido al nacimiento' (artículo 325, del Código Civil), obvio es que la mujer casada — también puede ultimar al infante con el fin de ocultar la deshonra".

Tomando en cuenta que nuestro Código Penal, menciona expresamente como requisito la descendencia ilegítima, no se pueden aceptar las justas apreciaciones hechas por los mencionados autores.

Al igual que en la anterior circunstancia (no registrar el nacimiento), las reglas establecidas sobre la legitimidad de los hijos las encontramos en el Código Civil, en sus artículos 324, 325 y 326; en el primero, se establece la presunción de los que se consideran hijos legítimos, o nacidos dentro del matrimonio, dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; el 325, ya fue mencionado en el comentario anterior de Dn. Mariano Jiménez Huerta. Por último, en el artículo 326, se expresa lo siguiente: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado

(81) Jiménez Huerta, Ob. cit. Págs. 173 y 174.

o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

Así pues, podemos decir que la mujer casada, ilegítimamente fecundada puede cometer el infanticidio con móvil de honor.

Por lo expresado, se puede considerar que si el niño es legítimo, no existe un motivo racional, humano, moral y socialmente considerado, que permita compasión para la madre que actúa en contra del instintivo sentimiento maternal propio y congénito en las mujeres.

Por lo tanto se considera al móvil de honor como el elemento interno emocional, en el cuál se funda el privilegio establecido para el presente tipo. Sin embargo, podemos señalar que hay autores que no admiten que la causa de honor, sea una razón tan poderosa, como para arrebatarse la vida a un ser nacido apenas de las entrañas de la propia víctima.

Como para muestra basta un botón, citare un comentario de Giuseppe Maggiore (82); "...la inmoralidad y abyección extremas del que destruye su propia prole, no puede ser moralizadora por ningún motivo, aunque sea la honra, porque hay algo más fuerte que el honor, y es el instinto maternal que pasa por encima de su deber, es un ser que ha perdido el sentido humanitario".

Podemos concluir el presente capítulo señalando lo siguiente; de la definición de honor descubrimos que es un ele

(82) Maggiore, Ob. cit. Pág. 314.

mento meramente subjetivo, el cual tiene variantes según las épocas y lugares. Siendo necesario adecuar nuestra ley a la-situación actual, tomando en cuenta que la mayor libertad se_xual, tanto en los hombres como en las mujeres, hace que no-se considere como un deshonor la maternidad en las mujeres -solteras, por lo tanto resulta injustificable el privilegio-establecido por tal motivo.

C A P I T U L O V
DE LA COPARTICIPACION EN EL
DELITO DE INFANTICIDIO

Una cuestión importante plantea el saber como ha de calificarse la conducta de los partícipes de éste delito.

El Código Penal vigente, se refiere a la participación de terceros, en su artículo 328, que señala lo siguiente: -- "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".

El fenómeno de la coparticipación, se incluye legislativamente dentro del artículo 13, de nuestro ordenamiento Penal, el mencionado precepto establece que: "Son responsables de los delitos:

I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos;

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos;

III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y

IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa".

Los jueces son los encargados de precisar el grado de responsabilidad, que atendiendo a la peligrosidad acreditada del delincuente, individualizarán la pena.

Así pues, si recordamos que sólo pueden ser autores materiales de éste delito, los ascendientes consanguíneos de la víctima (artículo 325, infanticidio genérico), o la madre (artículo 327, tipo con móvil de honor), no podemos admitir la intervención de un tercero, hasta el extremo de que él --

sea quien ejecute directamente el acto de privación de la vida del menor. En éste caso, estaríamos en presencia de un homicidio calificado, con la indudable concurrencia de la ventaja, ya que hay superioridad de fuerza física por parte del criminal, además de que no corre riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido, y la alevosía (consistente en utilizar medios que no dan lugar a defenderse ni evitar el mal que se quiere hacer).

El punto medular de ésta cuestión, es determinar el grado de responsabilidad de los sujetos que intervienen en calidad de cómplices, en la ejecución del crimen.

Las legislaciones en su mayoría, establecen el principio de que las circunstancias y condiciones de carácter personal susceptibles de aminorar responsabilidad de los autores materiales de un delito, afectando sólo al sujeto al cual se refiere, y por lo tanto, no se comunican a los otros partícipes. La edad, el sexo, el parentesco, el estado mental, etcétera, constituyen elementos particulares del sujeto que las tiene, y no pueden cambiar la situación de otras gentes ante la ley.

La cuestión se relaciona directamente con la sustantividad o dependencia de la figura del infanticidio. Si aceptamos lo primero habrá transmisión íntegra del tipo; pero si nos inclinamos por lo segundo, se aplicará la regla que establece la comunicación de las relaciones, circunstancias o calidades personales, que tienen por efecto aumentar la penalidad, y la comunicación de las que tienen por efecto disminuirlas.

En relación con la transmisibilidad del tipo, nos encontramos opiniones interesantes, como la de Sebastian Soler (83), el cuál se decide terminantemente por la transferencia del tipo de infanticidio a los partícipes, ejecutores por inducción de la madre o por auxilio, por entender que se trata de circunstancias personales que en nada alteran la existencia de la figura en sí.

Por su parte el maestro de Pisa Carrara, es de la opinión, que un extraño pueda participar deseando ocultar el honor violado de la mujer, lo anterior se deduce del comentario que hace en relación con éste problema: "En efecto, cuando se dice que una hermana se vió impulsada a prestar ayuda por el temor de la honra de su hermana, y por la preocupación del deshonor que se habría reflejado sobre ella misma, si ese hecho se hubiere descubierto; no se invita al juez a admitir como excusa en favor del partícipe la perturbación del ánimo ajeno (que no es comunicable), sino la perturbación del ánimo propio, que como obra directamente sobre su determinación, en justicia debe tenerse en cuenta" (84).

La Legislación Alemana, establece como norma la incommunicabilidad del tipo, entre los cómplices y la madre, en el delito de infanticidio, pues, se considera que la alteración anímica sólo afecta a la madre.

Como se menciona al principio de éste capítulo, cuando es un tercero el autor material de la muerte de una criatura

(83) Soler, Ob. cit. Págs. 82 y 83.

(84) Carrara, Ob. cit. Pág. 302.

dentro del marco temporal establecido para ésta figura, se considera como homicidio con las agravantes correspondientes del caso.

En relación con la penalidad atenuada, que otorga la ley a los ascendientes del recién nacido, ésta nunca debe alcanzar a los extraños, puesto que al no existir un motivo razonable de ellos para la comisión del hecho criminal, es indudable que su actuación lleva incita la perversidad.

Nuestro Código Penal, es claro y preciso al señalar que los copartícipes de un delito deben sufrir las penas dentro del mínimo y el máximo fijados para la falta cometida. Al respecto González de la Vega, manifiesta; "...no siempre la aplicación, para los partícipes en el infanticidio nos parece equitativa, pues en ocasiones su participación es tan grave, que se les debería aplicar sanciones mayores" (85).

El artículo 328, establece una pena adecuada a la responsabilidad del partícipe en la ejecución del infanticidio, y otra que es la suspensión temporal en el ejercicio de su profesión, la cuál empezará a contar, al terminar la pena privativa de la libertad, según lo señalado por el artículo 45 (in fine), de nuestra ley punitiva.

En lo relativo a la pena marcada para los cómplices, el maestro Jiménez Huerta, expresa; "...aunque para ser partícipe de infanticidio no es necesario que el que efectúa la acción accesoria obre con el fin de salvaguardar el honor personal de la madre, o el familiar del ascendiente consanguí-

(85) González de la Vega, Ob. cit. Pág. 119.

neo del niño inmolado; la motivación de su cooperante conducta debe ser tenida en cuenta para la fijación de la pena, en los términos del número dos del artículo 52 (Este es relativo a los datos personales que se tendrán en cuenta para la aplicación de sanciones penales. El número dos se refiere a la edad, educación, ilustración, costumbres y la conducta precedente del sujeto, así como a los motivos que los obligaron a delinquir), pues es evidente que debe ser sancionado con mayor benignidad, quien participa en el hecho, con el designio de auxiliar al sujeto primario a salvar el honor, que quien lo hace por recompensa, dada o prometida, o por otra motivación bastarda" (86).

Siento discernir de lo opinado por el maestro Jiménez Huerta, en lo relacionado con la pena aplicada a los participantes, sobre todo creo que está mal fundamentada, ya que si tomamos en cuenta las condiciones socio-culturales de los individuos que la ley contempla como posibles cómplices, éstos saldrían perdiendo. Por otro lado, el sujeto copartícipe del hecho delictuoso, antes que alentar y colaborar con el victimario, tiene la obligación moral de evitar que se cometa tan brutal acción, tratando de encontrar posibles soluciones, sin tener que llegar al extremo de convertirse en colaborador directo del "ofendido en su honor", y en algunos casos hasta en instrumento ejecutor. Por lo tanto, considero que la penalidad aplicada a los terceros participantes en el delito de infanticidio, lejos de ser más benigna debe ampliarse.

(86) Jiménez Huerta, Ob. cit. Pág. 183.

se.

Antes de terminar el presente capítulo, tratare el caso de la madre que sin ser autora material del crimen, obra como instigadora de otros para que lo hagan, o consiente que otro lo realice.

Con relación a éste problema, Jiménez Huerta, manifiesta: "Cuando la madre no comete por sí misma el infanticidio de su propio hijo, pero consiente en que otro de los señalados en el artículo 325, lo realice, será responsable de dicho delito en los términos del artículo 13, fracción III, de nuestro Código Penal, pues su consentimiento, dadas las características del caso es una valiosa cooperación en la ejecución del delito" (87).

La Teoría Francesa, resuelve que siendo extraño el autor único del acto criminal, el título debe definirse por la persona del ejecutor, y así habría que decir que se ha efectuado un homicidio y no un infanticidio; y si en el primer caso el crimen fué premeditado, llevará al causante y a su cómplice hasta el último suplicio con arreglo a la pena fijada por la norma correspondiente. Schutze (88), autor alemán piensa que: "Si A es infanticida, su instigador o auxiliar B sería cómplice de un homicidio premeditado o imprevisto, que no ha sido cometido nunca. Y en el segundo caso, si A es cómplice del homicidio premeditado o imprevisto de B, sobre el hijo ilegítimo de ella, es instigadora o auxiliadora de un

(87) Idem.

(88) Citado por Carrara, Ob. cit. Págs. 301 y 302.

tipo de infanticidio que nunca se cometió". Todo esto constituye una inconciencia, debido a la indivisibilidad de la norma, pero es factible como en el caso de la Legislación Alemana que establece como norma la incommunicabilidad de la figura entre los cómplices y la madre, derivado del título especial y privilegiado del infanticidio.

En relación con el problema en tratamiento, me inclino por aceptar lo que marca la Teoría Francesa, en el punto referente al extraño que priva de la vida al infante, que debe ser considerado como un homicidio calificado, y por lo que toca a los ascendientes consanguíneos, si alguno de ellos fuera el responsable del delito se encuadrarían en el precepto que señala el infanticidio genérico.

Para terminar el presente capítulo, podemos decir que el artículo 325, permite la autoría intelectual, ya que para que exista no es necesario el lazo de parentesco. También puede darse la coautoría, alguien que realice actos conjuntamente con un ascendiente consanguíneo de la víctima, y el encubrimiento, consistente en el auxilio que se preste al sujeto activo del delito, con posterioridad a su acción criminal tal auxilio se debe prestar en virtud de un pacto anterior ya sea expreso o tácito. Por otro lado, el artículo 327, contempla las mismas hipótesis en lo relacionado con la participación delictuosa. En ambos casos se reserva la autoría material, en el infanticidio establecido por el 325, sólo pueden ser los ascendientes consanguíneos y en el tipo descrito como honoris causa, se reserva para la madre.

C A P I T U L O V I

PENALIDAD EN EL INFANTICIDIO

Después de haber analizado los dos tipos de infanticidio contemplados por nuestro Código Penal, además del estudio realizado sobre el fenómeno de la coparticipación, sólo nos resta revisar la penalidad marcada para éste delito.

Debemos recordar que la pena señalada, para el que da muerte a una criatura, ha tenido variantes en las diversas épocas. En los primeros años se mantuvo en la impunidad absoluta a los padres que eliminaban a sus hijos. Posteriormente se imponen castigos brutales. Es hasta el Siglo XVIII, cuando se tiende un manto de benevolencia, gracias a la campaña iniciada por Beccaria. Esta corriente predomina aún en nuestros tiempos, y de hecho nuestra ley se apega a ella lo que se desprende de la simple lectura de los preceptos que rigen el tipo en estudio.

Es el artículo 326, de nuestra ley punitiva vigente, el que establece la sanción correspondiente al delito de infanticidio genérico (artículo 325). Este precepto determina: "...al que cometa..., se le aplicarán de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

El artículo 327, del mismo ordenamiento, señala la pena para el infanticidio con móvil de honor: "Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere...". Como se indicó previamente, el motivo que impulsa al legislador a dar un mayor privilegio, radica en el presunto deshonra de la victimaria y de su familia.

Respecto a la penalidad establecida para el artículo 325, no existe un motivo convincente que nos haga entender el porque de esa sanción atenuada, y si la buscamos tendremos

mos que entrar al complejo terreno de las presunciones.

El hecho de hablar de disminución en la condena del delito en tratamiento, surge de la comparación de las penas señaladas para el homicidio simple (artículo 307, de ocho a veinte años de prisión), y el calificado (artículo 320, de veinte a cuarenta años de segregación), en relación con las marcadas para el infanticidio.

Se podría considerar, que la razón de castigar de distinto modo al infanticidio marcado en el artículo 327, se debe al estado de angustia que presenta la mujer, que será superior al de los ascendientes, debido a que ella pasa por una serie de aflicciones más dolorosas.

Así pues, hemos visto los cambios radicales que han tenido las legislaciones en lo relativo a la sanción adecuada para éste acto criminal. Pero, con esas posturas no se logra avanzar, es necesario encontrar el término medio adecuado para poder evitar que siga proliferando ésta clase de conductas.

Como en todo, el meollo es llegar a ese medio, lo cuál no es de ninguna manera fácil, pero no debemos descansar, porque de encontrarlo, nos veríamos en el camino de evitar hasta donde fuera posible la consumación de actos de esa naturaleza, negativos a todas luces, que relaja los conceptos de honestidad y sacrificio, adquiridos por la mayoría de nuestras mujeres.

Por lo tanto, resulta necesario descartar posiciones extremistas, relativas al castigo, y así, poder adoptar una postura ad-hoc para nuestro problema.

Según datos estadísticos el delito de infanticidio ha disminuído, ésto encuentra su origen en varios factores, uno puede ser la evolución intelectual de la mujer, así como los cambios sufridos por conceptos de tipo familiar, religiosos y sociales. En la actualidad una madre soltera inspira más simpatía y admiración que odio. Lógico es aceptar que aún hay personas que no aceptan éstos cambios, pero por fuerza o por costumbre tendrán que adaptarse.

De lo anterior, podemos deducir que la razón jurídica del privilegio está por desaparecer. Y considero que una vez eliminado el fundamento de éste precepto, o sea que cuando ya no se pueda argumentar el móvil de honor, no habra una base real para seguir considerando como especial a una acción criminal de éste tipo.

Para finalizar podemos decir que, es cierto que la represión del hecho delictuoso se consigue más por la cultura del pueblo que por los castigos que se les impongan; sin embargo no se puede dejar sin sanción al infanticidio, porque el valor de la vida humana es uno de los puntos principales de la vida social, y el acto de dar muerte a una criatura que empieza a vivir, siempre será un delito, al cuál le corresponde un correctivo.

CONCLUSIONS

PRIMERA. En la actualidad se considera al infanticidio--- una figura autónoma, independiente del homicidio, además se -- le contempla con especial benignidad, por lo mismo, las penas marcadas para el sujeto activo del delito son benévolas.

SEGUNDA. Nuestro Código Penal vigente, recoge dos tipos-- de infanticidio, el genérico (artículo 325, este no requiere-- una determinada dirección subjetiva de la voluntad); y el ho-- noris causa (artículo 327, el cuál funda su privilegio en el-- móvil de honor).

TERCERA. Respecto a la comisión culposa del delito, es--- admisible en el cometido sin móviles de honor, no así en el--- caso contrario.

CUARTA. Tomando en consideración que la atenuante para--- este delito se funda en el ánimo de evitar el deshonor, por--- parte del infanticida, cualquier otra causa diversa no tendrá justificación para efectos de la disminución de la pena.

QUINTA. Es preciso que el legislador revise integralmente el delito de infanticidio, pues es necesario actualizar los -- conceptos en que se funda, en su mayoría subjetividades, como ejemplo de ello tenemos la definición de honor, señalada en -- su oportunidad.

SEXTA. La concepción del móvil de honor que tenía el legislador en 1931, es distinta a la que en la actualidad se contempla; para comprender ésto nos basta observar dos factores: uno, es la mayor libertad sexual, circunstancia que provoca no considerar una deshonra la maternidad en las mujeres solteras; otra causa sería la educación sexual, complementada con los medios preventivos (anticonceptivos), que el estado y la medicina moderna ponen al alcance de las mayorías. Por tal motivo, también resultaría injustificable la cualificación para el delito estudiado.

SEPTIMA. Sin embargo, debemos reconocer que aunque obsoletos aún perduran, en algunas clases sociales, los principios que dieron origen a la creación de esta figura, lo que justifica la conservación en las distintas legislaciones del infanticidio por móvil de honor.

OCTAVA. Por lo tanto, propongo que el tipo de infanticidio debería quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 325.- Se aplicarán de cinco a ocho años de prisión a la madre que por ocultar su deshonra, de muerte a su propio hijo en el momento de su nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes, 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 que no se hubiere inscrito en el Registro Civil; y

IV.- Que el infante no sea legítimo.

NOVENA. La anterior conclusión se puede fundar en tres-- puntos: a) la pena prevista considera un margen mayor para la posible rehabilitación de la madre a la sociedad, además de-- que la menor coacción social que la idea de deshonra sexual-- tiene actualmente, por lo que no resulta un argumento muy po-- deroso; b) se elimina a cualquier otro ascendiente consanguí-- neo, por convicción de que la honra sexual de la mujer sólo a ella pertenece; c) los supuestos para la comisión del delito-- no deben sujetarse a presunciones, por ello es importante de-- terminarlos en el propio tipo.

DECIMA. Por último, el privilegio de la sanción para los copartícipes, no tiene razón de ser, sobre todo si tomamos en cuenta que la función de los médicos, cirujanos, etc., es tra-- tar de preservar la vida humana. Por lo mismo, resulta contra-- dictorio que por un interés pecuniario o por amistad, colabo-- ren en el crimen de una criatura incapaz de interponer defen-- sa alguna. Para finalizar, considero que la pena marcada debe ampliarse, además del castigo establecido, se le debe prohi-- bir definitivamente el ejercicio de una profesión, a la cual-- avergüenza con su conducta.

BIBLIOGRAFIA

Bonesana Cesar, "Tratado de los Delitos y de las Penas", Librero Casa de Rosa, Paris, 1828.

Carranca y Trujillo Raúl, "Código Penal Anotado", Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1971.

Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, "Código Penal Anotado", Editorial Porrúa S. A., México, 1981.

Carrara Francesco, "Programa de Derecho Criminal", Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1957.

Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal", Tomo II, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1936.

De P. Moreno Antonio, "Curso de Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa S. A., México, 1981.

Enciclopedia Larousse, Editorial Planeta S. A., Calvet 51-53, Barcelona, 1952.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XV, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1978.

Esquivel Obregón Toribio, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Tomo I, Editorial Polis, México, 1937.

F. Cardenas Raúl, "Estudios Penales", Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, México, 1977.

Pontan Balestra Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Editorial Abelado Perret, Buenos Aires, 1977.

González de la Vega Francisco, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa S. A., México 1981.

Islas de González Mariscal Olga, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, México, 1982.

Jimenez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, Tomo II, Antigua Librería Robredo, México, 1958.

Maggiore Giuseppe, "Derecho Penal", Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1955.

Martínez de Castro Manuel, "Exposición de Motivos al Código Penal de 1871", Editorial Bouret, México, 1907.

Palacios Vargas J. Ramón, "Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal", Editorial Trillas, México, 1978.

Pannain Remo, "Infanticidio en Nuovo Digesto Italiano", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Tomo VI, Italia, 1952.

Pavón Vasconcelos Francisco, "Lecciones de Derecho Penal", Editorial Porrúa S. A., México, 1976.

Porte Petit Candaudap, "Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal", Editorial Jurídica Mexicana, México, 1980.

Puig Peña Federico, "Derecho Penal", Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Quintano Ripollés Antonio, "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

Real Academia Española, "Fuero Juzgo en Latín y Castellano", Impresor de Camara de S. M., Madrid, 1815.

Rojas Nerio, "Tratado de Medicina Legal", Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1971.

Sodi Demetrio, "Nuestra Ley Penal", Editorial Bouret, Tomo II, México, 1917.

Soler Sebastian, "Derecho Penal Argentino", Tomo III, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

Tardieu Ambrosio, "Estudio Médico Legal sobre Delitos contra la Honestidad", Casa Editorial de Francisco Pérez, Bar

celona, 1883.

Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1973.

ESTE LIBRO FUE EDITADO POR
"EDITORIAL JUAREZ"
SALVADOR DIAZ MIRON Núm. 143
(ENTRE NARANJO Y SABINO)
TEL. 541-01-41

Y

"EDITORIAL JUAREZ"
AV. INST. TEC. INDUSTRIAL Núm. 9-A
(CIRCUITO INTERIOR) ESQ. R. DE SAN COSME
COL. STA. MA. LA RIBERA 06400 MEXICO, D. F.
DELEGACION CUAUHTEMOC
TEL. 547-09-31