



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE
INFANTICIDIO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 325
DEL CODIGO PENAL VIGENTE.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
CARLOS MARTINEZ CONTRERAS**



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.

A mis padres
con eterna gratitud
a quienes debo mi
formación.

A mi querida abuelita
modelo de ternura.

A mis hermanos:
Victor Manuel, María de Jesús,
Nelva, Alejandra, Gerardo,
Eduardo, Claudio Jesús,
Esther y Jesús.

A Rosa María:

**Esposa, compañera de
mi vida, impulso y
estímulo, traducidos
en amor y abnegación.**

A mis queridas hijas:

Rosa María y Alejandra.

.A mis parientes

**A mis amigos y
compañeros.**

Al Dr. Pedro Hernández Silva,
con agradecimiento y admiración
al hombre, al profesionista, al
servidor público, al amigo, pero
sobre todo, al maestro Universitario
ejemplar.

A mis maestros

P R O L O G O

Como todo estudiante este momento es de verdadera - preocupación, pues quisiera abarcar toda la problemática del Derecho, pero cuando llega el momento de decidirse - a escribir el ensayo final para optar por el grado de -- Licenciado en Derecho, comprende que cada uno de los pro- blemas de esta materia serían objeto de tratados y trata- dos por verdaderos estudiosos y ni así agotarían la enor- me gama de temas que se ofrecen para un ensayo.

Por ello, con toda humildad he pretendido elaborar- un trabajo sencillo que me permita cumplir con el deber- de una tesis necesaria para graduarme, como dice nuestro querido Maestro Hernández Silva, que "quien escribe pro- fesionalmente está expuesto a la crítica severa de sus - lectores, pero quien escribe balbuceante para cumplir -- con una obligación académica, espera la indulgencia de - los que amablemente se sirven leerlo", con esta adverten- cia he decidido que el Título de este Trabajo se denomi- ne "ESTUDIO JURIDICO SUSTANCIAL DEL DELITO DE INFANTICI- DIO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 325 DEL CODIGO PENAL -- VIGENTE".

¿Qué motivos me indujeron a abordar este interesante tema?. Por la sencilla razón de que todavía no alcanzo a comprender cómo es posible que la destrucción de la vida de un niño dentro de las 72 horas de nacido, lejos de considerarse como lo es, un crimen abominable y calificado, la mayoría de las Legislaciones del mundo, incluyendo dentro de las mismas a la nuestra, lo penen en forma atenuada. Ya en el cuerpo de mi trabajo expresaré mis inquietudes al respecto, señalando desde ahora que habré de hacerlo con la más sana y limpia intención de hacer una crítica positiva al alcance y con las limitaciones de mi capacidad.

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL

- a).- Concepto de Delito.
- b).- Escuelas que estudian el Delito.
- c).- Teorías que estudian el Delito.
 - 1º Unitaria o Totalizadora.
 - 2º Analítica o Atonizadora.
 - 3º Teoría Tetratómica.

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL

a).- CONCEPTO DE DELITO.

Se dice que para iniciar el estudio de algo se debe principiar por definirlo, como pretendemos dar un concepto de Delito, comenzaremos por la definición etimológica de la palabra, de esta forma nos dice en su obra el Maestro Fernando Castellanos Tena, que la palabra se deriva del verbo latino "Delinquere", que significa dejar el camino señalado por la Ley es decir, apartarse del buen camino.¹

Pero, por nuestra parte entendemos que el delito es conducta humana que al encuadrarse a una descripción de la Ley nos dá como resultado precisamente el Delito.

Conceptualmente existen desde un aspecto puramente conceptual diversos puntos de vista para definir al delito, algunos autores pues lo consideran como acto; así-

1 Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Fernando Castellanos Tena, cuarta Edición, 1967, Página 117, Ed. Porrúa, Méx.

Bethar lo define en los siguientes términos: "Un acto — prohibido es lo que se llama Delito". Por su parte Gerland lo considera como "El acto Antijurídico y culpable, punible por una disposición jurídica en vigor"; Jiménez de Asúa define al Delito como "Acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". Para Liszt "El Delito es un acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena".

Mayer también considerándolo como acto afirma que — "Delito puede ser generalmente definido como la comisión u omisión de un acto que la Ley prohíbe o manda bajo la inflicción de una pena que ha de ser impuesta por el Estado en su nombre o conforme a un procedimiento".

Otros autores consideran al Delito como Acción, así Beling dice que "Delito es una Acción, Típica, Antijurídica, Culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad".

Brusa define al Delito como "Una Acción u omisión —

moralmente imputable al hombre, con la que infringe el - Derecho garantido con pena por la Ley Jurídica promulgada para la seguridad general de los ciudadanos". También Cuello Calón lo considera como "La Acción prohibida por la Ley bajo la amenaza de una pena". Para Mezger "El Delito es la Acción Típicamente Antijurídica y culpable".- Y para Ortoland "Es toda Acción o inacción que vulnera - la justicia absoluta cuya represión importa para la concepción o bienestar social que ha sido de antemano definida y a la que la Ley ha impuesto pena".

Algunos estudiosos del Derecho se inclinan a considerar al Delito como violación, entre ellos podremos mencionar a Lanza, para quien el Delito es "La Violación a la Ley Penal"; Montes también lo define como "Una Violación voluntaria del Derecho, cuyo restablecimiento exige una sanción penal, o en otras palabras la Violación - de una Norma necesaria para la vida social, y cuyo cumplimiento es o debe ser exigido bajo la amenaza de una pena, hállese ésta o no establecida, en un pueblo determinado, por una Ley positiva"; para Silvela es "La Violación o quebrantamiento del derecho por actos de la libre voluntad o con conciencia, no solo del acto, sino además de que es opuesto al Derecho"; Tissotl considera que, -

"Hay delito, en la más alta acepción de la palabra, siempre que se cometa una violación voluntaria, suficientemente probada y libre, del Derecho de otros".

Otros autores más lo consideran como infracción, entre ellos Carrara para quien el Delito "Es la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"; a esta misma tendencia se une Carmignani, para quien es: "La infracción de las Leyes del Estado protectoras de la seguridad privada y pública mediante un hecho humano cometido con intensidad directa y perfecta".

Diversos autores conciben al delito desde diferentes aspectos; como Giner que lo considera como "Toda perturbación consciente y voluntaria del Derecho"; Logoz dice que "La infracción es un comportamiento humano especificado por la Ley, contrario al Derecho, culpable y que la Ley sanciona por medio de una pena", Mayer afirma que "Delito es un acontecimiento típico antijurídico e imputable".

Otro autor más, Roux afirma que es "La manifesta-

ción de voluntad obrando contra el Derecho".

Por último hay autores que consideran al Delito, — simplemente desde un punto de vista puramente sociológico como Garofalo para el que "El Delito social o natural es una lesión de parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que se encuentran en — las razas humanas superiores cuya medida es necesaria — para la adaptación del individuo a la sociedad".

Para Grispiigni "Es delito aquella conducta que hace imposible o pone en grave peligro la convivencia y la — cooperación de los individuos que constituyen una sociedad; conducta humana correspondiente al tipo descrito — por una norma penal".

Después de analizar someramente lo anterior, podemos darnos cuenta de que hasta ahora los autores no se — han puesto de acuerdo en una definición más o menos afin, sin embargo por nuestra parte para efecto de nuestro ensayo necesitamos adoptar una sola definición, para con ese concepto, pretender construir nuestro ensayo.

Desde ahora consideramos pertinente señalar la des-

cripción formal que nos da nuestra ley sustantiva en su artículo 7o, que expresa que delito: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", carecería de bondad para nuestro propósito, por ello tenemos que acudir a una definición jurídica sustancial, la cual es precisamente la que nos da Edmundo Mezger diciéndonos como ya se expresó anteriormente que "Es delito la acción típicamente antijurídica y culpable".

Como es de verse, de ella podemos extraer los elementos con los que se formó la teoría tetratómica y que son precisamente: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

b).- ESCUELAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Dos han sido las principales Escuelas que estudian el Delito; la Clásica y la Positivista, la primera representada por Carrara y la segunda por Garofalo, existe también una tercera escuela que precisamente lleva el nombre de la Tercera Escuela pero las más importantes sin embargo son las dos primeras.

Escuela Clásica.- Francisco Carrara define al Delito diciendo: "Es la infracción a la Ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"².

El autor antes señalado considera fundamentalmente que solo puede considerarse delito a la conducta descrita en la Ley. Sólo puede ser Delito la infracción a una Ley promulgada por el Estado que proteja la seguridad de los ciudadanos, ésto es, que un bien jurídico indispensable para la convivencia social debe ser objeto de

2 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Pág. 56.

un tipo penal que lo proteja y que esté provisto de una sanción amenazadora, de una condena; después en su definición se refiere a que sólo la conducta del hombre puede ser objeto de una sanción ya sea ésta activa u omisiva y después se refiere a algo de gran importancia -- que hasta la fecha no ha podido sustituirse porque es -- la esencia de la misma figura al referirse que la conducta debe ser moralmente imputable, ésto quiere decir -- que es importantísimo el aspecto volitivo del hombre -- que lo hace escoger entre lo bueno y lo malo, por ello -- ese querer debe de reunir las características que la -- Ley preve de capacidad en el sujeto y finalmente se refiere a lo políticamente dañoso, ésto es, que el Delito debe contener un daño a la sociedad, ya hemos dicho anteriormente que para Carrara lo medular es el querer -- del hombre, en otras palabras, su voluntad.

Escuela Positivista. -- Rafael Garofalo al definir -- el Delito nos dá una posición materialista, puesto que -- la definición que nos ofrece de Delito nos habla de que es "La violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". En una crítica a esta definición diremos que este autor

busca algo común en el hecho ilícito de todos los tiempos y todos los lugares que no esté sujeto a la variedad constante de su estimativa según las evoluciones históricas y culturales de los pueblos; además no es verdad que en todos los delitos haya violación tan solo a la piedad y probidad sino que hay otros valores que deben ser protegidos por el Estado, entre ellos podríamos mencionar la seguridad, la libertad, la propiedad, el honor, la economía, etc., por ello con el respeto debido consideramos que su definición resulta estrecha y poco útil.

En contraposición a las consideraciones de la Escuela Clásica que considera al Delito como un ente Jurídico, el autor a estudio pretende que sea un ente natural y que se estudie al Delito con el sistema y método de las Ciencias Naturales, esto, desde luego no es posible, en virtud de que el Derecho pertenece no a la naturaleza sino al campo de la cultura a ello se refiere con mayor amplitud y profundidad Favon Vasconcelos.³

3 Favon Vasconcelos, Nociones de Derecho Penal Mexicano, Pág. 160, Ed. Jurídica, Méx. 1961.

La Tercera Escuela que nace en Italia trata de conciliar las dos posiciones antes descritas, aún cuando - pretendiendo darle otro perfil a la excepción, sin embargo no satisface a nuestra manera las exigencias para -- señalar lo adecuado en el estudio del Delito, el Maestro Castellanos en su libro nos dice que esta escuela - admite del positivismo la negación del libre albedrío y concibe al Delito como fenómeno individual y social, -- inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la Escuela Clásica el criterio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el -- carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad⁴.

4 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 67, Ed. Porrúa, -- Méx. Cuarta Edición 1967.

C).- TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Teorías que tratan el delito.- Varias han sido las Teorías que estudian el Delito, las principales que analizaremos en este trabajo son:

1º.- La Unitaria o Totalizadora.

2º.- La Analítica o Atomizadora.

3º.- La Teoría Tetratómica.

1º.- Teoría Unitaria o Totalizadora.

Esta teoría pretende que el delito no deba estudiarse desarticuladamente, para estudiar en forma separada - cada uno de los elementos que puedan formarlos sino que - aconseja que deba estudiarse como un bloque monolítico - para estudiar cada una de sus aristas pero sin separar - ninguna de las partes del bloque principal. Dice Francisco Antonlissei que el Delito puede presentar diversos - aspectos pero que en ninguna forma es fraccionable, pues su esencia no está en cada una de esas partes sino en el todo, en su unidad, sosteniendo que cada uno de los fragmentos del delito por sí solos, no podrían significar --

nada, criticando severamente a los exponentes de la Teoría Analítica o Atomizadora, agregando que éstos han abusado del procedimiento analítico y precisamente el proceso de análisis es una de las causas que más han contribuido a hacer imposible el estudio del Delito, pues al diluirse los estudios en las partes a que nos referimos, se pierde de vista la unidad esencial del Delito, al grado de considerar independiente cada parte, en cambio si se estudia en forma integral o monolítica se tiene presente contenido y esencia del delito.

2º.- Teoría Analítica o Atomizadora:

Esta Teoría aconseja que para el estudio del Delito debe hacerse de éste una disección como si se tratara de estudiar al cuerpo humano, en el que para hacerlo hay que analizar cada una de sus partes, aconsejando que debe dividirse en elementos para ir estudiando cada uno de éstos y que en conjunto habrán de formar el Delito, de ésta Teoría han surgido muchas formas de estudio que llevan el nombre de los elementos que se proponen para su estudio, de ésta forma tenemos la Teoría Bitómica, Tritómica, Tetratómica, hasta llegar a la Heptatómica que como su nombre lo indica consta de 7 elementos y que es-

propuesta entre otros autores por Jiménez de Asúa, pero de todas ellas a nuestro entender hemos escogido precisamente una de ellas para el estudio del ilícito motivo de éste ensayo, siendo precisamente la Teoría Tetratómica - atribuida a Edmundo Mezger, el gran Tratadista Alemán, - al que nos dice que el Delito es la acción típicamente - antijurídica y culpable⁵.

Para Eugenio Cuello Calón, el Delito es la Acción - Humana, antijurídica, típica, culpable y punible. Como se puede observar, señala 5 elementos, de tal manera que -- ese autor se situaría frente a la Teoría Pentatómica⁶.

Jiménez de Asúa nos dice que el Delito es el acto - típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a - condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hom--

5 Edmundo Mezger, Tratado de Derecho, I y II Tomos, Pág. 156, Madrid 1955.

6 Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Novena Edición, Pág. 277, Méx. 1955.

bre y sometido a una sanción; son siete los elementos que propone este autor, por ello señalamos que es el creador de la Teoría Heptatómica.⁷

3º.- La Teoría Tetratómica.

Esta Teoría se atribuye a Edmundo Mezger, deducida de la definición que hace del Delito cuando nos dice que el Delito es la "Acción Típicamente Antijurídica y Culpable" de donde extraemos los cuatro elementos fundamentales del Delito que son: 1.- La Conducta 2.- La Tipicidad, 3.- La Antijuricidad y 4.- La Culpabilidad; de cada uno de éstos elementos habremos de ocuparnos y los estudiaremos en los Capítulos siguientes para hacer la referencia en relación con la aplicación de los mismos en el Delito a estudio, haciendo ahora solo una síntesis del concepto de éstos elementos.

La conducta que sabemos es el comportamiento del hombre, voluntario y encaminado a un fin, que se mani

7 Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Pág. 256, Edic. A. Bello, Caracas Venezuela.

fiesta en la forma de acción y omisión y en algunos -- casos de comisión por omisión; sabemos que el trato -- con la naturaleza es a través de la fuerza del hombre -- que al realizarse con la potestad de conciencia que es -- te ha logrado controlar en su beneficio a los clemen -- tos de la naturaleza, pero también el hombre con esa -- fuerza puede realizar situaciones negativas en perjui -- cio de sus semejantes, sin embargo para efectos de es -- te estudio, lo importante es detectar y conocer si esa -- fuerza la ha empleado con su voluntad, puesto que esto -- es lo que realmente le interesa al Derecho Penal, ya -- que si esa fuerza se realizara sin ese elemento voliti -- vo, se estaría frente al aspecto negativo de este ele -- mento que es la ausencia de conducta y que puede darse -- en la vis absoluta o vis mayor, la primera proveniente -- de la naturaleza y la segunda proveniente del impulso -- humano, por otra parte; ¿Por qué se habla de que la -- conducta puede ser omisiva?, porque también el no ha -- cer del hombre, con su voluntad puede ocasionar una le -- sión a la sociedad, la omisión no pretende significar -- que el hombre se quede estático, sino que se realiza -- la acción de pensar, pero el individuo ante una situa -- ción determinada no quiere hacer lo que debe hacer, --

por ello a esa inactividad es considerada como conducta y la comisión por omisión que implica el no hacer lo — que se está obligado a hacer.

La tipicidad, a más de la conducta, se requiere — que ésta sea típica, es decir, que se ajuste a la descripción que el legislador hizo de un tipo penal, ya hablaremos de lo que es este elemento en los capítulos — posteriores.

Pero esa tipicidad tiene que ser antijurídica porque si está amparada esa conducta con una causa de justificación ya no será antijurídica.

La antijuridicidad no puede definirse por ser un — concepto negativo, pero si se puede dar el concepto de — que se trata de la violación del derecho.

La culpabilidad que es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, es el elemento interno del delito pues necesitamos conocer no solamente la conducta externa del hombre sino adentrarnos a su — alma para saber que fue lo que quiso y en esas condiciones satisfacer el elemento culpabilidad que puede mani-

festarse en sus formas conocidas de dolo, culpa y preterintencionalidad, también de ello nos ocuparemos en los subsecuentes capítulos.

CAPITULO I I

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

a).- La Conducta.

Su Coeficiente Físico.

Su Coeficiente Psíquico.

Su Aspecto Negativo.

b).- Formas de la Conducta.

Aspecto Negativo del

Elemento en Estudio.

c).- La Conducta en el Delito

a Estudio.

CAPITULO I I

DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

a).- LA CONDUCTA.

Conducta.- De conformidad con la teoría tetratómica la conducta es el primer elemento del delito. ¿Pero que es lo que vamos a entender por conducta?. Indudablemente que nos referimos a la actividad del hombre que provoca con ella un cambio en el mundo fenomenológico o en el mundo jurídico, como en los autores al referirse a este elemento algunos lo consideran como acto, otros como acción y otros más como hecho, nosotros preferimos el concepto conducta, porque ésta se refiere al comportamiento voluntario humano, encaminado a algún fin.

Al hablar de la conducta tenemos necesariamente que referirnos a dos coeficientes; a uno físico y otro psicológico, pues de otra manera no entenderíamos la acción; - como nos dice Pessina: "La acción es el movimiento de nuestra fuerza interna que se desenvuelve fuera, obrando sobre las fuerzas circundantes, aún cuando dicha acción asume dos formas, una positiva y una negativa, es decir, un hacer o no hacer del hombre⁸.

⁸ Pessina, Volúmen I, Pág. 140.

El coeficiente físico es pues la fuerza del hombre que realiza a través de los movimientos de su órganos - y de ello nos habla abundantemente Francisco Antolissei⁹

No podríamos desde luego, concebir que solo esta característica del hombre fuera suficiente para la vida del delito, ya que sabemos que en ocasiones dicha fuerza puede ser producida por el funcionamiento natural del cuerpo humano o sencillamente por causas diversas al aspecto volitivo del hombre, por esa razón tenemos que necesariamente referirnos también al coeficiente psíquico.

Coeficiente Psíquico.- Ya hemos expresado que no basta pues solo el movimiento del hombre para que tenga importancia en el tema que nos ocupa pues falta el aspecto volitivo del hombre, esto es, que el movimiento sea mandado por la voluntad del individuo y en esas condiciones deberá persistir unido al coeficiente físico, señalando así en términos generales en una fórmula:

Coeficiente físico + coeficiente psíquico = a conducta; de ninguna manera podríamos admitir que para la vida del delito se diera el caso de que con uno solo de esos coeficientes pudiera integrarse el elemento obje-

9 La Acción y el Resultado en el Delito, Editora Jurídica Mexicana, México 1959, Pág. 34 a 50.

tivo del delito.

Ya dijimos anteriormente que el solo movimiento -- sin la voluntad del hombre no nos interesaría para la vida del delito, ya que ese movimiento podría darse por el movimiento natural del cuerpo, citando como ejemplo -- el de la misma digestión, el de la respiración o cualquier estímulo externo en el cuerpo que nada tendría -- que ver con una conducta delictiva; por otra parte si -- queremos considerar que solo el coeficiente psíquico integrará la conducta, tendríamos que admitir, cosa absurda, que los pensamientos fueran punibles, No es sino -- cuando se unen estos dos elementos; coeficiente físico- y coeficiente psíquico, cuando se debe hablar de conducta, elemento que interesa fundamentalmente al estudio -- del Delito, toda vez que solo las conductas humanas pueden ser Delito, afirmando con esto que los dos coeficientes habrán de ir unidos siempre para el aspecto objetivo de nuestro estudio. Este aspecto lo estudia Francisco Antolissei¹⁰.

10 Antolissei Francisco, La Acción y el Resultado en el Delito, Editorial Jurídica Mexicana, -- México 1959.

b).- FORMAS DE LA CONDUCTA.

Convenimos en que la conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, como nos dice el ilustre Maestro Don -- Fernando Castellanos Tena.¹¹

Pero ese comportamiento puede darse en forma positiva o negativa, en la primera forma no hace falta ningún esfuerzo para entenderla, pues sabemos que es una acción, un hacer del hombre y con ello puede encuadrarse en algún tipo penal; pero también el no hacer del -- hombre puede provocar la comisión de un ilícito, cuando este hombre tiene el deber o la obligación de hacerlo y voluntariamente no lo hace, luego entonces debemos hablar de la acción y de la omisión.

Sin embargo, también puede darse una tercera forma la comisión por omisión, de este tema, posteriormente -- hablaremos. Al referirse a las formas de conducta, Eugenio Cuello Calón, afirma, que el significado de acción -- en sentido amplio, comprende la conducta activa, es decir el hacer positivo y la acción en sentido estricto --

11 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 141, México 1967.

es la conducta pasiva o sea la omisión, de donde debemos concluir como tantas veces lo hemos afirmado que solo la actividad del hombre tiene importancia para el Derecho Penal, ya que este es el único ser con voluntad activa o pasiva que puede violar una Ley.¹²

El ilustre Maestro Castellanos Tena, sostiene que la acción en sentido estricto es todo hecho humano voluntario, todo el movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.¹³

El Maestro Pedro Hernández Silva, al referirse a este tema dice: "También el no hacer del hombre puede traer cambios en el mundo fenomenológico o poner en peligro bienes protegidos por el Derecho pero entiéndase que al hablar de omisión no se quiere decir que el hombre deba permanecer estático como una estatua o un mueble, sino que se requiere la voluntad de este para omitir la actividad que tiene obligación o deber de reali--

12 Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Mexicano, T.I. México, 1955. Celestino Porte Petit, Programa de la Parte General de Derecho Penal, -- Página 160, U.N.A.M. 1960.

13 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 144, México 1967.

zar y ese hecho volitivo implica una actividad a más— de que el hombre al no realizar lo que está obligado o tiene el deber de hacer, dirige su conducta a otra actividad, despreciando o siendo indiferente al deber señalado por la ley o de cualquier fuente que imponga — esa actividad"; afirmando que "la omisión no es lo estático del hombre sino el no cumplir con una obligación o un deber".¹⁴

Pensamos que al Maestro a quien nos hemos referido le asiste la razón, pues con toda claridad nos está expresando el contenido de la omisión, necesaria para— en un momento dado integrar la conducta.

COMISION POR OMISION.

Diremos al referirnos a esta forma de conducta, — es también una manifestación de voluntad al igual que— la omisión simple.

El no hacer lo que se está obligado a hacer, cuando esta obligación deriva de la ley, de un contrato de

14 Hernandez Silva Pedro, Apuntes de Derecho Penal, Página 68, México, U.N.A.M. 1969.

trabajo o de cualesquier fuente de obligació, pues el sujeto a mas de tener el deber de hacerlo, también tiene la obligación de actuar en forma particular y si no lo hace y esa conducta trae como consecuencia un cambio en el mundo fenomenológico, o mas bien dicho un resultado material, deberá responder de éste, con el siguiente ejemplo ilustraremos lo dicho; el caso de la madre que no amamanta a su hijo, teniendo la obligación de hacerlo, puesto que la ley le impone la obligación de hacerlo y el niño sufre una alteración en su salud o inclusive la muerte, la madre será responsable de las lesiones o del homicidio en su propio hijo; — esto quiere decir, que solo en aquellos delitos de resultado material habrá de presentarse la comisión por omisión, puesto que en el ejemplo solo la madre está obligada a amamantar a su hijo y las demás personas solo tienen el deber de auxiliar a una persona que se encuentre en peligro y las mismas solo cometerían el delito formal de omisión de auxilio y en cambio la madre por el hecho de estar obligada por la ley a amamantarlo será responsable si no lo hace, de los delitos que produzcan su omisión

ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO EN ESTUDIO.

Necesitamos precisar cuando la acción del hombre carece de relevancia para la vida del delito, pues ya hemos dicho que para que se hable de conducta como elemento del ilícito es menester considerar en el movimiento del hombre dos coeficientes el físico y el psíquico, por lo tanto, el movimiento físico exclusivamente, por sí solo, no es suficiente para integrar la conducta y en ese caso, estaremos ante la presencia de la ausencia de conducta. En otras palabras, habrá ausencia de conducta cuando no haya voluntad en la acción, es decir si no interviene el aspecto volitivo del hombre, no se presentará nunca el elemento objetivo del Delito que es la conducta.

Al estudiar el primer curso del Derecho Penal, se nos explicaba en la Teoría del Delito, que no hay conducta cuando el movimiento del hombre es realizado por la vis mayor o la vis absoluta, la primera se traduce en una fuerza mayor proveniente de la naturaleza o subhumana, por ejemplo, la caída de un árbol y que su fuerza impulsara a un hombre y éste con ese desplazamiento lesionara o privara de la vida a alguien; dicha persona no tendría responsabilidades en el campo Penal,

por no haber operado su voluntad sino la fuerza de la naturaleza. Por lo que toca a la Vis absoluta, esta se dá cuando el movimiento del hombre se realiza por una fuerza mayor proveniente del ser humano, aquí se observa que el desplazamiento del individuo no fué propiciado por su voluntad sino por la fuerza de otro hombre, - por ejemplo; un individuo que recibe un empujon de - - otro y con ese desplazamiento lesiona o priva de la vida a otro, no tendrá consecuencias penales, pues no ha operado la voluntad de este sujeto, por ello no hay -- conducta y como hemos dicho que los ilícitos son conductas humanas, no habrá delito por faltar el primer -- elemento, la conducta.

c).- LA CONDUCTA EN EL DELITO A ESTUDIO.

Desde luego, para el Delito de Infanticidio que sabemos es la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento por alguno de sus ascendientes consanguíneos (Art. 325 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales Vigente), la conducta -- puede consistir en una acción o en una comisión por -- omisión por ser un delito de resultado material, esto nos lo dicen los mas connotados tratadistas como el --

Maestro Porte Petit.¹⁵

Por ahora solo habremos de referirnos al elemento objetivo de éste Delito, dejando las consideraciones del tipo para el capítulo correspondiente.

ACCION.- En cuanto a la acción no hay problema al referirnos a ella, pues sabemos que todo hacer del hombre, con la calidad que requiere el tipo en cuestión y que como consecuencia traiga la privación de la vida de un niño dentro de las 72 horas sea conducta su ficiente para satisfacer el primer elemento del Delito en cuestión.

COMISION POR OMISION.- En cuanto a la forma de conducta en el Delito a estudio, es decir la inactividad, ésta puede surgir cuando el ascendiente estando obligado por cualquier fuente de obligaciones a atender al niño de la edad señalada, lo deja de hacer y como consecuencia de esa inactividad sobreviene la muerte, estará satisfaciendo el elemento conducta de este ilícito, ejemplo: El no realizar el ligamiento del conduc

15 Porte Petit Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud, Pág. 200, - - México, 1969.

to umbilical y que por esa omisión sobrevenga el fallecimiento del menor, se estará en presencia del elemento objetivo del Delito.

Se ha criticado que no hay claridad en el tipo al referirse a éste elemento, arguyendo que señala la - - muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por ejemplo, por alguno de sus ascendientes consanguíneos y que debería decir, mediante una acción u omisión, pero estas son ligerezas, pues en - - nuestro concepto cuando se habla de la muerte causada, se entiende de un sujeto activo del delito.

CAPITULO III

DE LA TIPICIDAD

- a).- Concepto de Tipo y sus Elementos.
- b).- El Tipo en el Delito a Estudio.
- c).- Atipicidad en el Delito a Estudio.
- d).- Consideraciones.

CAPITULO I I I
DE LA TIPICIDAD

a).- CONCEPTO DE TIPO Y SUS ELEMENTOS.

Repetidas ocasiones hemos observado que a menudo suele confundirse al Delito con el tipo penal, cuando en realidad se trata de conceptos diferentes, y que hay que considerar que el Delito pertenece, como nos dice el Maestro Hernández Silva, "Al mundo factico y el tipo penal pertenece al mundo normativo, es decir al Derecho".¹⁶

Para la elaboración de un tipo penal sabemos que el legislador recoge la necesidad de proteger ciertos valores para hacer posible la convivencia social y entonces procede a la formulación de un catálogo de conductas amenazadas por una pena, para que de esta forma los hombres no las realicen y así se conserve el orden social, ese casillero que el legislador formula con todas esas descripciones es lo que se llama tipo penal.

Mezger afirma que "El tipo Penal en el propio sen

¹⁶ Hernández Silva Pedro, Apuntes de Derecho Penal, Pág. 69, México, U.N.A.M. 1969.

tido jurídico penal, significa mas bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos Artículos y a cuya realización va ligada una sanción penal¹⁷

Por su parte, otro autor Jimenez Huerta, define al tipo diciendo que "Es el injusto recogido y descrito en la Ley Penal".¹⁸

El Maestro Pavón Vasconcelos, por lo que a él respecta afirma que: "El tipo legal, dándole connotación propia jurídico penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".¹⁹

También uno de los autores nuestros más significados como lo es el Maestro Ignacio Villalobos expresa que tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial valorado como tal, en su aspecto obje-

17 Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Pág. 365, Madrid 1955.

18 Jiménez Huerta Mariano, La Tipicidad, Editorial Porrúa, Pág. 41, México, 1967.

19 Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, -- Ed. Porrúa, Pág. 243, México 1967.

tivo y externo!"²⁰

No podríamos abordar este tema sin expresar las consideraciones que de él hace nuestro queridísimo Maestro Castellanos Tena, que al efecto dice: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos legales!"²¹

Como puede observarse la generalidad de los autores estan de acuerdo en que se trata de la descripción que el legislador hace de una conducta antisocial amenazada con una pena, para conseguir como dijimos en un principio, el orden y convivencia social.

Al principio de este capítulo, hablamos de la confusión que a menudo se tiene entre los conceptos de Delito y de Tipo Penal y señalabamos al respecto que el primero de ellos pervive en el mundo factico, de los hechos y que con relación al segundo es en el mundo normativo donde tiene lugar como antes lo expresamos, con las consideraciones que de él hacen los autores ya

20 Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, - Ed. Porrúa, Pág. 253, México, 1960.

21 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 157, México - 1967.

citados. Falta hacer la consideración de por qué el Delito corresponde al mundo de los hechos, es decir, hasta que una conducta no se adecúa al tipo descrito por el legislador y contiene todos los elementos generales del ilícito, hasta en ese momento podemos hablar del Delito, por tal razón lo que existe en las descripciones que se contienen en nuestro Código Penal y en las Leyes respectivas, no son Delitos sino tipos penales.

Para mayor claridad, sabemos que los elementos generales del Delito de conformidad con la Teoría Teatrónica son: la Acción o Conducta, Típica, Antijurídica y Culpable, en cambio los elementos del Tipo son diferentes; en términos generales diremos que son: Sujeto Activo, Sujeto Pasivo, referencia temporal, Calidad de los sujetos en el caso a estudio, una sanción, etc.

b).- EL TIPO EN EL DELITO A ESTUDIO

Nuestra Ley Penal Vigente establece en su Artículo 325 "Llámanse Infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos"

Asimismo, el artículo 326 establece la sanción y dice: "Al que cometa el Delito de Infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente!"

Por lo que respecta al 327 del mismo cuerpo legal señala: "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 no 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!"

Por último, el Artículo 328 preve: "Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que le correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión!"

Analizando la descripción que nuestros legisladores hacen del Delito de Infanticidio, podemos señalar que se nos presentan varias formas de éste, las cuales son: el Infanticidio Genérico y el Infanticidio Honoris Causa, aún cuando nosotros pensamos que solo existe el segundo o sea el Honoris Causa, es decir el -- infanticidio por móviles de honor, tanto en el Artículo 325 como en el 327. ¿Por qué nos atrevemos a hacer esta afirmación? por la sencilla razón de que si los ascendientes no llevaran esa idea del móvil de -- honor, su conducta necesariamente tendría que ser adecuada dentro del tipo del homicidio y no dentro del -- infanticidio, toda vez que la exposición de motivos -- para la elaboración de dicho tipo penal así lo establece y se deduce lógicamente y claramente que si los ascendientes con la madre, el padre o los abuelos sacrificaran al niño con cualquier otro móvil, por ejemplo el de que no heredaran u otro motivo ajeno al móvil -- del honor, de ninguna manera podrían acogerse estas -- personas al privilegio de la atenuada penalidad que -- para el Delito de Infanticidio en el Código Penal se establece.

El Tipo del Infanticidio tiene las siguientes -- características:

- 1.- Es un Tipo Especial Privilegiado;
- 2.- Autónomo e Independiente;
- 3.- De Formulación Libre;
- 4.- Anormal;
- 5.- Acumulativamente formado en cuanto al Dolo Específico.

1.-Es Especial Privilegiado.-- Analizando este -- ilícito en orden a sus fundamentos y a su autonomía, sabemos que en forma general los tipos son fundamenta les, cualificados y privilegiados, en el presente caso, es privilegiado el delito de Infanticidio por su baja penalidad, al punirse con menos energía que el tipo básico que es el del homicidio, puesto que sabemos que de ese tipo básico homicidio, se desprenden -- también tipos cualificados que son aquéllos que le-- jos de atenuar la penalidad, por el contrario la agravan como en el caso del homicidio calificado y comple mentado privilegiado sería el homicidio en rifa o en duelo, pero repetimos, en el presente caso se trata -- de que en el Delito a estudio, el infanticidio, se de

be encuadrar como un tipo especial privilegiado por - las razones expuestas.

2.- Es autónomo e Independiente.- Esta característica se deriva de la razón de que él mismo tiene vida propia al no emanar de ningún otro tipo.

3.- Es de Formulación Libre.- Se afirma esto en razón de que la conducta delictiva se describe en forma genérica, pues la privación de la vida del niño dentro de las 72 horas de su nacimiento por alguno de sus ascendientes, puede realizarse en diversa forma.

4.- Es Anormal.- Porque se incluyen para este tipo además de los elementos descriptivos, elementos normativos y subjetivos cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por parte del juzgador.

5.- Es Acumulativamente Formado.- Se afirma esto por cuanto al doble dolo, esto es, el querer privar de la vida y precisamente al hijo y por móviles de honor.

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Ya hemos dicho que todo tipo penal, debe contener un bien jurídico protegido o que se pretende proteger; en el presente caso es obvio el que señalemos que con el Delito de Infanticidio, el bien jurídico que se protege es precisamente la vida del niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, en otras palabras, afirmaremos que se trata de la protección de la vida humana.

c).- ATIPICIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

Habrá atipicidad en el Delito de Infanticidio, cuando no se llenen los requisitos exigidos en el tipo, cuando no haya calidad tanto en los sujetos activo y pasivo; cuando no haya la referencia temporal de las 72 horas, o también cuando no se actúe por móviles de honor; en estos casos, nos encontraremos en presencia de casos de atipicidad. Con lo anterior no queremos afirmar que no pudiera encuadrarse la conducta en otro tipo penal, puesto que podría darse el —

caso, de que hubiera atipicidad en el infanticidio, - pero la conducta se encuadrará dentro del delito de - homicidio, esto desde luego, es una hipótesis de muy-frecuente aparición

d).- CONSIDERACIONES

Ya hemos hecho la descripción legal del tipo de-infanticidio considerado en nuestra legislación tanto el genérico como el específico o sea directamente el- que algunos autores llaman honoris causa, hablamos ya de su clasificación y de su penalidad, toca ahora que con toda modestia señalemos nuestro pensamiento al -- respecto.

No encontramos motivo alguno que justifique el - que en las legislaciones de los pueblos que se consi- deran civilizados, se atenúen conductos indudablemen- te peligrosas de individuos en hechos tan criminales- como lo son la privación de la vida de un ser total- mente indefenso. Pensamos que es la traición más gran- de que pudiera cometer un ser al privar de la vida a- quier tiene la obligación por ley y por humanidad, -- dentro de las 72 horas inmediatas a su nacimiento, --

cuando éste ser no puede defenderse y está a merced - de sus padres y estos en lugar de llenarse de gozo, - de sentirse felices por el depósito que hace la naturaleza de una vida, se tornan peor que fieras y lo -- privan de la vida en la forma más inmisericorde y vil es por ello que nosotros pensamos que es necesario -- que el tipo penal del infanticidio sea reformado, con siderando el hecho en lugar de atenuado como califica do y con la penalidad que corresponda a estas conduc tas, más aún si se trata no ya de la madre sino de -- los abuelos o de sus ascendientes a que se refiere el tipo, deberían estos ser objeto de un castigo mayor y no atenuarseles la penalidad por un falso concepto -- del honor, ¿cuál honor? si ya este se ha destrozado - con el primer acto de la concepción, después, el naci miento lo que trae, es una vida a la que hay que res petar y amar, ésto consideramos que es lo que debe -- ser tomado en cuenta para modificar el tipo penal mo tivo de el presente ensayo.

CAPITULO I V

LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL

- a).- Concepto de Antijuridicidad Penal.
- b).- Causas de Justificación.
- c).- Causas de Justificación en el Delito
a Estudio.

CAPITULO IV

LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL

a).- CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD PENAL.

Es muy difícil dar una definición de algo negativo como lo es la Antijuridicidad, es por ello que solo podríamos señalar lo que ya los estudiosos del Derecho han expresado en relación a este elemento, es decir, dar su concepto.

De una manera simple podríamos decir que la Antijuridicidad es lo contrario a Derecho, es la violación del Derecho. Algunos autores como Hans Wenssel nos dicen que la Antijuridicidad es una característica de la acción y la relación que expresa un desacuerdo entre ella y el orden jurídico.²²

Arturo Rocco, sostiene por su parte y en forma determinante que la Antijuridicidad constituye la nota esencial del Delito, puesto que por su naturaleza-

22 Pavon Vasconcelos, Manual de Derecho Penal --
Mexicano, Pág. 264, Ed. Porrúa.

es un ilícito penal, sin la Antijuridicidad el Delito no existiría.

Otro autor, Antolissei por su parte sostiene que el juicio de Antijuridicidad comprende al Delito en su totalidad, pues pretender expresarlo tomando en cuenta solo el aspecto exterior del hecho humano resulta absurdo; el hecho humano solo adquiere para el ordenamiento jurídico en razón de su contenido espiritual por ello se piensa en la violación del Derecho.²³

Ese juicio de desvalor de que hablan los autores no es otra cosa que el rompimiento del orden jurídico hecho por una acción del hombre. Sabemos que lo antijurídico no es privativo solo del Derecho Penal, este concepto se contempla también en todas las ramas del Derecho, puesto que todas las leyes al dictarse se elaboran en el sentido de encargar al hombre de tal manera que su conducta siga los senderos correctos, de que su comportamiento no perjudique a los demás y de que en el caso de que el individuo viole esas leyes establecidas por el Estado, el hombre se coloque-

23 Antolissei, Estudio Analítico del Delito, --
Pág. 57, México, 1954.

entonces en la acción anti-jurídica; será entonces hecho anti-jurídico el no cumplir con una obligación, — por ejemplo el negarse a pagar un documento de crédito, el no cumplir con el pago de las pensiones de — renta, solo que esta anti-juridicidad de tipo civil no alcanza al campo de lo penal. Por nuestra parte daremos a nuestra manera el concepto que tenemos de éste elemento de la anti-juridicidad en el campo Penal.

El legislador recoger el concepto de los bienes indispensables para la convivencia social, por ejemplo la conservación de la vida, de la libertad, del respeto al Derecho Ajeno, el respeto a los bienes de los demás y para lograr que se respeten erige tipos penales a los que describe conductas que si se realizan, se hacen acreedoras a una pena, a eso se debe — que ese derecho que se viola, en el Derecho Penal está extramuros, pervive atrás de la norma y por esa — razón algunos autores señalan que el que priva de la vida a otro, no violó lo preceptuado en el Artículo 302 del Código Penal sino que precisamente se ajusta a él, luego entonces ¿qué es lo que viola? viola la norma de conducta que dió origen a la norma positiva que dió nacimiento al homicidio, por ello esa nor-

na de conducta, no mataras, no la señala el Código, - por eso no se ve vida extramuros, porque sabemos que si el hombre mata será acreedor a una pena, luego entonces no es lícito matar o robar o defraudar.

Algunos autores como Von Liszt señalan que existen dos tipos de anti-juricidad, la material y la formal; se estará en presencia de la primera cuando se violan las disposiciones formales o las disposiciones que prohíben hacer algo, pero nosotros pensamos que solo hay una anti-juricidad y que es todo aquello que va contra el Derecho o lo viola y así abarcamos todos los aspectos de este elemento.

Jiménez de Asua al referirse a este tema de la Anti-juricidad, considera delictiva la conducta - cuando lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valorativos de la comunidad, de lo que se desprende: - "Qué una conducta será anti-jurídica cuando resulte contraria a una norma, pues esta anti-juricidad matiza y tinte a la conducta de su colorido especial, tono y color que surgen del juicio formulado sobre la propia conducta, en el cual se afirma la contradicción de la

misma con la norma de Derecho".²⁴

Mezger subordina la punibilidad de la acción a su antijuricidad, estableciéndose así un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del Derecho, recayendo este juicio precisamente sobre la exteriorización de la voluntad del agente como parte integrante de la acción, con independencia de que en ocasiones sólo puede ser obtenido al producirse el efecto.

Al señalar expresamente "El Juicio que afirma que la acción contradice el Derecho, al ordenamiento jurídico, a las normas de Derecho, la caracteriza adjetivamente como acción injusta o antijurídica".²⁵

b).- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Nos dice Don Fernando Castellanos Tena, que las causas de justificación son las condiciones que tienen el poder de excluir la Antijuricidad, o sea el aspecto negativo del elemento en estudio, de una con-

24 Jiménez Huerta Mariano, la Antijuricidad, Pág. 11, México 1952.

25 Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Páginas 337 y 338, Madrid, 1955.

ducta típica, que representan un aspecto negativo — del Delito. Afirma el maestro que en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme al Derecho, diciendo que a las causas — de Justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la Antijuridicidad.

Trataremos de ser breves para tratar este aspecto negativo del elemento que tratamos y así expresaremos que las principales causas de Justificación son — las siguientes:

- a).- La Legítima Defensa;
- b).- El Estado de Necesidad;
- c).- Cumplimiento de un Deber;
- d).- Ejercicio de un Derecho;
- e).- Obediencia Jerárquica y
- f).- El Impedimento legítimo.

Con brevedad diremos que a nuestra manera entendemos a la legítima defensa como el permiso del Estado para actuar en su nombre, en un momento determinado, en que éste no puede proteger al individuo y entonces lo faculta para que él se defienda a nombre — del Estado, sin que la consecuencia de su conducta le

llegare a perjudicar, puesto que si en un momento determinado somos objeto de una agresión violenta, sin derecho, que entrañe un inminente peligro de que perdamos la vida o se lesione nuestra integridad personal o la de nuestra familia, podemos rechazar esta -- agresión llegando a lesionar o inclusive a matar, sin que esta conducta llegue a tener consecuencias delictivas para nosotros, por la sencilla razón de que aún cuando la conducta fuera típica, ésta no sería antijurídica precisamente por la facultad del Estado para poder llegar a realizarla.

En el Estado de Necesidad, se habla de una escala de valores en el que hay que salvar el de más valía, con sacrificio del de menos valor y también es -- esta una facultad que dá el Estado al individuo para proceder de esa manera.

En el ejercicio de un Derecho, también existe -- una licencia y una autorización expresa del Estado para realizar la conducta, el caso típico es el de las lesiones médico-quirúrgicas en las que el médico debido a su actividad está facultado a realizarlas aju-

tándose a las normas y postulados de su actividad.²⁶

Por lo que se refiere al cumplimiento de un deber, ya de antemano existe la licitud del acto debido a la licencia, autorización o mandato del mismo Estado, como ejemplo típico del cumplimiento de un deber, señalaremos el del pelotón de ejecución, en donde los soldados que lo forman, aunque privan de la vida lo hacen en cumplimiento de un deber.

c).- CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO A ESTUDIO

Ya se ha expresado anteriormente en forma general que la antijuridicidad es la violación del Derecho o aquéllo que va contra el Derecho. Indiscutiblemente que en el Delito a estudio siempre habrá antijuridicidad cuando no exista alguna causa de justificación que como después veremos es difícil encontrarla precisamente por la forma especial de la integración del tipo en cuestión, ya que, como después apuntaremos, es menester del dolo genérico y del dolo específico para que se dé éste delito y si ello implica en primer término el querer privar de la vida a un menor dentro de las 72 horas de nacido y precisamente al --

26 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Págs. 171, 175.

hijo, se está ante este elemento antijurídico que se reclama para la integración del Delito.

No discutimos el hecho de que exista una dualidad de criterios respecto de la antijuridicidad, exclusivamente sobre la conducta que es la tesis objetiva o bien tomando en consideración la intención del autor que vendría a ser la antijuridicidad subjetiva, pero que estas que son verdaderas especulaciones, algunas de ellas caen en otro de los elementos como la culpabilidad y otras se pierden en la teoría integralista de querer encontrar en la conducta todos los elementos necesarios para el ilícito; al respecto el Maestro Villalobos apunta que la valoración de los actos, es netamente objetiva, que nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea su autor cualquier persona, un infante, un hombre maduro o un enajenado que de todas formas el acto es antijurídico.²⁷

Por nuestra parte apuntaremos e insistimos que la antijuridicidad surge en el infanticidio cuando la conducta o el hecho viola la norma objetiva protectora de la vida; esa norma de cultura no meterás que se

27 Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, - Pág. 68, México, 1964.

erigió en norma de derecho, que en el Delito de Homicidio, está amenazado de una pena a quien priva de la vida, por ello quien lo hace está violando la norma de cultura a que hacemos mérito y está por ello entrando en el campo de la antijuridicidad.

CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE INFANTICIDIO.

De verdad es difícil hablar de causas de justificación en el Delito de Infanticidio, toda vez que de las apreciaciones apuntadas en forma general en este trabajo, pudieran tener aplicación, se habla como si se tratara de una figura de gabinete y se nos antoja ilógico lo siguiente: Que una madre o una abuela, al ser perseguidas y llevar consigo a un menor de 72 horas de nacido, estando en peligro de ser asesinadas por quién o quienes las persiguen y que en tales circunstancias, el menor al producir llanto estarían en peligro de ser descubiertas y éstas para evitar el ser muertas como consecuencia de la agresión, privende la vida al infante.

En relación al caso anterior nos pronunciamos en contra de que se estuviera en presencia de una causa-

de justificación ya que, como lo hemos apuntado anteriormente, se requiere del dolo genérico y del dolo específico para el ilícito y de ninguna manera podríamos encuadrarlo.

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD

a).- Del Elemento Interno del Delito.

1° La Imputabilidad.

2° La Culpabilidad.

3° La Responsabilidad.

1.- El Dolo.

2.- La Culpa.

3.- La Preterintencionalidad.

b).- Causas de Inculpabilidad.

c).- La Culpabilidad en el Delito a
Estudio.

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD

a).- DEL ELEMENTO INTERNO DEL DELITO.

Iniciamos el presente capítulo, tratando de analizar el cuarto y último de los elementos esenciales del Delito y que adquiere una especial relevancia en virtud de las especulaciones que sobre el mismo se han hecho.

Es pertinente afirmar que no basta únicamente el aspecto exterior de la conducta del hombre, o elemento objetivo del Delito, puesto que también es necesario que esa actividad se colore y así tenemos la necesidad de realizar una especificación de cada ilícito para encuadrar la tipicidad, que como ya se manifestó con anterioridad, es la adecuación de la conducta al tipo descrito por el legislador, pero además de ello, es necesario que esa conducta a que nos referimos, aunque esté adecuada al tipo en cuestión sea antijurídica, esto es, que no esté amparada por una causa de justificación, pero además de lo anterior, es también necesario adentrarnos en el alma del sujeto que realizó la conducta con el objeto de percataremos qué fue realmente lo que quiso hacer y es aquí precisamente donde surge el importante ele-

mento que nos ocupa el estudio del presente capítulo y que es el de la culpabilidad, o dicho en otras palabras el elemento interno del Delito.

Antes de analizarlo y de referirnos concretamente a él, habremos de hacer algunas consideraciones con respecto a tres conceptos que a menudo suele confundirseles y que son precisamente los siguientes:

- 1º.- La Imputabilidad;
- 2º.- La Culpabilidad y
- 3º.- La Responsabilidad.

Pues bien, con respecto a la imputabilidad, es este un presupuesto de la culpabilidad y no como algunos autores señalan que es uno de los elementos del Delito, concretamente nos referimos a Jiménez de Asúa.²⁸ Y este concepto de Imputabilidad no es otra cosa que la capacidad ciudadana, como afirma el distinguido Maestro Don Fernando Castellanos Tena, hoy ilustre Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.²⁹

28 Jiménez de Asúa, "La Ley y el Delito".

29 Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Págs. 203, 204,- Cuarta Edición, México, 1967.

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Por último, la responsabilidad que no pertenece al campo del Derecho Penal Sustantivo, sino que corresponde al Derecho Penal Adjetivo, o sea al Procedimiento Penal y así podemos definirla como el deber jurídico en que se haya un imputable de dar cuenta a la sociedad de sus actos.

Existen desde luego, dos posiciones opuestas al hablarse de la culpabilidad; la Teoría Psicologista y la Teoría Normativista. Ya hemos dicho que los normativistas consideran, y a ellos nos adherimos, que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto; los psicologistas por su parte, consideran a la culpabilidad como un juicio de reproche que se le hace al sujeto por pertenecer y formar parte de un mundo normativo, como que ésta posición nos hace difícil entender las diversas formas de la culpabilidad y las cuales son precisamente el Dolo: La Culpa y la Preterintencionalidad, conceptos de los que a continuación en forma breve nos permitiremos exponer:

1.- El Dolo.- En relación a esta especie de la culpabilidad, nos vamos a permitir expresarlo tal y como se lo entendemos a nuestro distinguido Maestro Castellanos -

Tena, para posteriormente reafirmarlo por nuestro queridísimo maestro Don Pedro Hernández Silva, con estas sencillas palabras: "Dolo es querer la conducta y querer el resultado de la misma, aún cuando este resultado aparezca - imprevisto, pero de todas formas se quiso ese resultado y con ello es suficiente!"

Sabemos que algunos estudiosos del Derecho Penal como el Maestro Celestino Porte Petit, nos hace una enumeración de formas de Dolo, entre las que cita las de Dolo - eventual, Dolo Directo, Etc., pero sin embargo todas esas formas van encaminadas al querer del hombre, al realizar su conducta y querer su resultado.

2.- La Culpa.- Esta forma de culpabilidad la encontramos cuando el sujeto solamente ha querido la conducta pero rechaza o no quiere su resultado, es este el clásico caso de los Delitos por imprudencia. También en esta forma existen diversos conceptos como son: Culpa con representación, Culpa sin representación, etc., pero lo importante es que el sujeto no quiere el resultado de esa conducta, porque esa conducta la dirige hacia otro fin, menos al delictuoso. Como ejemplo podríamos citar el del sujeto que maneja su auto por la carretera y que lo hace con el propósito de trasladarse, de llegar a otro sitio, pero en trayecto atropella a una persona, dicho sujeto -

nunca tuvo en su mente el desso de hacerlo, al contrario lo más seguro es que haya rechazado ese resultado, pero al no conducir con la debida precaución, aunque - no haya querido el resultado, debe responder de su negligencia.

3.- La Preterintencionalidad.- A nuestro personal manera de ver, es esta una mezcla del dolo y de la culpa es más, pudiera decirse que en esta figura nos encontramos con dolo tanto al principio como al final. Podríamos citar el ejemplo del sujeto que solo pretende causar lesiones a una persona y para ello le propina un golpe y con el mismo le priva de la vida. Esta persona aún cuando no quería causarle la muerte, si in directamente pretendía provocarle una lesión, de manera tal que el resultado fué más allá de lo querido por el sujeto activo del Delito, en nuestro Derecho Positivo lo anterior se determina en el Artículo 9° del Código Penal, que en forma general establece:

DIRECTO

El resultado coincide con el propósito -- del agente. (Decide privar de la vida a -- otro y lo mata).

INDIRECTO

El agente se propone un fin y sabe que -- seguramente surgirán otros resultados de- -- lictivos. (Para dar muerte a quien va a -- abordar un avión se coloca una bomba cer- -- ca del motor, con la certeza de que, ade- -- más de morir ese individuo perderán la -- vida otras personas y se destruirá el -- aparato).

DOLO

INDETERMINADO

Intención genérica de delinquir, sin pro- -- ponerse un resultado delictivo en es- -- pecial. (Anarquista que lanza bombas).

EVENTUAL

Se desea un resultado delictivo, previ- -- niéndose la posibilidad de que surjan -- otros no queridos en forma directa. (In- -- cendio de una bodega, conociendo la posi- -- bilidad de que el velador muera o sufra -- lesiones.)

b).- CAUSAS DE INCUPLABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad está determinado por las causas de inculpabilidad. Jiménez de Asúa - al tachar de tautológica la definición de inculpabilidad como la ausencia de culpabilidad, expresa por su parte - que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.³⁰ Por su parte el Maestro - Castellanos Tena afirma que la inculpabilidad opera al - hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y Voluntad.³¹

Algunos tratadistas consideran como causa de inculpabilidad al error y la no exigibilidad de otra conducta, esta como nos dice el propio Maestro Castellanos Tena, no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, -- porque también puede pensarse en una causa de justificación. Cuando opera esta forma, se habla también de la -- coacción sobre la voluntad, que afecta lógicamente el -- aspecto volitivo.

30 Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Pág. 480, - Caracas, 1945.

31 Castellanos Tena Fernando, *Líneamientos Elementales de Derecho Penal*, Pág. 235, México, 1967.

Por cuanto al error podemos expresar que es este un falso conocimiento de la verdad, es un conocimiento incorrecto, es decir, que se conoce pero equivocadamente y - esto como consecuencia produce inculpabilidad si procede en el autor de un desconocimiento o de un conocimiento - equivocado de la antijuridicidad de su conducta y de esta forma los autores hablan de error de hecho y de error de Derecho; el primero es importante para la inculpabilidad y menos importante será el segundo.

El primero se clasifica como esencial y accidental; el Accidental abarca: *Aberratio Ictus*, *Aberratio in Persona* y *Aberratio Delicti*.

El error de Derecho, como nos lo dice atinadamente el distinguido Maestro Don Fernando Castellanos Tena, no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la Ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las Leyes a nadie -- aprovecha. Por tanto un error de tipo sería intrascendente para tratar de justificar una conducta, en cambio el error de hecho invencible, sí produce la inculpabilidad, por ejemplo, en el deporte de tiro, cuando los participantes tienen como objetivo el tiro al borrego, y al regularlo, por la distancia que hay de por medio, solo se-

advierte un objeto blanco que produce movimiento y hacia él dirigen la mira de su arma y resulta que el arriador de esos animales, que va vestido de blanco, se ha quedado en el lugar del animal y el disparo le produce la muerte. Hay en el presente caso un error y no solo el dolo genérico, sino puede haber la concurrencia de varios dolos según el caso de infanticidio de que se trate. Si es genérico por cualquiera de los ascendientes, de todas maneras revestirá la forma de dolo por privar de la vida a un ser humano y segundo precisamente al niño menor de las 72 horas de nacido y que es el descendiente. En el infanticidio honoris causa, se presentan tres clases de dolos:

- 1º Dolo Genérico, querer privar de la vida a un ser humano.
- 2º Precisamente al hijo menor de 72 horas de nacido.
- 3º Por móviles de honor; es este esencial invencible de hecho, en virtud de que el sujeto quiso la conducta y el resultado, pero se encontró con un error invencible que él quiso, en el caso del ejemplo, de privar de la vida al borrego y no al sujeto que lo arriaba, entonces se estará frente a un caso de inculpabilidad o cuando-

mucho será culpable pero no dolosa la conducta porque no quiso privar de la vida a una persona sino a un animal.

c).- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO A ESTUDIO

En el delito a estudio que es el infanticidio, la culpabilidad, solo admite en su forma de dolo; siempre en el infanticidio habrá dolo, en cualquier caso de infanticidio, el sujeto activo del delito siempre quiere la conducta y desea el resultado, por lo tanto su actitud siempre será dolosa.

Carrara nos habla de que en el infanticidio pudiera operar la culpa, refiriéndonos que con el fin de salvar el honor puede conducir a dos situaciones distintas, la primera a la determinación de matar al infante, en donde se presentará desde luego el dolo; y la segunda que puede conducir a la madre a la determinación de ocultar al infante sin prever que pone en peligro la vida de éste, y si le causa la muerte no se le podrá imputar dolo al no prever la muerte. Sin embargo la hipótesis presentada por Carrara la consideramos puramente doctrinal; en nuestro derecho, definitivamente no es admisible, por la

necesaria concurrencia de dolos que exige el tipo en --
cuestión. Carrara, nos dice que la madre al pretender --
ocultar el haber dado a luz, oculta en un armario a la-
criatura y al sacarlo lo encuentra muerto por asfixia,--
en el caso insistimos aún cuando pudiera presentarse co-
mo infanticidio por culpa, en nuestro derecho no es po-
sible admitir esta forma porque es necesario el querer-
privar de la vida al menor y en el presente caso no se-
quiere privar de la vida, por lo tanto en nuestra legis-
lación estaríamos enfrente a un caso de culpa grave pe-
ro no de infanticidio.

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

- 1.- No existe en nuestro concepto, ninguna justificación material para atenuar la penalidad en el infanticidio, por el contrario, consideramos que se trata de una forma calificada en la que se debe imponer una mayor penalidad que la que existe para el homicidio simple.
- 2.- No existe ninguna razón porqué incluir dentro de esta figura aunque sean ascendientes a todos aquellos ajenos a la madre pues a estos deberá agravar seles más la penalidad por actuar con todas las agravantes de la Ley y por ello deberá imponerseles mayor penalidad que a la madre.
- 3.- Es urgente se haga una revisión al tipo penal del infanticidio en nuestra legislación, en donde con toda claridad se establezca la conducta de los que que en él intervienen y se señale la penalidad correspondiente de conformidad con el bien de bienes

que se protege y que es la vida humana de un menor que se encuentra siempre indefenso a quienes lo privan de la vida.

I N D I C E

	Págs.
PROLOGO.	1
CAPITULO I	
DEL DELITO EN GENERAL.	
a).- Concepto de Delito.	4
b).- Escuelas que estudian el Delito.	10
c).- Teorías que estudian el Delito.	14
CAPITULO II	
DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO.	
a).- La Conducta.	22
Su Coeficiente Físico.	
Su Coeficiente Psíquico.	
Su Aspecto Negativo.	
b).- Formas de la Conducta.	25
Aspecto Negativo del	
Elemento en Estudio.	
c).- La Conducta en el Delito a	
Estudio.	30
CAPITULO III	
DE LA TIPICIDAD.	
a).- Concepto de Tipo y sus Elementos.	34
b).- El Tipo en el Delito a Estudio.	37
c).- Atipicidad en el Delito a Estudio.	42
d).- Consideraciones.	43

CAPITULO IV

LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.

a).- Concepto de Antijuridicidad Penal.	46
b).- Causas de Justificación.	50
c).- Causas de Justificación en el Delito a Estudio.	53

CAPITULO V

LA CULPABILIDAD

a).- Del Elemento Interno del Delito.	58
1° La Imputabilidad.	
2° La Culpabilidad.	
3° La Responsabilidad.	
1.- El Dolo.	
2.- La Culpa.	
3.- La Preterintencionalidad.	
b).- Causas de Inculpabilidad.	64
c).- La Culpabilidad en el Delito a Estudio.	67
CONCLUSIONES.	69

LEGISLACION CONSULTADA

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERA-
LES VIGENTE.**

**CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICA-
NOS.**

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

- ANTOLISEI, FRANCISCO, Estudio Analístico del Delito, - México, 1954.
- ANTOLISEI, FRANCISCO, La Acción y el Resultado en el Delito, Editora Jurídica Mexicana, México 1959.
- CASTELIANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Cuarta Edición, Ed. Porrúa, - México, 1967.
- CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal Mexicano, Novena Edición, México, 1955.
- HERNANDEZ SILVA, PEDRO, Apuntes de Derecho Penal, UNAM. México, 1969.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello Caracas, Venezuela.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO, La Tipicidad, Ed. Porrúa, - - México, 1967.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO, La Antijuricidad, México, - -- 1952.
- MEZGER, EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Madrid, - -- 1955.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal, - Ed. Porrúa, México, 1967.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Nociones de Derecho Penal Mexicano, Ed. Jurídica, México, 1961.
- PORTE PETIT, CELESTINO, Dogmática sobre los Delitos - - contra la Vida y la Salud, México, 1969.
- PORTE PETIT, CELESTINO, Programa de la Parte General de Derecho Penal, UNAM, México, 1960.
- VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa México, 1960.