

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
Facultad de Derecho

**PENALIDAD DEL INFANTICIDIO GENERICO  
Y HONORIS CAUSA.**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**

**Licenciado en Derecho**

**P R E S E N T A**

**ENRIQUE ALBERTO RODRIGUEZ OROPEZA**

**México, D. F.**

**1973**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**A mi padre:**

**Prof. Alfonso Rodríguez Mancilla**

**Quien ha sido ejemplo de honradez y rectitud,  
vaya esta tesis con agradecimiento y admiración.**

**A mi madre:**

**Sra. Genoveva Oropeza de Rodríguez**

**Con un eterno cariño y ternura a quien  
me dio la vida, y por sus esfuerzos que  
han normado mi conducta.**

**A mis hermanos:**

**Con fraternal cariño**

**ALFONSO**

**CARLOS**

**GRACIELA**

**REBECA.**

**A mi esposa:**

**Susana Martínez de Rodríguez**

**Con todo cariño por sus elevadas cualidades  
de abnegación, sacrificio y fe inquebrantable  
para la culminación de este trabajo.**

**A mis hijos:**

**Con cariño**

**ARACELI  
ANA  
OMAR  
CESAR  
HUGO  
ERICK.**

**A mis maestros:**

**Con infinita gratitud por haber hecho  
realidad este trabajo con sus valiosas  
orientaciones**

**LIC. FERNANDO CASTELLANOS TENA**

**y**

**LIC. PEDRO HERNANDEZ SILVA**

**A mis tios:**

**Licenciados LORENZO, NORBERTO Y GILBERTO  
OROPEZA QUIROZ**

**Quienes con sus enseñanzas y consejos han  
sido guía de mi carrera.**

**Al Honorable Jurado.**

**A La Universidad.**

**A mis amigos.**

PENALIDAD DEL INFANTICIDIO  
GENÉRICO Y HONORIS CAUSA

PROLOGO.

CAPITULO I

EL DELITO

	Pág.
1.- Concepto de delito. . . . .	13
2.- Elementos del delito, su estudio jurídico substancial. . . . .	20
3.- Corrientes o Escuelas que estudian al delito. . . . .	32

CAPITULO II

EL INFANTICIDIO

1.- El infanticidio, su definición . . . . .	43
2.- Exposición histórica. . . . .	47
3.- El infanticidio en la legislación mexicana, Códigos de 1871, de 1929 y legislación vigente. . . . .	50

CAPITULO III

1.- Elementos constitutivos del delito de infanticidio. . . . .	58
2.- Su relación de este delito con el aborto. . . . .	75
3.- Modos de comisión de esta figura. . . . .	77

CAPITULO IV

1.- La punibilidad en el delito de infanticidio. . . . .	81
2.- Penalidad en el infanticidio genérico y honoris causa. . . . .	93
CONCLUSIONES. . . . .	100
BIBLIOGRAFIA. . . . .	101

## PROLOGO

Este trabajo no pretende ser, en forma alguna, un estudio jurídico profundo sobre los problemas del ilícito que se plantea. Juristas y estudiosos del Derecho seguramente no encontrarán en él ninguna novedad. Para adentrarse en cualquier rama del Derecho se requiere una preparación y una capacidad de análisis muy cuidadosa.

Mi respeto a la ciencia del Derecho, y mi anhelo por la superación y justicia de nuestra legislación, me conducen a concluir que sólo llenando esas características, puede escribirse una obra científica sobre esta materia.

El presente trabajo tiene un carácter mas bien de divulgación sobre algunos aspectos del delito de infanticidio, tratándose particularmente el tema de la penalidad en el mismo. Queriendo ser realista y con la mayor objetividad posible en el es-

tudio del problema que planteamos, si estimar que la legislación debería de tomar en cuenta consideraciones humanas, o ser más -- drástica con la imposición de un mayor castigo e intimidación, - para poner fin a los desastres familiares, y también a sus repercuciones en toda la sociedad.

Al presentar las conclusiones a que se ha llegado, - pido a los que tengan la amabilidad de ver este trabajo, que sólo vean en él, el sincero esfuerzo de quien empezando a abrirse-paso en la vida profesional, quiere superarse, perdonándome los-errores que, debido a mi poca experiencia contenga esta tesis.

Por último y tomando en cuenta lo antes expuesto, someto a la generosa y benévola consideración del Honorable Jurado este trabajo, esperando que no juzguen con severidad al emitir - su autorizada opinión.

**CAPITULO I**  
**E L D E L I T O**

- 1.- Concepto de delito.**
- 2.- Elementos del delito, su estudio jurídico substancial.**
- 3.- Corrientes o Escuelas que estudian al delito.**

## E L D E L I T O

Concepto de delito. El delito es siempre un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior; el acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, no es jamás punible.

El Derecho Penal se ocupa pues, sólo de las manifestaciones de la voluntad criminal; no de la voluntad delictiva en cuanto a tal, tampoco son relevantes para el Derecho Penal los actos que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos o voliciones; siendo el delito voluntad que se actúa; impulso que se exterioriza; pensamiento que desemboca en una conducta.

Entendido el delito como manifestación de la voluntad criminal, para los tratadistas la definición del mismo ha sido diversa, sin que en la actualidad se tenga una

de validez universal. Toda vez que las conductas que en una época de acuerdo con las exigencias y costumbres de los pueblos, se estiman o se estimaron delictuosos, en otros tiempos dejan de tener ese carácter, así también comportamientos que antes no se tenían por delitos, han llegado a considerarse como tales.

La noción vulgar que se tiene de delito se requiere a que es un acto sancionado por la ley con una pena. Definición que esta muy lejos de ser precisa, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos.

La palabra "delito", deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere vian o rectam vian: dejar o abandonar el buen camino.(1)

Carrara<sup>o</sup> dijo que el delito es, esencialmente, una infracción; separación del buen camino y de la disciplina trasados por el Derecho; transgresión de las disposiciones que regulan el orden social. Y como principal exponente de la escuela clásica define al delito, "La infracción a la ley del Estado, promulgada para porteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".(2) Carrara<sup>o</sup> da importancia al elemento específico del delito por definir, que el mismo no es una acción sino una infracción, por ser este dato de antijuricidad lo que lo identifica y lo

(1) I. Villalobos. Derecho Penal Mexicano. pág. 200. 2a. edic. Porrúa. 1960.

(2) Fdo. Castellanos T. Lineamientos Elementales de D. P. pág.113

distingue; del abandono de la ley moral, de la violación de la ley divina. Además puntualiza la naturaleza de éste como la infracción de una ley penal, expresión selectiva de la -antijuricidad, o sea, la prohibición contenida en esa ley -quebrantada, elemento que ha dado origen a la doctrina de -la tipicidad.

En virtud de la necesidad doctrinal para los estudios penales, de formar una definición substancial, de contenido, una noción plena, de aspecto material o formal, -se han emitido definiciones sociológicas, esenciales, integrales etc..

Definición sociológica, la posición de los positivistas se limitó en decir que el delito es un hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y sociales, sin diferenciar una definición con independencia de toda valoración legal. Rafael Garófalo quiso remediar esta deficiencia, buscando una noción del "delito natural", y dice; que la palabra "delito" no es un tecnicismo, ni ha sido creada -por los legisladores sino que existe en el lenguaje popular.

De lo anterior deducimos que el razonamiento del jurista, resulta erróneo, ya que su investigación no va dirigida al fenómeno delito en sí, sino más bien a la palabra delito, es decir, una investigación lingüística y no --criminológica.

Rafael Garófalo, define al delito natural como "la violación de los sentimientos altruistas de providad y de piedad, en la medida media indispensable para la adap-

tación del individuo a la colectividad.(3)

Partiendo de que, el derecho legislado trata de interpretar las necesidades del bien común, de la seguridad pública; se hace notar que es una base falsa para una noción jurídica la emitida por Garófalo, al referirse a sentimientos individuales y no a necesidades colectivas.

Feuerbach, Mittermaier, Carnignani y Carrará distinguieron entre el delito natural y delito legal, lo -- lo que en substancia no es sino la vieja distinción entre delicta mala in se y mala guía prohibita; en tanto que muchos otros como Frank, Pessina y el mismo Carrará ensayaron también la separación del contenido del delito, señalando especialmente Oudot, como Rossi, la oposición a la ley moral, -- que es lo mismo que analiza Garófalo como la violación del "sentido moral",(4)

Como consecuencia debemos convenir en que, -- de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como "hecho natural", que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los Códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

Definición jurídica del delito. Toda definición sobre el particular debe ser jurídica en mayor o menor

(3) I. Villalobos, Derecho Penal Mexicano, págs. 199 y ss., 2a. edic. 1960.

(4) Derecho Penal Mexicano, pág. 200 2a. edic. I. Villalobos.

grado, por el hecho de tratarse de una esencia jurídica, excluyendo puntos de vista causales, filosóficos etc., siendo necesario concentrarse exclusivamente en el terreno de lo jurídico; con el propósito de integrar una descripción que no resulte parcial que sólo haga referencia al aspecto formal. "Debiendo obtener una noción completa; que no sólo abarque los elementos esenciales considerando una definición del objeto que trata de conocerse sino que, en una fórmula simple y concisa, lleve consigo lo material y formal del delito,-- permitiendo un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleva consigo sus dos aspectos; formal y material; dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre la culpabilidad, toma este último como -- verdadero elementodel delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies".(5)

Entre las definiciones que sobre el delito se han emitido, desde el punto de vista jurídico en su aspecto formal y material, nos referiremos a algunas de ellas.

Desde el punto de vista formal, la verdadera -

(5) I. Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 201. 2a. edic 1960.

noción, expresan los tratadistas, es la imposición en la ley positiva de la amenaza de una pena por la realización de determinada conducta, ya que el delito formalmente hablando se caracteriza por su sanción penal.

Edmundo Mezger dice, el delito es una acción-punible, o sea, el conjunto de presupuestos de la pena.(6)

Ahora bien, la pena es la reacción de la sociedad o del medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito, por lo que no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz, de la caracterización del delito.

Cuello Calón manifiesta que el delito es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible.

Para Jiménez de Asúa el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a ciertas condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.(7)

El maestro Jiménez de Asúa, considera en su definición, como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

Desde nuestro punto de vista, tanto la punibilidad como las condiciones objetivas de penalidad, no son elementos esenciales del delito, por lo que trataremos en su oportunidad con un análisis al respecto.

En nuestras codificaciones nos encontramos con

(6) Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid. 1955. pág.156.

(7) La Ley y del Delito, pág. 256. edic. A. Bello, Caracas.

las siguientes definiciones:

El Código Penal de 1871 establecía que, el delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.(8)

El Código Penal de 1829 define al delito como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal actual establece como concepto del delito el artículo 7 "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". De acuerdo con este concepto una conducta será delictuosa siempre que esté sancionada por las leyes penales.

Es de notarse que la definición que sobre el delito da nuestro Código vigente, resulta inexacta, ya que en el mismo establece delitos no punibles, como son las excusas absolutorias, en las que la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica. Ignacio Villalobos sostiene: "el estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absoluta y no por eso pierden su carácter delictuoso. No conviene a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias, o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos..."(9)

(8) Franz Von Listz, Filosofía del Derecho Penal. pág. 162-163 Salamanca, 1878.

(9) I. Villalobos. Derecho Penal Mexicano. pág. 193. 2a. edic. 1960.

En 1949 y en 1958 surgen los antiproyectos para el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, -- así como para el Código Penal Tipo en 1963; en estos Códigos la definición de delitos se omite, por considerar inoperante su inserción en el cuerpo legal, como lo establece la Ley Vigente en su parte general, si los hechos que constituyen delito, se mencionan en la parte especial. Napodano (10) ya había hecho tal consideración. Por su parte así también lo manifestaron Asúa y Oneca al decir que, "las definiciones nada enseñan a los doctos, ni aclara a los profanos, que el legislador debe abstenerse de emitir concepto, sobre el delito (11)

Elementos del delito, su estudio jurídico substancial.

El estudio jurídico substancial del delito, -- lleva el propósito de superar descripciones parciales que sólo lo hacen referencia al aspecto formal del delito, aspecto -- que suministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos; como descripciones que pongan el acento con el contenido material de cada elemento. Tratando para el efecto de lograr una noción-completa, que no sólo abarque todos los elementos esenciales de manera que pueda considerarse como una verdadera definición del objeto que trata de conocerse sino que, lleve consigo lo material y lo formal del delito, y que permita un estudio

(10) Diritto Penale Italiano, T.I, pág. 58.

(11) Derecho Penal, Tomo I. págs.103 y 104. Madrid. 1949.

dio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble.  
(12)

Por su parte la posición del sistema unitario o totalizador, considera que el delito es como un bloque monolítico, no pudiendo dividirse, encontrando la esencia de éste en el todo o interior del mismo.

En contraposición tenemos la teoría analítica o atomizadora que para el estudio del ilícito, hay que avanzar sus elementos constitutivos en forma individual, sin que el conocimiento de sus partes, implique, la negación de que el delito integra una unidad. Cavallo manifiesta que, el método a seguir para el estudio del delito, es necesario tomar en cuenta una investigación general en su unidad; y después desde el punto de vista analítico, o sea, que tanto como un todo orgánico como en todos y cada uno de los elementos que lo componen.

Una vez expuestas las anteriores manifestaciones, consideramos que, el método acertado para el estudio jurídico substancial, es el analítico o atomizador, ya que, es necesario para llegar a concebir el todo o unidad, tener conocimiento de las partes esenciales o integrantes, de lo contrario la falta de una de ellas imposibilitaría llegar a la unidad, que es como efectivamente se considera al delito.

Por lo dicho advertimos que el método a seguir es el analítico o atomizador, por lo que en breve pasamos al

(12) Lineamientos Elementales de D. P. pág. 116 y 117. edic. 6a.

estudio integral de los elementos del delito. Encontrándonos que al respecto existen diversos criterios, en cuanto a cuales son los elementos integradores del delito, surgiendo con concepciones bitómicas, tritómicas, exatómicas, heptatómicas, - etc.; Edmundo Mezguer elabora una definición jurídico substancial, al expresar el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.(13)

La acción y la omisión constituye dos formas - de manifestarse o exteriorizarse la voluntad, o dos especies de un género que es la conducta, una actuación del hombre o una conducta humana.

La tipicidad es una forma de lo antijurídico-- relevante para el Derecho Penal; y al crearse por la Ley un tipo penal con ello significar que la antijuricidad del acto descrito corresponde a la categoría delictuosa, ampliamente se afirma la existencia de esa antijuricidad. Tomando en cuenta el principio de legalidad en los delitos, lo antijurídico que alcanzan las dimensiones del delito, se califica o determina por la ley mediante la tipicidad, existiendo unificación de un acto que no es solo antijurídico sino típicamente antijurídico.

Por otra parte tomando en cuenta que no todo - lo antijurídico es delictuoso, es necesaria una especial antijuricidad para que el acto recaiga en la esfera de lo criminal, especialidad que puede consistir sólo en su gravedad-

(13) Tratado de Derecho Penal, T. I. Madrid 1951. pág. 156.-

o en el peligro que significa determinado género de conductas, que el legislador aprecia que la especialidad del acto humano como delito, debe ser antijurídico y culpable.

Cuello Calón dice que el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.(14)

Jiménez de Asúa dice: delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.(15) En esta definición el maestro Jiménez de Asúa considera como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

Como mencionamos con anterioridad nosotros no consideramos a la punibilidad, ni las condiciones objetivas de penalidad, elementos esenciales del delito.

Partiendo de que la punibilidad, es el merecimiento de una pena, se entiende a la misma como algo externo al delito mismo, ya que esta se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

El delito es oposición al orden jurídico, a lo que se le da el nombre de antijuridicidad, oposición objetiva; y oposición subjetiva o culpabilidad, la pena es pues, - el medio de represión del delito para garantizar el orden ju

(14) Derecho Penal, 8a. edic. pág. 236.

(15) La Ley y el Delito, pág. 256, edit. A. Bello. Caracas.

rídico.

El maestro Fernando Castellanos, advierte que la punibilidad y la pena son diferentes; la primera es calidad de conducta, la que por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; siendo la pena el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito.(16)

La realización del acto u omisión que se consideran como delitos son sancionados, pero no por el único hecho de ser sancionados son delictuosos.

La posición del profesor Porte Petit en cuanto a la punibilidad como elemento del delito, en un principio, expresó que no era consecuencia del delito sino elemento esencial del mismo, ya que el artículo 7o del Código Penal establece que, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal.(17) Actualmente dice que, cuando la ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, la cual sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento del delito sino su consecuencia.

Pavón Vasconcelos manifiesta que, de acuerdo con la teoría de la ley penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento-

(16) Lineamientos Elementales de D. P. pág. 118 edic. 6a.

(17) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 59, - México, 1954.

esencial del delito.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, podemos afirmar que tampoco son elementos esenciales del delito, ya que tales condiciones solo se dan en algunos delitos y por lo tanto no pueden referirse a la esencia común de todos ellos. Para Ignacio Villalobos, esencia es necesidad; es no poder faltar uno solo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo que estas condiciones de objetividad, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado. (18)

Quedando como elementos esenciales del delito: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; siendo la imputabilidad presupuesto necesario de la culpabilidad.

Los presupuestos son los antecedentes lógico-jurídicos de los hechos materiales y psicológicos necesarios para poder advertir o encontrar la existencia. "Los presupuestos se subdividen en esenciales y accidentales; los primeros son los que sin cuya existencia no es dable el delito; los accidentales son los que su ausencia implica una variación del delito. En los presupuestos tenemos una prelación y una prioridad; la prelación en sentido general se entiende como la preferencia o anticipación, con que se estudia un problema con respecto de otro, con el cual se vincula o se

(18) Derecho Penal Mexicano, pág. 206. 2a. edic. Porrúa 1960.

compara; la prioridad, es la preferencia o anticipación necesaria que un punto a estudio tiene respecto de otro, por el carácter fundante del primero sobre el segundo, y así sucesivamente!(19)

En la realización del delito se dan todos sus elementos constitutivos; observando inicialmente si hay conducta; luego constatar si dicha conducta típica está o no -- protegida por una justificante, y de no ser así, existe la -- antijuricidad; también es necesario investigar la capacidad -- volitiva; imputabilidad, por último tomar en cuenta la con -- ducta típica y antijurídica que es imputable, del autor, para determinar si obró con culpabilidad. "Entre los factores -- integrantes del delito no existe prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica".

Jiménez de Asúa, en "La Ley y el Delito" trata los elementos del delito, en donde abarca los que como hemos visto no consideramos esenciales. Así también hace mención -- al aspecto positivo y negativo del delito; teniendo dentro -- del primer aspecto la actividad, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y la -- unibilidad; en el aspecto negativo la falta de acción, ausencia de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad, inculpabilidad, falta de condición objetiva y excusas -- absolutorias.(20)

Para nosotros en contraposición a Jiménez de --

(19) Apuntes, Carlos Vidal Riverol. 1969.

(20) Pág. 259, edit. A. Bello Caracas, 1945.

Así que emplea la palabra "acto", y que comprende el aspecto positivo "acción" y negativo "omisión", adoptamos el término "conducta" en el que tenemos tanto el hacer positivo como el negativo, es decir, que dentro de este concepto puede comprenderse la acción y la omisión.

En nuestro Código Penal la definición que el artículo 7o. da del delito, al mencionar que es un acto u omisión que sancionan las leyes penales, se desprende que contiene como elementos integrantes de este precepto, a la conducta y a la tipicidad. Pero en un análisis con mayor detenimiento, se desprende la existencia de la culpabilidad, y por tanto la antijuricidad, por establecer un orden jurídico contra el que hay una oposición objetiva.

Así tenemos que la conducta, elemento objetivo por excelencia es el actuar humano positivo o negativo empujado a la realización de un propósito. Por Petit dice: la conducta es el hacer voluntario o no hacer voluntario, o no voluntario. Para él, el elemento debe denominarse conducta o hecho según el caso, conducta es la fase inicial y la confirmación de un resultado material será el hecho, o sea, cuando se produce una mutación en el mundo externo. La ausencia de conducta, aspecto negativo, será la desaparición de la misma por fuerzas extrañas, y no dependientes de la voluntad del sujeto; causas que impiden la integración del delito y que difieren su procedencia, ya que se deriven del hombre, o de la naturaleza.

La tipicidad y el tipo; entendemos por tipo --

desde un punto de vista general como un símbolo representativo de alguna cosa, a la que suministra o proporciona fisonomía propia; ahora bien el tipo penal, es la terminante descripción de una conducta antijurídica de la ley. La tipicidad como consecuencia será el encuadramiento de la conducta a los elementos objetivos, normativos y subjetivos contenidos en el tipo. Cuando hay adecuación de la conducta al tipo, diremos que esa conducta, es típica y por consiguiente no se encuentra dentro de las causas de justificación que establece el artículo 15 del Código Penal, por lo mismo, se le considera antijurídica, también se le considera culpable, por lo preceptuado en los artículos 8o y 9o fracción II, del Código Penal, al no existir una causa de inculpabilidad; así mismo la conducta resulta punible, a excepción de existir una excusa absolutoria prevista por la ley.

A falta del encuadramiento de la conducta en el tipo, estaremos frente a la atipicidad, aspecto negativo, que bien podría ser por la carencia de falta de previsión por el legislador de una conducta, que en tal circunstancia será una conducta responsable.

El elemento antijuricidad, es la rebeldía y oposición objetiva de la conducta en contra del derecho. Considerando a la antijuricidad como un juicio de valor puramente objetivo, se desprende que se merece sólo al acto o a la conducta humana externa y por consiguiente, mediante un juicio de valor, podemos determinar si una conducta es antijurídica: Porte Petit sostiene como conducta antijurídica, -

aquella que además de ser típica se encuentra fuera de la - protección de una causa de justificación; para Carlos Binding, el delito es el acto que se ajusta a lo preceptuado en la - ley penal; no hay tal violación de la ley pero se secciona - lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Vgr. no matarás; si se mata se quebranta la norma pero no la ley. Binding considera a la norma como la creadora de lo an - tijurídico y la acción punible, por la ley.

" Si observamos que lo antijurídico aparece - aun cuando no se contradigan las normas, se derrumban las - tesis de Binding y Mayer, quién por su parte dice que la an - tijuridicidad se considera como al contradicción a las nor- mas de cultura reconocidas por el Estado. Tal situación ocu - rre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente - al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro - ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una - conducta antijurídica en nada vilatoria de las normas de -- cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la - concepción de Mayer, si la antijuricidad consiste en la con- tradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuricidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica -- viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídi- - cos que, como vimos, no infringen los valores coletivos. En- realidad, lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron-

el doble contenido de la antijuricidad: formal y material".  
(21)

Lo antijurídico en principio es lo que resulta contrario a derecho, pero esa antijuricidad se absorbe dentro de una juricidad *lato sensu*, o sea, lo que se opone a derecho pero pertenece a su ámbito.

Su aspecto negativo de la antijuricidad son, las causas de licitud o justificación, "que son el conjunto de condiciones o circunstancias reconocidas por la ley, que poseen o tienen la fuerza suficiente para eliminar la antijuricidad de una conducta típica" el artículo 15 de nuestro Código Penal prevé estas causas de justificación.<sup>(22)</sup>

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho. Algunos autores consideran a la imputabilidad como elemento autónomo, otros dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. También se considera que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad es decir, que para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable, que el individuo tenga conocimiento del acto que va a realizar, que tenga capacidad de entender y querer. Por consiguiente la inimputabilidad, aspecto negativo, será el conjunto de condiciones, motivos, causas o circunstancias que eliminan el entender o voluntad del sujeto, y que se aprecian cuando momentáneamente se realiza la conducta delictiva

(21) Fdo. Castellanos. Lineamientos Elementales de D.P., pág. 232 y ss.

(22) Apuntes Carlos Vidal Riverol. 1969. D.P.

sa.

Nosotros aceptamos la posición que considera a la imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad es la rebelión subjetiva en contra del derecho. - Para Cuello Calón la culpabilidad es la justificación de la reprochabilidad hecha a las relaciones psíquicas, existentes entre un autor y su conducta.(23)

Jiménez de Asúa dice, que la culpabilidad es el conjunto de antecedentes y presupuestos que justifican - el juicio de reprochabilidad de una conducta antijurídica.(24) El maestro Porte Petit manifiesta que es un nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

Al considerar como decimos que la culpabilidad es la rebeldía subjetiva en contra del derecho, la antijuricidad será el aspecto objetivo en contra del derecho.

La inculpabilidad se presenta cuando en el sujeto concurren determinadas circunstancias legales o extra-legales que impiden o imposibilitan su oposición o rebeldía manifiesta hacia el derecho.

Aún no considerando nosotros a la condicionalidad objetiva y a la punibilidad, elementos esenciales del delito, estimamos pertinente y necesario referirnos a éstos.

La condicionalidad objetiva es el conjunto de requisitos que circunstancialmente y con carácter previo, - se exigen para que el Estado en condiciones normales pueda-

(23) La Ley y el Delito. pág. 444, Caracas, 1945.

(24) La Ley y el Delito. T. I, pág. 290. 8a. edic.

aplicar la sanción.

La punibilidad es el merecimiento a la aplicación de la sanción, por virtud de la realización de una conducta delictuosa. Como hemos dicho nosotros no consideramos a la punibilidad elemento esencial del delito, toda vez que existiendo actos o conductas, que en virtud de su manifestación se pueden considerar como ilícitas, pero que en circunstancias especiales no son punibles.

Las excusas absolutorias son el conjunto de condiciones legales que eliminan la aplicación de la pena, no obstante la subsistencia de la conducta delictuosa. Estas se encuentran contenidas en la ley estableciéndose la no aplicación de la sanción, dejando subsistente la conducta que en virtud de la política criminal el legislador a considerado, que en determinadas circunstancias no se aplique la pena.

Corrientes o Escuelas que estudian al Delito.

Las Corrientes filosófico-penales que principalmente han incluido en nuestra materia son: La Clásica, - La Positiva y la Ecléctica. En la "Escuela Clásica", tenemos como principal exponente a Francisco Carrará, de quien antes de hablar veremos el pensamiento anterior a él. "La Filosofía de todos los tiempos- escribe Carrancá y Trujillo", ha reconocido la justificación del Estado para castigar, si bien fundamentandola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación. La iglesia, concibe el delito como un pecado y la pena como una penitencia. La edad me-

dia siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón del Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos, las penas quedaron por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas. En el humanismo y el renacimiento sienta Grocio la base contractual del Derecho Penal; en el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena... Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral. (25)

Haremos referencia a los principales exponentes de la Escuela Clásica del Derecho Penal:

Giandomenico Romagnosi, niega la existencia del contrato social, al afirmar que es precisamente la necesidad de los individuos, la que los obliga a buscar su satisfacción y como consecuencia su felicidad; para él las penas deben aplicarse con fines regenerativos, con la finalidad inmediata de intimidar al individuo, o de lo contrario la pena resulta inútil.

Manuel Kant observó un caos en su época, que mostraba una arbitrariedad de los gobernantes, por lo que decía, que debía lucharse porque a todos los hombres se les tratara en igualdad de circunstancias, existiendo una paridad entre gobernantes y gobernados; la aplicación de las pe

(25) Derecho Penal Mexicano, T. I, pág. 114, 4a. edic. 1955.

nas no deben ser con amplia libertad, sino de justificación social, porque son un imperativo categórico, imperio de la necesidad que justifica la aplicación de las sanciones; no debe existir pena sin culpa, ni culpa sin pena; afirma que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo que se aproxima al principio del talión, llegando a aceptar excepcionalmente la pena de muerte. (26)

Feuerbach, este autor es creador de la teoría llamada "La Intimidación", o sea, que la función principal de la pena es reflejar sufrimiento y coacción psicológica en el sujeto que la recibe, para inhibir su instinto criminal; para él no deberá existir un delito si no es previsto por la ley (nulla poena sine lege). La aplicación de una pena supone la existencia de la acción prevista por la amenaza legal (nulla poena sine crimine).

Federico Hegel, manifiesta que a la voluntad racional, de que un delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito. (27)

Carlos David Augusto Roeder, menciona la necesidad de que las penas, tengan un carácter de prevención, - la pena y la sanción deben de llegar a lo más íntimo del sujeto, para que comprendan su desadaptación dentro de la sociedad, persiguiendo como fin el convertir al sujeto en ele

(26) Derecho Penal, T.I, pág. 38. edic. 1947 Cuello Calón.

(27) Derecho Penal, T.I, pág. 40. edic. 1947 Cuello Calón.

mento útil a la sociedad.(28)

Giovani Carmignani, consideró que el Derecho debe crearse para garantizar la seguridad e independencia de los hombres en sociedad. La moral para ir en búsqueda del perfeccionamiento de las cualidades del hombre, de ahí que deben concurrir ambos para el efecto de lograr el bien común. El Derecho Penal debe tener como función primordial -- proteger a los individuos de los más graves daños o males -- que puedan aquejarlo, pero siempre tomando en cuenta el menor sacrificio de libertad. Para él, el Derecho Penal surge o se deriva de la necesidad; y la Política Criminal es el medio más idóneo y práctico para el cumplimiento de los fines del Derecho Penal. Se le considera como a Rossi precursor de la Escuela Clásica. (29)

Para Rossi, el Derecho Penal es consecuencia de un ordenamiento moral, combate cualquier sentido utilitario dado al Derecho Penal. Niega la existencia del Contrato Social, porque el ordenamiento moral base del Derecho es natural, no pragmático (idealista), es decir, dado por un ser supremo. La aplicación de las penas debe perseguir un criterio de proporcionalidad con el mismo peso y medida del daño causado (retribución), para efecto de confirmar, conservar -- el orden moral que ha sido dado.(30)

Por su parte Francisco Carrará manifiesta que, el Derecho es congatural al hombre, porque le ha sido dado

(28) Derecho Penal T.I, pág. 39 y 40. Cuello Calón.

(29) Eusebio Gómez Tratado de Derecho, pág. 60, Buenos Aires, 1939.

(30) Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal. Edic. Argentina, 1941.

por un ser supremo para que cumpla con sus fines dentro de la propia sociedad. Es elaborador y ensayador del principio fundamental del clasicismo que es el "libre albedrío", libertad del individuo para seleccionar su destino.

Carrara define al delito como, "La infracción a la ley del Estado, que ha sido promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". Esta definición tiene una amplitud que puede abarcar cualquier ilícito, aun no siendo penal.

Según los autores que hemos visto, se deduce que como características del clasicismo tenemos la igualdad de derechos, el libre albedrío, la responsabilidad moral, - la pena proporcional al delito cometido y el empleo del método deductivo.

El positivismo entiendase como todo sistema filosófico o científico que utiliza como método de investigación el causal explicativo, niega toda noción a priori, rechazando todo concepto universal y absoluto. Como principales representantes veremos a César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrique Ferri.

César Lombroso, es el impulsor de la Antropología Criminal, su principal obra es "El Hombre Delincuente en 1876", en la que expresa que, en todos y cada uno de los sujetos existen determinados caracteres somáticos que son inconfundibles respecto de todos aquellos que puedan consi-

derarse como seres normales. Así que un delincuente tendrá que delinquir forzosamente, porque no es un ser normal; él afirma que esas características son determinantes, dice, el delincuente es un ser atávico, con regresión hacia el salvaje, además es un ser epiléptico y un loco moral.(31)

Rafael Garófalo, explica que las causas del delito, no se encuentran tanto en el medio ambiente, como sí en la naturaleza degenerada de los sujetos. Crea la teoría de la "Temibilidad", en la que manifiesta que, precisamente en razón de la gran peligrosidad que refleja el delincuente para la sociedad se justifica la aplicación de las sanciones; las penas deben buscar readaptación, pero si el individuo es incorregible la sanción sera extinguirle. Garófalo crea la definición de Derecho Natural diciendo que es "la violación a los sentimientos altruistas, de piedad y --providad, en la medida media e indispensable para la adaptación del hombre en la sociedad.

Enrique Ferri, lucha y combate lo benigno de las penas del clasicismo; acepta la clasificación del delincuente en locos, natos y habituales a quienes se les deben aplicar penas extintivas, y en ocasionales y pasionales cuya pena será regeneradora. Dice que la causa fundamental de la delincuencia, es el medio ambiente; niega el libre albedrío, considerando culpable al sujeto por el hecho de vivir en sociedad; para él la defensa social, es la aplicación de la pena

(31) Apuntes de Derecho Penal. Carlos Vidal Riverol. 1968.

na, la que debe ser indeterminada, o sea, que debe ir en -  
proporción a la peligrosidad.

Según los criterios vertidos por los precursores del positivismo tenemos las siguientes notas sobresalientes: como punto de mira el delincuente; como método de investigación el inductivo; la negación del libre albedrío; determinismo en la conducta humana; la pena con fines de defensa-social y aplicable en proporción a la peligrosidad; también se da mayor importancia a la prevención sobre la retribución.

Breve crítica a la Escuela Positiva del Derecho Penal. Esta corriente en la actualidad ha caído en desuso como sistema jurídico, al ponerse de manifiesto que los positivistas no elaboraron Derecho, sino ciencias naturales. El hombre tiene facultad de elección entre varias posibilidades ya que de lo contrario se negaría la existencia del Derecho, pues las normas que lo integran expresan siempre un deber ser dirigido a la conducta humana. Así si una norma impone el cumplimiento de una obligación, supone que sea dable - se efectúe un comportamiento contrario, y no una expresión-- de algo que fatalmente acontece. Los positivistas crearon -- ciencias de la naturaleza, como antropología y sociología -- criminales; es decir, dieron auge a los estudios causales -- explicativos del delito, los cuales, sin duda, debe tener -- muy en cuenta el legislador penal, pero siguiendo métodos -- experimentales, inductivos, adecuados a tales conocimientos, más no propios, de las disciplinas jurídicas, que no traten de causas fenomenológicas, sino de señalar causas de la conduc

ta, por su fin esencialmente normativo.

Villalobos manifiesta con respecto de la posición de considerar al delito como un fenómeno natural: "Si para Ferrí el delito, como acto del hombre, es un producto de su organismo, se sobreentiende entonces que está determinado por leyes biológicas, por leyes naturales, es decir, por leyes de necesidad como las de gravedad, de la presión de los líquidos o de la digestión; y esto es un error que se explica solo por un concepto de la psicología como ciencia de una clase de fenómenos cuyo carácter específico se quiere mantener en la penumbra del incognosible. Por esto Quintiliano Saldaña, incapaz por su fuerza de pensamiento de caer en este simplismo y hacer caso omiso de la parte más importante en la génesis de los actos del hombre dijo: no son las fuerzas de dentro o las fuerzas de fuera de nosotros las que determinan el delito; son todas, absolutamente todas las fuerzas de la naturaleza, obrando a través de una voluntad. La conducta del hombre rige por motivos y por esto es posible dictarle normas de obligatoriedad...Y si admitiéramos un determinismo materialista y con ello que los actos del hombre son producto de su organismo y se rigen por leyes naturales, sería monstruoso insistir en conminar con sanciones a sus autores, pues tanto valdría que a los vientos les prohibiéramos soplar, al agua despeñarse cuando le falta apoyo, o que escribiéramos códigos amenazando con presión o con multa al que no haga la digestión o al que utilice para su respiración oxígeno; éstos si son hechos natu-

les"4(32)

## Tendencias eclécticas.

La Escuela Italiana representada por Bernardino Alimena y por Manuel Carnevale, acepta el método causal explicativo, sin olvidar los fines jurídicos que persigue el Derecho Penal; acepta que las penas sean con fines de defensa social, sin olvidar la individualización de las sanciones. Tiene un enfoque en la conducta cometida, sin tomar en cuenta la defensa social, o sean factores como atenuantes, peligrosidad. La imputabilidad se toma no solo como capacidad para delinquir, sino también para captar y recibir la fuerza de la pena, es decir, cuando realmente se sufre; siendo importante en la aplicación de las sanciones la prevención, y en algunos casos la retribución, buscando utilidad y el menor sacrificio social.

La Escuela Alemana o Sociológica representada por Franz Von Liszt, corriente que se inclina por considerar como causas de criminalidad a varios factores, y uno de los fundamentales es el de tipo económico. Las penas deben buscar la protección de la sociedad y conservación del orden público. Jiménez de Asúa(33), dice que esta teoría se caracteriza por su dualismo, al utilizar métodos jurídicos de un lado y experimentales por el otro; por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligro-

(32) Derecho Penal Mexicano, pág.49. 2a. ed. Porrúa 1960. -

(33) La Ley y el Delito, ed. A. Bello, Caracas, pág. 71.

so y, en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad.

Es de considerarse como gran aportación de -- esta corriente el estimar que las penas de corta duración - deben desecharse, el delincuente que haya dado lugar a una infracción insignificante, debe dejársele en libertad con - la simple vigilancia del Estado. Posición por la que se con sidera a Von Liszt, precursor de la condena condicional adop tada por nuestro Código.

## CAPITULO II

## EL INFANTICIDIO

- 1.- El infanticidio, su definición.
- 2.- Exposición histórica.
- 3.- El infanticidio en la legislación mexicana, Códigos de 1871, de 1929 y legislación vigente.

### El infanticidio, su definición.

El delito de infanticidio se define como la privación antijurídica de la vida de una recién nacido, teniendo como condición lógica la privación de la existencia de la vida humana, el presupuesto necesario, sin el que la materialidad de la infracción - muerte - no puede registrarse. Si el delito consiste en la privación de la vida humana, de un recién nacido, es forzosa la previa existencia de la misma; el sujeto pasivo del daño de infanticidio, ha de ser un ser vivo, no obstante su precaria viabilidad.

El infanticidio teóricamente, es un homicidio disminuido de penalidad por ser cometido en un recién nacido por sus ascendientes, salvo que, respetando la tradición y para los efectos prácticos de su reglamentación, el legislador, lo ha desprendido del capítulo de homicidio integrándolo como una figura espe

cial. Garraud (1) dice: "La clasificación de este hecho como un delito especial, ha obedecido, tanto a un sentimiento de se veridad, de indignación contra el que mata a un ser débil y -- sin defensa, como a un sentimiento de piedad para la madre que mata al fruto de sus entrañas para ocultar su deshonor".

Al referirnos a la muerte, se dice, es la cesación de la vida. Esta definición, que aparentemente pertenece solo al sentimiento común, como indica ya, sin embargo, en que dirección debe buscarse aquello en que la muerte consiste. Como la cesación de la vida, la muerte es algo que le acontece a la vida misma, es algo que, al parecer, es inherente a ella.

Para la integración del delito a estudio, se habla del instante del nacimiento; teniendo un concepto definitivo de lo que debe entenderse por nacimiento, que establece una línea divisoria entre el infanticidio y el aborto. Este último delito presenta la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, es decir, la posibilidad delictiva de -- aborto cesa con la conclusión de la preñez, o sea el nacimiento del infante, acontecimiento en que se empieza a contar el plazo del infanticidio, siendo en nuestra legislación, el de setenta y dos horas. La legislación mexicana no nos dice lo que debe entenderse por nacimiento para los efectos legales; la dificultad consiste en determinar cuando el hijo ha de entenderse nacido, para distinguir este delito del de aborto. "Binding considera que el niño ha nacido cuando se haya separado en parte, aún cuando no sea por completo, de la madre, de modo que el influjo mor

(1) *Traté. Théorique et pratique du Droit Pénal Français.*  
Recueil Sirey, París, 1924. Tomo V.

tal pueda venir de fuera; análoga es la opinión de Holtzendorff, para quien basta que haya comenzado a vivir fuera del vientre - de la madre, sin que obste que una parte del niño esté aún dentro; para Olshausen la señal del nacimiento son los dolores del parto; Liszt afirma que el nacimiento comienza con la sensación de la respiración placentaria y con la posibilidad de la respiración pulmonar; Garraud, dice que no es preciso que el niño haya vivido la vida extrauterina; la muerte ejecutada in ipso partu, - momento del nacimiento -, todavía en el seno de la madre, sería seguramente un infanticidio; Kenny, dice que el nacimiento consiste en la expulsión completa del cuerpo del niño fuera de la madre, es decir, su entrada en el mundo; la expulsión parcial no basta".

El delito de infanticidio, para que se registre, necesitar es un hecho de muerte sobre el recién nacido, que en nuestro concepto, el elemento nacimiento, por sus características - técnico biológicas, debe ser establecido por un peritaje médico legista, una vez que el infante definitiva o parcialmente expulsado del seno materno su fisiología es ya autónoma y no tributaria de la fisiología materna.

Por otra parte tenemos, que en el caso de que el niño nace muerto y los padres, por ignorancia, pretenden su supresión del mundo de los vivientes, no puede existir la figura completa y acabada del delito de infanticidio; sin embargo, dado - lo extenso de nuestra definición de la tentativa, creemos que - el delito imposible de infanticidio será sancionable en aquellos casos en que se compruebe la temibilidad de sus autores por el -

empleo de los medios idóneos para haber causado la muerte. Jiménez de Asua considera que la tentativa, es la ejecución incompleta del delito; Maggiore afirma que la tentativa es la imperfección del delito; Francisco Carrará, dice que la tentativa es la degradación del delito por lo imperfecto de la acción, o la perfección de esta última que no se consuma por la existencia de un impedimento u obstáculo imprevisto; también dice, que al ser la tentativa con respecto a un delito consumado un resultado imperfecto, esto debe pesar menos en la balanza de la justicia. La razón por lo que la tentativa es punible, es primer lugar debe castigarse porque constituye un peligro que hace las veces de daño, aún cuando inferior respecto a aquel que se produce en forma completa; también así, en segundo término, porque al fin y al cabo la tentativa en sí ya constituye un mal, una infracción a la ley, aún cuando incompleta, ya es un propósito llevado a la acción que proyecta la desobediencia al imperio de la norma.

El infanticidio es frecuente en todo el mundo y es un problema especialmente dramático en países donde la planeación no se ejerce libremente y la responsabilidad paterna hacia los hijos no se controla adecuadamente por el Estado.

Casi todos los países tienen una legislación especial para este tipo de crimen, con miras a dar protección a una madre que frecuentemente seducida, soltera, sin experiencia, abandonada por el padre del niño y por su propia familia cree, en su desesperación, no poder encontrar otra solución a su problema que la muerte de su hijo.

Ante el cadáver de un recién nacido, muerto en circunstancias sospechosas es necesario un examen para establecer si el niño era viable, si nació vivo, la causa de la muerte y si ésta fué la consecuencia de infanticidio. Hay casos en los cuales es difícil o imposible establecer estos puntos y es conveniente advertir que para determinar sobre la materia se requieren conocimientos básicos de fisiopatología del recién nacido.

El único signo exterior que indica que el niño nació con vida es una zona de enrojecimiento que aparece a las treinta y seis horas en el sitio de inserción del cordón umbilical. Siendo necesario practicar el examen interno, en el cual el aspecto de los pulmones es de gran importancia, dándose actualmente mucha importancia a la prueba hidrostática pulmonar o docimasia pulmonar que consiste en establecer la capacidad de flotación en el agua es decir, si se hunden los pulmones en el agua el niño no ha respirado. En casos no complicados en los cuales se puede practicar la autopsia poco después del nacimiento esto es aceptable, pero hay muchos casos en que da resultados falsos, resultando la prueba de la docimasia inadecuada, ya que el niño pudo haber respirado in útero o en la vagina y sin embargo nacer muerto.

#### Exposición Histórica:

A efecto de tener una noción de las variadas manifestaciones del delito de infanticidio, a través de las diferentes épocas, trataremos en forma breve la evolución de este flicito en los diversos pueblos.

Antiguamente algunas tribus primitivas mataban a los

infantes, ya fuera por enfermedad o por causas de índole económicas. En Grecia y Roma primitivas, eliminaban a los infantes por razones de selección eugenésica, considerándose más adelante con el tiempo al infanticidio como un crimen, y ser severamente castigado, existiendo facultad sólo en el pater familias de disponer libremente de la vida de aquellos que se encontraban bajo su custodia, principalmente las de los recién nacidos. Con los emperadores Valentiniano y Valente, los padres de familia dejan de tener ese derecho de disponer de la vida de sus descendientes. Constantino, en sus constituciones, prohibió y castigó a aquél que diera muerte a sus descendientes; y en el tiempo de Justiniano quedó asentada definitivamente esta prohibición. En España, se ordenó pena de muerte o ceguera a los infanticidios, este antiguo derecho, no establecía categoría especial para este delito, el cual debería juzgarse con la reglamentación del homicidio; Enrique II, en Francia publicó un edicto imponiendo pena de muerte aún por simples presunciones, tales como la ocultación del embarazo.

En contraste con los anteriores, surge en 1764, el Marqués de Beccaria protestando contra las severas penas usadas en Europa, uno de sus fines principales de las penas, dice; deben ser el de tipo educacional o de readaptación, obteniendo una utilidad tanto para el delincuente como para la sociedad; distingue por otra parte el delito del pecado, marcando así una división entre lo que se sanciona por la Iglesia y por el Estado -- "Beccaria limitó sus argumentaciones al egoísta infanticidio ejecutado por la madre con propósito de ocultar su deshonra se--

xual, diciendo que este delito, es efecto de una contradicción inevitable en que se ve colocada una persona que por su debilidad o violencia había cedido; quien se haya entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir, ¿ como no ha de encontrar preferible ésta miseria segura a que se verían reducidos ella y el infeliz fruto? " (2).

Las opiniones humanitarias de Beccaria reflejan un beneficio en todas las legislaciones, creando un delito especial con atenuación de las penas generales del homicidio para el infanticidio. Ejemplo de ello existe en Alemania, Hungría, Italia, Bélgica, Portugal, España y en todos los países iberoamericanos.

El Código en vigor, reglamenta el infanticidio genérico y el honoris causa, o sea por móviles de honor, con mayor atenuación en este último. Considerando nosotros al respecto -- que; si se estableciera una penalidad exagerada resultaría estéril, ya que se transformaría en protectora del delito y del delincuente, porque si la Ley antiguamente sancionaba a los autores de estos delitos con la desproporcionada e injusta pena de muerte, porque la Ley no ha sido piadosa, los son los jueces o jurados encargados de aplicarla, resultando que la exagerada -- sanción se transforma en fuente de impunidad para el delito, -- protegiendo a su vez al reo.

La atenuación de la penalidad, tanto en el infanticidio como en el aborto, han tenido una evolución histórica para ella; el móvil que tiende a evitar una maternidad no deseada -- puede manifestarse, o suprimiendo la vida del feto (aborto), o suprimiendo la vida del infante al advenir el nacimiento (infan

(2) Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, pág. 103, 7a. Edic., 1964. González de la Vega Francisco.

ticidio). Aún teniendo el infanticidio y el aborto las mismas - causales inmediatas: ocultación de un desliz sexual, miseria económica, venganza, comodidad, etc., la atenuación de la pena en el aborto es mayor. Esto debido a que, la vida del infante es - un bien jurídico mayor que la vida en formación; representando - mayor peligro para la sociedad un infanticida que un abortador, violando normas superiores de solidaridad humana.

#### El Infanticidio en la Legislación Mexicana:

El delito de infanticidio en la legislación de 1871, en esta "Código Martínez de Castro, en la Exposición de Motivos(3) al mismo, justifica la reglamentación del delito así: "Ninguna - legislación castiga ya el infanticidio con la pena capital cuando lo comete la madre para ocultar su deshonor y en un instante acabado de nacer. Este mismo establece el Proyecto, en el cual - se han desechado las terribles disposiciones que contenían las leyes antiguas, que por su misma dureza han caído en desuso".

Nuestra legislación liberal tomó en cuenta el propósito de honor de la madre homicida de su hijo, creando una pena atenuada en relación con el homicidio en general. En la redacción del artículo, de definió el delito genérico de infanticidio sin mencionar el móvil de su comisión ni la liga de parentesco. Quedando de la siguiente forma; (art. 581). Llámese infanticidio la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes. Aquí se preve tanto la muerte en el momento del alumbramiento - in ipso partu - como la inmediatamente posterior. En el mismo ordenamiento se reglamentó el infanticidio cometido por terceros, donde - la penalidad era más agravada, así como, la inhabilitación cuando (3) Exposición de Motivos al Cód. Penal de 1871.

do el responsable fuera médico, comadrón, partera o boticario.

Demetrio Sodi (4), hace una crítica a esta reglamentación que resulta acertada al manifestar que; "Se llama la atención sobre los términos en que está redactado el artículo-584. Según éste artículo, solo se castigará el infanticidio -- cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonra; o sea, que si se realiza con otro fin no tendrá aplicación el citado precepto, y como solo es el único artículo el que sería la base para sancionar a la madre homicida en el caso, no habrá - pena para la que mate al infante por diferentes motivos, quedando impune el delito. Por otra parte la disculpa que la ley ofrece para la madre, por ocultar su deshonra, no tiene razón de -- ser para un extraño, el que debería de responder de un homicidio calificado cuando ataca a un infante.."

Sin duda alguna, esta falta de prevención o reglamentación por parte del legislador, si era un verdadero problema cuando surgían casos que, de no demostrarse el fin que tuvo la madre homicida de ocultar su deshonra, quedaría sin castigo un crimen que sí merece una sanción.

Infanticidio y filicidio en la legislación de 1929. Este Código entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año, el cual se funda en la escuela positiva, suprime la pena de muerte, pero tiene el gran defecto de ser excesivamente casuístico, ya que pretende prever todas las manifestaciones que pudieran surgir de la conducta humana, por lo que trajo mayor confusión por

(4) Nuestra Ley Penal. 2a. Ed Bouret, México. 1918. Tomo II, pág.

el desbarajuste de su articulado.

Por lo que respecta a la definición del delito de infanticidio no hizo ninguna variante a la misma, quedando la establecida en el anterior ordenamiento, no haciendo referencia en ningún precepto a los posibles sujetos activos del delito, como tampoco se mencionan los móviles para justificar la atenuación de la penalidad general del homicidio.

Surge en este ordenamiento la creación de una nueva figura delictiva, la del filicidio, y que el artículo 994 establecía que era: "el homicidio causado por los padres, en la persona de alguno de sus hijos". Como puede verse en esta definición no se delimita esta figura de filicidio con el infanticidio, ya que se podía cometer en el descendiente dentro de las setenta y dos horas del nacimiento, como en cualquier otra edad, resultando además que se atenuaban las penas del homicidio. Exigiendo una contradicción entre las penalidades del infanticidio genérico, del honoris causa y del filicidio.

El Código de 1929, al referirse al delito de filicidio, emplea la palabra infante, palabra que tiene la connotación del niño en los primeros días de nacido, dentro de las setenta y dos horas como después, existiendo una confusión al respecto, como ya se dijo con el infanticidio.

Legislación Vigente.

La Legislación Penal Vigente, ha evitado los errores cometidos en las codificaciones de 1871 y 1929 a que nos hemos referido. El Código de 1931, reglamenta el infanticidio genérico, y una segunda infracción, que es el infanticidio hono

ris causa en el artículo 327:

Art. 325.- (Tipo del delito de infanticidio Genérico). Llámese infanticidio: la muerte -- causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

Art. 326.- (Penalidad del delito de infanticidio simple). Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicarán de seis a -- diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 327.- (Infanticidio honoris causa. Penalidad). Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya ocultado su embarazo;
- III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil, y
- IV.- Que el infante no sea legítimo.

Art. 328.- (Penalidad agravada en atención al agente). Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que le correspondan, se -

le suspenderá de uno a dos años en el -  
ejercicio de su profesión.

En la definición legal de infanticidio, tenemos -  
un subtipo especial y básico de homicidio, y como elemento ob-  
jetivo de punibilidad que, la muerte ocurra dentro de lapso de  
las primeras setenta y dos horas de vida extrauterina del in-  
fante, y "aún cuando no estuviera completamente separado del -  
claustró materno" (5). Por otra parte también el sujeto activo  
es calificado, ya que sólo puede ser un ascendiente consangúí-  
neo del infante, en línea recta.

El objeto jurídico que el legislador tuvo en espe-  
cificar, que los sujetos activos de este delito lo sean unica-  
mente los ascendientes consanguíneos, es por conservar la repu-  
tación de la madre y la de sus progenitores, correspondiendo -  
a este delito una pena atenuada, en comparación a la que corres-  
ponde al homicidio simple, y más todavía al calificado. Este -  
delito solo puede ser doloso y no imprudencial, doloso porque  
existe un actuar consciente y voluntario dirigido hacia la rea-  
lización de un fin delictivo. Por lo que no es configurable la  
preterintencionalidad, o sea, un actuar más allá de la inten-  
ción (ejem.. se persigue únicamente causar una lesión y se pro-  
duce la muerte), exceso que causa un daño mayor.

En el infanticidio hay un dolo específico que con-  
siste en la voluntad y conciencia del agente de privar de la vi-  
da al recién nacido, a sabiendas de gente de ser ascendiente -  
consanguíneo en línea recta.

(5) Trattato di Diritto Penale Italiano, Turín, 1933-1939, t.v  
VIII, pág. 53 Vincenzo Manzini.

Francisco González de la Vega (6), hace una observación que resulta ser atinada, al criticar que el precepto -- que define el infanticidio emplea una fórmula innecesaria: -- "ascendientes consanguíneos", ya que un recién nacido no puede tener ni ascendientes por afinidad, ni ascendientes civiles de adopción; porque de acuerdo con nuestra legislación Civil, el primero se adquiere por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón, y el parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado, siendo imposible que en el término de setenta y dos horas se cumplan las formalidades legales para la adquisición de esta forma de la ascendencia.

Nosotros consideramos por lo tanto que, el recién nacido dentro del lapso establecido en el Código Penal, para que pueda darse el delito de infanticidio, tiene unicamente -- ascendientes consanguíneos, siendo innecesario mencionar como -- ya se dijo la palabra consanguíneos.

El artículo 327 del Código Penal, establece el infanticidio *honoris causa*, en el que la atenuación de la pena -- se justifica por la causa de honor que constituye el móvil de la conducta; siendo aquí el sujeto activo calificado, unicamente la madre del pasivo del delito, que lo es el infante; además que no debe estar unida en matrimonio legítimo.

La mala fama a que hace alusión el referido precepto, es en relación con la conducta sexual del activo. Pudiendo darse el caso que una mujer soltera sea madre por segunda vez-

(6) Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, pág. 110. 7a. edic., 1964.

no probando necesariamente que su fama pública sea mala.

La inscripción en el Registro Civil excluye la ocultación del nacimiento y por consiguiente el embarazo.

Eusebio Gómez (7) manifiesta que, para que opere el móvil de ocultar la deshonra, se necesita que se trate de mujer honesta o tenida por tal, y que su estado de gravidez o alumbramiento no hubieren sido conocidos o ella creyere que no lo son. Opinión que consideramos muy vaga en lo referente a que, ella creyere que no son conocidos ni el estado de gravidez ni el alumbramiento, ya que para que el juzgador tuviera tal convicción, no bastaría el simple dicho de la infanticida.

Regalmente en el mismo capítulo muestra legislación la participación de terceras personas, mencionando que además de las penas privativas de la libertad que correspondan, se les suspenderá de uno a dos años del ejercicio de su profesión. En el caso, dicha participación de terceras personas, el delito consumado será, no el de infanticidio, por las razones y elementos constitutivos de este ilícito, sino un homicidio calificado por la existencia a lo menos de la alevosía, ya que el recién nacido está imposibilitado de defenderse, y no existe por otra parte los móviles o propósitos que configuran el delito sui generis de infanticidio.

(7) Derecho Penal, Buenos Aires, t II, Pág. 104

**CAPITULO III**

- 1.- Elementos constitutivos del delito de infanticidio.**
- 2.- Su relación de este delito con el aborto.**
- 3.- Modos de comisión de esta figura.**

### Elementos Constitutivos del Delito de Infanticidio.

Ya en el capítulo anterior mencionamos, la reglamentación de dos clases de infanticidio; el honoris causa y el sin móviles de honor o genérico. Antes de entrar al estudio de este apartado referente a los elementos constitutivos del ilícito que nos ocupa, haremos una delimitación entre el infanticidio honoris causa y el sin móviles de honor.

Existen posiciones de quienes afirman que, nuestro Código vigente Penal se refiere unicamente al infanticidio dada en el artículo 325 del Código Penal, no esclarese - la - ratio legis - del precepto en exámen.(1) Considera evi-

(1) Derecho Penal Mexicano. Parte especial.II, pág. 148,1958

dente que también la conducta descrita en el artículo 326 requiere para su integración un elemento finalístico, esto es, que el agente actúe con la tendencia interna de salvar su honor, elemento subjetivo no expresado en la letra de la ley, pero que está íncito y latente en la propia esencia del tipo. Huerta dice, que al estudiar las presunciones legales del móvil de honor, expresadas en el sujeto activo descrito en el artículo 325. ( 2 )

El Código Penal de 1871, en su artículo 584, no hace referencia a que el sujeto activo del delito de infanticidio lo sea alguno de los ascendientes consanguíneos, única mente establece como infanticidio: la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes, pero si establece una pena de cuatro años de prisión cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonor, siempre que, no tenga mala fama, haya ocultado su embarazo y el nacimiento no lo haya inscrito en el Registro Civil y se trata de hijo legítimo.

No concurriendo las tres primeras circunstancias, en el caso del citado artículo 584, por cada una de las que faltan se aumentará, un año más de prisión a los cuatro señalados, y faltando la cuarta, o sea, si el infante es legítimo, se impondrán ocho años de prisión a la madre infanticida. Estipula también que, cuando no sea la madre la que cometa el infanticidio, se impondrán en todo caso ocho años de prisión, a menos que el infanticida sea médico, partera, coma-

( 2 ) Derecho Penal Mexicano. Parte especial. II, pág.151, -

drona o boticario, pues entonces se aumentará un año a los ocho susodichos, a más de la inhabilitación perpetua para -- ejercer su profesión.

El referido artículo 584 fué reformado en su redacción fundándose la Exposición de Motivos en la observación de que, atento el texto de los artículos 584 y 585, no hay en el Código precepto que prevea el caso de infanticidio ejecutado por la madre, por otro móvil que el de ocultar su deshonra, lo que no pudo haber sido intencional de parte de los autores del Código, sino resultado de alguna de las confusiones a que es tan ocasionada, por desgracia, la confección de las leyes; pero la necesidad de llenar ese vacío hizo que se cambiara la redacción del párrafo inicial del artículo 582, en el sentido de que la pena de la madre infanticida será de ocho años, esto es, la misma que como regla general corresponde a los demás que cometen ese delito (artículo 586), y que se reduzca a la mitad cuando concurren las cuatro circunstancias enumeradas a cambio en la redacción, exigido por la reforma del párrafo inicial. ( 3 )

Celestino Porte Petit considera que, la Exposición de Motivos no está en lo cierto, al sostener que el -- artículo 585 solo se refiere a los casos en que el infanticidio se comete con móviles de honor, pues al preceptuar dicho artículo que, cuando concurren las tres primeras circunstancias en él exigidas, se aumente la pena de un año por cada --

( 3 ) Trabajos de revisión, del Código Penal, IV, pág. 641 - México 1914.

una de las que faltan, y sobre todo, al establecer que la ausencia de la cuarta circunstancia, relativa a la ilegitimidad del hijo, da lugar a la imposición de una pena de - - ocho años, se está regulando el infanticidio sin móviles de honor. ( 4 )

Para Demetrio Sodi solo el citado artículo 584 - es el que sirve de base para castigar a la mujer infanticida, resultando que, cuando esta mater infante por motivo que no sea el de ocultar su deshonra, no habrá pena aplicable y el delito quedará impune. ( 5 )

Nuestra posición de conformidad con algunos tratadistas, es que nuestro Código Penal vigente reglamenta tanto el infanticidio cometido por móviles de honor como el sin móviles de honor. Toda vez que el artículo 325 en su contenido establece, que el infanticidio es la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos. Imponiendo el mismo ordenamiento en el artículo 326, la sanción de seis a diez años de prisión a quien cometa el delito de infanticidio, -- salvo lo dispuesto en el artículo 327, precepto que determina que el infanticidio sea cometido por la madre, además de que no tenga mala fama, que haya ocultado su embarazo, que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere - inscrito en el Registro Civil y que el infante no sea legíti

( 4 ) Trabajos de revisión, del Código Penal, IV, pág. 641, - México 1914.

( 5 ) Nuestra Ley Penal, pág. 303, II, 2a. ed. México, 1918.

mo; requisitos que constituyen el móvil de honor.

Con lo anterior se demuestre la existencia, - tanto del infanticidio sin móviles de honor, en el que el su jeto activo puede ser cualquier ascendiente; y el infanticidio honoris causa, que es la muerte del infante, realizada-- por su madre, dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por móviles de honor.

Tomando en consideración lo manifestado, al - estimar que el Código Penal reglamenta el infanticidio honoris causa y sin móviles de honor, tōca referirnos a los elementos del infanticidio, tanto en su aspecto positivo como - negativo.

El hecho es el elemento objetivo que está - - formado por la conducta, el resultado y la relación de casu<sup>g</sup> lidad, y se traduce en la muerte de un niño, dentro de las - setenta y dos horas de su nacimiento.

Cavallo, cuando expresa "que el elemento obje<sup>g</sup> tivo del delito es el hecho", observa "que ésta afirmación - amerita una precisión porque no todos estan de acuerdo so- - bre el concepto de hecho, sobre el cual hay dos significados: uno amplio por el cual es considerado como comprensivo de to<sup>g</sup> dos los elementos que realizan la figura legal descrita en - la norma, y otro, en sentido estricto o técnico, por el cual se refiere solamente a los elementos materiales de la figura!" ( 6 ).

En orden a la conducta es un delito de acción,  
( 6 ) Diritto Penale, II, pág. 136, Napoli, 1955.

de comisión por omisión y unisubsistente o plurisubsistente.

La conducta como hemos dicho, puede manifestarse mediante hechos positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones.

La acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior. Para Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca.(7)

La omisión, será una abstención de obrar simplemente; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar de acuerdo con la ley penal. Sebastián Soler dice, el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.(8)

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, es decir se infringen una ley prohibitiva en los de acción y una dispositiva en los de omisión.

Al referirnos que es un delito de comisión -- por omisión, cabe hacer la distinción entre omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

(7) Derecho Penal, t. I, pág. 271, Barcelona, 1947.

(8) Derecho Penal Argentino, t. I, pág. 336.

Porte Petit estima como elementos de la omisión propia: voluntad, o no voluntad, (delitos de olvido);- inactividad; y deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico. Afirma que - la omisión simple "consiste en un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva produciendo un resultado típico".(9)

En la comisión por omisión se da una doble -- violación de deberes: de obrar y de abstenerse, infringiendo dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. Hay delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado - típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.(10)

En función al número de actos, que intervienen en la producción del resultado delictuoso, puede ser -- unisubsistente cuando baste un solo acto para la realización del hecho ilícito; y plurisubsistente será, a virtud de la - reiteración exigida de los actos, que por sí solos no constituyen delito.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la muerte de un recién nacido puede ocasionarse por actos negativos de la madre ilegítimamente fecundada, con el fin de salvar su honor o de evitar inminentes sevicias, actos negativos que pueden consistir en que deliberadamente no ligue el cordón umbilical, o no solicite auxi-

(9) Programa, pág. 162.

(10) Programa, pág. 175.

lio médico, lo que pone de relieve la intención de dejar morir a la criatura debido a la falta de atención oportuna -- (Semanao Judicial de la Federación, LXIV, p. 20, Sexta -- época, Segunda Parte).

En cuanto al resultado es un delito instantáneo, cuando en cuya realización o ejecución coincide exactamente en el momento de su consumación. (la muerte causada al infante); también es material, ya que forzosamente produce un cambio en el mundo externo, desde el punto de vista objetivo, o sea, cambio que puede ser percibido. Dentro del resultado hay aquellos que se consideran delitos de daño y delitos de peligro; quedando el infanticidio dentro de la clasificación de los de daño, ya que posee la fuerza y la capacidad para destruir, menoscabar o aniquilar el bien jurídico protegido, que es la vida del infante, no así los delitos de peligro que nos colocan frente a una posibilidad, de que el bien jurídico protegido sea menoscabado o aniquilado, como por ejemplo el delito de disparo de arma de fuego, artículo 306 del Código Penal.

En cuanto al aspecto negativo, o sea, la ausencia de conducta, por fuerzas extrañas no dependientes de la voluntad del hombre; se pueden presentar las hipótesis de la vis absoluta y vis mayor o movimientos reflejos. Causas que impiden la integración del delito, y que difieren de la forma de procedencia; vis absoluta, deriva del hombre y vis mayor, de la naturaleza. De acuerdo con la Fracción I del artículo 15, de la Ley Sustantiva Penal, hay ausencia -

de conducta al establecer que es excluyente de responsabilidad, obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible, fracción en la que un hecho que reuniera los requisitos del infanticidio, pero que por provenir el hecho de una fuerza ajena en los términos del precepto que se indica, no habrá responsabilidad penal.

La tipicidad como encuadramiento de la conducta a los elementos objetivos, normativos y subjetivos contenidos en el tipo, es decir, la terminante descripción de una conducta antijurídica en la ley. Habrá tal elemento cuando conformidad a los artículos 325 o 327 del Código Penal, según el caso.

Los elementos objetivos, son aquellos que exigen una descripción que resulte fácilmente captable, perceptible por nuestros sentidos, y en el caso del ilícito que nos ocupa será la muerte causada al infante; los elementos normativos, son los que independientemente de esa descripción requieren de un análisis jurídico, como el parentesco, el lapso contenido en nuestra ley y que es el de setenta y dos horas; los elementos subjetivos, son los que dentro de la descripción requieren particularmente de una actividad tendenciosa, de un conocimiento específico o de un fin concreto perseguido por el agente.

La clasificación en orden al tipo, en el infanticidio sin móviles de honor es: Tipo especial privilegiado y básico del homicidio, y como elemento objetivo de punibilidad que, la muerte ocurra dentro de las setenta y dos

horas de vida extrauterina del infante, y "aún cuando no eg tuviera completamente separado del claustro materno". (11)- Por otra parte el sujeto activo también es calificado, ya - que solo puede serlo un ascendiente consanguíneo en línea - recta; autónomo o independiente, porque este delito tiene - vida propia en cambio otros son subordinados al depender de otro tipo, como el homicidio en rifa; de formulación libre, ya que no importa la forma o los medios que emplee el agente o se dé el delito y; anormal, porque para su comprensión y- entendimiento es necesario recurrir al análisis de circuns- tancias jurídico-culturales como sucede frecuentemente cuan- do estamos ante los normativos y subjetivos.

En el infanticidio honoris causa, en orden al tipo, es: tipo especial privilegiado, o sea, que con los ele- mentos característicos que se le añaden terminan por excluír en forma relativa al propio fundamental (homicidio); también es autónomo o independiente; de formulación libre; anormal- y; a diferencia que el infanticidio sin móviles de honor -- acumulativamente formado en cuanto al dolo específico, es - decir, prevee que si no da una conducta se da otra.

Elementos del tipo: el bien jurídico protegido es la vida del infante; el objeto material es el niño, a -- quien se priva de la vida; el sujeto activo en el infanticí- dio sin móviles de honor es cualquier ascendiente, siendo, - un delito propio, especial o exclusivo, y en el infanticidio

(11) Trattato di Diritto Penale Italiano, t, VIII. pág. 53  
Vicenzo Manzini.

honoris causa, el único sujeto activo es la madre, o sea, - que se trata de un delito exclusivo o particular; el sujeto pasivo, es el infante que se priva de la vida; en este delito tenemos la referencia temporal, que se prevee en el artículo 325 del Código Penal, y que es el lapso de setenta y dos horas del nacimiento del infante, en el que se le priva de la vida.

La falta de encuadramiento de la conducta en los aspectos requeridos por el tipo, nos da la atipicidad, y en el infanticidio sin móviles de honor se presenta, falta del sujeto activo, del sujeto pasivo, de objeto jurídico, de objeto material, referencia temporal o de una determinada dirección subjetiva de la voluntad.

En cuanto al infanticidio honoris causa, la falta de conformidad al tipo puede ser por, falta de calidad en el sujeto activo, o en el sujeto pasivo, por falta de -- objeto material, de objeto jurídico, de referencias temporales, y la falta del dolo específico, sea por ausencia de una determinada dirección subjetiva de la voluntad, o por falta de motivos determinantes,

La antijuridicidad, es la rebeldía y oposición objetiva de la conducta en contra del derecho: en este caso viene siendo, la privación de la vida del infante, porque toda conducta típica que no se encuentra amparada y protegida por una causa de licitud o justificación, será antijurídica.

La imputabilidad e inimputabilidad. El sujeto

activo debe tener capacidad de culpabilidad, es decir, capacidad de entender y querer, pues, de lo contrario, estaríamos frente a la hipótesis de la Fracción II del artículo 15 del Código Penal que dice: Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, de terminados por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

Para Mendoza, la relación causal psíquica es muy importante, pudiendo ocasionarse la muerte del infante, en un estado patológico de la parturienta.(12)

Culpabilidad. Se entiende como la rebeldía subjetiva en contra del derecho; o, en el desprecio del sujeto al ordenamiento jurídico, así como a los principios, mandatos y prohibiciones que lo configuran o constituyen.

Creemos necesario referirnos en este punto al dolo desde el punto de vista penal, o sea la libre y consciente determinación de la voluntad dirigida y encaminada a la realización de una conducta contraria a derecho. Pertinente es habernos referido al dolo, toda vez que, en el infanticidio sin móviles de honor existe un doble dolo: en primer lugar, querer privar de la vida, y además precisamente al descendiente; y en el infanticidio honoris causa, se requiere el dolo genérico: querer privar de la vida, y el dolo específico, al requerir el tipo como mencionabamos "una dirección-subjetiva de la voluntad" :querer matar al descendiente, y -

(12) Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de la Parte Especial. pág. 398. Caracas, 1954.

de hacerlo para ocultar la deshonra.(13)

De acuerdo con el estudio de los preceptos que se refieren al infanticidio honoris causa, este no podrá darse cuando: la madre cometa el ilícito por cualquier móvil que no sea el honor, o después de las setenta y dos horas de su nacimiento, cuando cualquier otro ascendiente mate a su descendiente, después de las setenta y dos horas, cuando sea cualquier pariente distinto de los señalados, o cuando sea un extraño el que mate al infante dentro o después del lapso señalado.

La preterintencionalidad en el infanticidio honoris causa y sin móviles de honor.

En vía de concepto podemos decir, que la preterintencionalidad es la conducta inicialmente dolosa, que por una intensificación o demasía en la ejecución del objetivo perseguido, se produce un resultado no querido ni deseado.

Al respecto existen opiniones diversas como son:

a) Que la preterintencionalidad por tener inicialmente conducta dolosa, debe absolverse por ella cualquier resultado,

b) Como el resultado es precisamente el no querido por el sujeto, debe absorberse por la culpa,

c) La aceptación de que en un momento dado --

(13) Compendio de Derecho Penal, II, pág. 211, Madrid, Ripollés, 1958.

pueden conjugarse tanto el dolo y la culpa, o sea que la -- preterintencionalidad tenga a ambos Dolo y Culpa.

La fracción II del artículo 90 del Código Penal, es la señalada como el fundamento de la preterintencionalidad; "La intención delictuosa se presume salvo prueba - en contrario".

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque la acusada prueba alguna de las siguientes circunstancias: Fracción II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo preveer esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley - fuere cual fuere el resultado.

En el infanticidio sin móviles de honor desde luego no es dable la preterintencionalidad. En cuanto el infanticidio honoris causa por la exigencia de un doble dolo-específico, impide la existencia de un infanticidio preterintencional por móviles de honor. "Al respecto Maggiore expresa que no es configurable el homicidio preterintencional, - pues aunque pueda concebirse el infanticidio para salvar el honor, suprimiendo al testigo viviente de un pecado amoroso, es absurdo que, con ese mismo fin, se golpee o se produzca solamente alguna lesión sin quererse ocasionar la muerte".(14)

(14) Derecho Penal. Parte Especial, IV, pág. 317. Ed. Temis-Bogotá, 1955.

Ya mencionabamos que el dolo es, el actuar - conciente y voluntario dirigido hacia la realización de un fin delictivo; y la culpa será, el actuar sin intención y sin las diligencias debidas, realizando un hecho previsible y penado por la ley. Deduciendo por consiguiente que el infanticidio sin móviles de honor, al requerir el dolo, es inceptable su realización culposa.

Dentro del infanticidio honoris causa, es evidente que tampoco exista la concurrencia de la culpabilidad, en su forma culposa, ya que si la especie de la culpabilidad que puede presentarse es el dolo, requiriendo además un dolo específico, no es posible sostener que puede darse un principio honoris causa, culposo, es decir, el móvil de honor implica forzosamente una conducta dolosa.

Condiciones objetivas de punibilidad. Tomando en cuenta que son el conjunto de requisitos que circunstancialmente y con carácter previo se exigen para que el Estado en condiciones normales pueda aplicar la sanción. En este caso no se presentan y, en consecuencia, tampoco su aspecto negativo.

Punibilidad, toda vez que en el capítulo siguiente hemos de referirnos más ampliamente a este elemento por el momento brevemente diremos que es, el merecimiento a la aplicación de la sanción por virtud de la realización de una conducta delictuosa.

Excusas absolutorias, son el conjunto de condiciones a virtud de la política criminal, o que con funda-

mento legal dejan subsistente la conducta delictuosa, obligando al juzgador a no aplicar la sanción. A pesar de que la regla general es que, la consecuencia necesaria cuando existe una conducta delictuosa debe haber aplicación de sanción, pero en determinadas circunstancias no se aplica ésta.

Las excusas absolutorias deben estar formalmente en la ley, encontrándose previstas en nuestro Código de la materia.

Por lo que toca al infanticidio honoris causa o sin móviles de honor, no se establece ninguna excusa absolutoria.

Su relación de este delito con el aborto.

El infanticidio y el aborto encuentran una relación paralela, ya que ambos tienen el móvil que tiende a evitar una maternidad no deseada y que puede manifestarse, o suprimiendo la vida del feto en el de curso de la gestación (aborto), o suprimiendo la vida del infante al advenir su nacimiento (infanticidio).

Existe similitud en las causales inmediatas del infanticidio y del aborto, pudiendo ser: ocultación de un desliz sexual, miseria económica, conodidad, propósito eugenésico, limitación de una familia numerosa, supresión de un ser para evitarse competencia económico-hereditaria, odio, etcetera, aún siendo las mismas causales la atenuación en el caso del aborto es mayor o superior a la del infanticidio.

Dextriveaux dico, entre el crimen de una mu--

jer que se hace abortar en el séptimo u octavo mes de embarazo y el de la que mata a su hijo en el momento en que acaba de nacer, no existe una distancia tan grande como entre la pena de reclusión y el de la de muerte. (15) La observación hecha por el comentarista francés resulta hiriente, no así la adecuada menor penalidad reservada al aborto; en efecto, a pesar de los propósitos y las consecuencias finales de ambos delitos pueden ser iguales, el bien jurídico protegido es diferente; el feto o embrión, cuya muerte o disociación persigue el abortador, constituye una esperanza, una simple expectativa de la vida humana, incierta todavía en su realización por estar sujeta a los peligrosos azares de la continuación del embarazo y del nacimiento; en cambio, la verdadera y completa personalidad humana, salvo ciertas ficciones del derecho privado, se adquiere biológica y jurídicamente en el instante mismo del nacimiento, en el que la fisiología del recién nacido, anteriormente tributaria, adviene ya en forma individual, autónoma, respecto de la fisiología materna; el recién nacido es un ser humano individualizado por su diferenciación de la madre. La vida humana del infante es un bien jurídico de mayor categoría que la vida en formación, o sea que con ciencia social de la convivencia humana, es más enérgica cuando hay mayor identidad con el ser a quien va dirigida.

El infanticida, considerado objetivamente, representa mayor peligro para la comunidad que el abortador,

(15) Cita de Garraud. Traité, Théorique et pratique de -- Droit Pénal. Français, párrafo 1890, París 1924.

porque viola normas superiores de solidaridad humana; el sujeto que aniquila a un infante, ya que es un ser individualizado, se presume que su peligrosidad es mayor, porque tanto suprime la vida a un infante, como puede hacerlo en cualquier persona.

La relación entre infanticidio y aborto, es -- que vienen siendo delitos complementarios, que en la mayoría de los casos el móvil puede ser el mismo; variando en su -- frecuencia, toda vez que al aumento de abortos disminuye -- casi proporcionalmente los infanticidios.

Comparativamente de su frecuencia el aborto -- es mayor en la actualidad, esto debido a los avances y con-- cimientos en la técnica mecánica o química de ejecución, el infanticidio por el contrario es un delito primitivo por su sencillez y rudeza de comisión, delito que por las razones-- que apuntamos se presenta más en el campo que en las ciuda-- des y que, dentro de los perímetros urbanos, acuden por lo-- regular a él individuos de las clases sociales más bajas, -- porque su ignorancia o miseria económica les impide utili-- zar los servicios de un abortador profesional.

Consideramos acertado el enfoque de las medi-- das, que tienden a una protección de la maternidad de las -- solteras, como proporcionarles fuentes de trabajo a las ma-- dres atendiendo al mismo tiempo sus deberes maternales; fa-- voreciendo así también aquellas reformas pendientes a la ob-- tención de una maternidad libre, conciente y preparada eco-- nómicamente: educación sexual, uso voluntario de anticoncep

tivos, posibilidad de investigación de la parternidad, supresión de la sanción penal para la exposición de menores, incremento de las instituciones benéficas para expósitos, - estricto cumplimiento de las disposiciones del artículo 123 de la Constitución sobre el trabajo de embarazadas y parturientas.

Ahora bien haremos un comentario más extensivo sobre el aborto, ya que como se ha mencionado tiene una íntima relación con el infanticidio, toda vez que si el - aborto estuviera menos restringido`habría por consecuencia - lógica menos infanticidios.

El problema del aborto hay que plantearlo, -- pues nuestra legislación es una legislación medieval en este aspecto porque no toma en cuenta ninguna de las recientes adquisiciones médicas, señaladamente los nuevos conocimientos de las leyes de la herencia. En principio, se requiere hacer estudios respecto al aborto que tenga como finalidad la investigación de todas las causas, susceptibles de interacción con la legislación vigente. Por consiguiente, es -- menester que se sepa cuales son, en cada una de las disciplinas, las incidencias de una enfermedad dada en los casos de embarazo; por ejemplo, en otorrinolaringología, respecto a las otospongiosis, de las que se sabe que en los casos - de embarazo se agravan hasta llegar a la sordera definitiva. La legislación debería de tomar en cuenta consideraciones - humanas, toda afección susceptible de que mutile a la mujer - habrá de tomarse en cuenta para un aborto terapéutico.

Los artículos 333 y 334 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales previenen que solo en los casos de imprudencia, de una violación, cuando la mujer corra peligro de muerte no se aplicará sanción. Estimando - nosotros, que al respecto sería muy necesario adoptar una - actitud más científica, más liberal y más humana, permitien - do que aparte de la amenaza de la futura madre, el solo pe - ligro para su salud física fomenta, así como el riesgo de - que, al nacer, la criatura esté afectada por una grave ano - malía física o mental; asimismo también si el embarazo es - resultado de un delito o crimen sexual.

Consideramos que obtener el aborto legalmente en casos determinados, como lo hemos mencionado y como en - muchos países, especialmente europeos han adoptado una ac - titud más científica, más liberal, disminuiría el porcentaje de infanticidios.

Modos de comisión de esta figura.

A diferencia del aborto, que para efectuarse con éxito y sin exagerado peligro para la vida de la madre - necesita generalmente de la ayuda de terceros y del conoci - miento de su técnica mecánica o química de ejecución, el -- infanticidio es un delito primitivo por su sencillez y rude - za de comisión. Así se explica que, comparativamente con -- el aborto, sea más frecuente en los campos que en las ciuda - des y que, dentro de los perímetros urbanos, acudan a él -- individuos de las clases sociales de pocos recursos económi - cos como culturales, porque su ignorancia o miseria les im -

pide tener al alcance los medios necesarios para la practica de un aborto. En el infanticidio, la madre no expone en nada su vida, no necesita conocimientos ni ayuda externa, el delito se efectúa en un ser desamparado sin posibilidad de defensa cuya desaparición es fácil.

Según Tardieu (16), los diferentes géneros de muerte, en su orden de frecuencia son: sofocación, inmersión en letrinas, fractura de cráneo, estrangulamiento, sumersión, falta de cuidados, heridas, combustión, exposición al frío, hemorragia umbilical, inanición y envenenamiento. De estas formas que hemos mencionado la sofocación, es el procedimiento más frecuente, se efectúa por la oclusión violenta de las vías respiratorias, aplicando la mano sobre la boca y fosas nasales o taponándolas con cualquier objeto que impida la respiración del recién nacido. La inmersión de las letrinas, modo muy usado en los infanticidios por las domésticas mexicanas, en ocasiones tiene lugar después de muerto el niño, como modo de ocultación del cadáver. La muerte por fractura del cráneo del infante se registra por su precipitación desde cierta altura. La estrangulación es la presión de la parte anterior del cuello del infante, cuando es completa, causa la muerte por asfixia. La hemorragia umbilical es la consecuencia de la falta de sutura o en el corte indebido del mencionado cordón. Las otras formas son menos frecuentes y, especialmente la combustión, se emplea para desaparecer el cadáver y dificultad el posible co

(16) Étude médico-légale sur avortement. París. 1881, pág.4.

nocimiento del delito.

Para la integración del delito de infanticidio conforme a nuestra legislación, desde el punto de vista jurídico, la muerte del infante puede deberse por una parte de acciones físicas positivas (sofocación, fractura de cráneo, ahogamiento, heridas etc.), o a omisiones (abandono-- falta de cuidado, ausencia de sutura del cordón umbilical, etc.). Poco interesa para que se integre esta figura delictiva que sea efecto de una acción o de una omisión, dada la extensa fórmula del delito en general contenida en el artículo 7o del Código Penal. El artículo 325 del citado ordenamiento establece además de la muerte causada dentro de las setenta y dos horas de nacido el niño, es que quien lo ejecute sea alguno de sus ascendientes consanguíneos, sin estipular el procedimiento adoptado para la realización del mismo.

**CAPITULO IV**

- 1.- La punibilidad en el delito de infanticidio.**
- 2.- Penalidad en el infanticidio genérico y honoris causa.**

### La punibilidad en el delito de infanticidio.

Al tratar los elementos esenciales del delito, indicabamos que estos son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; siendo la imputabilidad presu puesto necesario de la culpabilidad y como consecuencia de la realizació del delito, surge la PUNIBILIDAD.

Partiendo de que la punibilidad es el merecimiento a la aplicación de una pena, se entiende la misma como algo externo al delito mismo, ya que esta se merece en -- virtud de la naturaleza del comportamiento. Por lo que no con sideramos a la misma como elemento esencial del delito.

Hay posiciones que sí consideran a la punibili lidad como elemento esencial del delito. Cuello Calón, así - lo considera, al incluir en la definición del delito a la pu nibilidad, diciendo que el delito "es una acción humana típi

ca antijurídica culpable y punible; por su parte Jiménez de Asúa al igual lo considera al dar su definición como la acción típica, antijurídica, imputable, culpable y punible so metida a ciertas condiciones objetivas de penalidad.

En contra posición Bataglini, no considera a la punibilidad como elemento del delito dándole la categoría de posibilidad para que se lleve a cabo la aplicación de la pena y nos dice que la punibilidad es el derecho de castigar abstractamente considerado bajo el aspecto concreto se aplica en forma positiva la pena.

El maestro Fernando Castellanos (1), advierte que la punibilidad y la pena son diferentes; la primera es calidad de conducta, la que por su naturaleza típica, antijurídica y culpable amerita la imposición de la pena; siendo la pena el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito.

Porte Petit manifiesta: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo; indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una consecuencia del mismo. El artículo 70. del Código Penal define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía -

(1) Lineamientos Elementales de D. P. pág. 118 ed. 6a.

penal ' nulla poena sine lege ', pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter de delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se diga que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de la pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7o. del Código Penal.(2)

Unimos nuestro criterio con las opiniones en contrario como son las de Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos; manifestando el primero, al hablar de las excusas absolutorias dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena; no considerando por lo tanto a la punibilidad elemento esencial del delito. Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito, con lo que se entiende que el delito es punible, pero no con esto forma parte del mismo.

(2) Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Pág.59 y ss.

Porte Petit posteriormente, niega a la punibilidad el carácter de elemento del delito, y dice " Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas - de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en -- tanto no se lleme la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que esta no es elemento sino una consecuencia del delito".(3)

Consideramos la acción punible cuando la ley está conminada con una sanción, la que sirve de presupuesto a la pena, requiriéndose en la ley condiciones objetivas para su justificación, como son todas aquellas que con tal carácter se incluyen en el tipo; en ocasiones dichas condiciones objetivas se desdoblan en el tipo para condicionar también la pena.

Las condiciones objetivas por consiguiente, -tampo son elementos esenciales del delito, sino un conjunto de requisitos que circunstancialmente y con carácter previo se exigen para que el Estado en condiciones normales pueda aplicar la sanción, o sea, que en ocasiones vienen a constituir, partes integrantes del tipo pero si faltan, se les -- considera como meros requisitos ocasionales y como consecuencia, accesorios.

Así pues, para nosotros las condiciones objetivas de punibilidad, por las manifestaciones hechas no son, ni se les debe considerar elementos del delito, sino simples requisitos -

(3) Apuntes de la parte general del Derecho Penal. pág.150. México. 1960.

ocasionales.

Haciendo alusión a las excusas absolutorias, diremos que son el aspecto negativo de la punibilidad, y -- que se entienden como aquel conjunto de causas y condicio-- nes legales que eliminan la aplicación de la pena, no la -- subsistencia de la conducta delictuosa. "El Estado no san-- ciona determinadas conductas por razones de justicia o de -- equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esencia-- les del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridici-- dad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo que se -- excluye la posibilidad de punición".(4)

A pesar de que la regla general es que la con-- secuencia necesaria cuando exista una conducta delictuosa -- debe haber aplicación de la sanción, pero por determinadas -- circunstancias no se aplica la sanción.

Las excusas absolutorias deben estar forzosa-- mente contenidas en la Ley; como ejemplo de estas citamos -- las siguientes:

Artículo 377.- El robo cometido por un ascey-- diente contra un descendiente suyo o por éste contra aquél, -- no producen responsabilidad penal contra dichas personas. -- Si además de las personas de que habla este artículo tuvie-- re intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a es-- ta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita --

(4) Lineamientos Elementales de D. P. pág. 249. 6a. ed. 1971.

que, lo pida el ofendido.

Pero si procediere, acompañare o siguiere al robo algun otro hecho que por si solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para este señale la ley.

La excusa absolutoria, que utilitatis causa-consistente en que los vínculos familiares se mantengas inalterables y conserven su fortaleza, se funda asimismo en una cierta copropiedad familiar.(5)

La querrela necesaria solo da lugar al ejercicio de la acción penal en contra del tercero, no así del familiar.

El artículo 333 del Código Penal, prevée que el aborto provocado por la madre cuando la concepción ha sido consecuencia de una violación o imprudencia de ella se considerará que el resultado es delictivo, pero alcanza los beneficios de la excusa absolutoria. Unicamente por culpa de la mujer embarazada, es decir, con ausencia de conciencia y voluntad de causar el resultado, o sea ausencia de dolo. Pudiera darse la imprudencia de tercero o conjuntamente con la de la mujer embarazada. No por ello será punible el aborto, pues la excusa absolutoria está configurada en la ley en consideración a la maternidad involuntariamente frustrada.

Son también excusas absolutorias los casos que prevée la fracción IX del artículo 15 del Código Penal:

Ocultar al responsable de un delito o los --

<sup>2º</sup>  
(5) Derecho Penal Mexicano, Robredo, México, 6a. ed, 1964.

efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se emplee algún medio delictuosa siempre que se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El conyuge o parientes colaterales por -- consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta -- el segundo; y

c) Los que esten ligados con el delincuente -- por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

También será excusa absolutoria lo previsto -- en el artículo 151 del Código Penal, relativo a la evasión -- de presos procurada por un pariente, etc..

Por lo que respecta al delito de infanticidio nuestro Código de la Materia, no establece ninguna excusa -- absolutoria, y como hemos mencionado que las excusas necesariamente deben estar contenidas en las ley, en el caso de -- el infanticidio no habrá beneficio al respecto.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, establece la pena aplicable al delito de infanticidio genérico y honoris causa. En principio el artículo 325 -- contiene el tipo del delito que nos ocupa; Llámese infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes -- consanguíneos. Este precepto es un subtipo especial y básico de homicidio, o sea la privación de la vida a otro.

Como elemento objetivo de punibilidad es que, la muerte ocurra dentro del lapso de las primeras setenta y

dos horas de vida extrauterina del infante. Vincenzo Manzini (6) dice, "aún cuando no estuviese completamente separado del claustro materno".

El artículo 326 del Código Penal, establece la aplicación de seis a diez años de prisión al que cometa el delito de infanticidio, este artículo nos da la penalidad del delito de infanticidio simple o genérico.

En cuanto a la pena aplicable a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo por móviles de honor, o sea, concurriendo las circunstancias a que se refiere el artículo 327 del Código Penal, será de tres a cinco años de prisión. Aquí se requiere que forzosamente el sujeto activo sea calificado, que sólo puede serlo la madre del pasivo del delito, que lo es el infante; y no ha de estar unida en matrimonio legítimo. La mala fama, se refiere la Ley a la fama pública en la conducta sexual del activo.- El móvil de ocultar la deshonor, se necesita que se trate de mujer sexualmente honesta y tenida por tal, y su estado de gravidez o alumbramiento no hubieren sido conocidos o ella creyere que no lo son, situación que no se daría si el nacido hubiere sido inscrito en el Registro Civil. Para que no sea legítimo, debe ser de una madre que no esté unida en matrimonio legal.

En la realización de este delito, siguiendo los requisitos esenciales del procedimiento, para determinar la pena que corresponda según el caso (infanticidio ge-

(6) Trattato di Diritto Penale Italiano, Turin, pág.53.

nérico o con móviles de honor), surge la punibilidad que es el merecimiento a la aplicación de la sanción.

Cabe hacer mención a sí la tentativa en el delito de infanticidio es punible, y al respecto antes de entrar al delito de infanticidio en particular trataremos a la tentativa desde el punto de vista general.

La tentativa es aquella en la que existe ya un principio de ejecución, que va encaminado a la ejecución de un delito. Jiménez de Asúa (7) define a la tentativa como "a la ejecución incompleta de un delito". Sebastián Soller dice que la tentativa estriba en ejecutar la acción principal en la cual el delito consiste. La ejecución ya trae dentro de sí una causa eficaz suficientemente eficiente para producir un resultado.

Francisco Javier Ramos Bejarano, aclara que es preferible no hacer referencia sólo a "ejecución", porque pudiera tomarse el vocablo en su sentido estricto y entonces no comprendería a las omisiones, en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. Por lo que define a ésta como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas in dependientes del querer del agente".(8)

Como consecuencias normales de ejecución tenemos que pueden ser; una realización subjetiva como objetiva imperfecta, esto es lo que llamamos una tentativa ina-

(7) La Ley y el Delito, pág. 595, ed. A. Bello, Caracas, 1945.

(8) La Tentativa Inacabada. Revista de la Fac. de Derecho, - pág. 64. t. XVI, enero marzo de 1964.

cabada; una realización subjetiva perfecta, pero objetiva--mente imperfecta que nos da como resultado la tentativa acabada; una consumación que en forma externa nos vincula con el delito agotado.

Por lo tanto la tentativa inacabada es la que se da cuando el sujeto cree haber realizado todos los medios idóneos para producir un resultado, pero involuntariamente omite alguno o algunos de ellos, encontrándose ya en el sujeto el vicio para producir el resultado. Y la tentativa acabada se da cuando el sujeto emplea todos y cada uno de los medios pertinentes para obtener un resultado, pero por fuerzas extrañas a él evitan la consumación.

La punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro el interés jurídicamente tutelado. Es de equidad sancionar la tentativa en forma más benigna que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se viola la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes, si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa. (9)

El Código Penal, no define la tentativa sino que señala cuándo es punible, lo que quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace --

(9) Lineamientos Elementales de D. P., pág. 257. 6a. ed. 1971. Fernando Castellanos.

"cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa y ya se inicia la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de la política criminal por cuanto conviene a los fines de ésta estimular los desistimientos. El Código Penal ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias: una de causalidad y otra en razón del tiempo; por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado o sea que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica no pueden reputarse como actos de ejecución aquellos que por su antigüedad no se puedan determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios; y en la segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el mismo hecho, en tal forma que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta notoriamente una confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo que los segundos no requieren.(10)

(10) Semanario Judicial de la Federación, LVIII, pág. 1235, 6a. época.

Comprendida así la tentativa, consideramos - que es punible esta en el delito de infanticidio. Es inexcusable establecer por medio de los hechos ejecutados, el propósito de consumar este delito, pudiendo probarse ya por la ejecución del activo, ya por los hechos mismos que se hayan ejecutado y de los que se pueda inferirse lógicamente la verdad. Directa e inmediatamente deben conducir esos hechos al fin delictivo, como prueba de éste. De aquí que además de - unívocos deban ser idóneos.

El delito imposible consiste en la inidoneidad de los medios; pudiendo ser absoluta (empleo de sustancia no tóxica para producir la muerte por envenenamiento) o relativa (empleo de sustancia tóxica en cantidad insuficiente); en la inexistencia de su objeto, la que puede ser, asimismo, absoluta cuando se tiene la creencia en la ejecución del ilícito, en el caso particular del infanticidio, que se produce o procura la muerte a un niño vivo, pero por error o por ignorancia del agente no se da cuenta que el infante - no tiene vida.

Como la tentativa requiere que la consumación no se realice por causas ajenas a la voluntad del agente, entendemos que en los casos citados y en todos los de delito imposible, se ofrece la condición; por lo que la fórmula de - la tentativa comprende también el delito imposible de infanticidio, siendo sancionado en aquellos casos en que se compruebe la temeridad de sus autores por el empleo de los - medios idóneos para haber causado la muerte. Por esta razón

la tentativa es punible, ya que se debe castigar porque en sí la acción constituye un peligro y, porque al fin y al cabo la tentativa es una infracción a la Ley, aún cuando incompleta. El fundamento legal de la tentativa lo encontramos en los artículos 12 y 63 del Código Penal:

Artículo 12.- La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Artículo 63.- A los responsables de tentativas punibles se les aplicará a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

La participación de terceros en la ejecución del delito de infanticidio, de acuerdo con el artículo 328 del Código Penal también es punible, estableciendo que además de las penas privativas de la libertad que correspondan, se les suspenderá de uno a dos años del ejercicio de su profesión. En el caso, el delito consumado será un homicidio calificado, por lo menos de alevosía, ya que el recién nacido esta imposibilitado de defenderse.

Penalidades en el infanticidio Genérico y hono

ris causa.

En principio diremos que la pena es el castigo impuesto legalmente por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico. Al respecto mencionaremos algunas de las definiciones que sobre la pena se han dado; para Bernaldo Quirós la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito; Eugenio Cuello Calón dice que es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; Franz Von Liszt dice, es el mal que el Juèz inflinge al delincuente a causa de un delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

El tercer párrafo del artículo 22 de nuestra Constitución General de la República establece como garantía individual la prohibición de la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja,.....

La Constitución no impone como obligatoria la penalidad de muerte para los delitos que enumera; admite posibilidad legal, sin violarse la garantía, de las que las leyes ordinarias, federales o comunes, señalen o no dicha pena en los casos previstos. La vigente legislación federal y común para el Distrito Federal, suprime la pena de muerte, estableciéndose las penas y las medidas de seguridad en el artículo 24.

Becearia se pronunció en contra de la pena -

capital, al mismo tiempo que sintetizó elocuentemente todas las razones, todos los prejuicios, todos los errores que en siglos pasados fueron la base y la explicación de un sistema de pena cruel, que aceptaba el tormento y la pena de muerte como castigo perfecto. (11)

Carrancá y Trujillo (12) menciona que " la pena de muerte es, radicalmente, entre nosotros, inmoral, porque en México el contingente de delinquentes que estaría amenazado de condena judicial de muerte se compone, en su gran generalidad, de hombres humildes del pueblo. Por regla general, el delincuente de otras clases sociales delinque contra la propiedad y, por excepción contra la vida e integridad e integridad de las personas..."

Consideramos acertada la posición de quienes se han inclinado por la supresión de la pena de muerte, ya que las penas deben de buscar en primer lugar la protección del delincente y la conservación del orden público, con el menor sacrificio social.

Antes de emitir nuestra opinión sobre la penalidad que se establece en el infanticidio, haremos un comentario a la reglamentación del aborto, toda vez que como se ha dicho tiene una íntima relación con el infanticidio. Y consideramos que el aborto con un margen de legalidad más amplio influiría en la disminución de casos de infanticidio.

Refiriendonos directamente a los artículos 333 (que esta--

(11) Apuntes de Derecho Penal. Carlos Vidal Riverol. 1969.

(12) Derecho Penal Mexicano. Parte General. 2a. ed. México, 1941, pág. 410.

blece la impunidad del aborto imprudencial). No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación. Artículo 334.- (aborto en estado de necesidad). No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Ahora bien, consideramos que debería actualizarse la reglamentación del aborto, procurando una menor -- restricción del mismo y hacer menos justificada la atenuación de la pena en el infanticidio, en el que el bien jurídico protegido es mayor, por tratarse ya de una vida humana. La legislación debería de tomar en cuenta consideraciones humanas, y oficialmente también hacer posible el aborto en los casos de delito como el estupro, siempre que la ofendida no obtenga el matrimonio legal; cuando se represente el peligro de que al nacer el niño traiga complicaciones o trastornos irremediables, que causen una carga para la familia y para la sociedad.

Estas consideraciones son en base de que actualmente los avances de la ciencia médica, es posible coordinar los conocimientos de la misma con nuestra legislación, en beneficio de la sociedad.

Regulado así el aborto, por tanto, no debería otorgarse en el infanticidio que se origina por causas ajenas al móvil de honor, una penalidad atenuada como la que -

establece nuestra ley penal, por ser este un delito tan despreciable como el odio, la pasión, el lucro y otras de parecida naturaleza que encajan dentro de la figura delictiva - del infanticidio genérico.

La penalidad en el infanticidio genérico, -- como hemos visto es de seis a diez años de prisión (artículo 326 del Código Penal); es fácil observar que el máximo y el mínimo de esta pena representan una atenuación si se les compara con las del homicidio simple, y sobre todo con las calificadas (artículos 307 y 320 del Código Penal). Se trata de justificar la penalidad atenuandola, evitando imponer a los ascendientes la grave sanción del homicidio calificado, por la existencia de la alevosía al menos, que en nuestra Constitución, por la existencia de esta de ésta si se establece la pena capital por el homicidio calificado.

En el infanticidio genérico en virtud de la alevosía consideramos que la penalidad debería ser equiparable siquiera a la del homicidio simple (artículo 307), por un delito ciento por ciento intencional, a título de lo específico que 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.

En virtud de la concepción de este infanticidio y por las manifestaciones que se han hecho, en cuanto a la pena, si consideramos que la penalidad en este caso debería ser más agravada, ya que en la comisión del mismo lleva

implícita la intención, y por ende , existe el dolo específico.

Para Cuello Cabón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en el, - por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. -- Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. además, debe conseguir a la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.(13)

Nosotros estimamos que la pena debe ser intimidatoria, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal. Razones por las que consideramos -- que la penalidad debe ser más agravada tanto en el infanticidio genérico como el honoris causa. Ya que por lo que respecta a la penalidad contenida en el Código Penal en su artículo 327, en cuanto al infanticidio cometido con móviles de honor que es de tres a cinco años de prisión, exigiendo que necesariamente sea ejecutado por la madre, desde luego en la realización de esta conducta, que con las circunstancias que se exigen, va a encuadrar dentro del precepto a -- que se refiere el infanticidio honoris causa, cabe hacer notar que esta conducta va revestida de la intención, o volun

(13) La Ley y el Delito, t. I, pág. 536.

tad encaminada a la comisión del delito, por lo que consideramos que la penalidad de tres a cinco años de prisión, es extraordinariamente benigna, pudiendo darse el caso que aún lo preceptuado en las cuatro fracciones del artículo que reglamenta este infanticidio, se protejan los amores ilícitos de la infanticida. Por lo tanto nuestra legislación debería de modificar la penalidad contenida para el infanticidio honoris causa agravando la misma.

## CONCLUSIONES

- I.- La definición que sobre el delito da nuestro Código Penal, resulta inexacta, ya que en el mismo se establecen delitos no punibles.
- II.- Consideramos como elementos esenciales del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; siendo la imputabilidad presupuesto necesario de la culpabilidad.
- III.- Siendo el infanticidio un delito intencional, la penalidad que se establece tanto en el infanticidio genérico como en el honoris causa, resulta demasiado benigna.
- VI.- Consideramos que, resulta innecesaria la mención que se hace en el artículo 325, en cuanto al parentesco consanguíneo.
- V.- La Atenuación de la pena en el infanticidio debería de ser menos justificada, reglamentando el delito de aborto con un margen de legalidad más amplio, en cuanto a la impunidad y el estado de necesidad que previene el Código Penal.
- VI.- Aceptamos que la tentativa es punible en el delito de infanticidio, aún cuando se trate de un delito de imposible realización.

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

- Antolisei Francisco, Manuale di Diritto Penale 3a. Edic. Milano, 1955.
- Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, t. I. 6a. Edic. México.
- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edic. 1971.
- Cavallo, Diritto Penale Napoli, 1955.
- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal 8a. Edic. Barcelona. 1947.
- Franco Guzmán, La Culpabilidad y su Aspecto Negativo, México, 1956.
- Gómez Eusebio, Tratado de Derecho, Buenos Aires, 1939.
- Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Edic. Argentina, - 1941.
- Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Edic. A. Bello, Caracas, 1945.
- Jiménez de Asúa, Derecho Penal T. I, Madrid, 1949.
- Jiménez Huerta, La Tipicidad. Edic. México. 1951.
- Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, 2a. Edic. Porrúa 1960.
- Manzini Vicenzo, Trattato di Diritto Penale, Italia, t. VIII.
- Maggiore Giuseppe, Derecho Penal Edic. Temis. Bogotá, 1954.
- Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal. t. I. Madrid. 1955,
- Napodano, Diritto Penale, Italiano.
- Porte Petit, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. 1966.

Rivarola, Derecho Penal, Argentina, Edic. 1910

Von Liszt Franz, Filosofía del Derecho Penal. Salamanca. 1878.

Von Liszt Franz, La Ley y el Delito, Edic. A. Bello, Carac-  
cas.

Código Penal Anotado, Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas.

Apuntes de Derecho Penal. Carlos Vidal Riveroll.