

180
22



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

**"PROPUESTA DE REFORMA A LA PUNIBILIDAD
DEL DELITO DE INFANTICIDIO SIMPLE Y
DEROGACION DEL INFANTICIDIO POR
MOVILES DE HONOR"**

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

ASESOR : LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ

MEXICO, D. F.

1993



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

PAGINAS

I N T R O D U C C I O N	11
CAPITULO I.- EL DELITO DE INFANTICIDIO.	13
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	14
1.2. CLASES DE INFANTICIDIO.	19
1.3. CONCEPTO DE INFANTICIDIO SIN MOVILES DE HONOR.	20
1.4. CONCEPTO DE INFANTICIDIO POR CAUSAS DE HONOR.	22
CAPITULO II.- LA DOGMATICA DEL DELITO.	25
2.1. LA DOGMATICA DEL DELITO.	26
CAPITULO III.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS.	44
3.1. CLASIFICACION DE LOS DELITOS.	45
3.1.1. EN FUNCION A SU GRAVEDAD.	45
3.1.2. SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.	45
3.1.3. POR EL RESULTADO.	48
3.1.4. POR EL DAÑO QUE CAUSA.	49
3.1.5. POR SU DURACION.	49
3.1.6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.	52
3.1.7. DELITOS SIMPLES O COMPLEJOS.	55
3.1.8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.	56
3.1.9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.	57
3.1.10 POR LA FORMA DE SU EJECUCION.	58
3.1.11 EN FUNCION A LA MATERIA.	59
3.1.12 CLASIFICACION LEGAL.	60
CAPITULO IV.- LA TEORIA DEL DELITO Y EL DELITO DE INFANTICIDIO.	61
4.1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.	62
4.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	75
4.3. LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.	97
4.4. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.	109
4.5. CULPABILIDAD E INculpABILIDAD.	121
4.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.	141
4.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	145

CAPITULO V.-	
LA PARTICIPACION Y ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL	
HOMICIDIO CALIFICADO Y EL INFANTICIDIO.	151
5.1. LA PARTICIPACION.	152
5.1.1 LA PARTICIPACION POR PREORDENACION.	153
5.1.2 AUTOR MATERIAL.	153
5.1.3 COAUTORIA.	154
5.1.4 AUTOR MEDIATO.	154
5.1.5 AUTOR INTELECTUAL.	155
5.1.6. LA COMPLICIDAD.	156
5.1.7 PARTICIPACION SUBSEQUENS.	156
5.1.8 AUTORIA INDETERMINADA O	
RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA.	157
5.2. ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL DELITO DE	
HOMICIDIO CALIFICADO Y EL INFANTICIDIO.	158
5.2.1. EN CUANTO A SUS ELEMENTOS.	158
5.2.2. EN CUANTO A SU EJECUCION.	164
5.2.3. EN CUANTO A SU PENALIDAD.	165
C O N C L U S I O N E S	166
B I B L I O G R A F I A	169

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

En el presente trabajo, analizaremos el delito de Infanticidio en sus dos modalidades, sin móviles de honor y por causas de honor, iniciando por sus orígenes en México y sus diferentes etapas en el mundo.

Estudiaremos los diferentes conceptos de Infanticidio y el objeto por el cual fué creado el Infanticidio con móviles de honor.

Realizaremos además el estudio Dogmático del delito de Infanticidio, ésto a la luz de la teoría del delito, tanto en su aspecto positivo, como el negativo, adoptando para esto la llamada teoría Heptatómica, analizando detenidamente sus elementos positivos y negativos de dicha teoría, para poder aplicar estos elementos en cualquier tipo de delito, para así tener una mejor comprensión de esta teoría.

Así mismo clasificaremos al delito de Infanticidio, se mencionara todas y cada una de las formas de participación en que se puede incurrir en la comisión de los delitos y grados de responsabilidad en que se realiza, mismas que se establecen en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en el Orden Común y para toda la República en Materia Federal.

Se realizara una breve comparación entre el delito de Homicidio calificado y el delito de Infanticidio, con la finalidad de demostrar, que si biene cierto el delito de Infanticidio no requiere las calificativas de alevosía, premeditación, ventaja y traición para su integración, dichas calificativas si se dan en una forma natural en el Infanticidio.

Se pretende demostrar que la punibilidad del delito de Infanticidio sin móviles de honor debe de ser aumentada por ser un delito de naturaleza doloso.

Analizaremos que el delito de Infanticidio por móviles de honor debe ser derogado, ya que las circunstancias sociales por los que fue creado en la actualidad han desaparecido.

CAPITULO I
EL DELITO DE INFANTICIDIO

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

1.2 CLASES DE INFANTICIDIO

1.3 CONCEPTO DE INFANTICIDIO SIN MOVILES DE HONOR

1.4 CONCEPTO DE INFANTICIDIO POR CAUSAS DE HONOR.

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

a).- Breve reseña Histórica del Infanticidio:

El Infanticidio - muerte de un recién nacido - ha sido reprimido de muy diversas maneras dentro de su evolución histórica. En las primitivas tribus se mataba a los infantes, en general a los inútiles por su edad o enfermedades, para disminuir las cargas económicas y las molestias inherentes al conglomerado social en sus incesantes migraciones. En Cartago se sacrificaban religiosamente menores a las crueles deidades; en Grecia- Esparta y Atenas- y en la Roma primitiva se les eliminaba por frías razones de selección eugenésica. Posteriormente, salvo el derecho del Pater para disponer de la vida de sus hijos - entre ellos los recién nacidos, se consideró el Infanticidio como crimen merecedor de extrema severidad, involucrado dentro del concepto de Parricidio. En la época de los emperadores Valentiniano y Valente se retiró a los padres de familia el derecho de vida o muerte de sus descendientes, derivado, "del concepto de propiedad". Constantino en sus Constituciones prohibió y castigó la muerte del descendiente. En Tiempo de Justiniano se declaró la prohibición en forma definitiva. El antiguo derecho Español - salvo el Fuero Juzgo, que ordenaba pena de muerte o seguera a los infanticidas- no establecía categoría especial para este delito, el cual debería juzgarse con forme a las reglas del Homicidio o del Parricidio, en sus casos. En Francia, Enrique II

publicó un edicto imponiendo pena de muerte a la madre aún por simples presunciones tales como la ocultación del embarazo.

Beccaria protestó contra las severas penas usadas en Europa, pero limitó sus argumentaciones al egoísta infanticidio ejecutado por la madre con propósito de ocultar su deshonra sexual, infanticidio honoris causa, diciendo que este delito "es efecto de una contradicción inevitable en que se ve colocada una persona que por debilidad o violencia había cedido; quien se halla entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir, ¿ cómo no ha de encontrar preferible ésta a la miseria segura a que se verían reducidos ella y el infeliz fruto?. Es necesario referir que en nuestra actualidad han cambiado los esquemas sociales, por lo que, lo manifestado por Beccaria ya no tiene validez.

La prédica de Beccaria encontró eco satisfactorio dentro de todas las legislaciones, las que crearon un delito especial disminuyendo las penas generales de homicidio para el infanticidio honoris causa.

b).- Infanticidio en la Legislación Mexicana:

En México el primer antecedente histórico lo encontramos en el Código Penal de 1871, en los artículos del 581 al 586, que a la letra dicen:

"Artículo 581.- Llámese infanticidio, la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento o durante las 72 horas siguientes."

Nos refiere Porte Petit: " El Código Penal de 1871 expresa que llámese infanticidio: la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las 72 horas siguientes. Como se observa, a diferencia del Código actual, no hace referencia a que la muerte sea causada por alguno de los ascendientes consanguíneos." (1)

"Artículo 582.- el infanticidio causado por culpa se castigará conforme a las reglas establecidas en los artículos 199 a 201, pero si el reo fuere médico, cirujano, comadrón o partera, se tendrá esta circunstancia como agravante de cuarta clase."

"Artículo 583.- El infanticidio intencional, sea causado por un hecho o por una omisión, se castigará con las penas que establecen los artículos siguientes. "

"Artículo 584.- La pena será de cuatro años de prisión, cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonor y concurren además estas cuatro circunstancias:

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

1.- Porte Petit Candarup Celestino; Dignética sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, pág. 354.

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

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

"Artículo 585 Cuando en el caso del Artículo anterior no concurren las tres primeras circunstancias que en el se exigen, se aumentará por cada una de las que falten, un año más de prisión, a los cuatro que dicho artículo señala.

Pero si faltare la cuarta, esto es, si el infante fuere hijo legítimo, se impondrán 8 años de prisión a la madre infanticida, concurren o no las otras tres circunstancias."

" Artículo 586.- Cuando no sea la madre la que cometa el infanticidio, se impondrán en todo caso, 8 años de prisión al reo; a menos que este sea médico, comadrón, partera o boticario, y como tal cometa el infanticidio, pues entonces se aumentará un año a los 8 susodichos, y se le declarará inhabilitado perpetuamente para ejercer su profesión."

En el Código Penal de 1871 se observa que no existe precepto que prevea el caso de infanticidio ejecutado por la madre, por otro móvil que el de ocultar su deshonra. Lo cual es lógico por la forma de pensar de la Sociedad del siglo pasado.

El segundo antecedente histórico del infanticidio

en la Legislación Mexicana lo encontramos en el Código Penal de 1929 para el Distrito y Territorios Federales, en donde se creó una nueva figura, el filicidio, el cual se confundía con el infanticidio.

El Maestro González de la Vega Francisco, al hacer una crítica a los preceptos que contemplaban al infanticidio y al filicidio en el Código de 1929, nos refiere: - "En el infanticidio genérico conservó la anterior definición sin hacer referencia a los posibles sujetos activos del delito y sin mencionar los móviles para justificar la atenuación de la penalidad general del Homicidio, e inmediatamente después creó una nueva figura delictiva, la del filicidio, definiéndola: el homicidio causado por los padres, en la persona de alguno de sus hijos (art.994 del Código de 1929). En los artículos posteriores, existe contradicción gravísima entre las penalidades del infanticidio genérico, del honoris causa y del filicidio, delito que, dada su definición, puede cometerse en el descendiente dentro de las setenta y dos horas del nacimiento o después en cualquiera otra edad y en que, sin embargo, se atenuaban las penas del homicidio." (2)

El mismo Porte Petit, al hablar del infanticidio en el Código de 1929, lo confunde con el filicidio al exponer:- "El Código Penal de 1929 para el Distrito y Territorios Federales recoge substancialmente, en el artículo 997, el contenido del 584 del proyecto de Reformas del Código Penal de

2.- González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano; pág. 112.

1871; el 998 reproduce, casi en sus términos, el 585 del mencionado proyecto de Reformas." (3)

El artículo 997 del Código Penal de 1929, que refiere Porte Petit, a la letra expresaba:

" Artículo 997 .- La sanción será de diez años de segregación en caso de filicidio; pero se reducirá a la mitad cuando lo cometa la madre proponiéndose ocultar su deshonra y siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 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 hubiere inscrito en el Registro Civil;
- IV.- Que el infante no sea hijo legítimo."

1.2.- CLASES DE INFANTICIDIO.

De acuerdo al Código Penal de 1931 para el Distrito Federal (en vigor actualmente), existen dos tipos de Infanticidio:

I.- Infanticidio simple o Infanticidio sin móviles de honor.

II.- Infanticidio honoris causa ó Infanticidio por móviles de honor.

3.- Porte Petit Candaupé Celestino, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, pág. 385.

Ya hemos dicho que el Código Penal vigente - nos refiere González de la Vega-, 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 propósito de ocultar su deshonestidad sexual, reglamentó una infracción que hemos venido denominado infanticidio genérico (art. 325 del Código Penal); y una segunda relativa al infanticidio honoris causa (art. 327 del Código Penal); la nueva legislación tiene el mérito de haber evitado los errores de las anteriores codificaciones mexicanas de 1871 y 1929 a que en los párrafos anteriores nos referimos. (4)

1.3.- CONCEPTO DE INFANTICIDIO SIN MOVILES DE HONOR.

El artículo 325 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la Republica en Materia del Fuero Federal nos refiere: "Llámesse infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos." (5)

Nos dice Carrara que " La palabra infanticidio, ignota para los Latinos, deriva del Italiano infantare registrada por la Crusca como sinónimo de Paris (partorire), y equivalente a la muerte del hombre recién nacido." (6)

4.- González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano; pag. 113.

5.-Practica Penal, Código Penal; pág. 82.

6.-Carrara Francisco, Programa, Párrafo 1206.

Para Porte Petit, el infanticidio sin móviles de honor: "La muerte perpetrada por cualquier ascendiente, dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, sin que medie ningún móvil de honor." (7)

Jiménez Huerta sostiene que el Código vigente sólo alude al infanticidio honoris causa. Expresa que "la definición de infanticidio dada por el artículo 325 del Código Vigente, no esclarece...la ratio legis del precepto en examen". (8). En otro lugar, después de exponer sus argumentos para encontrar la ratio legis del infanticidio, concluyen que "es, pues,... evidente, que también la conducta descrita en el artículo 325 requiere para su integración de un elemento finalístico, esto es, que el agente actúe con la tendencia interna de salvar el honor. Este elemento subjetivo, si bien no está expresado en la letra de la ley, está insito y latente en la propia esencia del tipo y aflora al exterior cuando el intérprete, haciendo gala de su sensibilidad jurídica, acierta a desentrañar el verdadero sentido del tantas veces citado artículo 325 del Código Penal." (9)

No estoy de acuerdo con lo manifestado por el maestro Jiménez Huerta, ya que el infanticidio es realizado por diferentes causas que estudia la psicología, por ejemplo el odio al que engendró al hijo, odio al infante, venganza en relación a otros terceros, para evitar las molestias de la

7.- Porte Petit Celestino; Dogmática sobre los Delitos contra la vida y la Salud Personal, pág. 386.

8.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano.- La Tutela Penal de la vida e integridad Humana, Tomo II, pág. 148.

9.- Op. pp. 150-151.

crianza. No dudo que a principios del siglo, como lo manifiesta Beccaria, un ascendiente realizara el delito de infanticidio para no vivir marginado de la sociedad, o para salvaguardar la honra de la familia, hecho que en la decada que estamos viviendo ya no es valido, toda vez que es usual que una mujer tenga un hijo fuera del matrimonio, aunado a que existen medios anticonseptivos para prevenir el embarazo y evitar un hijo no deseado.

En mi concepto, el infanticidio: es la muerte causada a un recién nacido, entendiendo como tal, aquel que su fisiología ya es autónoma y no tributaria de la fisiología de la madre, por uno de sus ascendientes (también la madre) dentro de las setenta y dos horas, independientemente del motivo que tuvo el ascendiente para llevar acabo dicho acto.

1.4.- CONCEPTO DE INFANTICIDIO POR MOVILES DE HONOR

El artículo 327 nos refiere que: 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 acultado 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." (10)

Porte Petit manifiesta: " Por infanticidio honoris causa se entenderá la muerte del infante, realizada por su madre dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por móviles de honor." (11)

Palacios Vargas al hablar de infanticidio nos manifiesta: " El infanticidio no es sino un subtipo del homicidio; es la privación de la vida de un ser humano, y la atenuación viene acordada por una razón de índole social, que la ley no puede desconocer: el honor de la madre, y, por extensión, el honor de la madre que los copartícipes estiman salvaguardar con su actuación, que lleva a la muerte del infante ." (12)

Como se nota existen dos corrientes; los primeros que refieren que el infanticidio por móviles de honor y sin móviles de honor, son tipos surgidos con el fin de salvaguardar la honra de la madre, aunque taxitamente no esta escrito en la ley. un segundo grupo entre los cuales se encuentran Carrancá y Trujillo, Osorio y Nieto y un servidor que referimos que efectivamente, el infanticidio en un principio el legislador lo en camino a salvaguardar la honra sexual de la mujer, tal como lo preceptuaba el Código de 1871 y el Código de 1929, por así ser necesario, dado los principios morales y religiosos

10.- Practica Penal, Código Penal; pág. 82

11.- Porte Petit Carlobach Celestino; Doctrina sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal; pág. 385.

12.- Palacios Vargas J. Ramón, Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal; pág. 82.

que prevalecían en la sociedad. Pero en nuestra actualidad el infanticidio por móviles de honor ya no es un tipo que se encuentra respaldado por el motivo que lo creó, aunado a que como ya se dijo con antelación, la mujer que tiene un hijo ya no es rechazada por la sociedad y por lo tanto, no se justificaria que le diera muerte a su descendiente con el proposito de salvar su honra sexual.

Osorio y Nieto al hablar del infanticidio por móviles de honor nos señala : " En este tipo el sujeto activo es más especializado, más calificado, ya que sólo la madre del infante puede serlo, pero además deben concurrir las diversas circunstancias que el precitado artículo señala." (13)

13.- Osorio y Nieto Cesar Augusto, El Homicidio; pág. 32.

CAPITULO II
LA DOGMATICA DEL DELITO

2.1. LA DOGMATICA DEL DELITO

2.1 LA DOGMATICA DEL DELITO

Dadas las limitaciones de este trabajo, sólo nos proponemos a analizar el delito de Infanticidio, el cual se analizará a la luz de la dogmática jurídica Penal.

"El Derecho Penal comprende dos partes: la general referente a la ley, a las penas en general, al delito y medidas de seguridad,- enseña Porte Petit- y a la parte especial especial que se ocupa de los delitos en particular y de sus penas respectivas." (14)

"La Ciencia Penal estudia la realidad jurídico penal y mira a la construcción, elaboración y organización de los conceptos deducidos de las normas penales, para comprenderlas, valorarla e iluminarla, a los fines de dirigir la actividad humana, indicando los hechos que no deben ser ejecutados porque constituyen delitos y amenazando con penas a los autores de tales delitos."(15)

La ciencia del Derecho Penal estudia lisa y llanamente "las normas jurídico-penales, o sea, la dogmática jurídico Penal en síntesis estudia el conjunto de normas jurídico-penales, en su parte general y en especial al decir de -

14.- Porte Petit Cardozo Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p.26.
15.- *Ibidem*.

Del Rosal "pregunta las razones últimas del carácter positivo e histórico del Derecho Penal", con lo que "la Ciencia Penal es de naturaleza filosófica." (16)

Es, a través. de Maggiore, que el maestro Porte Petit expresa, "Dogmática significa Ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas dogmáticamente, como verdades ciertas e indiscutibles". Crispigni sostiene por su parte -explica nuestro maestro- que "la norma debe ser aceptada tal como es, como un dogma... y precisamente por esto la disciplina se llama dogmática jurídica". y Soler, -añade el mismo autor- 'subraya que el estudio del Derecho Penal se llama dogmático, porque presupone la existencia de una Ley". (17)

"La Ley tiene pues, el carácter de dogma y como éste no es sino una proposición firme y cierta, principio básico de una Ciencia, resulta que aquélla será la premisa de toda sistematización jurídico-penal...En realidad la ley es como un dogma, porque es el instrumento con que trabaja el Juzgador, pero no entendida como un "fetiche", sino como una norma de la cual hay que descubrir su violencia". (18)

Así como existe una Teoría General del Derecho, existe la Teoría del Delito, naturalmente comprendida en aquélla. "La Teoría del Delito comprende el estudio de sus

16.- Porte Petit Cándido Celestino, Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal; p.26

17.- Ibidem.

18.- Ibidem.

elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse del mismo". (19)

La, Teoría del Delito se identifica con la dogmática jurídico-penal.

La teoría del Delito estudia, "aquéllas componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible". (20)

"En síntesis, y dejando de lado otros caracteres del delito, -enseña Jiménez de Asúa- podemos decir que los esenciales y permanentes reconocidos son los que lo definen como acción típica, antijurídica y culpable. A caso la acción es uno de los que se elaboraron más tardíamente. Bernerque, como buen hegeliano abarca en ella la imputabilidad, fué el primero en trabajar su doctrina en 1857; pero a Franz Von Litz le pertenece el mérito de enseñar claramente en ella el movimiento corporal y la causalidad del resultado. La condición típica se indica por Stubel en 1805 y por Luden en 1840, pero es Berling quien le da máxima trascendencia.

La antijuridicidad, que se atisba entre otros por Bohemero, cobra sentido en las "normas" de Bending. Y la culpabilidad debe su origen científico a A. Merkel". (21)

19.- Ibidem; p. 195

20.- Jeschek Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal. T. I; p. 263.

21.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. III; p. 315

Dadas las citas de los maestros en este trabajo y de que se eligió el análisis que se estudia, aún cuando no la exhaustividad que por propias limitaciones deseara, precisa señalar la evolución de la dogmática jurídico penal a la luz del Derecho Penal moderno y contemporáneo.

La teoría del Delito hasta el siglo pasado y después de los dos primeros movimientos de la Literatura Penal: "De los delitos y las penas" de César Bonesana, Marqués de Beccaria publicado en 1764 y del "Programa de Derecho Criminal" emanado del luminoso pensamiento del insigne Carrara, publicado en 1859, conoció la distinción entre imputación objetiva y subjetiva. La idea del delito, concretó Carrara en el párrafo 35 de su magna obra, no es sino "una idea de relación, es a saber, la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la Ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se le da el nombre de delito, u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye una unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica"; sin embargo Vela Treviño con Jiménez Huerta, advierten en la última frase del maestro de Pisa, ya desde entonces el tercer elemento esencial del delito, la antijuridicidad o antijuricidad sin que éste se hubiese referido específicamente por el propio Carrara, pero que desde entonces "se hallaba

latente" (22), agragando Vela Treviño, que en 1931 Mezger diría: "actúa antijurídicamente el que contradice las normas objetivas del Derecho. La acción sólo es punible si es antijurídica." (23)

La moderna concepción cuatripartista del delito, indica Jeschek (24), al que resumimos, como acción típica, antijurídica y culpable, ha surgido hace sólo pocos años, de la constitución de distintas etapas de diferentes sistemas dogmáticos.

Jhering en 1867 desarrolla el concepto de antijuridicidad objetiva al demostrar que la culpabilidad es, irrelevante en ciertas infracciones que determinen consecuencias jurídicas. Lizt y Beling siguiendo al connotado civilista, introducen al Derecho Penal el concepto de antijuridicidad objetiva, que introducen a la estructura del delito. Beling con su teoría de las normas independiza a la antijuridicidad al precisar que no la vulnera propiamente la ley Penal, pues ésta no sólo prevé la sanción, sino los mandatos y prohibiciones de ordenamientos jurídicos (las normas), que conceptualmente le preceden, de modo que toda la teoría del Injusto puede aprenderse por sí sola a partir del contenido de esas normas. Los inicios del concepto de culpabilidad se atribuyen a A. Merkel, que pese a seguir la teoría tradicional de la imputación fue el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior

22.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal, Vol.I; p. 50 y 51.

23.- Vela Treviño Sergio, Antijuridicidad y Justificación p. 19.

24.- Op. Cit.; p. 52

de determinación de la voluntad contraria al deber. Berner fue quien citó en la base de la estructura del delito el concepto de acción. Fué Beling quien aporta el último elemento a la teoría del delito al definir el tipo como conjunto de los elementos que permiten decidir, cuál es el delito de que se trata, haciendo del tipo punto de referencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, amén de constituir el soporte más importante de la función de garantía de la Ley Penal.

El concepto clasico del delito es desarrollado a fines del siglo pasado por Ernest Von Beling y por Von Litz descubriendo éste que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, como lo entendía la teoría de la Conducta Naturalística comprendida, si no reside en el terreno del espíritu. Se distingue entre componentes objetivos y subjetivos del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuridicidad en tanto la parte subjetiva correspondía al elemento de culpabilidad. Ritter en Austria y Hamer en Suiza mantuvieron hasta hace poco esta posición sistemática.

El tipo como descripción de la acción estaba deprovisto de valor lo cuál no podía tener hasta el momento de la antijuridicidad, y ello, desde una perspectiva objetiva. La relación entre tipicidad y antijuridicidad se agota en ser la

primera un indicio "de la presencia de una norma prohibitiva". Ejemplo: "La muerte de una persona, que al someter a prueba la antijuridicidad puede resultar justificada como acción de guerra de un soldado".

El concepto de culpabilidad reunía la totalidad de procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. La imputabilidad se concibió -desde entonces- como presupuesto de la culpabilidad; y el dolo y la imprudencia se entendieron como "formas" o especies de culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad se reclamó como elemento de la culpabilidad la cual enfatizó Berling con la misma decisión que la rechazo Von Litz.

No se precisó el concepto de culpabilidad materialmente determinado quedando enumerada "bajo el rótulo de lo subjetivo (concepto psicológico de culpabilidad).

El concepto clásico de delito fue un producto del pensamiento jurídico característica del positivismo científico (concepción limitada al Derecho Positivo y a su interpretación), y se obtuvo por ello una imagen formal de las características del comportamiento humano que debía contemplarse en la estructura del propio concepto del delito.

Se distinguió entre la acción de forma naturalística, el

tipo concebido objetivo-descriptivamente, la antijuridicidad delimitada objetivo-normativamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente.

Este sistema jurídico penal clásico debía garantizar con todo ello, mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena, un máximo de eficiencia en la vía de su sistema sancionatorio hacia el delincuente.

Sus autores que conforman el concepto neoclásico del delito, citados por Jeschek, Frank-Festgabe, E. Wolf, Schwinge, Welzel, Beratta, Mittasch (quien reducía al Derecho Penal a la "idea del Estado" como supremo valor), Radhruch (quien defendía en contraposición una teoría de los valores, aunque relativista), Mayer Mezger, Ficher Hegler, Graf Zu Dohna, Kern, Saner; Bettiol y Delitala en Italia, Rodríguez Davesa en España, así como Jiménez de Asúa, si bien, los que antes escogieron el concepto neoclásico del delito, se han pasado últimamente a la estructura finalista.

El concepto neoclásico del delito, no abandona los principios, aun cuando procede profundamente a reformarlos. En lugar de la coherencia formal limitada al Derecho Positivo se busca construir el concepto del delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho Penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base (Teoría Teleológica del

Delito).

Esta etapa está determinada por el neokantismo emanado de Stamler, Rickert y Lask, quienes junto con el método científico-naturalismo del observar y describir- colocan una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizadas por el comprender y el valorar.

La reforma comienza con el concepto de la acción que entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se avenía con un sistema referido a valores. La insuficiencia de la acción se mostró como ejemplo en el delito de injurias en el que es determinante la intención sin que importe el fenómeno físico y psicológico implicados. En los delitos de omisión la inactividad mediante la suposición de una voluntaria contención de los nervios motores, hacía de fracasar, en la culpa inconsciente quedando atrás el pensamiento de Beling. Por ello se debilitó el concepto de acción mediante el recurso al concepto de comportamiento, que se estudió como actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La acción pasó a ser así comportamiento voluntario, realización de la voluntad, comportamiento espontáneo o comportamiento sencillamente humano (concepto causal de la acción). La acción se llegó a pensar, es fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social".

Se creyó por otra parte, iniciar la estructura del delito por la tipicidad.

La concepción puramente dispositiva y libre de valor de tipo, resultó afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanzar un sentido susceptible de aplicación (por ejemplo: Acto Ultraje, documento, móviles bajos, ejecución forzosa inminente).

En cuanto a la antijuridicidad que sólo se había contemplado como oposición formal de una norma jurídica, se dedujo ahora de la finalidad de los preceptos penales, que era preciso concebir el injusto de forma material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. El hecho no podía ser antijurídico al faltar toda lesión de intereses. Merced a esta teoría de los intereses lograron desarrollarse nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos. Como por ejemplo el supuesto supra-legal del estado de necesidades excluyéndose la responsabilidad penal, en los casos de salvar un bien jurídico de superior valor a costa de otros menos valioso, ante la inexistencia de otro remedio (comerse a otro semejante ante la falta de alimentación).

Bajo este sistema de la concepción teleológica del

delito, la teoría de la culpabilidad sufrió grandes modificaciones. Se debe a Frank, sostiene Jerchek, el descubrimiento decisivo. Observó la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber, que puede reprocharse al autor. "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado" (concepto normativo de culpabilidad).

El concepto psicológico de culpabilidad no había resuelto varias cuestiones. Así pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una información de su voluntad ajustada a Derecho.

Pese a la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, debe negarse el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, puesto que el orden jurídico no requiere un comportamiento heroico cuando la vida se haya en peligro actual no conjurable de otro modo. En la imprudencia, el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado sino contra la falta de atención demostrada por el autor, en el cumplimiento de un deber de cuidado.

Los problemas sociales de la época industrial y la posición de la ciencia en su confortación con la ideología del Estado Totalitario, en los años veinte en que apareció el

sistema, da lugar a las deficiencias que podrían observarse y al divorcio entre la dogmética y la política criminal. En efecto, el concepto de acción se había relajado en contenido y precisada una nueva concepción. El dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad. Precisaba un tratamiento conveniente del error sobre la antijuridicidad una vez que Frank había deducido el contenido de culpabilidad propio del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad. Finalmente justo a la parte del hecho imprudente correspondiente a la culpabilidad, debía determinarse también con independencia su específico contenido del injusto.

Estas modificaciones fueron solucionadas en la sistemática del finalismo.

El concepto del delito del finalismo debe a Wezel la base de sus razonamientos, por éste erigir el ser real de la acción humana en concepto central de la Teoría del Delito. Sin embargo, partiendo del sistema anterior de la Teoría del Injusto no hubo enfrentamiento con el finalismo a pesar de la distinta base de sustentación de ambas teorías y aún de que en cuanto el método, se abandonaba "el pensamiento logicista y abstracto de la época precedente". Los progresos dogmáticos decisivos pueden fundarse también de forma convincente en la

doctrina tradicional -sostiene Jerchek textualmente con sólo llevar hasta el final con coherencia, las ideas sistemáticas por ella desarrolladas".

El planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho propio del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las estructuras lógicas objetivas previas a toda relación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la "naturaleza de las cosas". Es así como la teoría del finalismo de la acción se apoyó en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos.

En el conocimiento de los valores, el finalismo acudió a la nueva teoría: "el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-sociales". Se intentó así una verdadera fundamentación ético-social del Derecho Penal que se plasmó en la concepción personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva conexión de sus decisiones voluntarias y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena.

El concepto final de la acción es la base de la estructura del delito.

El actuar humano es ejercicio de actividad final. Con la ayuda de su conocimiento causal, el hombre es capaz de dominar dentro de ciertos límites el suceder y de conducir su actuar a la consecución de su meta con arreglo a un plan. La conducción final de la acción tiene lugar a través de la anticipación mental de la meta, la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real. (Esta teoría de la acción final tuvo como precursores a Wender, Wolf y Graf zu Dohna).

La finalidad de la acción típica se equiparó a dolo en el nuevo sistema del delito. De esta tesis derivó que el dolo debe pertenecer al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es, precisamente, la caracterización de la acción en todos sus elementos del injusto esenciales para la punibilidad.

De lo anterior surgieron tres modificaciones fundamentales en la estructura del delito:

1).- La conciencia de la antijuridicidad se separó del dolo (entendiendo éste como pura realización de la voluntad) y se convirtió en factor central del concepto de la culpabilidad.

2).- Al separarse el dolo y la conciencia de la

antijuridicidad, hubo que distinguir los supuestos de error en forma distinta a como se hizo con antelación, es decir, sólo se hablaba de error de hecho y de Derecho. Para el finalismo existe ahora el error de tipo que excluye la conciencia de la antijuridicidad. (25)

3).- Sólo cabe participación en un hecho principal doloso, puesto que sin el dolo falta ya el tipo del hecho principal.

La subjetividad de la antijuridicidad -sigue Jeschek-, que resultó del cambio de situación del dolo, condujo a la modificación del concepto material del injusto. Los elementos subjetivos del tipo se reunieron bajo el concepto superior de "elementos pasionales del injusto" y se contrapusieron al "desvalor del resultado como desvalor de la acción". La doble consideración de la antijuridicidad bajo los dos aspectos, de voluntad de la acción antijurídica y de cesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota en el daño social del hecho, sino que constituye una ejecución defectuosa socialmente relevante del hombre, un concepto donde se mezcla la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

La imprudencia, por otro lado, forma parte del tipo del injusto a la vez que se constituye como un elemento de culpabilidad en cuanto a la reprochabilidad personal de la

falta de cuidado. Así los delitos dolosos y culposos o imprudencial no sólo son distintos en cuanto formas de culpabilidad, sino en el tipo de injusto.

El concepto del delito del finalismo se completó con la nueva teoría de los delitos de omisión debida a Armin Kaufmann que los concibe como tercera forma general de aparición del hecho punible, junto a los delitos dolosos e imprudenciales de comisión.

El delito de omisión constituye una forma especial de hecho punible por no estar abarcado por el concepto final de la acción y cuya comprensión exige en todos sus aspectos la inversión de los principios sistemáticos desarrollados para el delito de comisión.

Es sólo un sector de la doctrina alemana del finalismo quien ha aceptado este sistema contándose entre ellos a Maurach Festschrift, y fuera de Alemania el concepto final de la acción ha sido rechazado en forma mayoritaria. Sin embargo Jaschek indica que ha de contarse con los principios sistemáticoos que sirven de base al concepto de delito del finalismo, pues resultan corrientes aún con independencia de la teoría final de la acción. Con esta disección apunta casi todos los nuevos tratados y comentarios.

Dos nuevos aspectos de la estructura de la Teoría del delito se encuentran en: a) Schmidhauser con una sistemática teleológica de los elementos del hecho punible que parte de la conexión, pena, con amplio ámbito de libertad mediante la distinción de tipo literal y tipo de interpretación; y b) Roxín cuya sistemática consiste en que los elementos del delito han de hacerse corresponder a las finalidades político criminales; según lo cual, el tipo responde al motivo de la certeza de la ley, en las causas de justificación se persigue la solución de conflictos según un número ilimitados de principios ordenadores materiales; y la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena.

A la luz de la dogmática jurídico-penal y basados en los elementos del cuadro de los caracteres del delito en su aspecto positivo y negativo que proporciona Juménez de Asúa (26), aún cuando sólo en relación al delito de Infanticidio, procederemos al desarrollo de los siguientes puntos.

He aquí el cuadro de referencia del maestro Jiménez de Asúa invocando con antelación.

ASPECTO POSITIVO

ASPECTO NEGATIVO

- | | |
|------------------------------------|--|
| a).- Actividad (conducta o hecho) | a) falta de acción
(ausencia de conducta) |
|------------------------------------|--|

- | | |
|-------------------------------|----------------------------------|
| b),- Tipicidad | b) Atipicidad (ausencia de tipo) |
| c).- Antijuridicidad | c) Causas de Justificación |
| d).- Imputabilidad | d) Causas de inimputabilidad. |
| e).- Culpabilidad | e) Causas de inculpabilidad. |
| f).- Condicionalidad objetiva | f) Falta de Condición objetiva. |
| g).- Punibilidad | g) Excusas absolutorias. |

CAPITULO III
CLASIFICACION DE LOS DELITOS

3.1. CLASIFICACION DE LOS DELITOS

- 3.1.1. EN FUNCION A SU GRAVEDAD
- 3.1.2. SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE
- 3.1.3. POR EL RESULTADO
- 3.1.4. POR EL DAÑO QUE CAUSA
- 3.1.5. POR SU DURACION.
- 3.1.6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.
- 3.1.7. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.
- 3.1.8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.
- 3.1.9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.
- 3.1.10. POR LA FORMA DE SU EJECUCION.
- 3.1.11. EN FUNCION A LA MATERIA.
- 3.1.12. CLASIFICACION LEGAL.

3.1 CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Trataremos éste tema apegándonos al pensamiento de Fernando Castellanos Tena (27), éste autor clasifica a los delitos en categorías distintas, que a continuación descubriremos:

3.1.1.- EN FUNCION A SU GRAVEDAD.

Señala éste autor que los delitos en función a su gravedad son: los llamados crímenes, a los cuales describe como los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; en tanto que a los delitos los enuncia como aquéllas conductas contrarias a los Derechos nacidos del Contrato Social y a las faltas o contravenciones, como las infracciones a los Reglamentos de Política y buen Gobierno.

De la división tripartida ya mencionada, por nuestra parte, consideramos que el delito de Infanticidio encuadra dentro de los llamados "Crímenes", en virtud de que se consuma al privar de la vida al niño dentro de las 72 horas de su nacimiento por alguno de sus ascendientes consanguíneos o su madre.

3.1.2.-SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

27.- Castellanos Tena Fernando; Lineamientos elementales de Derecho Penal Et. Rozúa; pp. 135 a 146.

O como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad, se clasifican en delitos de Acción, a los cuales define el autor en mención, como aquéllos que se realizan mediante un comportamiento positivo, violándose una Ley prohibitiva,

Eusebio Gómez, define a estos delitos como aquéllos en las cuales las condiciones de donde se deriva su resultado, reconoce como causa determinante un hecho positivo del sujeto. (28)

Porte Petit, define a estos delitos por su parte, como aquéllos en que la actividad o el hacer voluntario, están dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Dando lugar a un tipo de prohibición. (29)

El delito de Infanticidio encuadra dentro de los delitos de Acción de Comisión por omisión.

Dentro de ésta misma división encontramos a los llamados delitos de Omisión, a los cuales define nuestro autor como la abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la Ley.

Eusebio Gómez, considera que en este tipo de delitos, las

28.- Gómez Eusebio; Tratado de Derecho Penal, T.I. Pág. 416.

29.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Pág. 300

condiciones de que deriva el resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observación por parte del sujeto de un precepto obligatorio, violándose una Ley dispositiva. (30)

Porte Petit, define a estos delitos como el no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mantenimiento " o " imposición". (31)

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de omisión simple, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, son sancionados por la omisión misma.

En los delitos de Comisión por omisión, son aquéllos en los que el agente decide no actuar y por inacción se produce el resultado material.

Porte Petit, define éste tipo de delitos como el resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario

30.- Cp. Cit. página anterior.

31.- Cp. Cit.

(culpa), violando una forma preceptiva y una prohibitiva. (32)

En los delitos de omisión simple, hay una violación Jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los delitos de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringe una ley dispositiva y una prohibitiva.

3.1.3.- POR EL RESULTADO

Se clasifican: Formales y materiales, así tenemos que en los primeros, son aquéllos en los que se agota el tipo penal con el movimiento corporal o en la omisión del agente, sin ser necesaria la producción de un resultado externo.

Al respecto manifiesta Porte Petit: "Son delitos de simple o pura conducta, aquéllos ,que se consuman con la realización de la conducta." (33)

Los delitos materiales son aquéllos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material. Es decir aquéllos que producen al consumarse un cambio en el mundo exterior.

El delito de Infanticidio lo podemos clasificar dentro de

32.- Op. Cit. página anterior.

33.- Op. Cit. en páginas anteriores.

los delitos materiales. "Al consistir este delito en la privación de la vida, es de caracter material, "por cuanto hay perfecta coincidencia entre el resultado jurídico (anulación del derecho a la vida) y el resultado material (muerte)."(34)

3..1.4.- POR EL DAÑO QUE CAUSA LOS DELITOS SE CLASIFICAN EN:

a).-DE LESION

b).-DE PELIGRO

Llamamos delito de lesión, a los que causan un daño directo y efectivo en interes jurídicamente protegidos por la norma que se infringe.

Los delitos de peligro son aquéllos que no causan un daño directo a tales intereses, pero lo ponen en peligro.

Denominamos peligro a la situación en que se colocan los bienes jurídicos, del cual deriva la posibilidad de causación de un daño. Encuadramos el delito de Infanticidio dentro de los primeros.

3.1.5.- POR SU DURACION.

Por su duración los delitos se clasifican en: Instantáneos, instantáneos con efecto permanente, continuos y permanentes.

34.- Parte Retit Celestino, Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal; pág. 11.

Llamamos delito instantáneo al que se caracteriza por la acción que lo consume, se perfecciona en un sólo momento, es decir, el evento consumativo típico se produce en un sólo instante. El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se entiende a la unidad de la acción, si con ella se consume el delito, no importando que, a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley de la nota al delito instantáneo.

Al respecto Forte Petit, nos dice que el delito instantáneo es aquél en que tan pronto se produce la consumación se agota.

Bettioli, sostiene que el carácter instantáneo del delito no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo, sino por la de la consumación (35). observando a continuación que lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión del bien jurídico pueda perdurar en el tiempo.

La H. Suprema Corte de Justicia, señala que son delitos instantáneos aquéllos cuya duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, porque consisten en actos que en cuanto son ejecutados, cesan por sí mismos sin poder prolongarse. (36)

35.- Diritto Penale, p. 348 Palermo, 1945, señalado por Forte Petit en la pág. 380 de su obra 36.-Op. Cit.

El delito de Infanticidio lo podemos clasificar dentro de los delitos Instantáneos.

Delitos Instantáneos con efectos permanentes, son aquéllos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

Por delito instantáneo con efecto permanente debemos entender aquél en que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos. (37)

En el delito continuado se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuo en la conciencia y discontinuo en la ejecución.

Según Alimena, en el delito continuado "Las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola". (38)

Mientras para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley. (39)

DELITO PERMANENTE:

37.- Enciclopedia Rossina, Vol. V. pág. 404.

38.- Derecho Penal Argentino, T.I. pág. 275.

39.-Op. Cit.

Sebastián Soler menciona lo siguiente: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del Derecho en cada uno de sus momentos".(40)

Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración puede imputarse como consumación. Permanece no en el mero efecto del delito, sino en el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instáneos de efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la Libertad. (41)

Para nosotros es de especial interés subrayar que el delito permanente, requiere esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creando en su conducta. (42)

3.1.6.- Por el elemento interno o culpabilidad, los delitos se clasifican en: Dolosos, culposos y preterintencionales.

40.- Op. Cit.

41.- Op. Cit.

42.- Castellanos Tena Remando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ed. porrúa p. 140.

Llamamos delitos dolosos cuando se dirige la voluntad conciente a la realización del hecho típico y antijurídico. (43)

El delito de Infanticidio es delito doloso, nunca puede ser culposo ni preterintencional, aunque si admite la tentativa.

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas nos refiere que "el dolo específico del delito conciste que la voluntad y conciencia del agente de privar al infante recién nacido, del que el propio agente sabe es ascendiente consanguíneo en línea recta para ocultar la deshonra. Si faltare este dolo se tratará de un homicidio simple" (44)

Por su parte Porte Petit nos refiere: "En el infanticidio sin móviles de honor existe un doble dolo: en primer lugar, querer privar de la vida y segundo, precisamente al descendiente. (45)

Así mismo Porte Petit también nos refiere que: "En el infanticidio honoris causa, se requiere la existencia del dolo genérico: querer privar de la vida, y, además, es necesario un doble dolo específico, al requerir el tipo "una determinada dirección subjetiva de la voluntad": querer matar al descendiente (niño) y "la existencia de motivos

43.- Op. Cit. pág. anterior.

44.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl Código Penal Anotado, pág. 801.

45.- Porte Petit Celestino, Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal; pág. 451.

particulares": por móviles de honor. En otros términos, este delito exige un dolo genérico y doble dolo específico." (46)

Los delitos culposos, son aquéllos en que los que no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso de el manejador de un vehículo que, con manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a una persona.

Con respecto a este tipo de delitos el Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en su artículo 9o párrafo segundo, nos proporciona una definición de estos delitos al mencionar "Obra imprudencial el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

El delito preterintencional se da cuando el resultado sobrepasa a la intención; si el agente, proponiéndose a otro sujeto, lo hace caer debido al empleo de la violencia y se produce la muerte; solo hubo dolo respecto a los golpes, pero no se quiso el resultado letal.

Este delito también nos lo define el artículo 9o. párrafo

46.- Op. última cita.

tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal al señalar "Obras preterintencionalmente en que cause el resultado típico mayor al requerido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

3.1.7.- DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS:

Los llamados delitos simples son aquéllos en los cuales la lesión jurídica es la única, como el homicidio.

En tanto que en los delitos complejos son aquéllos en los cuales la figura consta de la unificación de dos infracciones cuya función dá nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

Resulta importante no confundir el delito complejo con el concurso de delitos. Ya que el delito complejo la misma ley crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio en el concurso las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero en un mismo sujeto quien las ejecuta.

A manera de ejemplo citemos el delito de Robo en el cual puede revestir las dos formas, es decir, se puede considerar como delito simple, cuando se da el apoderamiento de bienes

muebles ajenos, sin derecho y sin consentimiento de la persona autorizada para disponer de los mismos con arreglo a la ley; pero el Código Penal vigente para el Distrito Federal erige el artículo 381 bis, una calificativa (agravando la penalidad del robo simple) para el robo cometido en casa-habitación; formandose así un tipo circunstanciado que subsume el robo y el allanamiento de morada, delito que posee en vida independiente; más si el ilícito primordial de referencia se realiza en lugares habitados o destinados para casa-habitación, no es viable aplicar las penas del allanamiento de morada, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja.

Para nuestro concepto el ilícito de infanticidio que se viene estudiando, lo encuadraremos dentro de los delitos simples, ya que al respecto en cuanto a la calidad del agente activo, viene a ser un elemento del tipo y no una calificativa como parecería ser.

3.1.8.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES:

Este tipo de delito se refiere de manera primordial a los actos en que son realizados en los ilícitos, por lo tanto diremos al respecto que los delitos Unisubsistentes son aquéllos que se forman de un sólo acto, ésto quiere decir que para realizar un delito bastará ejecutar un solo acto, en

tanto que los segundos constan de varios actos.

Expresa Soler que en el delito Plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituyen, a su vez, un delito autónomo -sigue diciendo-, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina, es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad. El delito Plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de fusión de dos hechos en sí mismo delictivos. El delito plurisubsistente en fusión de actos; en tanto que el complejo es fusión de figuras delictivas. (47)

Es conveniente señalar que el delito de infanticidio puede ser Unisubsistente o Plurisubsistente dependiendo del caso concreto.

3.1.9.- DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS:

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujeto que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. Así tenemos que los primeros son cometidos por un sólo

47.-Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 142.

sujeto, en tanto que en los segundos se requiere la participación de dos sujetos más.

El delito de infanticidio lo podemos clasificar dentro de los delitos unisubjetivos.

3.1.10.- POR LA FORMA DE SU EJECUCION.

Estos delitos son los llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida. Manuel Rivera Silva opina que no debe existir delitos perseguibles, según el criterio de los ofendidos. (48)

La razón por la cual se mantiene en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que en ocasiones, la persecución de oficio acarrea a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos perseguibles de oficio son todos aquéllos en que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. No surtiendo

ningún efecto el perdón en éste tipo de delitos.

El delito de infanticidio se clasifica en los delitos de oficio.

3.1.11.- EN FUNCION A LA MATERIA LOS DELITOS LOS CLASIFICAMOS EN :

Comunes.- Son aquéllos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales.

Federales.- Son delitos que se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, siendo que el mismo Congreso de la Unión Legisla en materia común por carecer el Distrito Federal de Poder Legislativo propio.

Llámense delitos oficiales a aquellos que comete un servidor Público en el ejercicio de sus funciones o motivo de ellas.

Delitos de orden Militar, son aquéllos delitos que afectan la disciplina del ejército. Aclarando que si un militar comete un delito fuera de sus labores cotidianas y en contra de un particular será Juzgado por las Leyes Civiles.

Los delitos Políticos, generalmente en esta clase de

delitos se incluyen aquéllos hechos que lesionan la organización del Estado o alguno de sus órganos.

Clasificaremos el delito de infanticidio dentro de los ilícitos comunes, ya que el delito de infanticidio se encuentra tipificado por el Código Penal del Fuero Común.

3.1.12.- CLASIFICACION LEGAL.

El Código Penal en vigor para el Distrito Federal hace una distinción entre un número de veintidos delitos, clasificaremos primordialmente atendiendo al bien jurídico tutelado. El delito de infanticidio lo encuadramos dentro de los llamados delitos contra la vida.

CAPITULO IV

LA TEORIA DEL DELITO Y EL DELITO DE INFANTICIDIO.

4.1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

- a).- LA CONDUCTA
- b).- LA AUSENCIA DE LA CONDUCTA

4.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

- a).- TIPICIDAD
- b).- ELEMENTOS DEL TIPO
- c).- ATIPICIDAD.
- d).- CAUSAS DE ATIPICIDAD.

4.3. LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

- a).- ANTIJURIDICIDAD.
- b).- CAUSAS DE JUSTIFICACION O LICITUD.

4.4. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

- a).- IMPUTABILIDAD.
- b).- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

4.5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

- a).- CULPABILIDAD
- b).- LA INCULPABILIDAD.

4.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

- a).- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
- b).- AUSENCIA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

4.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

- a).- PUNIBILIDAD.
- b).- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

4.1.- LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

A).- CONDUCTA.- La debida ordenación metodológica del delito de Infanticidio que nos hemos propuesto estudiar, exige la definición de conducta como primer elemento del delito.

La conducta constituye el elemento objetivo del delito, por exteriorizarse a través de un cambio en el mundo exterior. Es por ello que en el campo del Derecho Penal se identifica el Término "hecho" con el delito mismo.

Francisco Pavón Vasconcelos, destaca la diferencia esencial "entre hecho" considerando como delito y el propio hecho como elemento objetivo del delito". (49) Antolisei al expresar que el delito no es un hecho realizable en el mundo exterior, afirma que "en el delito por consiguiente existe indefectiblemente un elemento material o físico (objetivo) sin el cual por lo menos en la fase actual de la evolución del Derecho, aquél no es conseqüente". (50)

Sin embargo, distinguido el hecho genéricamente entendido como delito y hecho específicamente determinado como elemento del delito; procede señalar que la doctrina no es acorde terminológicamente al denominar al hecho como elemento objetivo consustancial al delito. Pavón Vasconcelos,

49.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 156.

50.- Antolisei Francisco, La Acción y el Resultado en el Delito; pág. 9.

enseña que la palabra acción," término genérico comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión; es usada entre otros por Cuello Calón, Antolisei y Maggiore" (51). Consultando directamente a uno de los dichos autores manifiesta: "La expresión acción en amplio sentido comprende: a) La conducta activa, el hecer positivo, la acción en sentido estricto; b) La conducta pasiva, la omisión". (52)

El propio Pavón Vasconcelos, indica que la denominación "hecho" tiene preferencia en el léxico de León Cavallo, Julio Klein y Franco Guzmán. Jiménez de Asúa prefiere la expresión "acto", por considerar que el término "hecho" resulta "demasiado genérico". (53) Es conveniente desde ahora precisar que Jiménez de Asúa define al "acto" como "la manifestación de la voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se guarda". (54) El propio autor al señalar los elementos del acto indica que son tres: a) manifestación de voluntad; b) resultado y c) nexa causal entre aquéllas y éste".

Continúa enseñando Pavón Vasconcelos, que el término conducta es adoptado por Castellanos Tena y Jiménez Huerta, afirmando éste último su referencia "no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con

51.- Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano; pp. 182 a 184.

52.- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Parte General I; p. 345.

53.- Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 183.

54.- Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, III, pp. 331 a 334.

el mundo exterior por reflejarse también el sentido finalista, que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado". (55)

Pavón Vasconcelos, citando a Porte Petit, indica que éste prefiere hablar de conducta o hecho afirmando que "no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material. Nadie puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano." Términa Pavón Vasconcelos considerando acertada la opinión de Porte Petit cuando hace valer que los términos adecuados "son conducta cuando el tipo no requiere sino de una mera actividad del sujeto y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta, sino además, un resultado de carácter material que es consecuencia de aquélla". (56)

En base a lo anterior, al definir la conducta como elemento del hecho genéricamente atendido, advertimos que la conducta consiste en un comportamiento traducido exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria.

En síntesis acción u omisión. Actividad o movimiento corporal; inactividad o abstención, y ambas voluntarias por

55.- Jiménez Huerta, *Enciclopedia del Delito*; pp.7 y ss.

56.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Derecho Penal Mexicano*; pp. 183 y ss.

llevar inmerso en la actuación corporal y el factor psíquico de la conducta que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la acción esperada.

Por ello, son formas de conducta la acción y la omisión, subdividida ésta última en omisión simple por violación de una norma preceptiva y omisión impropia o comisión por omisión cuando con violación a una forma prohibitiva, como puede serlo omisión de un deber de cuidado que la ley impone infringiendo además un precepto reglamentario en el supuesto de un delito imprudencial con motivo de tránsito de vehículos, que impone la obligación de guiar con el debido cuidado infringiendo el artículo relativo a respetar las señales de circulación.

Por lo tanto y atendiendo al hecho como género en los delitos que con relación al tipo requieren un resultado material puede definirse como acción u omisión que mediante un nexo de causalidad da lugar a un resultado; sin que esta definición comprenda a la conducta como género cuando por sí misma integra el elemento del delito o nexo causal.

Todos los seres vivos racionales del mundo circundante hallanse -indica Jiménez Huerta- comprendidos en el concepto del sujeto activo a que hacen referencia los tipos penales. la premisa anterior sufre empero una derogación cuando el

tipo exige, de manera especial, una determinada cualidad o condición en el sujeto activo del tipo al círculo de personas en quienes concurre la mencionada condición o circunstancia personal, hasta el extremo de que la persona desposeída de tal cualidad no puede ser sujeto activo primario (autor del delito). Surgen así- añade Jiménez Huerta- los llamados delitos propios o especiales, conocidos también con el nombre de delitos particulares o exclusivos, que solo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas, en contraposición a los delitos comunes, los cuales pueden ser realizados por cualquier persona. (57)

Otras personas diversas a las investidas de la especial cualidad subjetiva, no puede ser sino sólo partícipes en términos del artículo 13 del Código Penal en el delito a comento.

Conducta.- Consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario.

Fernando Castellanos al respecto nos dice que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a la realización de un propósito.

Dentro del término conducta queda comprendida la acción (hacer) y la omisión (no hacer). Por tanto la conducta puede

asumir dos formas diversas: Una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también positiva); en el segundo; la omisión (llamada igualmente acción negativa).

La acción como forma de conducta, constituye una de las especies del género: conducta.

Concepto.- La acción consiste en la actividad o el hacer voluntario. dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico, originando así un tipo de prohibición. (58)

Fernando castellanos, señala que la acción es todo un hecho humano voluntario. todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de notificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. (59)

Para Cuello Calón, la acción, es el movimiento voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que produzca. (60)

Una vez conceptualizada la acción, pasaremos a efectuar el estudio de sus elementos, tal y como los señala Porte Petit. (61)

58.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la parte General, p. 295.

59.- Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 152.

60.- Derecho Penal, T. I., pág. 271.

61.- Op. Cit. pág. anterior.

ELEMENTOS DE LA ACCION:

- a).- La voluntad o el querer.
- b).- La actividad, y
- c).- Deber jurídico de abstenerse.

- a).- La voluntad o el querer.

La voluntad como elemento subjetivo de la acción debe referirse a la voluntariedad inicial; querer la acción. Por tanto se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Es lógico que en el nexo que debe existir es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal.

Por ello se ha sostenido que para que exista la manifestación de voluntad propia de la acción, basta que el sujeto quiera su propia obra, aunque no quiera el resultado del mismo.

Del análisis de la voluntad como elemento de la acción debemos sostener la inexistencia de la acción sin la concurrencia de la voluntad; no hay acción sin voluntad o querer, encontrándose ante un aspecto negativo del elemento material del delito.

- b).- Actividad o movimiento corporal.

Este viene a constituir el elemento externo, es la

actividad o movimiento corporal, pero este elemento en si mismo, no constituye la acción, pues le hace falta el elemento voluntad. Y está aislada, igualmente no interesa al Derecho Penal, puesto que "el pensamiento no delinque". Se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, forma positiva de la conducta. Se ha dicho a éste respecto: "dados los elementos internos y el momento externo que son necesarios para la existencia de la acción, no pueden constituirla los actos puramente internos del sujeto, sea porque falta el momento externo de la ejecución, sea porque el Derecho Penal en general regula los hechos que se verifican en el mundo externo y el Derecho Penal, en especie, prohibiendo aquéllos que constituyen delitos, no pueden referirse sino sólo a los hechos que se realizan en el mundo exterior, dado que las intenciones no son penalmente perseguibles. (62)

c).- Deber jurídico de abstenerse, de no obrar.

Así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción existe un deber jurídico de abstenerse de no obrar.

La omisión es otra de las formas o especies de la conducta.

Concepto.- Este consiste en el no hacer, voluntario o

involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, "dando lugar a un tipo de imposición". (63)

Castellanos Tena, define a la omisión, como un abstenerse de obrar; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. (64)

Cuello Calón, al respecto nos dice, que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. (65)

Para Sevastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un sólo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención. (66)

Como elementos de la omisión tenemos:

a).- La voluntad o no voluntad (culpa)

Esta consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa). En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en la acción, en su caso, un elemento psicológico; querer la inactividad. Advirtiéndose que la manifestación de la voluntad consiste en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado.

63.- Castellanos Tena Fernando; *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, pág. 83.

64.- Op. Cit. anterior.

65.- Ravón Vasconcelos Francisco, *Manual del Derecho Penal mexicano* pág. 187 y ss.

66.- Op. Cit. Anterior.

b).- INACTIVIDAD O NO HACER.

Como ya se ha mencionado la omisión consiste en la abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no haciendo lo que debe de hacerse, por lo que son las omisiones acciones negativas.

c).- DEBER JURIDICO DE OBRAR.

La esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida. Este no hacer que debía llevarse a cabo, indica que existe una "acción esperada", pero dicha acción debe tener una condición indispensable; que sea exigible. Ya que si el sujeto en cuestión no tenía el deber jurídico de obrar, no existe omisión que configure delito alguno.

d).- RESULTADO TIPICO

El resultado en la omisión simple es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consume el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

COMISION POR OMISION, OMISION IMPROPIA:

Concepto: Existe un delito de resultado material por omisión cuando se produce un resultado típico y material por

un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva y una normativa prohibitiva.

Tiene los mismos elementos de la omisión propia, ya que en esta omisión impropia, además de existir un mutamiento en el orden jurídico, también existe un resultado material.

Porte Petit nos manifiesta que el delito de Infanticidio puede ser: a) de acción, b) De comisión por omisión, o sea de resultado material por omisión. (67)

Jiménez Huerta considera que "el infanticidio puede cometerse tanto mediante una actividad corporal... como mediante una inercia o inacción...". (68)

Mendoza citado por Porte Petit, nos dice que "la muerte del recién nacido puede ejecutarse por comisión... o por omisión..." (69).

Porte Petit al hacer mención del hecho en el delito de Infanticidio nos refiere: " Este elemento material esta formado por la conducta, el resultado y la relación de causalidad y se traduce en la muerte de un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento". (70)

67.- Porte Petit Celestino, Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, pág. 388.

68.- Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana, Tomo II, pág. 163.

69.- Porte Petit Celestino, Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal pág. 388.

70.- Op. Cit. pág. 388.

Efectivamente debe el recién nacido morir dentro de las 72 horas de su nacimiento para que exista un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, ya que si fallece fuera de este término estaríamos hablando de un homicidio y no de un infanticidio, aunque se demostrara que la lesión que le ocasiono la muerte, fue cometida dentro de las 72 horas posteriores a su nacimiento.

Porte Petit así mismo nos refiere que el delito de infanticidio es un delito: Instantáneo, material y de daño. Se pueden presentar las hipótesis de la vis absoluta, vis mayori o movimiento reflejos y en otros casos, según el criterio que se sustente. Así mismo también nos refiere que es un delito unisubsistente y plurisubsistente. (71)

B).- AUSENCIAS DE CONDUCTA.

Como causas de ausencia de conducta, encontramos los movimientos reflejos, los movimientos fisiológicos, el sonambulismo, hipnotismo, la fuerza mayor, la vis compulsiva y la vis absoluta, siendo que éste involucra una actividad o inactividad, un movimiento corporal que realiza el sujeto, o una actividad voluntaria. De tal manera, que la fuerza física proveniente del hombre hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar. En consecuencia si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no

este caso el pueden construir una conducta por faltar uno de los elementos: la voluntad. Estimando que en este caso el hombre actúa como un instrumento del delito.

4.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

a).- TIPICIDAD.- Dice Celestino Porte Petit, que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo; es otro de los elementos del delito que se resuelve con la fórmula "nullum crimen sine tipicidad". (72)

Este apotegma está contemplado desde el siglo pasado en nuestra Constitución Liberal de 1857 en la que se consagra como garantía de seguridad jurídica; la estableció nuestra Constitución General, bajo el principio "nullum crimen sine lege"; lo cual evita la arbitrariedad del poder en el injusto reproche por la comisión de un hecho criminoso a un individuo.

En su famosa obra Esquema de Derecho Penal, Belling afirma que "la común práctica jurídico Penal había extendido de tal modo el poder Judicial, que el Juez podía castigar toda ilícitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. (73)

Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba; a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles. el Juez podía someterse a una pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica y podía imponer arbitrariamente

72.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal,
73.- Belling Von Ernest, Esquema de Derecho Penal, pág. 363.

una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal la Legislación, posteriormente estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilícitud culpable, fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos (asesinato, hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedarón como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente, que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró expresión un valioso pensamiento; el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

La protección jurídica del individuo, refórzose pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del Derecho consuetudinario y de la analogía. (74)

La posición de Beling en cuanto considera al tipo como razón esencial de la antijuridicidad y que siguen autores tan prestigiados como Sevastián Soler, Fontán Belestra, Jiménez de Asúa y Celestino Porte Petit, es, sin embargo contradecida por otros autores como Alexander Graf Zu Dohna, quien considera el tipo en funsión de la antijuridicidad

presentando así el tipo como elemento que particulariza formalmente la acción ilícita.

Nos parece interesante destacar los siguientes párrafos extraídos de Zu Dohna en relación a tal posición.

Primordialmente, todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena. no se puede lograr a determinar el concepto del delito, sin referirse a la característica "acción". Hasta que punto la afirmación de que el delito necesita ser ratificada, resultara de posteriores consideraciones.

Desde el punto de vista de la valorización del objeto, se presentara, como segunda característica general del delito, la antijuridicidad como tercera, la culpabilidad. Con ella llegamos al siguiente resultado sintético: Delito es acción antijurídica y culpable.

Esta frase no es valida a la inversa; no toda acción antijurídica y culpable es un delito. El legislador no vincula a todas las acciones con esas características el resultado de una pena. El estado hace uso de ese medio extremo de reacción, solamente en los casos en que cree no poder prescindir de él. Todas las tentativas de fijar un criterio conceptual, que permita diferenciar lo justo punible

de lo no punible, se deben considerar como fracasadas. El límite deberá ser fijado, únicamente, de acuerdo al objeto. Las leyes penales determinan cuáles acciones antijurídicas y culpables son punibles.

El hecho de que una acción sea subsumible en un tipo penal es, una peculiaridad formal, que puede ser y a sido elevado a una característica conceptual general. Nosotros hablamos desde entonces, de la adecuación típica de acciones punibles. En ese sentido, entonces, adecuación típica significa la peculiaridad de una acción, consistente en que presenta las características de un tipo particular del delito. Con ello hemos llegado a la última característica general del delito, al que podemos definir, como una acción adecuada a un tipo, antijurídico y culpable. (75)

Mezger al entrar al estudio del tipo jurídico penal, lo relaciona en orden a la antijuridicidad del hecho punible precisando que "es punible sólo el que actúa típicamente". Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto-sigue diciendo el autor "El concepto correspondiente ha sido desarrollado profundamente por Beling a los fines del derecho Penal, pero nosotros no podemos estar del todo de acuerdo con este autor." (76)

75.- Véase graf 21 de la Alexander, La Estructura de la Teoría del Delito, págs. 14 y 15.

76.- Mezger edundo Derecho Penal, estudio de la Parte general, pp. 143 y 144.

Según el actual estado de la teoría del delito, ha de partirse de que el tipo tiene cabida todos aquéllos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de prohibición) de una clase de delito. El tipo esta llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma Penal, los objetos de la acción relevante (sobre ambas cosas con mayor detalle), el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse. La acción que realiza el tipo de una ley Penal se denomina hecho antijurídico.

En mi concepto particular estimo que el tipo es la descripción de toda la materia de prohibición o de preceptuación de la norma.

TIPICIDAD.- (Desde mi punto de vista). Es la concretización de todos y cada uno de los elementos contenidos en el tipo Penal. Es el encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo penal.

El Código Penal en vigor para el Distrito Federal en su artículo 325 nos refiere: "Llamase Infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos ."

El mismo Código invocado en su artículo 327 nos refiere "...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 hubiera inscrito en el Registro Civil; y
- IV.- Que el infante no sea legítimo."

Estos dos artículos transcritos con antelación contienen los tipos que a continuación se analizarán.

Para Francisco González de la Vega, los elementos del infanticidio genérico (también llamado simple o sin móviles de honor), cuyo tipo Penal prevé el artículo 325 del Código Penal para el Distrito federal son:

"1.- Un hecho de muerte (homicidio). Privación de la vida del infante.

2.- dentro de las setenta y dos horas del nacimiento..."

3.- Ejecución por alguno de sus ascendientes consanguíneos..." (77)

Para Palacios Vargas los elementos constitutivos del tipo previsto por el artículo 325 del Código Penal son: "a) el hecho de muerte, que recaiga en un infante dentro de las

72 horas siguientes a su nacimiento, y b) la causación por alguno de los ascendientes." (78)

Porte Petit nos refiere que: "Los elementos del infanticidio Honoris causa, o del sin móviles de honor, son los mismos del homicidio, más:

- a).- Una relación de parentesco.
- b).- Un lapso.
- c).- Intención de matar al descendiente.
- d).- Un móvil de honor en el "honoris causa". (79)

ELEMENTOS DEL TIPO:

a).- Objeto Material.- En el delito de infanticidio, tanto con móviles de honor, como genérico el objeto material es el infante que es privado de la vida dentro de las 72 horas de su nacimiento. Coincidiendo en el delito de infanticidio el objeto material y el sujeto pasivo.

Porte Petit nos refiere: "El objeto material de este delito es el niño o infante, a quien se priva de la vida dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento." (80)

b).- Bien Jurídico Tutelado.- Desde el punto de vista genérico, sería la vida humana, específicamente sería la vida

78.- Palacios Vargas J. Ramón, Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, pág. 83.

79.- Celestino Porte Petit, Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la salud Personal.

80.- Op. Cit. anterior, pág. 389.

del infante.

Porte Petit nos refiere que: El bien jurídico es la vida del infante. (81)

c).- Sujeto Activo.- Es aquél que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice.

En los casos que nos ocupan los tipos exigen determinado sujeto activo, es decir , una calidad en dicho sujeto, originándose así los llamados delitos propios, especiales o exclusivos, es decir, son aquéllos que pueden ser cometidos por personas determinadas, en razón de sus propiedades jurídicas o naturales, restringiéndose así la posibilidad de ser autor del delito, e integrar el tipo, con relación a aquél que no tiene dicha calidad exigida; ahora bien la limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenezcan a dicho círculo, esto es los extraño no pueden ser en absoluto sujetos de delito, pues si bien no pueden ser los autores en el sentido estricto de la palabra, si pueden participar en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, (82) desprendiéndose de lo anterior, que la tipicidad sólo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad requerida por el tipo.

81.- op. Cit. Anterior, pág. 389.

82.- Forte Petit Celestino, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal,

Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas nos refieren que el sujeto activo, en el delito de infanticidio sin móviles de honor es: "Sujeto activo calificado: sólo puede serlo un ascendiente consanguíneo del infante, en línea recta..." (83).

Los mismos autores nos refieren, que en el infanticidio honoris causa, el sujeto activo es un: "Sujeto activo calificado: Sólo puede serlo la madre del pasivo del delito, que lo es el infante; y no ha de estar unida en matrimonio legítimo." (84)

Porte Petit nos refiere al respecto: En el infanticidio sin móviles de honor, sujeto activo es cualquier ascendiente, siendo, por consanguíneo, un delito propio especial o exclusivo. Y en cuanto al número de sujetos activos, es un delito monosubjetivo." (85)

En el infanticidio honoris causa,- nos explica Porte Petit- el único sujeto activo lo es la madre; en consecuencia, se trata de un delito exclusivo o particular; por lo que respecta al número de sujetos activos, es un delito monosubjetivo, individual o de sujeto único. (86)

Es menester hace mención que si la muerte del infante fuera causada por un extraño, estaríamos hablando de algún

83.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, pág. 801.

84.- Op. Cit. anterior, pág. 803

85.- Porte Petit Celestino, Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, pág. 289.

86.- Op. Cit. anterior, pág. 390.

otro tipo penal, pero no del infanticidio. Si participara un tercero con el ascendiente, nos sujetaríamos a las reglas establecidas en el artículo 13 del Código Penal.

d).- Sujeto pasivo del delito: Es el infante que tiene vida autónoma y no tributaria de la fisiología de la madre, para quedar reservada la muerte anterior, al título de aborto.

Nos refiere González de la vega: "Que el sujeto pasivo ha de ser un recién nacido. El fenómeno del nacimiento marca la línea divisoria entre la posibilidad de aborto (antes del nacimiento, durante la preñez) y el infanticidio (en el momento o después del nacimiento). En mi concepto un niño ha nacido cuando definitivamente o parcialmente es expulsado del seno materno, su fisiología es ya autónoma y no tributaria de la fisiología materna." (87)

El sujeto pasivo en este delito es el infante nos refiere Porte Petit- (descendiente) al cual se priva de la vida, tratándose, por tanto de un delito personal. (88)

e).- Referencias Temporales.- En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad. Por ello expresa Mezguer, que la ley aveces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos y por tanto, no caerá bajo el

87.- González de la Vega Francisco, El Código Penal Comentado. pág. 440.

88.- Qp. Cit. anterior página.

tipo de ejecución en tiempo distinto del que se señala en la Ley. (89)

El Código Penal en vigor para el distrito federal en su artículo 325 al referir llámese infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas a su nacimiento..." nos esta precisado una referencia Temporal para que se integre el tipo penal, ya que si se le privara la vida después de las 72 horas, se daría otro tipo penal.

Nos parece interesante destacar el siguiente párrafo extraído de Porte Petit en tal posición:

Es de considerarse, al establecer en el artículo 325 que la muerte del niño debe ser "dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento", que se esta incluyendo en el tipo una referencia temporal. (90)

f).- Medios.- En el delito de infanticidio, los medios pueden ser de distinta naturaleza, ya que el código penal no señala ninguno en forma especial.

g).- Elementos subjetivos.- Por cuanto hace al delito de infanticidio sin móviles de honor, el elemento subjetivo consiste en querer matar al descendiente.

89.- Tratado de derecho Penal, I. p. 369.

90.- Op. Cit. anterior página.

Por cuanto respecta al infanticidio honoris causa el elemento subjetivo consiste en los móviles de honor.

Este es el elemento en el cual me he basado para considerar que el tipo penal del delito de infanticidio por móviles de honor ya es obsoleto, ya que en nuestra actualidad y tomando en cuenta la idiosincrasia de la sociedad actual es inverosímil que una mujer manifieste que mato a su hijo para salvaguardar su honra. Es necesario entrar al análisis de las circunstancias que exige el artículo 327 del Código Penal:

- I.- Que no tenga mala fama.
- II.- Que haya ocultado su embarazo.
- III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto.
- IV.- Que el infante no sea legítimo.

I.- Mala fama -nos refiere Carrancá y Trujillo- se refiere la ley a la fama pública en lo conducente a la conducta sexual del activo..." (91)

II.- Que haya ocultado su embarazo: Este elemento tiene como móvil el de ocultar su deshonor. Pero no necesariamente este elemento psicológico motiva a la madre a ocultar su embarazo, ya que pueden ser otras motivaciones psicológicas tales como odio al que engendro al hijo, averción así misma

91.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, pág. 803.

y en consecuencia al fruto de su vientre; venganza a terceros y hasta por comodidad al no querer cargar con la responsabilidad que representaría el menor. Motivos que posteriormente determinarán a la madre privar de la vida al recién nacido.

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

El registro del recién nacido ante el Registro Civil, excluye la ocultación del nacimiento y del embarazo.

IV.- Que el infante no sea legítimo. Esto es que haya nacido fuera del matrimonio legal.

Es factible precisar que en el infanticidio por móviles de honor, el legislador trató de hacer un tipo privilegiado, para salvaguardar la honra de la madre, que en el tiempo que se instauró este tipo (1931), era necesario por las condiciones e idiosincrasia de la sociedad. Entendemos que en 1932 y aún a finales de los 60's, una madre que tenía un hijo fuera del matrimonio era materia de repudio por parte de la sociedad incluso por este motivo el sexo opuesto no contraía nupcias con está mujer, por lo cual era válido que la mujer por esta causa privara de la vida al infante, para poder salvaguardar su reputación y no fuera marginada de la

sociedad. En la actualidad es común que la mujer tenga hijos sin estar casada y no por este hecho queda marginada de la sociedad, e incluso a cambiado la idiosincrasia de los hombres y en la actualidad el que la mujer tenga un hijo, no es impedimento para que un hombre se case con ella, aunado a que existen anticonceptivos para prevenir el ambarazo, y que tanto mujeres como hombres se les esta preparando para que puedan tener relaciones antes del matrimonio (por medio de los medios masivos de comunicación, escuelas y padres). Por lo cual puedo afirmar que el motivo que lleva a la madre a privar de la vida al recién nacido dentro de las 72 horas en la actualidad es, el odio, tanto al padre del niño como a éste, evadir la responsabilidad de crianza y venganza personal.

Analisemos el supuesto de que en realidad, el motivo que tenga la madre para privar de la vida al infante es la causa de honor, ¿sería justo que se privara de la vida a un recién nacido por salvar el honor?, ¿dónde queda entonces el derecho a nacer y el derecho a la vida?, ¿no debemos suponer que el amor de una madre a su hijo es más fuerte que la deshonra?.

César Augusto Osorio y Nieto, haciendo una crítica a los tipos en estudio nos refiere: "Las razones que haya tenido el legislador para atenuar la pena en el caso de la muerte de un menor de setenta y dos horas en las condiciones en que ambos numerales lo señalan, no nos quedan claras, habida cuenta que un ser no ha cumplido las setenta y dos horas de vida' es totalmente incapaz de defenderse, razón por la cual el

sujeto activo no corre absolutamente ningún riesgo en la ejecución de su conducta delictiva. En opinión personal debiese ponderarse la validez ética y jurídica de los artículos relativos al infanticidio y tal vez no considerarlo como una privación de la vida con penalidad inferior a la del homicidio simple intencional, sino como una figura agravada."

(92)

	Normales	Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio)
Por su composición	Anormales	Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro).
Por su ordenación metodológica.	Fundamental ó básicos	Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio)
	Especiales	Se forman agregando otro requisito al tipo fundamental al cual subsumen (parricidio).
	Complementados	Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).
En función de su anatomía o independencia.	Autónomos o independientes	Tienen vida por sí (robo simple).
	Subordinados	Dependen de otro tipo (homicidio en riña).

Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos) v. gr. Adulterio, otras con la conjunción de todas (acumulativos; ej. vagancia y malvivencia.

Casuísticos

v.

Por su formulación

Amplios	Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.
De daño(o de lesión)	Protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, Fraude).
Por el daño que causan.	
De peligro	Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio).

Del cuadro anterior, extraído del pensamiento de Fernando Castellanos (93), advertimos que el delito de INFANTICIDIO, en orden a su composición, es anormal, ya que

93.- Castellanos Tena Ricardo, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. 170 a la 174.

incluye en la descripción típica elementos normativos, en virtud de que las frases utilizadas por el legislador tiene un significado tal, que requieren ser valoradas jurídicamente.

Se advierte en el tipo de infanticidio en mención, que en cuanto a su creación metodológica, se trata de un tipo especial privilegiado, ya que se forma agregando otro requisito al tipo fundamental (homicidio) al cual subsume.

Nos refiere Porte Petit; "En el infanticidio al igual que en el parricidio, estamos frente a un tipo especial, pero privilegiado, ya que se agrega al tipo fundamental homicidio, una circunstancia: relación de parentesco, que atenúa la penalidad". (94)

En cuanto a la autonomía es de observarse que el tipo de infanticidio es autónomo o independiente, ya que tiene vida propia sin depender de otro.

En cuanto a su formulación clasificamos al delito de infanticidio, como de formulación libre o amplia, ya que describe una hipótesis única que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

Por el daño que causa, el delito de infanticidio,

94.- Porte Petit Celestino, Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal, pág. 388.

encuadra en los llamados tipos de lesión, toda vez que en ellos se tutelan los bienes frente a su destrucción o disminución.

C).- ATIPICIDAD.

Balivé considera que hay atipicidad y, consiguientemente, carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea del tipo propiamente dicho. (95)

Para Jiménez de Asúa, ha de afirmarse que existe ausencia de atipicidad:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en Leyes penales especiales, y;
- b) Cuando la Ley Penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con características antijurídicas. (96)

Por nuestra parte consideramos que si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos la atipicidad existirá cuando no hay adecuación al mismo, es decir cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma,

pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo axija más de un elemento, puede adecuarse a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

D).- CAUSAS DE ATIPICIDAD.

Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, pues es indudable que según sea el que se tenga de aquél, la atipicidad abarcará un número determinado de causas que la originen, las que aumentarán en razón del contenido que se le dé al propio tipo.

Hemos dicho que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la tipicidad, o no conformidad a los elementos del tipo.

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- 1) Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- 2) Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida por el tipo.
- 3.- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.

- 4) Ausencia de objeto jurídico.
- 5) Ausencia de objeto material.
 - a) de referencias temporales.
 - b) de referencias especiales.
 - c) de referencias de otro hecho punible.
- 6) Ausencia de las modalidades de la conducta:
 - d) De referencias de otra índole.
 - e) De los medios empleados.
- 7) Ausencia del elemento normativo y;
- 8) Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Es obligado conocer cuales son las consecuencias que se producen cuando existe una Atipicidad. A este respecto señalaremos tres hipótesis:

- a) No integración del tipo.
- b) Translación de un tipo a otro (variación del tipo).
- c) Existencia de un delito imposible.

Para el maestro Porte Petit, en el infanticidio sin móviles de honor, pueden presentarse estas atipicidades:

- a) Por falta de relación de parentesco.
- b) Por falta de calidad del sujeto activo exigido por el tipo.
- c) Por falta de la calidad del sujeto pasivo exigido por el tipo.
- c) por falta de objeto jurídico.
- e) Por falta de objeto material.

- f) Por falta de referencias temporales.
- g) Por falta del dolo específico de "una determinada dirección subjetiva de la voluntad".

Y para el mismo autor citado, cuando se trate de infanticidio "honoris causa", la falta de conformidad al tipo puede darse:

- a) Por falta de la relación de parentesco.
- b) Por falta de calidad en el sujeto activo.
- c) Por falta de calidad en el sujeto pasivo.
- d) Por falta de objeto jurídico.
- e) Por falta de objeto material.
- f) Por falta de referencia temporales.
- g) Por falta del dolo específico, o sea, por ausencia de motivos determinantes. (97)

4.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

A).- ANTIJURIDICIDAD.- En el campo de la objetividad y después de proceder a clasificar las leyes en dos grandes órdenes, físicas y culturales, Raúl Carrancá y Trujillo, precisa, que entendemos por antijuridicidad "la oposición a las normas de cultura reconocida por el estado", y en que enseña que por normas culturales debemos entender, aquéllas que "expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspira tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; con reglas de conducta humana; con reglas de conducta denominadas normas, para diferenciarlas de las leyes físicas, agraga que su finalidad específica, es, "la comunidad de hombres libres", y son obligatorias por exigencias de la vida en la sociedad humana".

El propio maestro explica, "entendido el delito como desvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la Ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el artículo del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; ni órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o de lado o por encima del precepto está la norma de cultura de que el precepto se nutre o se vivifica.

La norma "no matarás" del Decálogo, se haya subsumida en

el artículo 302 del Código Penal de 1931 del Distrito Federal: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". Este precepto ni ordena ni prohíbe; la conducta humana causal de un homicidio no lo infringe; lo que infringe o viola, es la norma cultural inmersa en el precepto "el no mataras". La norma, como raíz del árbol, no se ve, pero sin ella no existiría el precepto, como sin la raíz el árbol".(98)

Don Luis Jiménez de Asúa, al prolongar la obra de Ricardo Franco Guzmán "la subjetividad en la ilicitud", felicita a éste por propugnar "la urgencia de no confundir lo antijurídico y lo culpable, afirmando la naturaleza objetiva de la antijuridicidad." (99)

Franco Guzmán en dicha obra precisa la contra partida de la tesis objetiva de la antijuridicidad llevada a extremos, a nuestro juicio inadmisibles, de la teoría finalista en la que Wezel termina por concluir del plano de la culpabilidad, las causas de no exigibilidad (estado de la fuerza física y moral, el mandato de actuación antijurídica). para incrustarlos en el cuadro de los motivos exclusión de la antijuridicidad, lo que le reprocha como un retroceso de la Dogmática penal Maurach, para quien en cambio, verdadero y propio elementos de la culpabilidad sería la imputabilidad, ya tales afirmaciones se llega con esta teoría!. (100)

98.- Carranza Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, T.I.

99.- Franco Guzmán Ricardo, La Subjetividad en la Ilícitud, p. 9.

100.- *Ibidem*.

El finalismo de la acción postula que la conducta del delito es ilícita no porque ha realizado la situación que reprueba el Derecho, sino porque es la actuación reprochable de una voluntad dirigida a causar tal situación: de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalentemente en su propio desvalor. Y el dolo, considerado como parte integrante de la acción, también es calificado como un elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se presenta en todos los delitos dolosos, de esta manera el dolo es separado de la culpabilidad, al que se asigna las más variadas funciones: como factor que plasma el aspecto objetivo de la acción, el dolo es, en el estudio de la realización de la voluntad EL OBJETO ESENCIAL DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad se vuelve objetivo de culpabilidad. En la acción culposa "a pesar de que la acción no sea finalista, sino causal ciega, se sostiene que en el hecho puede ser evitable en forma finalista por consiguiente, estos autores del finalismo, afirmar que en la acción culposa no se está frente a una acción causal-ciega, sino frente a una verdadera acción". "Como es notorio agrega Franco Guzmán, estos conceptos de dolo y culpa, adquieren un contenido completamente distinto al asignarles la postula finalista. Funciones tan diversas de las que la teoría tradicional les ha reconocido permanentemente". (101). Comentario este, que

101.- Franco Guzmán Ricardo, La Subjetividad en la Ilícitud, pp. 86 y 87.

desde luego nuestro por ser acorde con las notas de maestros tan prestigiados como Don Raúl Carrancá y Trujillo, Don Celestino Porte Petit, Pavón Vasconcelos, Jiménez Huerta y Castellanos Tena, entre otros, o para sólo citar uno de ellos extranjero, Don Luis Jiménez de Asúa.

Ricardo Franco Guzmán distingue y agrupa las teorías en torno a la antijuridicidad de la siguiente manera:

1) De Von Ferneck, Merkel, Graf Zu Dohna y Petrocelli, entre otros desprende la teoría que los distingue como aquéllos que consideran la antijuridicidad íntimamente ligada a la culpabilidad y afirma que no hay ilicitud, de una acción, sino en el caso en que se encontraría al deber de no violar las normas.

2) De Ernesto Von Beling, Mayer y Goldschmidt, entre otros siguen la teoría que de manera tajante y radical separa la antijuridicidad y la culpabilidad.

3).- De Crispigni, Rocco, Messina, Moro, Valleta y Nurullab Kunter se concluye la tesis de que es la antijuridicidad la esencia del delito, pero que admite "un aspecto o momento subjetivo diverso del objetivo en la ilicitud", (102) lo cual denomina el singular tesitura

Franco Guzmán como elemento subjetivos en la ilicitud.

4) La posición de la teoría finalista con Wezel y Maurach, entre otros, que "disolviendo toda unidad y ligado irracionalmente los dos conceptos, extrae el dolo de la culpabilidad para colocarlo en la acción antijurídica". (103)

Es justo señalar, que Franco Guzmán al inclinarse por el criterio abjetivo en la ilicitud, define su posición de la siguiente manera: "los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito. Ya sobre estas bases puede admitirse que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud". (104)

Háblese también de antijuridicidad general o de antijuridicidad penal cuestionándose si "solamente en el campo jurídico puede hablarse de una antijuridicidad general o bien de una penal, civil o de la correspondiente a cualquier ordenamiento jurídico". De la fuente de Petrocelli quien sostiene -enseña Porte Petit- que "no es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino sólo de una antijuridicidad penal, o civil, o administrativa, etc".

103.- *Ibidem.*

104.- *Ibidem*, p.33.

Concluye el autor en consulta, que "en verdad no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación de un precepto legal, o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una manera determinada..." (105).

La antijuridicidad nos refiere Porte Petit, en el infanticidio es: "El hecho: privación de la vida del infante, será antijurídico cuando, siendo típico, no esté protegido por alguna causa de ilicitud". (106)

B).- CAUSAS DE JUSTIFICACION O DE LICITUD.- Son causas de justificación -expresa Jiménez de Asúa- las que concluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. (107)

Esto es, dichas causas conforman el elemento negativo de la Juridicidad impidiendo con ello la integración del delito.

Es unánime que el interés preponderante ante la existencia de otros interesés de menor rango y alcance y el consentimiento del interesado fundamentan las causas de justificación.

El Código penal contiene como causas de justificación la

105.- Porte Petit Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, pp. 380 y 381.

106.- Porte Petit Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la Vida y la Salud Personal, p. 391.

107.- Jiménez de Asúa Luis, la Ley y el delito, p. 284.

legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignado en la ley y en el impedimento legítimo.

Carrara al abordar la legítima defensa (a la que en nuestro Código Penal para el Distrito Federal se refiere la fracción III del artículo 15), enseña que "la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar". Es entonces, que la función de castigar cesa en la Sociedad, cuando la defensa es privada puede ser eficaz y la pública es importante. Ello es así porque el Estado impotente, debe admitir la defensa particular como "una defensa pública subsidiaria". (108)

El Derecho Penal moderno -dice Pavón Vasconcelos- reconoce la impunidad de quien obra en legítima defensa de bienes jurídicos, pues a pesar del daño causado, su proceder se justifica en atención a la existencia de la agresión injusta, con lo cual se impide la integración de la antijuridicidad del hecho. Frente al interés particular del injusto agresor, tiene mayor importancia ante la ley, el interés de quien lo defiende la conservación del orden y la primacía del derecho tutelado. (109)

En cuanto al estado de necesidad legislado en la

108.- Carrara Francisco, Programa de Derecho Criminal; p. 291.

109.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 320.

fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, el propio Pavón Vasconcelos, resumiendo la teoría Alemana de su justificación expresa, que los juristas germanos "han acudido al principio de la valuación de los bienes jurídicos, como razón de la exclusión de la antijuridicidad en el estado de necesidad, precisando el ámbito de éste, como causa justificante, cuando el bien jurídico lesionado es de menor valor al salvado". (110)

El cumplimiento de un deber está previsto en la fracción V del artículo 15 del Código Penal. En la Ley se encuentra la raíz y explicación del cumplimiento de un deber. Don Raúl Carrancá y Trujillo se encarga de prescribirnos "no actúa antijurídicamente el que por razón de su situación oficial o del servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o facultad ordenada o señalada por la ley". (111)

Tal afirmación la completa años más tarde Pavón Vasconcelos, quien termina por precisar sobre la excluyente a comento, que "aunque los deberes en común, son impuestos por la Ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, también excepcionalmente corresponde al particular su cumplimiento: el artículo 400 fracción V del Código Penal, señala la aplicación de tres meses a tres años de prisión y

110.- *Ibidem*; p. 330.

111.- Carrancá y Trujillo Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, T.II; p. 100.

de quince a sesenta días multa, al que no procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables." (112)

Por lo demás el cumplimiento de un deber y de conformidad igualmente con la ley, puede emanar de una orden de autoridad (que naturalmente exige licitud en su ejecución).

En el artículo 15 fracción V del Código Penal en cita, se encuentra previsto como excluyente de responsabilidad Penal el ejercicio de un derecho, el cual como el cumplimiento de un deber tiene su fuente en la propia ley, que es la que la origina.

Cabe hacer mención sobre el ejercicio de un derecho los especiales casos, también de homicidio o lesiones, que suceden en los deportes, sobre todo en aquéllos casos en que de manera eventual (concurriría en éstos, caso fortuito o mero accidente), como el fútbol o béisbol, sino como en la lucha o el box, los cuales tiene como finalidad de los practicantes agredir al adversario, pues dada la autorización del Estado para su práctica se encuentra justificado el ejercicio del derecho de lesionar al adversario, o bien los

112.- Revón Vasconcelos Francisco, Op. Cit.; pág. 342.

casos de lesiones u homicidios con motivo de operaciones quirúrgicas en las que con autorización del Estado, por reglamentación de la actividad médica, se utiliza manos e instrumentos en ejercicio del derecho de sanar enfermos, con los riesgos y exigencias respectivas.

El impedimento legítimo fundado en el artículo 15 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal, el cual no debe confundirse, en función del elemento insuperable de hecho, por provenir este de una fuerza física irresistible constitutiva de ausencia o de conducta (si bien ambas requieren de una conducta omisiva), encuentra su fundamento en el interés preponderante, ya que la actividad del sujeto al contra venir lo dispuesto en una ley, da lugar a estimar esta segunda norma de mayor valor o de valor preponderante en relación a la ley, que en principio ordena. Ejemplo: El matrimonio en el rapto que impide la persecución del responsable a la autoridad.

El artículo 15 fracción VII, prescribe que es circunstancial excluyente de responsabilidad Penal: "obedecer a un superior legítimo en el orden gerárquico aun cuando su madato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Se advierte de decho artículo que la hipótesis de

referencia en realidad supone el error de la gente por "la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la complementa". (113) En tales condiciones se trata en la excluyente de referencia, de una causa de inculpabilidad, aunque no de ilicitud, y a la que sólo por razones sistemáticas nos referiremos este apartado.

Las causas de licitud, como advertimos, constituyen el elemento normativo de la antijuridicidad y que por ello impiden la conformación del delito cuando se presentan, tienen como fundamento ante una coalición de intereses, la conservación del interés preponderante.

Advertimos también que las causas de justificación, no se agotan en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, esto es que existen causas de impenitividad de antijuridicidad consiguadas en la ley (al referirnos al hospedaje, tutela, patria potestad) o ni siquiera mencionadas en esta, pero que se resuelven con el conocimiento de las instituciones que conforman la dogmática del Derecho Penal, como sucede en los casos del consentimiento del interesado.

"No habrá en efecto -precisa Jiménez de Asúa- robo, violación, rapto, detención ilegal, etc., si la persona robada, raptada o secuestrada a consentido". (114) En estos casos "la ausencia del interés del titular hace permitida la

113.- Pavón Vasconcelos Francisco, Op. Cit. pp. 354 y 355.

114.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. IV; p. 596.

conducta, por permanecer en el ámbito de lo "no prohibido" constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad". (115)

En los delitos de infanticidio sin móviles de honor y de infanticidio con móviles de honor, no se presenta ninguna causa de licitud.

4.4 IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

a) IMPUTABILIDAD.-Castellanos Tena, define la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal". (116) Conceptualmente -define Vela Treviño- la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta. (117)

Negamos toda identidad de imputabilidad con culpabilidad o de entender la primera como elemento de esta, pues para los efectos de la imputabilidad, ésta es capacidad de autodeterminación, es Libertad para actuar conforme a su voluntad, entendiéndose por ella "la capacidad de autodeterminación conforme con el sentido". (118) Incluyendo aquéllas "acciones u omisiones en el que el sujeto ha estado en posibilidad de inhibir la expresión física de su cuerpo (actividad o inactividad), mediante la propia voluntad, prescindiendo del querer consiente". (119)

Sin embargo Maurach expresa que "la capacidad de autodeterminación merece la consideración de presupuesto de la imputabilidad, y por lo tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad". (120) Después este autor al

- 116.- Castellanos Tena Remando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 221.
 117.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad p. 18.
 118.- Ibidem; p. 17.
 119.- Ravón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad, p. 46.
 120.- Ibidem; pág. 87.

manifestarse en relación a las acciones libres en su causa se suma a la corriente que incluye la "actio libera in causa" como una excepción aparente al principio de culpabilidad, pues si bien el numeral 51 del Código Penal Alemán ubica la imputabilidad en el tiempo de la comisión del hecho, deben tenerse a la circunstancia de que es el propio autor quien al impulsar como ser capaz de conocimiento y determinación la causalidad, se sirve de su persona como un mero instrumento por lo que dicha acción provoca la imputabilidad.

Con Vela Treviño, Pavón Vasconcelos y el criterio dominante en relación a la ubicación de la imputabilidad afirmamos con Ricardo C. Núñez, ilustre Penalista Argentino quien así la define, que la imputabilidad es "la capacidad de ser culpable penalmente". (121)

Conforme al desarrollo de este capítulo de la culpabilidad entendida como juicio de reproche de acuerdo con la escuela normativa, los siguientes temas: a) la imputabilidad en tanto presupuesto; b) las formas de culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor; c) la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Nos inclinamos hacia la corriente doctrinaria que ubica

121.- Núñez C. Ricardo, La Culpabilidad en el Código Penal; p. 33.

la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, entendida como el juicio de reproche por el acto que el sujeto perpetra.

Vicenzo Manzini, en su tratado (diez tomos), al abordar el tema de sus presupuestos, distingue de estos los del delito y los del hecho, indicando que son éstos "los elementos jurídicos o materiales, anteriores a la realización del hecho, cuya existencia se requiere para este, previsto en una norma penal integre un delito". Un tanto que deben entenderse por presupuestos del delito, los "elementos positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho, y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate". (122)

La razón de señalar lo que por presupuesto deba entenderse, atiende a que tanto Vela Treviño (123), como Pavón Vasconcelos (124), expresan cuatro posiciones doctrinarias que consideran la ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito: a).- La que considera la imputabilidad como presupuesto general del delito; b).- La que estima a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; c).- La que señala la imputabilidad como elemento de la culpabilidad y d).- La que sostiene que la imputabilidad es presupuesto de la punibilidad.

122.- Manzini Vicenzo, Trati Di Diritto Penale, T. I; P. 521.

123.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; pp. 25-34

124.- Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Imputabilidad; pp. 83-92.

Entre otros -indica Pavón Vasconcelos- Marsich y Bettanglini consideran a la imputabilidad como presupuesto general del delito. (125)

Así, Marsich expresa que "siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable, de una norma penal y de un bien susceptible de lesión; como éste a su vez, supone un titular, resulta igualmente presupuesto del delito el derecho subjetivo del pasivo". Bettanglini señala como presupuesto del delito, de carácter general a la imputabilidad, substrayéndola del elemento subjetivo al considerarla con el aludido carácter, por no ser elemento de la infracción penal.

No concordamos con dicha corriente doctrinaria, pues de conformidad con Vela Treviño, pensamos "que la imputabilidad es atributo necesario del sujeto autor de la conducta productora del resultado y referida al momento en que se manifiesta esa conducta en el mundo exterior, por lo mismo no es anterior y ajeno al delito, forma como tendría que entenderse si se le considera en general como presupuesto del delito". (126)

A Feuerbach se debe la paternidad de la idea de que la imputabilidad es presupuesto de la punibilidad, lo cual

125.- *Ibidem*, pp.85 y 86.

126.- Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*; p. 88.

también considera Radbruch y Bruch y se dice que también Von Litz, aún cuando como lo precisa Pavón Vasconcelos, Jiménez de Asúa puso de manifiesto que "Von Litz jamás desconoció las significación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad." (127)

Sostiene esta corriente, que la pena produce efectos intimidatorios en razón de la "amenaza de la Ley"; y por ello "sólo es jurídico-Penalmente imputable, la persona sobre quien la ley de modo general puede producir un efecto con su amenaza y en consecuencia, imputabilidad es posibilidad de imponer la pena". (128)

Vela Treviño al recoger las tesis anteriores, de manera por demás sencilla, indica "es obvio que respecto de un sujeto reincidente, la intimidación que produce la amenaza legal de sufrir una pena no surte efecto legal alguno. Por esto, si la imputabilidad tiene como fundamento la capacidad de intimidación de la amenaza legal, llegaríamos al absurdo de tener que considerar inimputables a los sujetos más peligrosos socialmente". (129)

Por otra parte, el criterio que considera a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, debe desde luego desecharse, por mucho que sostengan esta tesis, Edmundo Mezger, Kaufman, Braumann y Schimidhauser, pues como lo

127.- Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad; p. 88.

128.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 88.

129.- Vela Treviño Sergio; Culpabilidad e Inculpabilidad; p. 33.

menciona Pavón Vasconcelos, "oportuno resulta recordar que la teoría normativa de la culpabilidad al igual que la Psicología, para establecer el concepto de culpabilidad requiere de la existencia de una conducta o hecho típico antijurídico, pues al decir de Welzel, mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otra, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción injusta no obstante haber podido hacerlo". (130)

Es de precisarse de antemano, que en tanto la culpabilidad es un juicio de reproche "la imputabilidad es la capacidad de conocer y valorar al deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente. (131)

Desechadas las tres destacadas teorías en orden a la ubicación de la imputabilidad en la dogmática o teoría del delito queda por analizar la que consideramos como presupuesto de la culpabilidad, y a la cual nos adherimos.

Jiménez de Asúa sostiene la tesis de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad lo cual también hace Pavón Vasconcelos, por sostener el tratadista hispano, que "la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la

130.- Pavón Vasconcelos Francisco, *Imputabilidad y Inimputabilidad*; p. 88.

131.- Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal*. T. V.; P. 86.

norma y de determinarse espontáneamente".

En ello habla Vela Treviño de una doble capacidad, genérica y específica. Dicha capacidad genérica requiere del sujeto desarrollo suficiente de las facultades intelectivas, en razón del entendimiento de la calidad de la conducta (mayoría de edad), amén de salud mental, para una correcta valoración de lo jurídico o antijurídico (con lo cual no cuentan ni los enfermos mentales, ni los sordo mudos). Pero además se requiere capacidad específica -sigue exponiendo Vela Treviño cuyas ideas resumimos- esto es, que producido el hecho típico haya contado el sujeto con libre albedrío al decidirse para ejecutarlo con la respectiva voluntad que le habría llevado a la posibilidad de decidirse y obrar de otra manera, amén del conocimiento, por parte del mismo sujeto, del carácter injusto del acto que se realiza.

El propio Vela Treviño advierte que "como es de verse, la imputabilidad no puede considerarse como anterior o ajena al delito, sino formando parte del propio concepto de delito y contemporáneo con él". (132)

b) Causas de Inimputabilidad.- La inimputabilidad es la ausencia de la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y para autodeterminarse.

Son los criterios biológicos y psicológicos, y mixto (que se sigue en México y por conjunción de ambos), los que por minoría de edad, en el primer caso, o por perturbación de la conciencia (que impide el conocimiento de la ilicitud de la acción), pueden determinar las causas de inimputabilidad.(133)

En diversa forma y como ya vimos, las causas de inimputabilidad, se distinguen:

a) Como causas de inimputabilidad genérica normativa (por determinación de la ley), y es la minoría de edad, a la que específicamente se refiere al artículo 119 del Código Penal para el Distrito federal (aplicándose las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 120 siguiente de dicho Código, y que puede consistir en apercibimiento, o sea conminación que el Juez hace a una persona para hacer o dejar de hacer algo, o internamientos en los términos del dictado que al efecto disponga los Consejos Tutelares para Menores). En relación a los sordomudos, es el artículo 67 del Ordenamiento en cita, del que se desprende para ellos su reclusión en establecimientos especiales con la finalidad de ser educados o instruídos teniendo en cuenta su estado de sordomudez.

b) Por ausencia de imputabilidad específica, las tres hipótesis que se desprenden de la fracción II del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, que son trastorno

133.- Ramón Vasconcelos Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*; pp. 95 y ss.

mental o desarrollo mental retrasado o conducirse de acuerdo con tal comprensión.

Así mismo la hipótesis de medio grave que se desprende de la fracción VI del artículo 15 del Código Penal citado; y

c) Por imputabilidad absoluta, o sea la de los enfermos mentales por deficiente desarrollo y a los que en general son enfermos mentales y que tales casos contemplan los artículos 67 y 68 del código Punitivo, así como la propia fracción II del artículo 15 del mismo ordenamiento.

En todos los casos no hay responsabilidad ante la inexistencia del delito, por lo que para asegurar el interés de la sociedad en el establecimiento del orden jurídico alterado amén de las medidas de seguridad que se imponga, los artículos 1911 y 1919 a 1992 del código Penal, dan lugar a responsabilidad a quienes tienen representación legal de los inimputables.

Quedan aparte aquéllas conductas o 'actos que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable -y por tanto libres en el momento causal- se verifica cuando el agente no está ya en el estado de imputabilidad". (134) Pues estas conductas denominadas en forma unánime por la doctrina "libres

134.- Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, T. I.: P. 505.

en su causa", se integran de: a) una conducta; b) de una configuración típica; c) del nexa causal, cuando se trata de delitos materiales de resultado, y; d) de dos diferentes momentos que son el de la puesta de la causa y el del producción del resultado.

En estos casos la imputación del delito "se retrotrae al estado anterior" (135), ya que en él, el sujeto satisface todos los requisitos necesarios para ser considerados imputable.

Debe subrayarse en cuanto al miedo grave, que es causa de inimputabilidad porque produce la afectación o pérdida de las facultades intelectivas y de la actuación conforme a una valoración moral. Miedo, proviene del término latino "metus", significa inquietud o ansiedad. "El miedo difiere del temor -enseña Raúl Carrancá y Trujillo- haciendo referencia a Octavio Véjar Vázquez en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de fuera para adentro. (136) El miedo es alteración de psique, que requiere para su eficacia -dice Vela Treviño con acierto- como causa de inexistencia del delito dos elementos, ser gravez y ser contemporáneo a la producción del resultado típico. (137) En cambio, el temor fundado, que también se encuentra contemplado como causa

135.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II.: p. 46.

136.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

137.- Vela Treviño Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad; p. III.

excluyente de responsabilidad en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, da lugar a la inexistencia del delito pero no por ausencia de imputabilidad, sino por ausencia de culpabilidad, ya que el temor fundado es una forma de la "vis compulsiva" y finca su procedencia precisamente en la coacción moral que se ejerce sobre la persona mediante la amenaza de un peligro real, inminente y grave, que la obliga a actuar en forma tal que produce un resultado típico y antijurídico, no obstante lo cual el delito no se integra por falta la posibilidad de formular el juicio de reproche, puesto que no es exigible racionalmente una conducta a la realizada.

El miedo, cabe añadir, puede originarse por una causa real, "fundada", si bien Carrancá y Trujillo concibe el temor "que causa transitoriedad (en cambio el miedo cierta permanencia), porque deriva de una amenaza concreta, real o imaginaria, que en su causa directa". (138) Se aprecia que para el maestro Don Raúl Carrancá la causa real del temor puede fundarse también en un acontecer imaginario. Si el miedo grave, por último, nulifica la capacidad de entendimiento y la libre expresión de voluntad, constituye causa de inimputabilidad.

Es para Pavón Vasconcelos el miedo grave una hipótesis de transtorno mental transitorio, "por suponer una grave perturbación angustiosa en el ánimo del sujeto". (139) Idea

138.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 293.

139.- Pavón Vasconcelos Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad; p. 106.

con la que estamos de acuerdo porque el miedo requiere de cierta permanencia, siendo el temor transitorio.

La fracción II al final, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, no prescribe como excluyente de responsabilidad penal, los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

Es interesante señalar que por estado de inconciencia entendemos "las situaciones en las que el sujeto se encuentra privado de la conciencia a virtud de las causas señaladas en la ley, lo cual no impide realizar movimientos corporales en los que está ausente la voluntad". (140) En estos casos el estado de inconciencia se puede ubicar a quien sufre trastorno mental a que se refiere la primera parte del artículo 15 en su fracción II, del Código Penal.

En el delito de infanticidio, debe demostrarse plenamente la imputabilidad del activo, ya que la muerte del infante pudo haber sido ocasionada por la madre en un estado patológico parturiento. Esto es que a causa del parto presente una perturbación mental, ocasionado por el mecanismo doloroso e inusitado de ese terremoto orgánico femenino, y en este caso estaríamos ante la presencia de una causa de imputabilidad (artículo 15 fracción II del Código Penal).

140.- Seguimos a Revén Vasconcelos, loc., cit.

2.5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

a) LA CULPABILIDAD.

Previo el estudio de dolo o culpa que son las formas que asume el contenido de la culpabilidad en orden a la distancia, vinculación subjetiva que se da entre un sujeto y un hecho o sea, a la diferente referencia anímica o conducta psicológica que guarda el sujeto al cometer su acción), se debe hacer una referencia en torno a la culpabilidad.

Teoría Psicológica o Psicologista de la culpabilidad:

De los tiempos en que la culpabilidad y la responsabilidad sobrevenían de la sola producción de un resultado dañoso, con una idea de causalidad material; se llegó a otra en la cual en orden a la culpabilidad, la constituía lo que puede denominarse causalidad psíquica la que se entiende como vínculo que une al autor con un hecho, esta vinculación toma como límites subjetivos para el establecimiento de la unión de las formas tradicionales que constituyen las manifestaciones de la culpabilidad, esto es, lo que por dolo o culpa produce un resultado típico puede constituir el elemento culpabilidad en el delito. (141)

Para esta teoría, la culpabilidad radica en un hecho de

141.- Sergio Vela Treviño; op. cit.; p. 180.

carácter psicológico dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, esencia de la culpabilidad consistente en el proceso intelectual volitivo desarrollando en el sujeto activo la culpabilidad con base psicológica, consistente en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo que significa que tiene dos elementos; uno volitivo o emocional y otro intelectual, el primero se refiere a la suma de dos querereres: el querer la conducta y el querer el resultado; y el segundo intelectual, que es el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. (142)

Resumiendo la tesis Psicológica puede decirse que la culpabilidad se basa en un nexo psicológico entre el individuo y su conducta o entre el individuo y el resultado.

TEORIA NORMATIVA O NORMATIVISTA:

El normativismo no constituye una teoría opuesta al psicologismo sino que completa la forma tradicional.

El normativismo es psicologismo y algo más. Para la concepción normativista de la culpabilidad, éste no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad), representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente, es decir, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud

psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ello si el autor ha cometido o no un hecho reprochable, Sólo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto. (143)

Para esta doctrina la culpabilidad la constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable si a un sujeto que es imputable que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir en orden normativo una conducta diversa. La esencia del normativismo no consiste en fundamnetar la culpabilidad, en la exigibilidad dirigida a los sujetos capaces de comportarse conforme al deber, esta exigibilidad sólo obliga a los imputables, así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa por faltar un elemento básico del juicio de reproche, esto surge en dos términos por un lado la situación real, una conducta dolosa o culposa ; por la otra un elemeto normativo que se le exigía un comportamiento conforme a derecho, el deber ser jurídico, la teoría normativa onsidera que la culpabilidad no es simplemente una liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico la culpabilidad se fundamenta en la luz de una conducta y a la luz del deber. (144)

143.- Castellanos Tena Remarib. Op. cit.; p. 148.

144.- Remarib Castellanos Tena, Op. Cit.; p. 243.

Sintetizando diremos que, para esta teoría la culpabilidad es la desvaloración que le resulta al sujeto en un juicio de reproche que tiene como base precisamente ese contenido o nexo psicológico.

TEORIA FINALISTA:

Para esta teoría la conducta es un hacer (o no hacer) voluntario final; la voluntariedad implica necesariamente una finalidad.

Esta teoría nos dice que en la conducta existen dos fases: una interna y otra externa; la interna opera en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponer el fin; b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin, y; c) consideración de los efectos concomitantes que se unen casualmente al fin. La segunda fase, es decir, la externa, consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la moral y usual capacidad humana de previsión.

Cuando nos encontramos con una conducta humana que tiene por fin cometer un ilícito y que lo ha logrado mediante el empleo de los medios adecuados, tenemos que esa conducta es típica, porque se adecua a un tipo legal, para que una conducta se adecue a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo).

El dolo, que es el núcleo central de la parte subjetiva del tipo, comprende dos aspectos: uno intelectual y otro volitivo. Dolo es pues el querer el resultado típico, abarcando el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, para esta teoría el dolo se ubica en la conducta y no en la culpabilidad, dejando a ésta última reducida a su categoría de reproche. La culpabilidad en el reproche, se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico. A la culpabilidad pertenece la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento del injusto. Las teorías normativas causales reconocen los mismos elementos, pero pretenden que también esta el dolo. (145)

Concluimos de esta teoría, que considera que el dolo y la culpa se encuentran en la conducta y la culpabilidad está compuesta por la reprochabilidad, por lo tanto, cuando el tipo sólo exija la conducta, la falta de dolo y de culpa originan una atipicidad.

Franz Von Litz, fundamenta la culpabilidad en el carácter y conducta antisociales del autor; la culpabilidad surge cuando a la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor. (146)

Edmundo Mezguer, define a la culpabilidad como "el conjunto de aquéllos presupuestos de la pena que fundamentan

145.- Zafaroni E. Raúl, Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta; Criminalia; mensual, México, 1986, p.493.

146.- La Culpabilidad en el Código Penal; p.7 y ss. según cita de Remando Doblado Luis, loc. cit.

frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (147)

Porte Petit, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. (148)

DOLO:

Para Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad conciente, dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. (149)

Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad, existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado y que se quiere o ratifica. (150)

Castellanos Tena, define al dolo como: "el actuar conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (151)

147.- Mezquer Eizundo, Tratado de Derecho Penal, T. II; p.9

148.- Celestino C. Porte Petit, Op. Cit. Notas de Clase 1984.

149.- Op. Cit. T.I., pág. 307

150.- Op. Cit., p.302

151.- Op. cit., p. 239.

Eugenio Cuello Calón, lo define como "la voluntad conciente, dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito" (152)

ELEMENTOS DEL DOLO:

a).- ELEMENTO INTELECTUAL: Se refiere a que un individuo debe tener comprensión de la acción que está llevando a cabo. Es decir se tiene conciencia de que se quebranta el deber.

b) ELEMENTO VOLITIVO: Consiste en que el sujeto debe querer o aceptar la conducta ilegal que está llevando a cabo.

c) CONOCER LA REALIDAD FACTICA: Es decir, el sujeto debe conocer si en las normas penales o en las de cualquier otro ordenamiento, su conducta es lícita o ilícita, así como conocer la realidad externa en que vive y la realidad del hecho. (153)

CLASES DE DOLO:

a) DOLO DIRECTO.- Consiste en que el sujeto quiera y acepte el resultado producido, no obstante haberlo previsto.

Es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.

152.- Op. Cit.

153.- Notas de Clase de Celestino C. Forte Retit; C.U. 1984

b) DOLO EVENTUAL.- Este se presenta cuando el sujeto prevé el resultado en un principio y no quiere que se produzca, pero lo acepta en caso de presentarse.

Existe cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuosa, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

c) DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS.- Este consiste en que el sujeto quiera el resultado, el cual necesariamente trae consigo otro resultado que el sujeto no prevé.

Es necesario manifestar que en el delito de Infanticidio, el sujeto activo debe tener "capacidad de culpabilidad, o sea, capacidad de entender y de querer, pues de lo contrario, estaríamos frente a la hipótesis de la fracción II del artículo 15 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal.

El delito de Infanticidio, sólo puede ser doloso, no puede ser culposo, ni preterintencional, pero si puede existir un infanticidio a grado de tentativa.

Quintano A. Ripollés -citado por Porte Petit- "piensa que es practicamente unánime la doctrina, legislación y praxis

jurisprudencial de casi todos los países en admitir para el infanticidio como forma única de la culpabilidad, la de dolo, excluyéndose en absoluto tanto la culposa como la mixta de preterintención, agregando, que la verdadera razón de que así sea, no es otra que la dirección finalista del tipo infanticida, al requerir ineluctablemente el propósito de para facultar la deshonra, añadido a la de matar, duplicidad de intenciones que impiden la forma de imprudencia, carente siempre de preordenación al evento, y que la inseparable coexistencia de ambas intenciones originaría al escindirse, la desaparición del infanticidio culposo cuyo sólo enunciado es un despropósito jurídico" (154)

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas al hablarnos del delito de infanticidio nos señalan que "...sólo puede ser doloso y no imprudencial. No es configurable la preterintencionalidad, pero sí lo es la tentativa..." y más adelante agrega "el dolo específico del delito consiste en la voluntad y conciencia del agente de privar de la vida al infante recién nacido, del que el propio agente sabe es ascendiente consanguíneo en línea recta, para ocultar la deshonra. Si faltare este dolo se tratará de un homicidio simple. (155)

Para el maestro Porte Petit C., en el infanticidio sin móviles de honor existe un doble dolo: en primer lugar,

154.- Celestino Porte Petit C., *Dinámica Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal*, pág. 392.

155.- Raúl Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas Raúl; *Código Penal Anotado*, pág. 801.

querer privar de la vida y segundo; precisamente al descendiente. Posteriormente el autor agrega "en el infanticidio honoris causa, se requiere la existencia del solo genérico: querer privar de la vida, y además, es necesario un doble dolo específico, al requerir el tipo una determinada dirección subjetiva de la voluntad: querer matar al descendiente (niño), y la existencia de motivos particulares: por móviles de honor. En otros términos, este delito exige un dolo genérico y un doble dolo específico.

Efectivamente el delito de infanticidio es un delito meramente doloso y no puede ser imprudencial ni preterintencional y tiene como característica, que el ascendiente tiene como finalidad matar al infante del cual sabe tiene parentesco en línea recta. En el caso supuesto de que el ascendiente quisiera matar a otra persona distinta del infante, utilizando para ello una pistola y disparara sobre ella, y el proyectil no alcanzara su objetivo y diera en el infante y a consecuencia de esto le privara de la vida, estaríamos en la presencia de un homicidio simple intencional, y no en el delito de infanticidio ya que faltaría el dolo específico que es, que el sujeto activo, deseé privar de la vida a su descendiente dentro de las setenta y dos horas de nacido.

Es preciso señalar, que si un ascendiente priva de la

vida a un infante dentro de las setenta y dos horas de haber nacido, debido a una conducta culposa, existira indudablemente un delito, el cual no sera infanticidio, sino un homicidio culposo, ya sea con culpa con representaci3n o sin representaci3n, segun sea el caso que se presente.

LA CULPA:

Para Cuello Cal3n, existe culpa cuando se obra sin intenci3n y sin la diligencia debida, causando un resultado da±oso, previsible y penado por la ley. (156)

Para Edmundo Mezguer, actua culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever. (157)

El art3culo 9º del C3digo Penal vigente para el Distrito Federal, nos refiere "obra imprudencialmente el que realiza el hecho t3pico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

ELEMENTOS DE LA CULPA.

Por ser necesaria la conducta humana para que exista el delito, ella constituye el primer elemento (un actuar voluntario, es decir positivo o negativo); como segundo

156.- Op. Cit., T. I., p3g. 325.

157.- Tratado de Derecho Penal, T. II, p3g. 171.

término, que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, Los resultados del acto han de ser prevesibles y evitables y tipificarse penalmente; cuarto, precisar una relación de causalidad y no hacer iniciales y el resultado no querido.

CLASES DE CULPA:

a).- Culpa con representación: es aquella en la cual el sujeto se representa un resultado y tiene la esperanza de que no se producirá.

b).- Culpa sin representación: Es aquella en que el sujeto no prevé lo que era previsible.

PRETERINTENCIONALIDAD:

La preterintencionalidad debe considerarse como la suma del dolo y la culpa, el cual también se llama ultraintencionalidad o exceso en el fin, la preterintencionalidad se hace necesaria, ya que existen delitos que no son culposos ni dolosos, sino preterintencionales.

Cuello Calón, a este respecto hace notar que la preterintencionalidad no es una mezcla de dolo y culpa, ya que no es posible atribuir a un hecho dos causa psicológicas distintas: dolo y culpa que por otro lado no pueden obrar al

mismo tiempo.

Jiménez de Asúa en síntesis opina, que hay que destruir de nuestros Códigos estos delitos de objeto cursivo que son supervivencias de épocas primitivas, la posición correcta, es precisamente tomar en cuenta lo objetivo hay dolo y la culpa; es decir, la preterintencionalidad se coloca en un punto medio o sea, que es mayor que la culpa y menor que el dolo.

La preterintencionalidad, consiste en querer causar un daño menor de manera dolosa, pero no obstante se causa un daño mayor, este último no es doloso sino más bien, se debe concebir como culposos.

LA INCULPABILIDAD:

Esta constituye el aspecto negativo de la culpabilidad.

Son causas de inculpabilidad, el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El error.- Tanto la ignorancia como el error -expresa Pavón Vasconcelos-, "son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas, la ignorancia es el conocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa; en tanto el error consiste en

una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente". (158)

Castellanos Tena define al error como "un vicio psicológico que consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido tal como este es en realidad ". (159)

Quedarón atrás las corrientes jurídicas que distinguieron entre error de hecho y error de derecho "por la notoría dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores imponiéndose la teoría Alemana que precisa los conceptos de error de tipo y error de prohibición". (160)

El error de Derecho, regido por el principio de que "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", quedó abandonado constituyendo ahora una excepción al error de hecho que comprende el error de tipo y el error de prohibición.

Es preciso sin embargo, tener en cuenta que el error de hecho tiene efectos eximentes, pero para que ello suceda, es menester que sea invencible. Existen dos clases de error de hecho: el error esencial recae sobre un elemento esencial del

158.- Ravón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; pág. 443.

159.- Castellanos Tena Remando, Op. Cit., pág. 255.

160.- Op. Cit., Con Antelación .

del delito impidiendo a la gente conocer exactamente el hecho realizado. Se surte el error accidental, cuando recae sobre conceptos secundarios.

El error esencial de hecho, puede recaer sobre el tipo o sobre una causa eximente de responsabilidad.

El error accidental de hecho, puede recaer en un resultado no querido pero a él equivalente, o sobre una persona, o sobre la comisión de un delito que no se deseaba ocasionar. Este tipo de errores son mejormente conocidos como aberratio ictus o error en el golpe, cuando existe desviación en el golpe, con causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto; aberratio in persona, en la que el error no se origina en el acto, sino recae sobre la persona debido a una errónea representación; y aberratio delicti, queda lugar a considerar falsamente la comisión de un delito que no se pensaba cometer, realizándose otro ilícito. El error accidental no surte sus efectos como eximente, dando lugar a la plena culpabilidad.

En el error esencial de hecho, sobre los elementos del tipo, el agente realiza una conducta que no es punible por falta de tipicidad. El error en esta especie para que adquiriera reelevancia jurídica ha de recaer sobre un elemento esencial del hecho, debiéndose entender por tal, aquel sin

cuya concurrencia no se integra el delito.

El error cuando recae sobre el carácter legítimo en el orden jerárquico, aún cuando constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ignorándola el acusado, da lugar a la eximente por error esencial de hecho a que se refiere la fracción VII del artículo 15 del Código Penal.

El error esencial de hecho, cuando recae sobre una causa de justificación da lugar a las llamadas eximentes putativas, sucediendo esto cuando el agente "se cree amparado por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o incluso por una excusa absolutoria". (161) Es así como si el sujeto actúa por error sobre una causa de justificación, da lugar a las siguientes eximentes:

- a).- Legítima defensa putativa,
- b).- Obediencia jerárquica putativa,
- c).- Ejercicio de un derecho putativo,
- d).- Cumplimiento de un deber putativo,
- e).- Impedimento legítimo putativo,
- f).- Estado de necesidad putativo, y
- g).- Consentimiento del ofendido putativo.

"El error por convicción se presenta cuando el sujeto delinque por estimar justificada su conducta por normas

161.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI; p. 684.

superiores en valor a la norma jurídica". La derogada fracción III del artículo 9º del Código Penal, descartaba la eximencia a tal error, al expresar que la presunción de intencionalidad no se destruye aún cuando el agente hubiere creído "que la ley era injusta o moralmente lícito violarla". (162)

La reforma al artículo 15 fracción XI del Código Penal y la adición, en virtud de tal reforma, del artículo 59 bis del Código Penal, ambas del 30 de diciembre de 1983, y que fueron publicadas en el Diario Oficial el día 13 de enero de 1984, para quedar como sigue:

"Artículo 15.- Son excluyentes de responsabilidad penal:
fracción XI.- Realizar la acción y omisión bajo el error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que no es ilícita su conducta.-no se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

Por otra parte el vigente artículo 59 bis del Código Penal señala que "cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se

162.- Fernández Doblado Luis, Culpabilidad y Error, Anales de Jurisprudencia, México 1962.

trate o tratamiento en libertad según la naturaleza del caso".

De conformidad con dichas reformas y atendiendo a la moderna terminología surgida de la teoría Alemana, procede distinguir entre error de tipo y error de prohibición: El primero siendo invencible, recae sobre los elementos constitutivos del tipo Penal, en tanto el segundo, se da cuando el sujeto por error insuperable, considera que el hecho típico ejecutado no está prohibido, ya que por no conocer la Ley o por no conocer el alcance de la misma. El error de prohibición se estima indirecto en los casos de suposición errónea sobre la consecuencia con la acción ejecutada, de una causa de justificación "error sobre el tipo del permiso o error de prohibición". Excluyéndose la culpabilidad, aunque pudiera concurrir la culpa si ese error fuere vencible o evitable según el examen particular hecho. En consecuencia, si acogiéramos la teoría Alemana, las eximentes putativas estimadas tradicionalmente como errores de hecho, caerían dentro del llamado error de prohibición indirecto, pues el mismo recae sobre la antijuridicidad del hecho, dado que teniendo plena conciencia de que su actual y la consecuencia causal del mismo es típica, el sujeto cree por error insuperable que le está permitido..." (163)

De conformidad con las reformas de los artículos citados, se estiman como casos de error de derecho o de prohibición,

163.- Nota de Ramón Vasconcelos, Op. Cit. Remontándose al programa de Derecho Penal de Celestino Forde Retit.

los siguientes:

a).- Error invencible: Por considerar que el hecho típico ejecutado no esta prohibido (artículo 59 bis), error de prohibición directo aunque limitado constituye una excepción al llamado error de hecho.

b).- Error Invencible, por estimarse que el hecho, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado en virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia (artículo 15 fracción XI del Código Penal); y

c).- Error invencible al considerarse que el hecho, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en la realidad no ocurre (artículo 15 fracción XI del citado ordenamiento).

No exigibilidad de otra conducta.- La no exigibilidad de otra conducta se funda en cuanto se considera que se escuda el obrar del agente en función de que el Estado no puede exigir al sujeto que actúe conforme a derecho, en razón de las circunstancias que mediarón al trasgredir o poner en peligro un bien jurídico.

No actúa culpablemente la persona a quien no puede ser

exigida otra conducta distinta a la realizada.

Señala la Ley en forma limitadísima como casos de no exigibilidad de otra conducta los siguientes:

a).- Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendido en la amplia fórmula de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, en la cual se alude en forma gérica al "...obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o eminente..."

b).- La coacción o violencia moral (vis compulsiva) denominada "temor fundado e irresistible".

c).- El encubrimiento en los términos a que se refiere el artículo 400 fracción III (en lo relativo al ocultamiento del infractor) y IV, tratándose: a) de parentesco, b) Cónyuge, concubinato; y c) los que están ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, derivados de motivos nobles.

d).- El aborto honoris causa, sancionado con pena atenuada.

e).- El aborto con causas sentimentales, sancionado con remisión de pena (artículos 332 y 333).

2.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

a).- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

Con respecto a este problema, nadie nos ha podido definir con exactitud que son las condiciones objetivas de punibilidad.

Su creador es Beling. Algunos autores confunden las condiciones objetivas de punibilidad con los requisitos procesales, actitud que es errónea, ya que la punibilidad es suspendida por las condiciones objetivas de punibilidad, y el proceso, por los requisitos procesales. Otros autores piensan que éste es un elemento del delito, cosa que es inaceptable, todavez que el delito se configura independientemente de las condiciones objetivas de punibilidad y al tratar de definirla, algunos autores han dicho.

Manzini.- "Son aquéllos elementos intrínsecos a la acción u omisión concomitantes o sucesivos a la ejecución del hecho mismo". Ejemplo: escándalo público es una condición objetiva de punibilidad en Italia.

V. Lieszt.- "Son circunstancias externas, independientes del acto punible mismo y que se añade a él, que nada tiene que ver con el acto delictuoso mismo y con sus elementos,

debiendo ser considerado separadamente". (164)

Castellanos Tena, al tocar el tema de las condiciones objetivas de punibilidad, precisa que no son elementos esenciales del delito, ya que si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, serán "meros requisitos ocasionales, y por ende, accesorios fortuitos". Agrega que "No está delimitada con claridad su naturaleza y que se les confunde con los requisitos de procesabilidad. Afirma que son definidas "como aquéllas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación". (165)

Beling, por su parte expresa que "hay figuras que, aparte de la ejecución culpable del tipo, requieren aún ciertas circunstancias objetivas, que no es necesario sean abarcadas por la culpabilidad, y por eso no son características del delito-tipo sino elementos puramente objetivos de la figura".(166)

Mazger define a las condiciones objetivas de punibilidad como "las circunstancias exteriores especialmente previstas por la Ley, que conforme a su naturaleza propia necen fuera de la culpabilidad del agente". (167)

Zaffaroni, textualmente expresa: "Creemos que alguna de

164.- Celestino Forte Petit C.; Notas de las Clases de Derecho Penal I.

165.- Castellanos Tena Ricardo, Op.; pp 270 y ss.

166.- Beling Ernest Von, Esquema de Derecho Penal; p.94

167.- Mazger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Parte General, p. 689.

las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcadas por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa); en tanto que otras son requisitos de operatividad de coerción penal". (168)

Se ha considerado en México, como ejemplo de condición objetiva de punibilidad, el requisito de los sesente días a que se refiere la fracción II del artículo 303 del Código Penal, en virtud de que éste en todo caso vendría a ser una referencia temporal y por tanto la encontramos dentro del tipo, siendo por lo tanto una causa de atipicidad y no una verdadera condición objetiva de punibilidad.

Es justa la demanda de Castellanos Tena, de que las condiciones objetivas de punibilidad sean urgentemente objeto de una "correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica". (169)

Creemos a la luz de la doctrina mexicana invocada, que el Derecho Penal bajo el cual se rigen los delitos especiales con sus particularidades, debe recoger el sentido y alcance de las condiciones objetivas de punibilidad en los términos expuestos.

168.- Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, p. 689

169.- Castellanos Tena Fernando, Lineamiento Elementales de Derecho Penal; p.270

Analizando el Código Penal para el Distrito Federal, sólo encuentro. en un delito una condición objetiva de Punibilidad, la cual se encuentra en el artículo 245, siendo por lo tanto el delito de Falsificación de Documentos, el único que tiene en el Código Penal una condición objetiva de punibilidad, desde mi punto de vista.

En el delito de Infanticidio, considero que no existen condiciones objetivas de punibilidad.

En cuanto a la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, basta precisar que ante su inexistencia, no se puede castigar al agente, sin que de ninguna forma afirmemos que no existe delito. Ejemplo: Si no se reúnen las condiciones de punibilidad que establece el artículo 245 del Código Penal, no se le puede aplicar al responsable del delito de Falsificación de Documentos Pena Alguna, pero si existe un delito y un responsable.

2.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

a).- PUNIBILIDAD.- Dentro de la doctrina, uno de los aspectos de mayor discusión ha sido la punibilidad. En efecto, algunos la consideran como elemento del delito, y otros le atribuyen la característica de ser consecuencia del mismo.

Manzini, explica que "el delito y pena son ciertamente términos correlativos, pero distintos; de manera que la sanción no es un elemento del delito, sino por el contrario, un elemento intrínseco en el cual se concreta la responsabilidad penal de aquél que ha cometido un delito".(170)

Mesger, por su parte no considera la punibilidad como elemento del delito, definiéndola como "la acción típica, antijurídica y culpable" (teoría tetratómica).(171)

Fontán Balestra de plano acepta que la pena sea un elemento del delito y al efecto señala que "es la pena la más esencial característica del delito en cuanto lo distingue nítidamente de las demás acciones antijurídicas y culpables".(172)

Por su parte Luis G. Cabral, sostiene que "el delito

170.- Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, T. II; pp.4 y 5

171.- Mesger Eduardo, Tratado de Derecho Penal, T.I; p. 156

172.- Balestra Fontán, Manual de Derecho Penal; p. 297

como acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y sancionada con una pena", incorporando así ésta última al concepto de delito. (173)

La punibilidad como sanción fijada en la ley presenta las características de generalidad y abstracción, en tanto la pena como sanción aplicada por el juzgador, es particular y concreta.

Especies de Penas.- Las penas se agrupan de acuerdo a su naturaleza -enseña Raúl Carrancá y Trujillo- en cinco grupos diferentes, que pueden ser: a).- contra la vida; b).- corporales; c).- contra la libertad; d).- pecuniarias; y e).- contra ciertos derecho. (174)

El artículo 326 del Código Penal nos señala la pena que se aplicara en el delito de Infanticidio simple, al señalar textualmente:

"ARTICULO 326.- Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicará de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."

El artículo 327 del Código Penal para el Distrito Federal, nos refiere cual sera la sanción en el delito de Infanticidio honoris causa:

173.- Cabral Luis G. Compendio de Derecho Penal, parte General; p. 249

174.- Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano; p. 170

"ARTICULO 327.- Se aplicará de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurran las siguientes circunstancias:..."

El Código Penal, además establece, que si en el delito de infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de libertad que le correspondan, se les suspenderá de uno a dos años en el ejercicio de su profesión (artículo 328 del Código Penal).

En el delito de Infanticidio, sea con móviles o sin móviles de honor, se dan sólo las penas en contra de la libertad del infractor y en los supuestos del artículo 328 del Código Penal, las penas contra ciertos derechos, a los coparticipantes.

En el presente caso, como en cualquier otro, se deja al arbitrio del Juez la individualización de la pena, misma que deberá estar apegada a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente al momento del evento delictivo, de conformidad con las condiciones objetivas del ilícito y subjetivas del deliciente.

Con antelación he referido en multiples ocasiones, que no estoy de acuerdo en que el delito de Infanticidio sea un

delito atenuado en su sanción, ya que como lo hemos visto es 100% doloso, que el sujeto activo no corre riesgo alguno de ser muerto, ni herido; que el sujeto pasivo es un ser que no puede defenderse de la agresión o huir de la misma.

Además, en mi muy particular punto de vista, se dan (entrando en cada caso particular a un estudio profundo), cada una o todas las circunstancias que aumentan la penalidad del homicidio y que son, alevosía, premeditación, ventaja y hasta traición. Siendo de esta forma la ley injusta, en cuanto a su criterio de punibilidad, dado que en el delito de HOMICIDIO CALIFICADO, existe una sanción de 20 a 50 años de prisión y el delito de infanticidio sin móviles de honor la pena es de 6 a 10 años de prisión, siendo que en los dos delitos puede concurrir la misma ejecución y atrocidad.

No es valido que el Legislador ponga en el delito de Infanticidio una penalidad tan baja, sólo por considerar que el delito de infanticidio, lo comete el ascendiente para ocultar su deshonra. Creo que el Legislador, debe reconsiderar su criterio en cuanto a éste delito, protegiendo más al infante y no al ascendiente y su honra.

Grandini González, al hablarnos del infante, nos refiere: "Toda persona sabe que el niño es incapaz de sobrevivir por sí mismo, tanto menos cuando más pequeño es, y

por ello depende de los cuidados y atención que le brindan sus padres, o quienes estén encargados de esta función del ser humano, tarea que también incumbe a los profesionales encargados de vigilar su salud física y mental, así como su educación" (175)

Cesar Augusto Osorio y Nieto, al hablarnos de la penalidad del delito de infanticidio nos refiere: " En opinión personal debiese ponderarse la validez ética y jurídica de los artículos relativos al infanticidio y tal vez no considerarlo como una privación de la vida con penalidad inferior a la del homicidio simple intencional, sino como figura agravada" (176)

b) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- Consisten éstas en opinión del maestro Castellanos Tena en "aquéllas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".(177)

Jiménez de Asúa las identifica como la no aplicación de la pena por causas de utilidad pública, aún cuando el delito se haya configurado plenamente. (178)

Es decir, por salvaguardar un bien o institución de mayor importancia, el legislador ha decidido la no aplicación de la pena al delito cometido.

175.- Grandini González Javier, Medicina Roense; pág.139

176.- Osorio y Nieto Cesar Augusto, El Homicidio; pág. 33

177.- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; p. 271.

178.- Qp. cit.

En el delito de Infanticidio no existen Excusas Absolutorias.

CAPITULO V

LA PARTICIPACION Y ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL HOMICIDIO
CALIFICADO Y EL INFANTICIDIO.

5.1. LA PARTICIPACION

5.1.1. LA PARTICIPACION POR PREORDENACION

5.1.2. AUTOR MATERIAL

5.1.3. COAUTORIA

5.1.4. AUTOR MEDIATO

5.1.5. AUTOR INTELECTUAL

5.1.6. LA COMPLICIDAD

5.1.7. PARTICIPACION SUBSEQUENS

5.1.8. AUTORIA INDETERMINADA O RESPONSABILIDAD
CORRESPECTIVA.

5.2. ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL DELITO DE HOMICIDIO
CALIFICADO E INFANTICIDIO.

5.2.1. EN CUANTO A SUS ELEMENTOS.

5.2.2. EN CUANTO A SU EJECUCION.

5.2.3. EN CUANTO A SU PENALIDAD.

PARTICIPACION DELICTUOSA

En la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) Unidad en el delito y b) Pluralidad de personas.

Son delitos unisubjetivos aquéllos en los cuales basta la intervención de un solo agente para que sean producidos, mientras que en los plurisubjetivos, es necesaria la intervención de dos o más sujetos para su integración, en virtud de la descripción típica, como ejemplo de estos es el adulterio, presentándose en este caso coautoría en el concurso necesario; en tanto, en los primeros puede surgir con la participación el caso del llamado concurso eventual de personas, lo que en puridad tampoco se descarta en los llamados delitos plurisubjetivos, como en el caso del cómplice en el delito de adulterio.

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, regula la participación en los siguientes términos:

"Artículo 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o, preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

- V.- los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Advertimos que dicho precepto fue creado por el Legislador para prevenir en la actualidad todas las formas de participación en la siguiente forma:

Fracción I, PARTICIPACION POR PREORDENACION.- (179)
Esta fracción sólo opera respecto a la realización del delito y no en los actos de ideación, deliberación y resolución que se da en la mente del sujeto y que no son sancionales.

Fracción II, AUTOR MATERIAL.- Alude sólo a la realización del delito por sí o sea a los autores materiales. Únicamente comprende al autor material, es decir quien materialmente realiza la conducta típica.

Luis C. Cabral precisa que "autor es el que ejecuta

el hecho descrito en el tipo penal y coautores todos los que toman parte -inclusive parcialmente-, en la ejecución de ese hecho". (180)

En el delito de Infanticidio sin móviles de honor el autor material sólo puede ser el ascendiente consanguíneo, pues el tercero no es ascendiente consanguíneo, por ello no llena las calidades exigidas en el tipo, y por lo tanto sera responsable del delito de Homicidio.

En el delito con móviles de honor el autor material sólo podra serlo la madre que obra para salvaguardar su honor.

Fracción III, COAUTORES.- Esta fracción prevé la coautoría, al mencionar la realización conjunta de varios sujetos con la finalidad de ejecutar en conjunto un ilícito penal, y esta fracción lisa y llanamente contempla el caso de coautoría.

Porte Petit nos refiere que en el delito de Infanticidio simple, sólo puede ser coautor "el ascendiente consanguíneo, que realice actos de ejecución conjunta.(181)

Fracción IV, AUTOR MEDIATO.- La presente fracción hace mención al caso de la autoría inmediata, en la que queda

180.- Cabral Luis C. Compendio del Derecho Penal, Parte General; pág. 215.

181.- Porte Petit Cardenas Celestino, Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal; pp. 396 y 397.

precisado como responsable de un delito el que para llevarlo a cabo se sirve de otro, quien sólo tiene carácter de instrumento. Es interesante agregar la observación de Pavón Vasconcelos en el momento de comentar la disposición legal que se tiene en el artículo 13 del Código Penal al indicar que "la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de la particular conducta como de las convergentes a la producción del delito. (182)

En el delito de Infanticidio simple el autor mediato sólo puede ser el que sea ascendiente consanguíneo, dado que esta autoría sólo se presenta cuando este sujeto satisface las calidades requeridas por el tipo.

En el delito de Infanticidio por causas de honor no se da la autoría mediata.

Fracción V, AUTOR INTELLECTUAL.- Esta fracción contempla al autor intelectual y a quien conepale o instiga; esto es los inductores son tambien autores intelectuales del delito, por instigar sobre el autor material. La inducción puede consistir en dádiva, consejo, promesa, error, etc.

En los delitos de Infanticidio por móviles de honor o sin móviles de honor el autor material puede ser cualquiera, dado

182.- Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano; p. 499.

que este autor no requiere las calidades exigidas por el tipo.

Fracción VI, COMPLICIDAD.- En esta fracción encontramos la participación consistente en la prestación de ayuda o auxilio a otra para la comisión del delito; esta ayuda o auxilio si bien constituye una contribución secundaria resulta eficaz en orden a la producción del resultado, cita Pavón Vasconcelos, "la complicidad en el auxilio prestado a sabiendas para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o un consejo. El elemento que la caracteriza es la voluntad en el cómplice de auxiliar para la realización del delito. La cómplicidad puede presentarse en forma dolosa o culposa y se manifiesta por hechos o abstenciones." (183)

En el delito de infanticidio sea por móviles de honor o sin móviles de honor, cualquiera puede ser cómplice, esto es será complice cualquiera que coopere con la muerte del infante, pues el cómplice, por realizar actos de cooperación o de ayuda, responde siempre por el delito realizado.

Fracción VII, PARTICIPACION SUBSEQUENS.- En la fracción VII del artículo 13 del Código Penal se encuentra la hipótesis técnicamente denominada "participación Subsequens" o "auxiliadores subseguens; se refiere a los que antes de ser ejecutado el delito prometen auxilio para después de su ejecución, es decir, que aunque sus actos son subsiguientes al

delito, la promesa de auxilio es previa.

Esta forma de participación no debe confundirse con la hipótesis de encubrimiento, ya que en estos casos bien por favorecimiento real <ocultamiento de efectos o instrumentos del delito> o favorecimiento personal < ocultamiento de sujetos> el acuerdo entre autores, coautores o cómplices es posterior con el encubridor a la ejecución del delito.

De manera sencilla se podría decir que en la anterior fracción se capta como forma de participación el auxilio por promesa previa del sujeto.

Fracción VIII, AUTORIA INDETERMINADA O RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA.- finalmente la fracción VIII del artículo 13 del Código Penal se ocupa de la complicidad correspectiva, también llamada autoría indeterminada o responsabilidad correspectiva, anteriormente sólo aplicable a los casos de lesiones y homicidio y con la última reforma a todos los que intervengan en la comisión de un delito cuando no conste quien precisamente ejecutó el acto generador eficiente de la producción del resultado.

ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL DELITO DE INFANTICIDIO Y EL HOMICIDIO CALIFICADO:

a) EN CUANTO A SUS ELEMENTOS:

El artículo 315 del Código Penal nos refiere que: "Se entiende que las lesiones y el Homicidio son calificados cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición".

De lo anterior podemos definir que los elementos que integran al tipo de homicidio calificado son:

- a').- Privación de la vida (elemento material u objetivo)
- b').- Intención delictuosa o sea dolo (elemento moral o subjetivo).
- c').- Referencia temporal, la fracción II del artículo 303 del Código Penal señala que para que se tenga como mortal una lesión la muerte del ofendido debe verificarse dentro de los 60 días contados desde que fue lesionado; y
- d').- Que el delito de Homicidio se cometa con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición.

En contra posición los elementos que integran el delito de Infanticidio son los mismos del Homicidio, más:

- a').- una relación de parentesco.
- b').- Un lapso
- c').- Intención de matar al descendiente

Si bien es cierto que el delito de Infanticidio no requiere las calificativas de alevosía, premeditación, ventaja o traición, para que se integre el tipo penal, también lo es que al analizar el delito de Infanticidio y la forma en que fue realizado podremos darnos cuenta que por lo menos una de estas calificativas se encuentra presente.

Es necesario ir analizando una por una estas calificativas. Premeditación.- El artículo 315 en su párrafo segundo nos refiere:

"Hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer".

De lo anteriormente expresado, la madre que reflexiona matar a su hijo dentro de las 72 horas de nacido, o el ascendiente que se encuentra en esta misma hipótesis, no podemos dejar de encuadrarlos en la hipótesis de premeditación. Por este mismo hecho es inlógico que una misma conducta desplegada sea sancionada con diferente penalidad.

Veamos otro caso, supongamos que Claudia y Oscar son tíos del recién nacido Carlos, y mediante previo acuerdo lo privan

de la vida dentro de las 72 horas de su nacimiento. Si este hecho lo hubiesen realizado sobre un sujeto pasivo de 20 años serían consignados y sentenciados por un delito de Homicidio calificado con premeditación, sin embargo por ser el delito de Infanticidio, sólo tendrán una pena de 6 a 10 años.

Es preciso señalar aquí la Jurisprudencia emanada de nuestro máximo Colegio Judicial:

PREMEDITACION, EXISTENCIA DE LA.- El acuerdo previo entre dos o más personas, para la comisión de un delito, implica la existencia de la calificativa de premeditación.

Sexta época, segunda parte:

Vol. .XIII, pág. 121. A.D. 3,569/57. Fernando Meraz Hernández.

Vol. XXI, pág. 155. A.D. 5,269/53. Alfredo Castro Araiza.

Vol. XXIV, pág. 97. A.D. 122/59. Basilio Guerrero Ruiz.

Vol. XXIV, pág. 97. A.D. 1,938/59. José de Jesus Rodríguez Alvarez.

Vol. LIX, pág. 10. A.D. 7,653/61. Francisco Jeminiano Félix.

El mismo artículo 315 del Código Penal en su párrafo tercero nos refiere:

"Se presumirá que existe premeditación, cuando las lesiones o el Homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier substancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o

enervantes, o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad."

Para dar un ejemplo de que alguna de las hipótesis de premeditación señaladas con antelación se pueden dar en el delito de Infanticidio, referire al Doctor Javier Grandini González, quien al referirse a las causas de la muerte del infante nos dice: " Muertes provocadas: asfixia mecánica: estrangulación, sofocación en cualquiera de sus variantes y otros. Fractura por objetos o mecanismos contundentes. Heridas por arma blanca. Falta de cuidados posnatales y abandono", entre otros. (184)

Por lo que hace a la calificativa de ventaja, el artículo 316 del Código Penal expresa:

"Se entiende que hay ventaja:

I.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se haya armado;

II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;

III.- Cuando éste se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y

IV.- Cuando éste se haya inerme o caído y aquél armado o de pie.

184.- Grandini González Javier, Medicina Forense; pág. 147.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se hallaba armado o de pie fuera el agredido, y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

Es obvio que el infante dentro de las 72 horas de su nacimiento es un ser incapaz de defenderse por sí sólo, por lo cual el sujeto activo del delito de Infanticidio no corre riesgo de ser herido ni muerto por el pasivo, aunado a la superioridad física del activo en comparación con el pasivo. Tomando en cuenta la fracción I del artículo 316 del Código Penal y siendo notoria la superioridad física del sujeto activo del delito de Infanticidio en relación al pasivo podemos decir que si existe ventaja en dicho delito.

Para ilustrarnos más al respecto es necesario tener en cuenta la siguiente Jurisprudencia:

VENTAJA, CONCIENCIA DE LA.- La ventaja, en cualquiera de las circunstancias especificadas en la ley penal para su configuración, sólo puede ser sancionada como calificativa del delito, si el sujeto activo se da cuenta cabal de su superioridad sobre la víctima.

Sexta época, segunda parte;

vol. XIV, pág. 226. A.D. 1,622/57. Francisco Chávez.

- Vol. XXIV, pág. 138. A.D. 2,390/59. Pedro Nieto Domínguez.
 Vol. XXXVII, pág. 185. A.D. 6,524/51. Florencio Zamarripa
 Marín.
 Vol. XXXIX, pág. 18. A.D. 2,875/60. Aarón Mora Moreno.
 Vol. XLIX, pág. 94. A.D. 1,683/61. Abraham Vázquez Martínez.

En cuanto a la alevosía esta se encuentra contemplada en el artículo 318 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal:

"ARTICULO 318.- La alevosía consiste; En sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer."

La Suprema Corte de Justicia nos refiere:

"ALEVOSIA, EXISTENCIA DE LA CALIFICATIVA DE.- El ataque por la espalda, que no da a la víctima la oportunidad de defenderse ni de evitar el mal, constituye la calificativa de alevosía en los delitos de lesiones y Homicidio.

Sexta época, segunda parte:

- Vol. IV, pág. 10. A.D. 6,685/56. Angel del Río Cruz.
 Vol. XVII, pág. 21. A.D. 3,078/58. Margarito Bernal Chávez.
 Vol. XXIV, pág. 18. A.D. 5,278/58. Manuel Reyes Martínez.
 Vol. XXIV, pág. 18 A.D. 5,929/58. Francisco Pérez Cornejo.
 Vol. XLV, pág. 16. A.D. 290/59. Anacleto López Ramos.

Desde mí muy particular punto de vista en el delito de Infanticidio si de da la alevosía.

El Homicidio calificado también puede ser cometido con traición, tal como lo contempla el artículo 319 del Código Penal: "Se dece que obra traición: el que no solamente, emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por su relación de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza".

b) EN CUANTO A SU EJECUCION.

El delito de Infanticidio no precisa medios o formas de ejecución específicas, por lo cual puede ser cometido mediante objetos contundentes, armas de fuego, armas blancas, tóxicos, etc.

Porte Petit al respecto nos refiere: "Los medios pueden ser de distinta naturaleza, ya que la ley no señala ninguno en forma específica". (185)

El delito de Homicidio calificado tampoco nos refiere medios o formas de ejecución específicos, sino que se den los elementos que integran cada una de las calificativas, que como

185.- Porte Petit Cardaudop Celestino, Dogmática Sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, pág. 390.

hemos analizado también se pueden presentar en el delito de infanticidio.

c) EN CUANTO A SU PENALIDAD.

El delito de Infanticidio sin móviles de honor se encuentra sancionado en el artículo 326 del Código Penal.

"ARTICULO 326.- Se aplicará de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente."

En contra posición el delito de Homicidio calificado tiene una punibilidad de veinte a cincuenta años de prisión como lo contempla el artículo 320 del Código Penal.

Sigue sin quedarme claro las razones que el Legislador tubo para ponerle al delito de Infanticidio una pena atenuada inferior inclusive que al delito de Homicidio simple intencional. Debiera el Legislador analizar nuevamente su criterio y aumentar su penalidad al delito de parricidio.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- El delito de Infanticidio, surge en México en el Código Penal de 1871.

SEGUNDO.- El delito de Infanticidio, es la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

TERCERO.- Existen dos tipos de Infanticidios, uno llamado Infanticidio por móviles de honor y el otro sin móviles de honor.

CUARTO.- El Infanticidio con móviles de honor fue creado para salvaguardar la honra de la madre, motivó que en nuestra actualidad a dejado de tener validez.

QUINTO.- La dogmática Jurídica Penal, es la única solución para la debida interpretación de las normas jurídico-penales. Además conforma en sí misma una constante evolución que puede cristalizarse en mejores y más justas resoluciones jurídicas.

SEXTO.- El delito de Infanticidio es un delito doloso y nunca

puede ser culposo, ni preterintencional, si admite la tentativa.

SEPTIMO.- Creo que el Legislador debe de modificar la punibilidad del delito de Infanticidio genérico y aumentarla.

OCTAVO.- El delito de Infanticidio es un delito de acción, de comisión por omisión, unisubsistente o plurisubsistente, instantáneo, material, de daño, es un tipo penal privilegiado, autónomo o independiente, de formulación libre, anormal, acumulativamente formado en cuanto al dolo genérico y específico.

NOVENO.- En el delito de Infanticidio se pueden presentar las calificativas que contempla el Homicidio calificado como son: Alevosía, premeditación y ventaja, motivo por el cual debe dejar de ser sancionado tan bajo y aumentarse su penalidad.

DECIMO.- Propongo que se modifique la punibilidad del delito de Infanticidio sin móviles de honor y que el artículo 326 del Código Penal para el Distrito Federal en el orden común y para toda la República en materia Federal quede de la siguiente manera:

"ARTICULO 326.- Al que cometa el delito de Infanticidio se le aplicara de trece a cincuenta años de prisión"

DECIMO PRIMERO.- Propongo que se derogue el Infanticidio con móviles de honor previsto en el artículo 327 del Código Penal para el Distrito Federal, por considerar que en la actualidad, los motivos para los que fue creado han dejado de existir.

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

Alba Muñoz, Javier
Apuntes de Clase, Escuela Libre de Derecho
México 1974.

Antolisei, Francisco
La Acción y el Resultado en el Delito
Traducción.
Editorial Jurídica Mexicana, México 1969.

Balestra Fontan
Derecho Penal, Parte Especial
Undécima Edición
Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

Belig, Von Ernest
Esquema de Derecho Penal
Editorial De Palma, Buenos Aires 1987.

Cabral, Luis C
Compendio de Derecho Penal, Parte General
Primera Edición
Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1987.

Carrancá y Trujillo Raúl
Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomos I y II
Cuarta Edición.
Edit. Antigua Librería Robledo, México 1955.

Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas Raúl
Código Penal Anotado
Décimo cuarta Edición
Editorial Porrúa, S.A., México 1989

Carrara, Francisco
Programa de Derecho Criminal, Volúmenes I y II
Editorial Temis, Bogotá 1956.

Castellanos Tena Fernando
Lineamientos Elementales de Derecho Penal
Vigésima sexta Edición
Editorial Porrúa S.A., México, D.F.1988

Cuello Calón Eugenio
Derecho Penal, Parte General, Tomo I
Décimo octava Edición
Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1980

Fernández Doblado Luis
Culpabilidad y Error
Editorial Comisión Nacional de Anales de Jurisprudencia y
Boletín Judicial, México 1951.

Franco Gumán Ricardo
La Subjetividad en la Ilícitud
Primera Edición
Editorial José M. Cajicar Jr. S.A., México 1959

González de la Vega Francisco
Derecho Penal Mexicano
Vigésimo Segunda Edición
Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1988

González de la Vega Francisco
El Código Penal Comentado
Octava Edición
Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1987

Graf Zu Dohna Alexander
La Estructura de la Teoría del Delito
Traducción de la cuarta Edición Alemana
Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1958

Grandini González Javier
Medicina Forense
Primera Edición
Editorial Joaquín Porrúa, S.A., México 1989

Jescheck Hans Heinrich
Tratado de Derecho Penal, Tomo I y II
Tercera Edición
Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1981

Jiménez de Asúa Luis
La Ley y el delito, Principios de Derecho Penal
Tercera Edición
Editorial Hermes, Buenos Aires 1959

Jiménez de Asúa Luis
Tratado de Derecho Penal, Tomos III, IV, V y VI
Segunda Edición
Editorial Lozada S.A., Buenos Aires 1956

Jiménez Huerta Mariano
Derecho Penal Mexicano, Tomo I y II
Quinta edición
Editorial Porrúa S.A., México 1985

Maggiore Giuseppe
Derecho Penal, Tomo I
Traducción a la Quinta edición
Editorial temis S.A. Bogotá 1985.

Manzini Vincenzo
Tratado de Derecho penal, Tomo II
Editorial Ediar S.A. Buenos Aires 1948

^E
Mezger Edmundo
Derecho Penal, Parte General, Libros de Estudios
Traducción de la Sexta Edición Alemana 1955
Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires 1958.

Mezger Edmundo
Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II
Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957.

Núñez C. Ricardo
La Culpabilidad en el Derecho Penal
Editorial De Palma Buenos Aires 1956.

Palacios Vargas J. Ramón
Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal
Primera Edición
Editorial Trillas, México D.F. 1978.

Pavón Vasconcelos Francisco
Imputabilidad e Inimputabilidad
Primera edición
Editorial Porrúa S.A., México 1983

Pavón Vasconcelos Francisco
Manual de derecho Penal Mexicano, Parte General
Décima Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1991.

Porte Petit C. Celestino
Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal
Septima Edición
Editorial Porrúa S.A. México 1982

Porte Petit C. Celestino
Apuntes de Clase, Facultad de Derecho C.U., UNAM
México 1983.

Porte Petit C. Celestino
Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal
Séptima Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1982.

Porte Petit C. Celestino
Programa de la Parte General de Derecho Penal
Primera Edición
Editorial UNAM. México 1958.

Osorio y Nieto Cesar Augusto
El Homicidio
Primera Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1991

Soler Sevastián
Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomos I y II
Primera Reimpresión Total
Editorial Tipográfico Editora Argentina, Buenos Aires 1951.

Rivera Silva Manuel
El Procedimiento Penal
Décimo cuarta Edición
Editorial Porrúa S.A., México 1984.

Vela Treviño Sergio
Antijuridicidad y Justificación
Segunda Edición
Editorial Trillas S.A., México 1986.

Vela Treviño Sergio
Culpabilidad e Inculpabilidad
Primera Reimpresión
Editorial Trillas S.A., México 1977.

Von Litz Franz
Tratado de Derecho Penal, Tomo II
Tercera Edición
Editorial Reus, Madrid 1927.

Zaffaroni Eugenio Raúl
Manual de Derecho Penal, Parte General
Primera Edición
Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.

Zaffaroni Eugenio Raúl
Síntesis de Algunas Implicaciones del Concepto Finalista de la
Conducta en la Teoría General del Delito.