

397

20j

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**REFLEXIONES SOBRE EL DELITO
DE INFANTICIDIO**



T FACULTAD DE DERECHO **S** **I** **S**
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
EXAMENES PROFESIONALES
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE ARTURO GUTIERREZ HERNANDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA,

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

Prólogo	1
Capítulo I	
ANTECEDENTES DEL DELITO DE INFANTICIDIO	2
1.1. Derecho Romano	3
1.1.1. Lex Pompeia de Parricidiis.	4
1.1.2. Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis	4
1.2. Fuentes Históricas Españolas	6
1.2.1. Concilio Español de Ilíberis	
1.2.2. Concilio Español de Alcira (Ankara)	7
1.2.3. Fuero Juzgo	7
1.2.4. Las Siete Partidas	8
1.3. Siglos XVII y XVIII	9
1.4. Antecedentes en el Derecho Mexicano	13
1.4.1. Derecho Azteca	13
1.4.2. Epoca Colonial	15
Capítulo II	
CONCEPTO DE INFANTICIDIO	19
2.1. Derecho Comparado	19
2.1.1. Sistema Latino de Motivación	20
2.1.1.1. Código Penal Italiano	20
2.1.1.2. Código Penal Alemán	21
2.1.1.3. Código Penal Español	21

2.1.2. Sistema Germánico de Alteración Psíquica	22
2.1.2.1. Código Federal Suizo	23
2.1.2.2. Derecho Penal Inglés	24
2.1.3. Sistema Intermedio	25
2.1.3.1. Código Penal Argentino	26
2.2. Legislación Mexicana	27
2.2.1. Código Penal de 1871	27
2.2.2. Código Penal de 1929	32
2.2.3. Código Penal de 1931	33
Capítulo III	
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE INFANTICIDIO	42
3.1. Que el Producto de la Concepción haya Nacido	42
3.2. Que la muerte se deba a una causa externa	51
3.3. Que la muerte ocurra dentro de las 72 horas de haber nacido	56
3.4. Que la muerte sea causada por ascendiente consanguíneo	64
Capítulo IV	
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 327 DEL CÓDIGO PENAL	72
4.1. Infanticidio honoris causa	72
4.1.1. El móvil del honor	73
4.2. Circunstancias establecidas en el artículo 327	74
4.2.1. Que no tenga mala fama	74
4.2.2. Que haya ocultado su embarazo	76

4.2.3 Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil	77
4.2.4. Que el infante no sea legítimo	78

Capítulo VI	
TERCEROS PARTICIPES	82

Capítulo VI	
PENALIDAD DEL INFANTICIDIO	90

CONCLUSIONES	94
---------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	98
---------------------	-----------

PROLOGO

El objetivo de este trabajo es tratar lo relativo, a un delito muy especial y polémico, como lo es el delito de infanticidio.

Se caracteriza como polémico teniendo en cuenta que a través de toda la Historia, ha existido un sentimiento de indulgencia, como así se pronunció el Marqués de Beccaria; y de represión como lo manifestó el viejo comentarista español Pacheco, ante la aparición en España en 1822 de la atenuación de la pena aplicable al infanticidio.

Con el presente trabajo se pretende aclarar y señalar algunos puntos con respecto al delito planteado, que el legislador pudiera tener presentes en alguna posible reforma al Código Penal vigente.

Es así como a través del desarrollo de este trabajo, hemos realizado algunas reflexiones dignas de consideración en torno al problema planteado precedentemente.

Esperamos que la elaboración de este estudio logre el objetivo del tema que nos ocupa; aún cuando comprendemos que no es fácil arribar a un estado de perfección en ningún campo, sin embargo, he aquí uno en el cual quisiéramos acercarnos lo más posible a la justicia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE INFANTICIDIO

La etimología de la palabra infanticidio generalmente aceptada ha sido lo que parece datar del bajo latín, atribuida al apologista cristiano Tertuliano; se compone de in-privar y fan-hablar, queriendo decir: niño que no habla todavía y coedere que significa dar muerte; por lo tanto, infanticida será el que da muerte a un niño recién nacido.

En sí, etimológicamente la palabra infanticidio nos arroja escasos resultados, puesto que al llevarse a cabo la muerte de un niño, cae dentro del tipo establecido para el homicidio, considerando al infanticidio un delito especial con elementos que le otorgan dicha característica. Si bien, se trata de un homicidio por naturaleza, ante el criterio de nuestra ley, el infanticidio no es una simple modalidad del homicidio, ya que aquel toma en cuenta el parentesco que liga al sujeto activo del delito con la víctima; es, repito, un delito especial que se rige por sus propias disposiciones.

La historia del infanticidio nos revela un fenómeno muy especial bajo el punto de vista de la evolución de las ideas morales. Por un lado se separa de la familia de los homicidios dándole nombre y fisonomía distinta; y por el otro, su tratamiento ha obedecido tanto a un sentimiento de severidad, de indignación contra el que mata a un ser débil e indefenso; de ahí la diversidad en la manera de reprimir la muerte de un recién nacido, tanto en las legislaciones antiguas, como en las modernas.

I.1. DERECHO ROMANO.

En la Roma primitiva, a los menores se les suprimía por razones de selección eugenésica. Posteriormente el castigo recayó únicamente sobre la madre infanticida, considerándolo un parricidio, palabra dada por una antiquísima ley de Numa, con la connotación que el derecho moderno le da a la voz homicidio.

Cuando el padre daba muerte al hijo, se llegaba hasta la impunidad, sobre todo cuando existía un motivo lo suficientemente fundado, haciendo presumir que el hijo fuera mayor. Esta acción se derivaba del poder de vida y muerte que el pater poseía sobre sus hijos y descendientes, que se encontraban sometidos a su potestad.

Algunos autores como Francesco Carrara (1) se plantean la duda respecto del límite de Jus Vitae et Necis (derecho de vida y muerte), ejercitado por el pater, o si únicamente lo podía ejercer a causa de un delito cometido por alguno de sus hijos, previo un juicio de familia. Llegando a la conclusión -dicho autor- que cualquiera que sea la verdad, el derecho de vida o muerte no sirve para asentar en ello, el principio de los romanos que no castigaban el delito, pues aún admitiendo ese derecho en el sentido más libre no se aplicaría para dejar impune la muerte cometida por la madre, por el padre natural o por el padre legítimo, pudiendo suceder que el pater sometería al hijo a otra patria potestad; podía coincidir el padre efectivo con el que tenía la potestad.

Los romanos no emplearon la palabra infanticidio para referirse a la muerte dada a un niño en sus primeros días de nacido, lo incluían en el parricidio.

I.1.1. LEX POMPEIA DE PARRICIDIIS.

Establecía que "por costumbre antigua la pena de parricidio, consiste en que el parricida sea agotado con vaguetas de sangre y después se le encube, esto es, se le meta en un cuero (culleum) junto con un perro, un gallo, una víbora y una mona y se le arroje de esta suerte, al mar". (2)

En otro de sus enunciados, la ley se refiere únicamente a la madre como sujeto activo del delito. Antonio Quintano Ripollés (3) nos dice, "algunos romanistas le dan la palabra filius la interpretación que se refiere únicamente a los hijos adultos, y no a los menores, menos aún a los recién nacidos.

I.1.2. LEX CORNELIA DE SICARIIS ET VENEFICIIS.

(DESICARIOS Y ENVENENADORES)

Proporciona un punto de vista diferente, al no referirse al vínculo paterno o materno, al decir "si quis necandi infanti", se menciona a los extraños y no a los parientes, y establecía

para el ciudadano la pena de la interdictio aqua et igni; para el esclavo y la madre que mataba a su hijo, se les castigaba con la muerte. La ley contenía pena por la tentativa, consistiendo en la pena capital, haciendo aparecer como un delito consumado.

Hasta que se lleva a cabo la derogación formal del derecho de vida y muerte, es cuando sucede en Roma una situación igualitaria de los Padres frente a sus hijos. Dicha derogación se dió con la Constitución de Valentiniano y Valente, en el año 374.

En la época Republicana, la muerte del hijo efectuada en secreto y alevosamente se castigaba como homicidio.

Las reformas de Valentiniano y Valente fué añadida al codex de Justiniano, a la Lex Cornelia, omitiendo establecerla a la Lex Pompeia.

Cuando Constantino gobierna, el derecho de vida y muerte se empieza a desconocer como derivación del derecho de propiedad; derogándose completamente con Justiniano, con el surgimiento del cristianismo.

Con la invasión de los bárbaros, la muerte de los hijos dada por los padres, presenta menos interés debido a las formas rituales y sacrificios, e inclusive a una forma salvaje de eugenesia, practicada por ellos.

1.2. FUENTES HISTÓRICAS ESPAÑOLAS.

En un sentido restringido como conocemos al delito de infanticidio, las fuentes españolas no nos aportan antecedentes propiamente dichos. En ellas se incluía el puericidio dentro de parricidio, adoleciendo de incertidumbre y obscuridad.

El derecho Visigótico, asimiló penalmente la muerte del infante con el aborto.

1.2.1. CONCILIO ESPAÑOL DE ILIBERIS.

Este Concilio llevado a cabo en el año de 305, más que una sanción jurídica, contenía una pena moral de tipo religioso, para la mujer que diera muerte a su hijo, la cual consistía en la privación de los sacramentos, llevando tal castigo al extremo para el caso en que la infanticidia se encontrara en artículo mortis.

1.2.2. CONCILIO ESPAÑOL DE ALCIRA (ANKARA).

Efectuado en el año 314, en el siglo IV, estableció cánones reprimiendo a la mujer fecundada ilícitamente, orillando a ésta al ocultamiento de su deshonra por medio de la desaparición del producto de la concepción, sucediendo lo mismo que en el Concilio de Ilíberis, al tener validez únicamente solo en el ámbito de la conciencia y no en el terreno jurídico, ni en lo teológico, donde la muerte ocasionada por la madre al hijo, se consideraba igual de grave que el homicidio.

El delito de matar al hijo no fue atenuado o singularizado por el ocultamiento del deshonor, que aún en las leyes laicas dotados de un fuerte espíritu eclesiástico se persiguió con máximo rigor. En este Concilio, no obstante, el sentimiento de indulgencia a la infanticida, se manifiesta pasando más tarde a los libros penitenciales.

1.2.3. FUERO JUZGO.

Demuestra un gran adelanto con relación al Derecho Romano Clásico, debiéndose seguramente a la influencia de las doctrinas acogidas en el tercer Concilio Toledano, en el año de 589.

El Fuero Juzgo contiene una disposición que a la letra dice "ninguna cosa es peor que los padres que no tienen piedad de sus hijos, considerando como pecado tal acto y por lo tanto, a la mujer libre o sierva que da muerte a su hijo que haya nacido, o que impida dicho nacimiento utilizando yerbas o lo asfixiare, el juez de la tierra luego que tenga conocimiento la condenará a muerte o a la ceguera, castigando de igual manera al marido que ordenaré el acto homicida".

(4)

I.2.4. LAS SIETE PARTIDAS.

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

Sería muy inocente pensar que al infanticida se le aplicaran las mismas penas igual al que exponía un niño, ya que los antecedentes anteriores a las Siete Partidas determinen el trato tan severo con que se castigaba dicho delito.

En el Fuero Real y en algunos Fueros Regionales y Municipales se guarda silencio, con excepción del Fuero de Soria en su párrafo 537, comprendiendo pena de muerte a la que mata a su hijo recién nacido, haciéndose mención al "fornicio" que indicaba la relación extra conyugal y por lo tanto, ilícita.

I.3. SIGLOS XVII Y XVIII.

En el siglo XVII la pena de muerte por medio del fuego, imperó para los infanticidas típicamente prevista para los delitos cometidos en contra de la religión. Recordemos que el significado espiritual que representaba el cometer la muerte del recién nacido, se aplicaba en el campo de la conciencia espiritual.

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

La mentalidad que existía en la época, le dio al infanticidio un matiz netamente eclesiástico, consistiendo en la agravación del crimen en caso de que la criatura no hubiese sido bautizada, se le privaba de la salvación eterna, y si la deshonra se hubiera querido ocultar, esta constituía un dato de publicidad.

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

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

Cesar Beccaria, en su pequeña gran obra del Tratado de los Delitos y de la Pena, tiende a mitigar el delito de infanticidio por causa de honor. La pena se hizo menos rígida al no aplicar la condena capital, juzgando al infanticidio, un homicidio o parricidio ex-ceptum. No obstante, Códigos como el Prusiano siguio atendiendo a la pena capital con la "atenuación" que se aplicaba por decapitación, la cual consistía en ser una forma noble de dar muerte.

En el siglo XVIII, a pesar del cambio operado hacia el delito en estudio, los Jesuitas se pronunciaron como defensores de la máxima pena y por lo tanto opositores a aminorar el castigo; a pesar de todo ello, no podemos dejar de ver al siglo XVIII como una era religiosa.

La ilustración vino a abrir un nuevo horizonte, la época era bien llamada en Francia, la Edad de las luces; el clero francés a principios del siglo XVIII cada vez se modernizaba más en sus actitudes, pero no obstante, la atenuación a la pena del infanticidio fue reciamente condenada por éste; el fraile de Valombreuse atacó la obra de Beccaria, así como a los inquisidores y príncipes, haciendo suponer que se trataba de un escrito ateo, variando la interpretación de la obra.

Beccaria en su obra, nos indica que el infanticidio resulta inevitable ante el dilema en que la mujer se encuentra. La mujer que cedió por debilidad o que sucumbió por la violencia; por un lado la infamia por otro la muerte del ser incapaz de sufrir ¿cómo preferirá esta la miseria infalible en que serían puestas ella y su infeliz fruto?. Concluyendo que el mejor modo de evitar este delito, fuera el de proteger con leyes eficaces la flaqueza contra la tiranía, la cual exagera los vicios que no pueden cubrirse con la manta de la virtud. No se puede llamar precisamente justa (vale - tanto como decir necesaria) la pena de un delito cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una Nación. (5)

Considero, que el sentimentalismo fue otro factor del cambio efectuado en el siglo XVIII, con respecto del tema tratado. Hoy la palabra "sentimental", resulta quizás despectiva indicando la excesiva emoción prodigada en casos fútiles o definitivamente de mal justo. Pero en el siglo XVIII el sentimentalismo, fue parte de un proceso más amplio, la civilización se convirtió más humanitaria. Entonces, como ahora, no se llegó nunca a la meta, pero el efecto de los intentos para lograrla fué visible por donde quiera, en el cambio de actitud del hombre hacia sus semejantes.

Romagnosi defendió las ideas expuestas por el Marqués de Beccaria, siendo en Alemania donde la idea de justicia se sintió fuertemente con respecto a la suavización de la pena señalada para el infanticidio. Desde el punto de vista práctico sólo se manifestó en la sustitución de la pena de asfixia sumergiendola en al agua, por la decapitación. (6)

La atenuación de la pena aparece por primera vez en el Código Austriaco de 1803, Algunas legislaciones siguieron el mismo camino, como el Código de Napoleón de 1810 y en su artículo 302 lo menciona como un homicidio voluntario no distinguiendo entre parientes, extraños o sexo culpable.

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

El Código Español de 1822 se unió a los Códigos mencionados con anterioridad, por lo que se refiere a la atenuación de la pena para las infanticidas, tomando en cuenta el móvil del honor, así como la ilegitimidad.

El infanticidio aparece por primera vez con sustantividad propia, en el Código de Baviera de 1813, ya que el Austriaco y el Español, aunque aparecía como delito atenuado, se incluía en el parricidio.

I.4. ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO

I.4.1. DERECHO AZTECA.

Respecto al Derecho tratado no se encuentran precedentes del infanticidio, equiparándose cuando mucho a los sacrificios de niños ofrecidos a las divinidades, como se manifestó en Grecia, Esparta, Atenas y aún en la Roma Primitiva, por razón de la selección de la raza o para disminuir las cargas económicas o por la inutilidad causada por su edad.

Los Aztecas efectuaban sacrificios sangrientos a sus dioses, desde un animal hasta los seres humanos, hombres, mujeres o niños, sucediendo en grandes cantidades y cuyos cuerpos eran luego comidos (7); estos podrían ser prisioneros de guerra, esclavos e incluso niños de pecho vendidos por su madre, efectuándose la venta en lugares llamados Tianguistlis, establecidos para realizar ese fin.

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

El sacrificio se ejecutaba de diversas maneras, ya fuera degollándolos, ahogándolos en el lago o encerrándolos en una cueva para que murieran de terror y de hambre.

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

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

Los hijos contra-hechos también eran sacrificados en tiempo de hambre o malas cosechas o cuando moría el rey. Así mismo se ocasionaba la muerte a los niños que nacían en los días llamados nemontemi (el año tenía 18 meses de 20 días que resulta 360 días en total, a los que se agregaban cinco más, y éstos eran los "inútiles" o nemontemi).

Lo anterior, no se ubica dentro de los delitos y las penas señaladas para los delitos cometidos por los Aztecas, los cuales se representaban por esconas pintadas.

El sacrificio de niños constituía una exigencia ritual debido a su religión.

1.4.2. EPOCA COLONIAL.

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

El fundamento de toda legislación indiana era la corona y la ratificación emanada de los Virreyes, Audiencias, Gobernadores, Ciudades, etc.

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

El Derecho Penal Castellano nos proporciona la mayor parte de las normas aplicables en las Indias, siendo éstas las contenidas en el Fuero Juzgo (el cual, no fue formalmente derogado cuando empezó la conquista); el Fuero Viejo; el fuero Real; las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales; Las Leyes del Toro; la Nueva Recopilación y La Nôvisima Recopilación.

No tiene caso repetir lo ya expuesto cuando nos referimos a las fuentes históricas españolas.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar nuevas disposiciones para el caso de ocasionar la muerte o el cuidado del recién nacido, contenidas en la Novísima Recopilación

en el Reglamento sobre Policía General de Expósitos, promulgado por Real Cédula de Carlos IV, el 11 de diciembre de 1796, insertó en la Ley V, Título XXXVII, Libro VII; haciendo mención a la pena capital para la infanticida como para los expositores de niños, incluyendo el supuesto de la ocultación de la deshonra.

El Reglamento creaba los establecimientos públicos llamados "caxas". Entre sus disposiciones se menciona: "A fin de evitar los muchos infanticidios, que se experimentan por el temor de ser descubiertas y perseguidas las personas que llevan a exponer alguna criatura por cuyo medio las arrojan y matan, sufriendo después el último suplicio como se ha verificado; los justicias de los pueblos, en caso de encontrar de día o de noche en campo o en poblado a cualquier persona que llevare alguna criatura, diciendo que va a ponerla en la casa o caxas de expósitos, o a entregarla al párroco de algún pueblo cercano, de ningún modo la detendrán, no la examinarán y si la Justicia juzgase necesario a la seguridad del expósito, o la persona conductora lo pidiere, le acompañara hasta que se verifique la entrega, pero sin preguntar cosa alguna judicial ni extrajudicialmente al conductor y dejándole retirarse libremente".(8)

Si la muerte del infante resultaba del abandono sin tener conocimiento el párroco, se señalaba castigo con "toda la severidad de las leyes, a las personas que lo ejecutaren". En ese entonces, lo que se trataba de evitar era el abandono a la muerte despladada de la criatura, jugando un papel muy importante las casas de expósitos, dando como resultado la escasez de infanticidios.

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

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I

Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal".

Editorial Temis, Bogotá, 1957, Tomo I, Págs. 264 y 265.

Idem.

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

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

Cesar Bonesano Beccaria, "Tratado de los Delitos y de las Penas", Librero Casa de Rosa, París, 1828, Pág. 160.

Eugenio Cuello Calón, "Derecho Penal", Editorial Casa Bosh, Barcelona, 1936, Tomo II, Pág. 439

Torbio Esquivel Obregón, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Editorial Polis, México, 1937, Tomo I, Pág. 351.

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

CAPITULO II

CONCEPTO DE INFANTICIDIO

2.1. DERECHO COMPARADO.

Algunos Códigos Penales han resuelto que el infanticidio sea considerado un delito privilegiado: otros, en su minoría han sostenido que se le incluya dentro de las normas que rigen al homicidio, como sucede en el Código Penal Argentino, Ruso y Japonés: el Código Francés, no lo manifiesta claramente pero se deja entrever, al no mencionar las situaciones psicológicas que supuestamente caracterizan al delito de infanticidio en la mayoría de los ordenamientos penales.

Existen dos sistemas básicos en Derecho Comparado, con respecto al fundamento del trato legal privilegiado: El Sistema Latino de Motivación y el Sistema Germánico de Alteración Psíquica.

2.1.1. SISTEMA LATINO DE MOTIVACION.

Este sistema se caracteriza por considerar el móvil de ocultamiento de la deshonra como elemento constitutivo del infanticidio.

A través de los antecedentes -expuestos anteriormente- se infiere que el hecho de ocultar la deshonra fue el motivo primordial de realizar el acto homicida.

El Código Español de 1822, se plasma expresamente, a diferencia del Austriaco y del Bávaro, la atenuación de la pena basada en ocultar la honra, requiriendo la ilegitimidad del embarazo o la buena fe de la mujer; y de ahí, que el maestro Quintano Ripollés (1) formula una crítica a la denominación del Sistema Latino, el cual debería ser llamado por su aspecto histórico: Sistema Español; puesto que Francia e Italia no lo acogieron en un principio.

2.1.1.1. CODIGO PENAL ITALIANO.

Actualmente se consigna el concepto de infanticidio diciendo: "es la muerte de un recién nacido, inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto, para salvar el honor propio o el de un pariente próximo". Se restringe el tipo al requerir la muerte del

recién nacido inmediatamente después del parto, y se hace extensivo a actividades previas antes de que nazca la criatura, pudiéndose ajustar a la figura del feticidio.

2.1.1.2. CODIGO PENAL ALEMAN.

La ilegitimidad del nacimiento lo equipara al ocultamiento de la deshonra al no mencionar expresamente dicha ocultación; sumándose a este criterio, los Códigos Noruego (parág. 234), y el Rumano (art. 465). El Código Alemán suele ir más allá de la letra y posiblemente de la Ley, al mencionar situaciones ajenas a la honra, como lo viene a ser la angustia económica.

2.1.1.3. CODIGO PENAL ESPAÑOL.

En su artículo 410 nos define al infanticidio como "Comete infanticidio la madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido. También lo cometen los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre ejecutaren el mismo hecho".

El móvil del delito ha de ser el ocultar la deshonra de la madre, pudiendo apreciarse tanto en la mujer soltera como en la casada. Comete infanticidio de acuerdo a la legislación penal española, la mujer que da a luz a los cuatro meses de casada por haber realizado ayuntamiento carnal con su marido antes del matrimonio, dando muerte a su hijo, para no deshonrarse en concepto público. (2)

El Código Penal Colombiano, adopta el mismo concepto de infanticidio consignado en el Código Español. El Código Portugués (art. 356), si bien señala el límite de edad en ocho días, se adscribe al Sistema Latino de Motivación.

2.1.2. SISTEMA GERMANICO DE ALTERACION PSIQUICA.

El Sistema Germánico atiende al estado psíquico que presenta o puede presentarse en la madre en el momento del parto y mientras dure el estado puerperal, limitándose el tipo a la madre, por ser la que adolece de tales trastornos. Sin embargo, este sistema presenta lo complicado de la prueba para demostrar la existencia real del estado psicológico, llegándose al criterio de la presunción, y los del deslindeclaro entre éste y las situaciones de inimputabilidad. (3)

La influencia del estado puerperal se inicia desde el nacimiento, hasta que se tiene por concluido el puerperio. Al puerperio se le identifica como el período durante el cual van desapareciendo las modificaciones producidas en el organismo materno por el embarazo, hasta llegar a un estado semejante al que se tenía antes de la preñez.

Estudios formulados por la medicina legal, han sostenido que el estado puerperal se prolonga hasta un período aproximado de cuarenta días; algunos autores lo remiten a la aparición de la primera menstruación o a la involución del útero.

El Sistema Germánico solo contempla que el hecho se haya originado mientras tal estado fisiológico perdure, con prescindencia de los efectos psicológicos que pueda haber ocasionado.

2.1.2.1. CODIGO FEDERAL SUIZO.

La denominación del sistema corresponde al presente Código, y no al alemán como pareciera ser.

Del artículo 116 del Código Suízo, hecha la interpretación se presumen los trastornos anímicos en el momento del nacimiento, aceptándose como posibles durante el estado puerperal. Thorman y Von Overbeck, hacen comentarios al respecto, afirmando que el influjo del estado puerperal varía según cada caso en particular, y su duración es muy difícil de determinar. El puerperio puede presentarse por medio de la depresión que sufre la mujer como consecuencia de los sufrimientos físicos por los que ha pasado, así como por sus preocupaciones resultado del agotamiento que el parto le provoca.

2.1.2.2. DERECHO PENAL INGLES.

En el moderno sistema inglés que data a partir de la "Infanticide Act." de 1922, ha sido conservada hasta la legislación penal vigente, la cual ha juzgado al infanticidio como una simple felonía siempre que se pruebe que la madre lo cometió como consecuencia emanada de las alteraciones que produce el parto. El término establecido por la ley inglesa para cometer el delito, es el plazo más extenso conocido por el Derecho Penal vigente, el cual es de un año.

Al presente sistema se ajustan los Códigos Checo (parág. 220), Yugoslavo (parág. 138), Griego (art. 302) y Etíope (art. 527).

Como se anotó anteriormente, los sistemas que consignan el infanticidio como delito privilegiado, ya en razón del móvil de ocultar la deshonra, ya como alteración psíquica provocada por el estado puerperal, existen algunas de ellas que mantienen silencio por lo que se refiere a dichos elementos como la francesa al mencionar solamente la condición de "recién nacido" de la víctima; al igual, ordenamientos latinos como los Códigos Dominicanos y Chileno, que mencionan exclusivamente el ámbito temporal del delito y al sujeto activo que lo realiza.

2.1.3. SISTEMA INTERMEDIO.

Acoge los elementos que caracterizan al Sistema Latino y al Germánico.

Dentro de este sistema se encuentran los Códigos vigentes de Argentina y México, manteniendo una originalidad con que reglamentan el infanticidio.

2.1.3.1. CODIGO PENAL ARGENTINO.

Señala en su Artículo 81 inciso 2o. A la madre que para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal. La pena de prisión es de uno a seis años”.

El Código Argentino fundamenta de modo distinto el infanticidio cometido por la madre y el de los parientes. Para la primera adopta al criterio apoyado en el móvil del honor; para los parientes es necesario que se encuentren en estado de emoción violenta.

La Comisión argentina, después de realizar serias consideraciones respecto del marco temporal en que se debería encuadrar el infanticidio, se optó por la referencia al estado puerperal, consagrado en el sistema germánico.

En el texto argentino no figura la exacta precisión con que es tratado el estado puerperal de la legislación suiza, constituyendo una modalidad limitada, establecida por la doctrina y la jurisprudencia: en la ley penal argentina se hace necesario además, el móvil del honor. (4)

2.2. LEGISLACION MEXICANA.

2.2.1. CODIGO PENAL DE 1871.

En México la legislación liberal, considera el móvil del honor para otorgarle especialidad al delito de infanticidio, aplicando una pena atenuada en relación con el homicidio; ratificándolo así la Exposición de Motivos al Código de 1981, realizada por Martínez de Castro, el cual justificaba la disminución de la pena, cuando la madre para ocultar su deshonra lo cometiera en un instante de acabado de nacer el niño. El argumento se apoyaba en las diferentes legislaciones que han tenido gran influencia, en nuestro Derecho Penal.

Se omitió establecer algunas disposiciones antiguas que debido a su dureza, habían caído en desuso. Sin embargo, en la redacción del artículo 581, el legislador olvidó el propósito, definiendo al delito sin tomar en cuenta el móvil del honor, así como a los sujetos activos de la infracción.

El Artículo 581 prescribía "Llámesese infanticidio la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las 72 horas siguientes". Se prevé la muerte in ipso partu, así como la que acontecía posteriormente limitado a 72 horas.

El Artículo 582 consideraba que el infanticidio pudiera ser cometido intencionalmente o por culpa, y se castigaba conforme a las reglas establecidas en los Artículos 199 al 201 de dicho ordenamiento; pero si el responsable fuera médico, cirujano, comadrón o partera, se tendría esta circunstancia como agravante de cuarta clase. El Código Penal Vigente, llama a esta clase de delito: no intencionales o de imprudencia. Se plantea el problema si puede o no existir infanticidio culposo, al grado de haber quedado suprimido en el apartado especial del infanticidio en el Código de 1931; este tema más adelante se tratará.

El Artículo 584 consagraba el infanticidio honoris causa cuando se expresaba así: "La pena será de cuatro años de prisión cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonra y concurren, además, estas cuatro 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 haya inscrito en el Registro Civil.

IV.- Que el infante no sea legítimo.

Cuando en el caso anterior -expresa el Artículo 585- no concurren las tres primeras circunstancias que en él se exigen, se aumentará, por cada una de ellas que falte, un año más de prisión a las cuatro que dicho artículo señala. Pero si faltare la cuarta, esto es, si el infante fuere legítimo se impondrán ocho años de prisión a la madre, concurren o no las tres primeras circunstancias.

Si el artículo 584 -exigía que la madre lo cometa con el fin de ocultar su deshonra, lógicamente se deduce, que, para la existencia de ese propósito se requería, como condición esencial, que haya de por medio una honra que salvar. "Téngase al menos presente -comenta Joaquín Pacheco- (5) que la ley dice para ocultar la deshonra y, por consiguiente, es necesario que aparezca y se acredite en el juicio esta causal de disculpa. Si la clase, si la vida, si las costumbres de la madre, si el aprecio que ella haga de la opinión, no autorizaren a suponer este propósito que ha inspirado a la ley; si no se probare, ni se pudiera racionalmente presumir, la disposición actual no sería aplicable y el infanticidio habría de castigarse con más dureza"

Pero aquí surge un problema, ¿que pena se aplicaría a la madre que diera muerte a su hijo sin el móvil de ocultar su deshonra?. Según el propio Artículo 584 se le castigaba con cuatro años de prisión cuando lo cometía con ese propósito, de manera que, en ausencia de ello, no sería aplicable dicha disposición. El Lic. Demetrio Sodí (6) arguye: "este artículo sólo castigará el infanticidio cuando lo cometa la madre con el fin de ocultar su deshonra; por lo tanto, se requiere como condición esencial que haya de por medio una honra que salvar. Si se cometiera con un fin distinto no sería aplicable el

artículo 584 y no existirá pena aplicable y por lo tanto, el delito quedaría impune". La disculpa no sería aplicable a un extraño respondiendo éste a un homicidio calificado.

Para remediar esta omisión, La Comisión Revisora del Código Penal, en 1912 propuso la reforma del Artículo citado, en el sentido de que la pena sería de ocho años de prisión cuando el infanticidio lo cometiera la madre, reduciéndose a la mitad cuando se propusiera ocultar la deshonra.

Considero, que lo expuesto por el maestro Sodi, el delito no quedaría impune, sino que se ajustaría en todo caso al tipo establecido para el homicidio. Absurdo sería que un hecho de tal índole, quedara sin resolver.

Desde entonces, se manifiesta que desde que se empezó a regular el infanticidio como delito privilegiado, se cayó en el error consignado actualmente en nuestro Código Penal, al atenuar el delito aún en los casos no fundados en el móvil de la honra, lo que no tiene razón de ser.

Refiriéndose a otros sujetos, el artículo 586 expresaba:

Cuando no sea la madre la que cometa el infanticidio se impondrán en todo caso ocho años de prisión al reo a menos que éste sea médico, comadrón, partero o boticario, y como tal comete el infanticidio, pues entonces se aumentará un año a los ya citados ocho y a los susodichos se les declarará Inhabilitados perpetuamente para ejercer su profesión" La ley castigaba muy levemente a cualquier extraño responsable de la muerte de un niño recién nacido. La obsecación moral así como el propósito de ocultar la deshonra no pueden concurrir en estos sujetos que no tienen ningún interés en que el alumbramiento permanezca oculto. Al otorgarles la ley (como ahora sucede) la concesión de una penalidad disminuída, desvirtúa el principio que tanto la doctrina como las legislaciones han consagrado, dándoles una oportunidad para eludir la pena ordinaria de homicidio. Por eso el Lic. Sodi (7) expresa "no tiene razón de ser para un extraño el que deberá responder de un homicidio calificado cuando ataca la vida de un infante. ¿Por qué aplicar al reo la pena de ocho años de prisión cuando el delito no puede tener las atenuaciones que moral y jurídicamente se reconocen y admiten en un homicidio que no es calificado?. Compartiendo la opinión de Sodi, al decir de este delito "el que mata a un infante no solo ejecuta un crimen monstruoso en un ser indefenso, sino que generalmente es impulsado a cometerlo por causas de interés pecuniario, dándoles tintes de mayor negrura al atentado".

En México a partir del año de 1899 hasta el 9 de julio de 1907, la estadística criminal en el Distrito Federal registra sólo nueve casos de infanticidio

2.2.2. CODIGO PENAL DE 1929.

Puesto en vigor hasta 1930. Nos presenta un desconcierto con relación a los delitos en particular.

El Artículo 994 copia la definición del viejo ordenamiento de Martínez de Castro, omitiendo de igual manera a los sujetos activos del delito y el móvil del honor como motivo de atenuación.

La aparición de un nuevo delito, provoca confusiones, y se le denominó el filicidio. Según su definición, puede cometerse la muerte en el ascendiente dentro de las 72 horas de su nacimiento, o después en cualquiera otra edad.

José M: Ortiz Tirado (8) nos dice: "según los términos de la Ley, no se pensó en crear una figura delictiva diferente con el filicidio, que no es otra cosa que la muerte causada por los padres en la persona de alguno de sus hijos, en el momento de su nacimiento o dentro de las 72 horas siguientes; pero que si los autores del Código de 1929 realmente quisieron erigir el delito especial de filicidio amparando al hijo cualquiera que fuese su edad, entonces sí tenemos que aceptar que fueron muy desafortunados en la redacción del capítulo o que se inspiraron en una mala técnica jurídica".

En 1891 el Doctor Aubry, propuso la creación de una categoría delictiva particular (el libericidio), para continuar la protección del niño más allá del término que la ley asignaba al infanticidio.

El Artículo 995, reitera el infanticidio cometido por imprudencia, lo que significaba que la voluntad homicida no era elemento constitutivo de dicho delito; pudiendo obedecer a actos positivos y omisiones.

El Artículo 999 disminuye la pena accesoria aplicable al médico, comadrón, partero o boticario, sustituyendo la inhabilitación perpetua para ejercer la profesión por la de 20 años.

2.2.3. CODIGO PENAL DE 1931.

El delito de infanticidio en el Código de 1931, Código vigente, lo reglamenta dentro del grupo de delitos "Contra la Vida e Integridad Corporal", en los Artículos 325 al 328; lo que en estricta doctrina el que contiene el artículo 327 sería el que correspondería propiamente al infanticidio.

El Artículo 325 nos da el concepto diciendo "Llámesese infanticidio, la muerte causada a un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos". Sigue los lineamientos del Código Penal de 1871, al no mencionar el móvil del honor. Pero como suele ocurrir en nuestra legislación, el legislador no se percató de la parte final del Artículo 336 del Código Penal Español, que es el antecedente inmediato de nuestro delito de infanticidio.

Se le ha dado en llamarlo infanticidio genérico distinguiéndolo del infanticidio honoris causa. De entre las dos clases de infanticidio es el "genérico" el que en México muestra perfiles más sombríos, a causa del alto porcentaje de incultura de nuestra población.

El infanticidio que consagra el Artículo 325 del Código Penal también se le denomina "Infanticidio Económico", porque es la miseria en algunas veces lo que impulsa al delincuente a cometerlo. La deficiente estadística nos muestra como y con qué profusión se sacrifica a los niños recién nacidos, en que la madre ve en la llegada del nuevo ser, un factor de agravamiento de una situación que de antemano era angustiosa y muy precaria.

Comúnmente el infanticidio "genérico" es realizado entre la clase baja de nuestro pueblo, que carece por lo general de toda proporción ética e intelectual.

La mujer que por ignorancia no puede recurrir al aborto como solución a su agravada situación de descubrir la llegada de un nuevo ser, espera pacientemente el término de la gestación para causar la muerte al hijo al momento de nacer, y es precisamente por su impotencia que cree practicar un acto sin resultados negativos.

Sin embargo, el sujeto activo, no siempre se trata de mujeres ignorantes, pudiendo presentarse el caso contrario del anterior, el de la mala mujer, aquella en que su satisfacción fácil de sus caprichos y deseos, y cuando de éstos resulta su embarazo, repudiando al fruto de sus amores ilícitos, surge el pensamiento insano y la acción perversa generando el delito. Para esta madre desnaturalizada y cruel, que ve en su propia conveniencia, sin importarle la vida del niño a que da a luz, la ley debe mostrarse inexorable e imponer un castigo igual al que merece el homicida con todos sus agravantes.

El mal llamado infanticidio "genérico" puede reconocer causas como: la ocultación de un desliz sexual, miseria económica -señalado anteriormente-, comodidad, propósito eugenésico, limitación de una familia numerosa, supresión de un ser para evitarse competencia económica-hereditaria, odio, etc.

El privilegio otorgado al infanticidio reglamentado en el artículo 325 del Código Penal, adquiere diferente matiz de no establecer el motivo que le dió origen a la atenuación de la pena: el evitar el deshonor.

En nuestro Derecho Penal, desde el Código Penal de Martínez de Castro en su Artículo 581 hasta el Código vigente, así como el Código Penal Francés después de la reforma de 1941, que establece: cualquiera que fuere el autor del hecho, se le aplicará una sanción de tres a diez años de prisión, siendo dicha reforma, nada acertada, al no existir fundamento humano que pueda explicar el beneficio para el extraño que priva de la vida a un recién nacido. Los Códigos mencionados no fundamentan el delito de infanticidio en las causas derivadas del honor.

Así como se señaló en el capítulo anterior, nuestro Código al referirse al delito en estudio, constituye una manera muy "sui géneris" no siendo un modelo de técnica legislativa, al no expresar el elemento subjetivo, constituido por el querer salvar el honor, el cual integra la esencia de la atenuación del infanticidio.

Cuando se priva de la vida a un recién nacido sin ánimo de salvaguardar el honor no tiene ninguna justificación, pero por desgracia, nos parece claro que la ley establece dos tipos de infanticidio: el honoris causa y el sin móviles de honor, resultando en algunos Códigos locales menos irritante como es el caso del de Guanajuato al sancionar de diez a veinticinco años de prisión al que cometa infanticidio.

La exigencia del móvil del honor es lo que impregna la figura, y es lo que le otorga autonomía, dado su carácter de elemento subjetivo, que a través de la historia, han caracterizado al tipo del infanticidio.

Así, pues, otro móvil como la extrema miseria por justificable que resulte, no tiene el efecto de adecuar la acción a la figura del infanticidio.

Ahora bien, el criterio sustentado por el Código que atiende a la alteración psíquica, pueden excusar otros móviles distintos del fin de querer ocultar la deshonra, importando tan solo el que la madre se encuentre bajo la influencia del estado puerperal.

La esencia de esta figura especial, se reduce no sólo a destruir la existencia material de la criatura, sino que, se ha querido destruir ante los ojos del mundo su nombre y el hecho de su nacimiento con un fin, siendo en éste donde reside el carácter especial del delito de infanticidio, no pudiendo ser otro que el querer ocultar y por lo tanto salvar la honra.

Las doctrinas que se inclinan por un tratamiento más benigno han ido prevaleciendo, y la mayor parte de los Códigos contemporáneos así lo consignan, y las iras de los moralistas rigurosos se calmaron ante la autoridad del Sumo Pontífice, después que el Código Gregoriano reconoció y admitió en favor de la infanticida la excusa basada en el tenor de la propia deshonra.

Por primera vez aparecen los posibles sujetos activos de la infracción. El Artículo 325 contempla cualquier hipótesis, no haciendo referencia alguna a motivaciones, ni a

situaciones biológicas, conforme a los sistemas ya vistos; es decir, se aparta de los conceptos otorgados en legislaciones extranjeras, las cuales establecen la penalidad atenuada fundada en la madre que quiere ocultar su deshonra o deshonestidad sexual provocando la muerte de su hijo.

En nuestro Derecho Penal, por lo que se refiere a la denominación de Infanticidio "genérico", es el jurista Francisco González de la Vega quien se la otorga, debido que el artículo 327, establece el llamado honoris causa. Quintano Ripollés (10) critica al maestro González de la Vega en cuanto a la denominación, estableciendo que lo es sólo en lo etimológico. Así, también Mariano Jiménez Huerta (11) llama la atención, al decir "la expresión de infanticidio genérico, sería correcta proyectada al Código Penal de Martínez de Castro, dado que en su artículo respectivo, la comisión de la conducta típica, no se limitaba a los ascendientes consanguíneos".

La redacción tal y como aparece en el Artículo 325, no condiciona al infanticidio a ningún móvil especial. El legislador probablemente tuvo en mente fundar la deshonra en dicho supuesto, al señalar una pena privilegiada, pero no lo manifestó en forma expresa, lo que provoca comentarios en contra.

Jiménez Huerta (12) sostiene que "se haya ínsito y latente el requisito finalista de salvar el honor; al negar la existencia del honor, la ratio legis de la atenuación, tendría que hallarse en un especial derecho de disposición de la vida del descendiente, otorgada a

los ascendientes. La ratio legis se deriva de la especialidad del tipo y de su propia descripción". La atenuación tiene su origen en el móvil de ocultar la deshonra, desde los tiempos de Beccaria, y la especialidad se fundamenta en los elementos que componen al tipo.

Al no ser la ley elástica, puede considerarse infanticidio la muerte del niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos, aún cuando el salvar el honor no sea la causa para cometer el crimen.

El Artículo 327, consigna el infanticidio por causas de honor, que en su debido momento me referiré a él.

En el desarrollo del presente trabajo se analizarán los artículos restantes, aplicables al delito de infanticidio.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II.

- (1) Antonio Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 477
- (2) Cuello Calón, Ob. cit. Pág. 441.
- (3) Carlos Fontán Balestra. "Tratado de Derecho Penal", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, Pág. 162.
- (4) Eusebio Gómez, "Tratado de Derecho Penal", Compañía Argentina de Editores Tucumán, Buenos Aires, 1939, Tomo II, Pág. 110.
- (5) Joaquín Pacheco, "El Código Penal Concordado y Anotado", Tomo III, Madrid, 1867, Pág. 110.
- (6) Demetrio Sodi, "Nuestra Ley Penal", Editorial Bouret, México, 1917, Tomo II, Págs. 303 y 304.
- (7) Idem.
- (8) José M. Ortiz Tirado, "Apuntes del Segundo Curso de Derecho Penal", Edición en mimeógrafo, sin fecha, Pág. 106.
- (9) Francisco González de la Vega, "Derecho Penal, Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, Pág. 112.

(10) Antonio Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 484.

(11) Mariano Jiménez Huerta, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México, 1975. Tomo II, Pág. 162

(12) Mariano Jiménez Huerta, Ob. cit., Págs. 163 y 164.

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE INFANTICIDIO

Del estudio realizado en el capítulo anterior, por lo que se refiere al Artículo 325 del Código Penal, se deducen los elementos para integrar el tipo de infanticidio, los cuales se irán analizando a través del presente capítulo.

3.1. QUE EL PRODUCTO DE LA CONCEPCION HAYA NACIDO

La condición de vida en el sujeto pasivo es un elemento lógico para constituir el tipo de infanticidio, infiriéndose del deseo de matar. El cuerpo de delito se prueba con la simple inspección del cadáver; pero en el caso del recién nacido las pruebas deben apreciarse con más cuidado, puesto que en el infanticidio también se exige el cuerpo del delito. Si el niño nace muerto, el infanticidio es imposible. Quintano Ripollés (1) expresa: "integra un delito putativo impune, no delito imposible", pronunciándose contra ciertos sectores de la doctrina alemana por no referirse tal imposibilidad a lo físico, sino a lo típico.

El determinar si una criatura nació viva, se tiene que atender primero, cuando la ley reputa por nacido a un ser. Sobre este punto se dividen las opiniones de los juristas, así como la de los médicos legales: para Binding y Holtzendorff, el niño ha nacido cuando ya se haya separado, aún cuando sólo sea en parte, del claustro materno, de modo que el influjo mortal pueda venir de afuera: Olshausen, nos dice, que la señal del nacimiento son los dolores del parto; Liszt, el nacimiento ha tenido lugar cuando cesa la respiración placentaria y es posible la pulmonar; Altavilla, critica, el anterior argumento, diciendo que no es suficiente y cree que debe tomarse en cuenta cualquier manifestación vital posterior al corte del cordón umbilical o a la separación de la placenta; a juicio de Garraud, para que exista el infanticidio, no es preciso que haya vivido la vida extrauterina, la muerte ejecutada inpro parto, todavía en el seno de la madre, es infanticidio; Russell, considera, que no hay nacimiento hasta que todo el cuerpo ha salido del vientre de la madre; Kenny, nos dice que, el nacimiento consiste en la expulsión completa del cuerpo del niño fuera de su madre, la parcial no basta. (2)

Fontán Balestra (3), expresa que el nacimiento comienza en el parto natural, y en el provocado cuando se manifiestan las primeras contracciones espontáneas del trabajo del parto; y en la cesárea cuando comienza a ser extraída la criatura.

Puing Peña (4), afirma, desde que empieza el parto de una manera normal, toda actuación extraña deberá ser considerada como infanticidio, y toda conducta anterior, de aborto.

Francesco Carrara (5) opina que, para tener por nacido a una persona se exige el desprendimiento total del niño del claustro materno, es decir, que tenga vida autónoma.

Las opiniones en su mayoría se inclinan, que se debe tener por nacido al niño aunque haya salido sólo en parte del claustro materno, pues a partir de ese momento se puede deslizar la acción infanticida.

La viabilidad, para la ley penal, no constituye elemento para tener por nacido a un ser; como así lo establece el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 337 que establece: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo en el Registro Civil". La norma penal protege al recién nacido, independientemente de que sea o no viable, se tiende directa e indirectamente a la realidad de los fenómenos humanos, y no a las ficciones que el Derecho Privado acostumbra a elaborar.

La viabilidad, no constituye la vida, sino que es la aptitud para ella, por lo que Tardieu (6) nos dice, "el infanticidio consiste en el hecho de privar de la vida a un niño recién nacido que ha salido vivo del seno de su madre; es indispensable que el niño haya nacido vivo, pero no necesario que haya nacido viable".

En algunas épocas se admitió que la criatura no viable imposibilitaba la aplicación de la sanción penal y la atenuación de ella, como el Código Toscano de 1853. Vannini (7) afirma "faltando la viabilidad, faltaría el objeto jurídico de la acción, el cual se constituye, precisamente por el interés de conservar la vida del infante".

Anteriormente, nos referimos, que no basta el que se tenga por nacido a una persona, sino que es necesario para integrar el tipo de infanticidio, que el sujeto pasivo haya nacido "vivo", porque puede presentarse el caso en que los actos vayan encaminados a causar la muerte sobre un cadáver, y por lo tanto, se excluye la posibilidad de efectuarse el homicidio.

Carrara (8), nos menciona la opinión de los prácticos, por lo que se refiere a la presunción que debe ser aceptada como base para probar la vida del feto. Algunos autores, como Berlichio y Baldo, sostienen que la criatura nació viva, estando a cargo de la mujer la prueba positiva de que nació muerta. En opinión contraria, Farinaccio, Thesauro, Paponio, en sus países propugnaron que debe presumirse el nacimiento del niño muerto, mientras la acusación no pruebe de modo cierto la vida extrauterina de la criatura; esta opinión se funda en los principios generales de la carga de la prueba en materia criminal, aplicada hoy día.

La prueba histórica y directa, puede resultar un medio adecuado para comprobar la vida del recién nacido, la cual puede realizarse por medio de testigos que afirmen haber visto al niño moviéndose por sí solo después de la salida del vientre, o de haberlo oído llorar. El inconveniente que presenta esta prueba, resulta de la clandestinidad con que se efectúan la mayoría de estos partos: por lo tanto, en la mayoría de los casos, se recurre a la prueba pericial, correspondiendo ésta a la medicina legal, practicando la dosimacia pulmonar hidrostática, considerándose la demostración más frecuente y más atendida en la práctica. (9) No obstante, de existir otros procedimientos para verificar si existía o no vida cuando se efectuó la acción delictiva; entre los que se pueden mencionar: la dosimacia gastro intestinal, dosimacia auricular. El maestro Carrara, menciona otro medio de comprobación llamado: infarto de ácido úrico.

Atenderemos a los estudios de la dosimacia pulmonar hidrostática, y a la dosimacia gastro intestinal utilizada en Alemania, por considerarlos de uso más frecuente.

La dosimacia pulmonar hidrostática, fue introducida a la práctica en 1682 por Schreger, sin embargo, Sonnenkal sostiene que fue practicada desde 1561 por el Tribunal Superior de Pagan en un caso jurídico. En aquellos tiempos la dosimacia pulmonar hidrostática consistía únicamente en la flotación de los pulmones en el agua, uniéndose más tarde a las observaciones y las condiciones de la cavidad torácica. Actualmente se deben seguir ciertos pasos sin omitir ninguno, siendo los siguientes: (10)

1.- Se extrae de la cavidad torácica los pulmones, bronquios y tráquea, colocando una pinza en esta última para evitar toda entrada posible de aire. Posteriormente se sumerge todo el conjunto de órganos en un recipiente con agua procurando que se cubran totalmente, observando si sobrenadan o se depositan en el fondo del recipiente.

2.- Se arrojan al agua el pulmón y trozos de órganos, y se observa si flotan o no.

3.- Se toma un fragmento de pulmón y se mantiene en el agua con la superficie de sección hacia arriba, y se comprime entre los dedos. Se analizan si se desprenden burbujas en el aire, y si son de tamaño uniforme o variado.

4.- Se toma un trozo de pulmón que haya flotado, se comprime violentamente y repetidas veces entre los dedos, o contra la pared del recipiente; el arrojarlo al agua se vuelve a observar si sobrenadan o se hunden en el medio líquido.

Si en el primero, segundo y cuarto tiempo el material flota, y en el tercero se produce espuma con burbujas de aire homogéneas y chicas que suben a la superficie, puede sostenerse que el pulmón ha recibido aire.

La presente prueba puede desacreditarse por resultar engañosa, encontrándose señales idénticas en niños que han nacido muertos: (11)

1.- Por enfermedad pulmonar;

2.- Por haber soplado algún malvado dentro de la boca del niño muerto creyendo que la va a dar vida al recién nacido aplicando la boca sobre la del feto; en el momento en que se proyecta el aire dará señales de éste en los pulmones;

3.- Por haber respirado momentáneamente el niño al nacer, exterior bajo la pleura, pequeñas burbujas de aire en forma de vesiculitas. Al examen médico por medio de la lupa se observa en el parénquima pulmonar, perlas de gas las que una vez punzadas y liberadas de su contenido permiten la sumersión del pulmón.

5.- La congelación y la conservación en alcohol en ambos casos, en un primer momento los pulmones pueden sobrenadar en el medio líquido, no obstante de no haber respirado la criatura; bastando el someterlos a la acción del agua a una elevada temperatura durante un tiempo, o al lavado respectivamente para obtener una respuesta correcta.

La dosimacia gastro intestinal es complementaria de la pulmonar, tendiendo a descubrir la existencia de aire en el aparato digestivo, ya que la respiración se acompaña de movimientos de deglución.

La prueba se lleva a cabo de la siguiente manera:

1.- Se colocan dobles ligaduras en el duodeno, en el cardias, en el recto y en la parte final del intestino delgado.

2.- Se cortan el estómago, el intestino delgado y el intestino grueso por entre las dobles ligaduras, y las partes separadas se ponen en un recipiente con agua.

Si el estómago y los intestinos flotan o se sumergen, según hubiera o no penetración de aire; será un indicio de vida extrauterina.

La dosimacia gastro intestinal se encuentra al igual que la pulmonar, expuesta a error.

Es importante llamar la atención, dado que en algunas ocasiones se establece una sinonimia entre la respiración y la vida extrauterina, lo cual no debe ser ya que, hay que tener en cuenta algunas causas biológicas que pueden producir el fenómeno de existir vida sin que opere la respiración, como lo es el caso de los fetos apnéicos, siendo aquellos, en los que se produce la apnéa. La apnéa consiste en la suspensión de la respiración.

La muerte de los fetos apnéicos debe ser considerada infanticidio, pudiendo ocurrir que durante los momentos en que se manifiesta la apnéa se cometa la acción delictuosa. Además, el proceso gestatorio ha concluído e iniciado el del parto, obteniendo la criatura el rango de persona.

También puede suceder que falte la respiración como elemento inicial de la vida, como el caso de niño que nace antes de las veintiocho semanas, el niño tiene vida sin respiración. Asimismo existen casos de niños débiles nacidos después del término normal del embarazo, en que mueren sin dejar huellas de respiración. Cuando el niño nace en estado de asfixia, ocasionado por la interrupción prematura de la circulación placentaria, se observa el mismo fenómeno; se incluye también el niño que debido a la mucosidad le fue impedido que el aire llegase a sus pulmones; una hemorragia meníngea producida por compresión de la cabeza durante el parto o neumonía sífilítica, también pueden ser causa de la ausencia de la respiración.

Puede suceder que niños con vida extrauterina manifestada por medio del grito y del llanto, presenten los pulmones después de muertos vacíos de aire por natural retorno al estado fetal. (12)

Otra circunstancia que presenta el fenómeno de la respiración, es el momento en que se efectúa, presentándose de distinta manera en cada recién nacido. Algunos respiran cuando la salida del cuerpo se realiza; otros cuando la cabeza ha salido del claustro materno; y otros cuando se efectúa la expulsión completa.

Sin dejar de presentar un problema que contempla grandes dificultades y peligros, la respiración -como se dijo anteriormente- no constituye prueba necesaria para determinar la vida pudiendo completarse con el proceso circulatorio o muscular, así como, con los latidos del corazón, la pulsación del cordón umbilical o con las contracciones espasmóticas de un músculo.

3.2. QUE LA MUERTE SE DEBA A UNA CAUSA EXTERNA.

Los medios de consumación para efectuar el delito de infanticidio, son diversos.

La ejecución de un verdadero homicidio, cometido con intención puede originar una conducta por acción u omisión.

La muerte del recién nacido cometida por una actividad corporal, puede ser de las siguientes formas: golpes, estrangulación, oclusión de las vías respiratorias, aplastamiento, encerramiento en un recipiente pequeño y cerrado, enterramiento, combustión, envenenamiento, exposición al frío, etc.

La conducta por omisión encaminada a causar la muerte del recién nacido, puede manifestarse: por no darle de mamar al infante, no ligarle el cordón umbilical, no prestarle los cuidados y la ayuda que merece, etc.

Tanto la acción positiva como la negativa están perfectamente equiparadas en el infanticidio, por lo que a veces resulta complicado diferenciarlo con el delito de abandono de niños con resultado de muerte, sobre todo, cuando se hace con el afán de ocultar la deshonra. No obstante, lo inequívoco de la omisión encaminada precisamente a lo letal es lo que hace la diferencia entre el infanticidio y el abandono de niños con resultado de muerte. En el abandono de niños no se tiene la intención de matar, y en el infanticidio constituye un elemento necesario.

El Artículo 339 del Código Penal para el Distrito Federal dispone: "Si del abandono... resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán éstas como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan". González de la Vega (13), realiza acertadamente un estudio sobre el Artículo, estableciendo "que a prima facie, es voluntad de la ley considerar premeditados el homicidio o las lesiones que resulten del abandono, siendo una conclusión sofisticada y falaz; en primer lugar implica una intolerable contradicción in terminis el suponer premeditado un homicidio preterintencional y en segundo lugar las presunciones de premeditación que la ley penal establece, admiten siempre prueba en contrario. La prueba, obviamente está conceptualmente íncita en el homicidio o lesiones, resultado de un abandono efectuado sin ánimo necandi".

Maggiore (14) sostiene, que no hay concurso material entre el infanticidio y el delito de abandono de un recién nacido por causa de honor, porque el abandono funciona como medio para cometer el infanticidio, por lo tanto queda subsumido por éste. No se aplica ni las agravantes ni las atenuantes por ser incompatible.

Sin contar con datos estadísticos precisos, en términos generales, los infanticidios espontáneos en el momento del parto suelen obedecer a reacciones bastante primitivas y bárbaras, empleando frecuentemente instrumentos bestiales para su ejecución.

Una vez analizadas las causas externas con que se puede ejecutar la muerte de un recién nacido resulta indiferente que se efectúa por actos positivos o por omisión, tan infanticida es la madre que mata a su hijo mediante actos violentos, como la que lo deja morir por falta de cuidados necesarios; ratificándolo así nuestra ley penal al no hacer referencia de la manera con que puede efectuarse el infanticidio, a diferencia de algunas legislaciones como la austríaca que penaliza más levemente el infanticidio por omisión.

De los tantos problemas que presentan el infanticidio es si éste, puede o no configurarse por culpa; se me hace oportuno tratarlo en el presente apartado, por la frecuencia con que se confunde con el infanticidio por omisión.

El maestro Francesco Carrara (15) considera que no es idéntico el infanticidio cometido con actos por omisión, pues éstos también pueden manifestar verdadero dolo cuando se dirigen a causar la muerte del niño. No es la forma exterior lo que delimita los dos casos, pues en uno mismo (por ejemplo, no ligar el cordón umbilical) puede ser infanticidio culposo cuando procede de impericia o inadvertencia, pudiendo agotarse los elementos del infanticidio doloso cuando procede de la intención de hacer de esa manera que fallezca la criatura.

La doctrina, la legislación, y la praxis jurisprudencial, en la mayoría de los países admite únicamente el dolo como forma de culpabilidad del infanticidio, descartándose la culpa y la preterintencionalidad.

Entre nuestros juristas, destaca Jiménez Huerta (15) al afirmar que el delito de infanticidio se caracteriza por el elemento subjetivo que liga el resultado con la conducta manifestada por el deseo de matar para ocultar la deshonra.

El Código Penal de Martínez de Castro y el Código de 1929 admitían expresamente la existencia del infanticidio imprudencial (Artículo 582 del primero y Artículo 995 del segundo) en los cuales la voluntad homicida no constituía elemento necesario para integrar el tipo de infanticidio.

La legislación penal suiza en su articulado consigna al infanticidio imprudencial, siendo el estado patológico lo que legitima la atenuación de la pena. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos sobre esta materia, suprimieron normas aplicables al infanticidio culposo, por el hecho que algunos padres al dar muerte imprudencialmente a un hijo, son más llenos de misericordia que de castigo. Dicha consideración es inaplicable cuando se trata de hijos ilegítimos, que para no quedar impune se castiga con las sanciones establecidas para el homicidio culposo.

Carrara (17) sostuvo la incriminación culposa del infanticidio en forma excepcional. Me permitiré repetir el ejemplo que se considera clásico en esta materia: el de la madre que al poco tiempo de haber dado a luz lo oculta entre unas telas y lo encierra en un mueble, para no dejar oír su llanto, mientras llegaba una amiga que iba a recogerlo, pero ésta tarda y la criatura se ahoga. Se trata de ocultar al niño pero sin prever que se pone en peligro su vida y además obró con el fin de salvar al mismo tiempo su honra.

Nuestra legislación en su artículo 8 del Código Penal menciona los delitos no intencionales o de imprudencia, entendiéndose como imprudencia: "Toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional". De aquí se desprende que los delitos imprudenciales se caracterizan por la falta de intención, por haber producido un resultado no querido, efecto que se hace necesario por la imprudencia del sujeto.

Por lo tanto, al que cometa por imprudencia la muerte de un niño dentro de las 72 horas de su nacimiento, se aplicará la penalidad propia de los delitos no intencionales o imprudenciales, pero no la del infanticidio porque como manifiesta Groizard: "Si la intención de matar es una condición indispensable en este delito, no puede existir la figura especialmente calificada, cuando la muerte es producto de la culpa, dado que la culpa existe para poder ser apreciada, ausencia de la voluntad homicida".

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

Nuestra legislación penal establece el marco temporal en que se debe efectuar la conducta típica siendo el de 72 horas de haber nacido la criatura (Artículo 325 del Código Penal).

Algunos ordenamientos penales contienen plazos diferentes al nuestro: El Código Penal Italiano señala los primeros cinco días; el Portugués y el Brasileño mencionan el momento del nacimiento a los ocho días siguientes; el Peruano 48 horas después del parto; al Austriaco y el de Polonia, sólo admiten como infanticidio la muerte realizada durante el alumbramiento; los Códigos Alemán y Belga, durante el parto o inmediatamente después del nacimiento, no señalando plazos, se agregan a este sistema el Código Húngaro y el Holandés; el Código Penal Argentino indica que durante el parto o bajo la influencia puerperal; el Código Francés se refiere al recién nacido sin expresar que se entiende como tal.

Antes de tratar la ratio legis del plazo establecido en nuestro código penal, trataré el problema que se presenta en algunos ordenamientos: las muertes perpetradas in ipso partu Nuestra Ley Penal ha suprimido en su concepto de infanticidio "... la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento", que consignaban los códigos de 1871 y 1929.

La omisión del precepto -señalado anteriormente- presenta un grave problema; el Artículo 325 del Código vigente claramente señala "... dentro de las 72 horas de su nacimiento", no incluye el momento de nacimiento lo que cabe preguntar como lo señala el Lic. Don Raúl F. Cárdenas (18) ¿En que figura se pueden cuadrar la muerte del feto durante el nacimiento? ¡aborto, infanticidio u homicidio?. Quintano Ripollés (19) afirma: "El que está naciendo es obvio que no ha nacido aún y por ende no es recién nacido". El mismo autor cita al Profesor Stampa, el cual rechaza el feticidio, figura italiana, la cual comprende la muerte de seres en el trance de nacer sin estar dotadas de vida autónoma, dependientes por lo tanto de la madre; figura que cataloga como innecesaria, y lo asimila al infanticidio descartando el delito de aborto, al no diferenciar el nacimiento biológico del jurídico, siendo intrascendente que el fruto de la concepción en trance de nacer haya o no respirado.

Quintano Ripollés (20) insiste, en que, la expresión recién nacido, requiera una actividad post partum, explícita en el adverbio "recién, y aún en el participio adjetivado de "nacido", que hace referencia a un pasado, próximo pero pasado, en fin de cuentas. Y el asimilar la muerte del feto durante el alumbramiento del niño nacido equivale a crear ex nihilo una figura criminal nueva, la del Feticidio Italiano.

Nuestra legislación penal ignora la figura del feticidio al no establecerse expresamente en el ordenamiento respectivo. Algunas legislaciones agregan a la noción del infanticidio la expresión "al nacer" o al "momento de su nacimiento" resolviendo el problema tan frecuente que surge entre los juristas y los médicos legistas, para el caso en que, se de

muerte al niño en el momento de nacer, antes de haber salido y de haberse deslizado enteramente del vientre materno.

El prestigiado jurista Carrara (21), es de la opinión que la muerte del niño en el momento de nacer, no puede considerarse nacido, ni su muerte podría llamarse aborto, por no estar ya en estado de feto; derivándose infinitas discusiones, entre el feticidio y el infanticidio, y que en estado actual de la teoría abstracta se equipara con éste último.

Sin embargo, hay quienes han censurado la idea de denominar infanticidio la muerte del que todavía no ha nacido, como inexacta y contraria a la verdad de las cosas. Pueden dictarse sanciones muy graves contra el hecho perverso al que da muerte al feto que nace, pero no puede llamarse infanticidio, tal hecho, no pudiéndose matar al que todavía no ha nacido. Y este hecho no es aborto, porque la vida del feto placentaria ha cesado de modo natural, a causa de la madurez del feto; pero tampoco es un infanticidio, sino que es un impedimento para adquirir la vida, no una privación de ella.

El Código italiano es claro al resolver en la figura del feticidio la muerte del niño al momento de nacer. No obstante el propio Carrara equipara la muerte del niño en el acto del nacimiento con la del niño recién nacido, como consecuencia necesaria del infame método de infanticidio inventado por algunas madres, que ponen a sus hijas parturientas en un baño y manteniendo a la criatura, al salir del útero, bajo el agua hasta que perezca, eludiendo así, las investigaciones médicas.

La ley penal debe desembarazarse de las ambigüedades al ser para ella una necesidad equiparar, por regla general al niño "naciente" y al "nacido", salvo las debidas precauciones del juicio práctico acerca de la realidad de la vida.

La autoridad de algunos tratadistas extranjeros, parten de presupuestos dogmáticos distintos, a pesar de que algunas legislaciones mencionan en el infanticidio "durante el parto", no faltan autores de sumo prestigio que repugnan tal calificación para la muerte de fetos carentes de vida autónoma, como los apnelcos.

En Francia, donde siempre figuró el término de "recien nacido", la doctrina y la jurisprudencia no han rechazado en admitir muchas veces al infanticidio in partu.

Amplios sectores, probablemente en su mayoría, de la doctrina española se han pronunciado por la tesis extensiva, rigorista, incriminando el infanticidio en ipso partu; contándose entre ellos; Ferrer Sama, el cual hecha de menos mayores precisiones en la figura del aborto carente de definición penal en España; Rodríguez Devesa, afirma que hay infanticidio desde que el aborto no puede ser posible, y hecha de menos una previsión como la italiana del feticidio que solucionaría todas las dificultades, fija el límite entre el aborto e infanticidio en la separación completa del claustro materno, sin que el corte del cordón umbilical no sea preciso; López Rey, en él no es muy congruente tal tesis con la más correcta de estimar el infanticidio, delito contra la vida humana independiente, y el aborto con la no independiente.

En su mayoría, la doctrina está de acuerdo con el criterio de que el corte del cordón umbilical no debe ser determinante. Este criterio frente de que requiere el desprendimiento total del niño, no supone una decisiva diferencia material y, además, llevaría a la poco convincente solución, de considerar aborto a la muerte del niño producida después de una salida total del claustro si durante varias horas se ha omitido el corte del cordón umbilical.

La Ley Penal Mexicana al no contemplar el feticidio, como lo reglamentaban los Códigos anteriores, nos complica el problema.

La conclusión del parto, permite separar el infanticidio, el homicidio y el aborto (20). La muerte del naciente no puede ser aborto, entendiéndose como tal, la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (Artículo 329 del Código Penal), el momento de expulsión de la criatura no puede considerarse proceso de gestación, puesto que, es precisamente cuando éste concluye.

La tesis de Pannain (21), se basa en que la muerte del feto nasciturus durante el parto, prevista como feticidio en la ley italiana, sólo cuando se propone salvar el honor, cuando falta este elemento típico carece de encuadramiento penal, imposible en el homicidio por no tratarse de personal, así como en el aborto por haber terminado el proceso gestatorio.

Para los que adopten el criterio que se entiende por nacido al ser que esté desprendido completamente del seno materno no podrá ser homicidio, el cual entendemos como la privación de la vida de un ser humano.

Don Raúl F. Cárdenas opina, que "puede tipificarse dicha conducta dentro del amplio concepto de la lesión, ya que se causa un daño al cuerpo de la mujer o una alteración a su salud, y agrega, para el caso en que la madre realizara el hecho, se considerará impune, pues aún cuando la mujer no puede disponer de su cuerpo o de su salud, no se sanciona, salvo casos excepcionales: la automutilación o el daño a la salud ocasionado por el mismo sujeto activo, encontrándose reunidos el sujeto activo y pasivo al mismo tiempo". A todo esto me surge la duda respecto si el nuevo ser antes de salir del claustro materno o saliendo de él es o no prolongación de vida de la madre, si se afirma, obviamente estaría comprendido dentro de las lesiones, pero entonces la ley penal no tendría razón de sancionar la muerte del producto de la concepción.

Concluyendo sobre este punto, estimo que se trata de una vida independiente, no pudiéndose encuadrar dentro de la lesión, ni del homicidio, ni en el aborto, si entendemos que el Derecho Penal generalmente, entiende como nacido el ser que aunque sea parte de él, se encuentre desprendido del seno materno. Así, la muerte perpetrada in ipso partu, es infanticidio. En primer lugar porque nuestros Códigos anteriores así lo establecieron y al suprimir dicho supuesto no se quiso más que considerar ese momento dentro del infanticidio; en segundo lugar, no podemos aceptar que sea más penada la muerte del que está naciendo, para el caso de que se aplicara la pena de homicidio,

(22) con la de la criatura que ya nació, que según se esté en uno u otro supuesto se aplicará lo dispuesto en los artículos 326 y 327 del Código Penal.

La fijación del límite mínimo de vida humana en el infanticidio, resulta un verdadero problema ya sea para diferenciarlo del aborto como del homicidio señalando límite máximo. La legislación francesa, omite establecer término en un número de días, adoptando una fórmula imprecisa al señalar la muerte dada a un recién nacido, la cual podría ser eficaz siempre y cuando se disponga que se entiende por recién nacido, de otro modo deja abierta, por su vaguedad, el eventual radio de acción al arbitrio de los jueces.

La expresión "recién nacido", en opinión de Carrara, (23) consiste que el nacimiento del niño no haya sido manifestado a la familia o a los vecinos, de manera que la causa para darle muerte haya sido la de ocultar su existencia; criterio que distingue al infanticidio del homicidio: cuando las leyes castiguen el infanticidio con pena más severa, la defensa sostendrá para evitarla que se trata de un homicidio y que el niño no era recién nacido; y cuando la pena del infanticidio sea benigna, a la defensa le interesará sostener que el niño era recién nacido, y por lo tanto, el delito será infanticidio. No se debe atender a las circunstancias materiales, sino a la causa del infanticidio que es la de salvar el honor de la madre, de no ser así, nos conduciríamos a peligros absurdos. Además, el no señalar plazo puede tener resultados injustos, prestándose a diversas interpretaciones el término de recién nacido, como sucedió en el pasado, el que para algunos era el que "aún no había mamado; para otros, áquel "cuyo ombligo no había cicatrizado"; y hubo quien entendiera, mientras dure en la madre la lucha por la vergüenza".

Algunas legislaciones, -indicado anteriormente- con el fin de sacar de la elasticidad de lo arbitrario, la expresión del recién nacido, han señalado plazos para efectuar la muerte del niño.

Atendiendo a nuestra ley penal al señalar en el artículo 325, el plazo "dentro de las 72 horas", es una elección empírica, debiendo contarse de momento a momento; la razón estriba que el transcurso del mayor lapso ordinariamente impediría la ocultación del nacimiento, siendo válido en el supuesto del Artículo 327 del Código Penal, pero en relación con el infanticidio sin móviles de honor no cabe la menor explicación, sino la que se basa en que el legislador considera de menor antisociabilidad la privación de la vida de un ser que ha alcanzado tan escaso desarrollo.

Groizard, (24) realiza un razonamiento bastante aceptable, al decir: "lo importante es saber si el recién nacido fue sacrificado para salvar el honor de la mujer. Si al día siguiente del parto es vista la criatura, y la deshonra se hace pública, no podrá sostenerse que por ocultar el parto, y salvar el honor de la familia, se dió muerte al segundo o tercer día de haber nacido; por lo contrario, si el parto se ha ocultado al igual que la criatura, después de los tres días que señala la ley; pugna el criterio dominante en la mayoría en la noción del infanticidio, originando que el hecho no se juzgue como tal, sino que entraña un homicidio, toda vez que el temor de ver comprometida su honra y descubierto el alumbramiento no se presenta por diversas contingencias con afectivo apremio ante su ánimo atribulado, sino después de aquel plazo fatal, a consecuencia de haberle faltado, por ejemplo: el auxilio que esperaba de alguna persona para conducir al

haberle faltado, por ejemplo: el auxilio que esperaba de alguna persona para conducir al recién nacido a un establecimiento de beneficencia; o la llegada de algún miembro de la familia; o por no permanecer más tiempo en el sitio solitario donde hasta entonces había podido ocultar el parto y la existencia de la criatura”.

3.4 QUE LA MUERTE SEA CAUSADA POR ASCENDIENTE CONSANGUINEO

Tal y como se desprende de los Artículos 325 y 327 del Código Penal, el infanticidio sólo lo podrá cometer la madre o los ascendientes consanguíneos del niño.

González de la Vega (25) crítica el Artículo 325, al hacerse innecesaria la fórmula “ascendiente consanguíneo”, por que el niño que acaba de nacer no puede tener ni ascendientes por afinidad, ni ascendientes civiles de adopción, por lo reducido del término para realizar la conducta delictiva (72 horas). Jiménez Huerta, (26) nos dice, que el niño recién nacido, su condición no obsta para no tener parientes por afinidad, como lo es el cónyuge de la abuela casada en segundas nupcias, teniendo razón de ser el que el Artículo los mencione para excluir a los parientes por afinidad, los cuales pueden ser muchos más del que Jiménez Huerta menciona; toda vez que el Código Civil en su Artículo 294, no establece distinción, en cuanto a los parientes del cónyuge, por ejemplo: el varón que contrae matrimonio con la viuda respecto del hijo póstumo del conyuge anterior.

Cualquier otra persona distinta de las señaladas por el Artículo 325, que mata a un niño dentro de las 72 horas de haber nacido, comete homicidio.

El Código Penal Suizo reserva el privilegio típico del infanticidio, a la madre de la criatura.

La ratio legis de nuestra ley penal, radica en que la madre y los demás ascendientes consanguíneos son los únicos interesados en verse afectados por el nacimiento de la criatura que les ocasiona el "deshonor" familiar.

Los Códigos españoles establecieron que sólo la madre y los ascendientes maternos, podían ser sujetos activos del delito, resultando más acertado, ya que los ascendientes por parte del padre de la criatura no pueden verse afectados en su honor por el hecho de dar a luz una mujer extraña a la familia del padre, ni afecta al honor de éste, ni el de sus ascendientes consanguíneos. Giuliani, Puccioni y Niccolini, no coinciden en este punto, considerando que aparte de la mujer puede haber personas afectadas, de tal modo que su voluntad sufra una depresión, entendiéndose, por ejemplo al autor de la preñez, al extraño que por amistad con la mujer ilegítimamente fecundada se hace coautor de infanticidio junto con ella para salvar su honra. Tales partícipes no pueden ser sujetos activos del delito de infanticidio -por las causas anteriormente expuestas- los cuales son incluidos inevitablemente en la tipología que corresponda a su condición personal.

Sebastián Soler (27) se decide terminantemente por la transmisibilidad del tipo de infanticidio a los partícipes, ejecutores por inducción de la madre o por auxilio, por entender que se trata de circunstancias personales que en nada alteran la existencia de la figura en sí.

El Código Penal Argentino, reformado en 1967 dispone que los parientes pueden cometer cualquier otra muerte aparte del infanticidio, cuando se encuentren en un estado de emoción violenta; el supuesto del Artículo 81 Inciso 1, permite adecuar la sanción a cada caso concreto. Con el texto argentino vigente, la emoción violenta; el supuesto del Artículo 81 Inciso 1, permite adecuar la sanción a cada caso concreto. Con el texto argentino vigente, la emoción violenta puede responder a cualquier otro móvil que resulte apto para adecuar el hecho a la figura consignada en el Artículo 81 Inciso 1. Antes de la reforma se requería el elemento de la honra, para la integración del tipo para el infanticidio.

La condición de abuelo materno, que al mismo tiempo es padre de la criatura, fruto de una relación incestuosa, de lugar a graves problemas. A pesar de lo repulsivo que resulta el hecho, el abuelo que mata a su nieto-hijo, siempre y cuando sea para ocultar la deshonra de la madre, se ve favorecido por la pena atenuada establecida para el infanticidio. Se pone en manifiesto lo inadecuado, una vez más, de las figuras objetivas y casuísticas, resultando monstruoso que el abuelo padre salga beneficiado con la calificación de infanticida, catalogando esta unión inmoral y repulsiva; mientras que el mismo acto realizado por el extraño constituye un homicidio.

Cuando se comete la muerte al recién nacido por un ascendiente consanguíneo en contra de la voluntad de la madre, surge otro problema. El Artículo 325 al establecer que son sujetos a. vos del delito los ascendientes consanguíneos, los señala como infanticidas, no pudiendo interpretarse de otra manera.

Vannini (28) y Pannain (29) opinan si la madre se opone a la supresión del hijo concebido por ella ilegítimamente sus parientes próximos no pueden adquirir el derecho de sustituirla, originando la muerte de la criatura, de ser deberán de ser tratados como homicidas". Se repite lo inadecuado e injustas que resultan algunas disposiciones de nuestra ley pena, al no tomar en cuenta -como en el presente caso-, la oposición de la mujer al querer conservar a su hijo, haciendo frente a cualquier situación que se le presente. Siendo la liga de ascendencia la que une al sujeto pasivo con el sujeto activo de la infracción, es necesario estudiar la comprobación del parentesco.

Nuestro Código Civil, establece que la prueba de filiación de los hijos nacidos de matrimonio se obtiene con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; a falta de éstas por cualquier probanza legal, exceptuándose la testimonial si no está apoyada en otras pruebas que la hagan verosímil. Tratándose de filiación natural, la prueba será según se haya efectuado el reconocimiento (Artículo 340 y 341 del Código Civil).

En atención que el Derecho Penal atiende fundamentalmente a la realidad de los fenómenos y acciones humanas, no a las ficciones que frecuentemente se dan en el Derecho Civil; la prueba deberá obtenerse de acuerdo la ley procesal penal.

La evidencia auténtica de la inaplicabilidad de las pruebas señaladas por el Código Civil para la comprobación del parentesco, en materia penal, se observa ampliamente en el Artículo 327 inciso IV, al referirse al infanticidio honoris causa, al establecer: "que el hijo no hubiera sido inscrito en el Registro Civil".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III

- (1) Antonio Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 498.
- (2) Cuello Cuello Calón, Ob. cit. Pág. 440.
- (3) Carlos Fontán Balestra. Ob. cit., Pág. 85.
- (4) Federico Puig Peña, "Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo III, Pág. 408.
- (5) Francesco Carrara, Ob. cit., Pág. 190.
- (6) Ambrosio Tardieu, "L'infanticide", Casa Editorial Francisco Pérez, Barcelona, 1883, Pág. 48.
- (7) Ottorino Vannini, "Delitti contro la Vita", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1946, Pág. 174.
- (8) Francesco Carrara, Ob. cit., Pág. 284.
- (9) Mariano Jiménez Huerta, Ob. cit., Pág. 116.
- (10) Carlos Fontán Balestra, Ob. cit. Págs. 172 y 173.

- (11) Carrara, Ob. cit., Pág. 288.
- (12) Mariano Jiménez Huerta, Ob. cit., Págs. 169 a 171.
- (13) Francisco González de la Vega, Ob. cit. Pág. 227.
- (14) Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1955, Tomo IV, Pág. 308.
- (15) Carrara, Ob. cit. Pág. 298.
- (16) Jiménez Huerta, Ob. cit., Pág. 175.
- (17) Carrara, Ob. cit., Pág. 297.
- (18) Raúl F. Cárdenas, "Estudios Penales", Editorial Jus, México, 1977, Pág. 163.
- (19) Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 499.
- (20) Quintano Ripollés, Ob. cit. Pág. 500.
- (21) Carrara, Ob. cit., Pág. 290.
- (22) Giuseppe Maggiore, Ob. cit., Pág. 305.

- (23) Remo Pannain "Infanticidio en Nuevo Digesto Italiano", Unione tipográfico-Editrice Torinese, Tomo VI, Italia, 1952, Pág. 1058.
- (24) Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1976, Artículo 307.
- (25) Carrara, Ob. cit., Pág. 291.
- (26) Alejandro Groizard y Gómez de la Sema, "Código Penal de 1870, Concordado y Anotado", Tomo IV, Pág. 539.
- (27) González de la Vega, Ob. cit., Pág. 221.
- (28) Jiménez Huerta, Ob. cit., Pág. 169.
- (29) Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tipografía-Editora, Argentina, 1963, Pág. 139.
- (30) Ottorino Vannini, Ob. cit., Pág. 94.
- (31) Remo Pannain, Ob. cit., Pág. 1059.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL ARTICULO 327 DEL CODIGO PENAL

4.1. EL INFANTICIDIO HONORIS CAUSA.

Llamado así por la doctrina penal. En nuestro Código se localiza en el Artículo 327, el cual admite como único sujeto activo a la madre de la criatura inmolada, siempre que concurren las circunstancias a que se refieren las cuatro fracciones del Artículo mencionado.

Antonio de P. Moreno, (1) critica dicha denominación, por que el delito no se justifica por causa de honor, éste se encuentra ya mancillado, sin que una acción homicida esté capacitada para impedir el escándalo, la publicidad del alumbramiento, la infamia.

El Artículo 327, no menciona expresamente la causa que provoca la atenuación, sin embargo, se deduce de los requisitos que el propio Artículo señala.

4.1.1. El móvil del honor.

El móvil de querer ocultar la deshonra de la madre, es el elemento que constituye la verdadera esencia del delito en estudio.

El móvil del honor es un elemento de carácter estrictamente psicológico y restrictivo.

El honor que se trata de salvar es el honor social, sinónimo de reputación, porque es un hecho que el amor natural, el amor adúltero o en general todo ayuntamiento extramatrimonial, tiene en su contra cierta forma de maledicencia o menosprecio social.

El temor ocasionado por el deshonor, es lo que da lugar a la atenuación señalada para el delito de infanticidio honoris causa. Cualquier otro móvil que resulte por ejemplo: de la miseria por justificable que sea, no tiene efecto de adecuar la acción a la figura del infanticidio.

El criterio fisiopsíquico establecidos en los Códigos de tendencia germánica, pueden excusar también otros móviles distintos del fin de querer ocultar la deshonra, importando solamente la influencia del estado puerperal.

En nuestra ley penal, el cometer infanticidio sobre la base de un móvil distinto de la honra, bien puede ajustarse a lo dispuesto por el Artículo 325 del Código Penal.

4.2. CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 327.

4.2.1. Que no tenga mala fama.

La expresión deshonra tiene un significado castizo referido a la situación sexual de la mujer y a la publicación que el parto constituye de las ilícitas relaciones sexuales pre-existentes.

La exigencia de la fracción primera del artículo 327, se hace indispensable para que pueda operar válidamente el móvil del honor; si la madre tiene una conducta licenciosa o si practica abiertamente relaciones sexuales ilícitas e ilegítimas, aunque ella piense que ocultar su honor, la muerte del niño no se justificaría por causas de querer salvar el honor, puesto que éste ya no existe.

Sería absurdo admitir el título excepcional en cuanto a la mujer que sea meretriz pública, el pretexto de la honra sería eso, un mero pretexto. A una mujer pública puede imputársele la muerte del niño que trajo al mundo, no por el temor de perder la fama, sino para evitar cuidados maternos o por dureza de corazón; no así, la joven que después del parto, que ha quedado oculto, haya conservado en su pueblo o en otra región a donde emigró, la fama de mujer honesta, se podrá alegar una disculpa fundada en el peligro al deshonor (2).

La fama deberá enfocarse al aspecto sexual, si una mujer goza de una fama que deje que decir pero que no afecte su vida sexual, el sacrificio del niño puede ser idóneo para evitar la afectación que su nacimiento provocaría al honor de la madre.

En raras pero probadas ocasiones, el arrepentimiento e intentada regeneración en la mujer que posteriormente perpetró el delito, en un ambiente distinto al que tenía, puede encuadrarse en el supuesto que la ley prevé en el infanticidio.

La valorización de la inmoralidad debe entenderse sólo como precedente importante pero no necesario, para la calificación del delito en cuestión.

4.2.2. Que haya ocultado su embarazo.

Constituye la segunda circunstancia para integrar el delito de infanticidio por causas de honor.

En algunas disposiciones antiguas, como la fueron las Ordenanzas de Enrique II se castigaba con la pena de muerte a la joven contra quien se llegara a probar que estando encinta había ocultado la preñez y el parto, pudiendo sólo eximirse con la presentación del niño. Con Luis XIV la pena se agravó, pues ni con la alternativa de presentar al niño, se le excusaba a la madre, y al niño se le privaba del sacramento del bautismo y de la sepultura cristiana.

Nuestra legislación establece una atenuación, cuando el supuesto en estudio, se presenta aunado con los demás que señala la ley penal en su Artículo 327.

El ocultar el embarazo indica cierta moralidad y pudor. Si la mujer no ha ocultado, y encubierto su embarazo, sino que ha recurrido a la exhibición de su gravidez al no estimar su estado como un deshonor, dejaría de sujetarse a la atenuación señalada por la ley.

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

La legislación francesa prescribe que dentro de tres días después del nacimiento de una criatura a más tardar debe hacerse la declaración de éste ante el oficial del Registro Civil; dicho término lo toma en cuenta, para poder apreciar si se cometió infanticidio o no, si recordamos que la ley penal francesa únicamente menciona al "recién nacido", sin señalar el marco temporal. Hasta entonces la vida del niño no se está rodeada de las garantías ordinarias, las cuales son: que se borren los rastros del nacimiento, porque después de hecha la inscripción, no se puede ya alegar la excusa que consistía en el propósito de ocultar la deshonra.

El Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento encargado de regular las declaraciones de nacimiento, establece en su Artículo 55, que tienen la obligación de declarar el nacimiento el padre dentro de los 15 días de ocurrido áquel y en su defecto, la madre dentro de los cuarenta días; a los médicos, cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, darán aviso al oficial del Registro Civil dentro de los tres días siguientes.

Una vez más la ley penal demuestra, que sigue lineamientos distintos que la ley civil; aunque el término establecido para los médicos, cirujanos, etc. coincide aparentemente con la del marco temporal que señala el Código Penal para cometer el delito de infanticidio, no es exacto: la ley penal habla de 72 horas y el ordenamiento civil de 3 días.

En esta circunstancia, cabe hacer las mismas consideraciones aplicables a la anterior.

Resulta ilógico pensar en la ocultación del nacimiento, cuando la mujer que da a luz, se le conoce una mala conducta, o que ha hecho alarde a su preñez, queriendo luego ocultar el parto.

Carrara (3) nos ilustra con un ejemplo: La mujer que dá a luz en un caserón aislado rodeada de los sirvientes que la asisten o de algunos amigos que tienen muchas maneras de ocultar el hecho sin llegar a dar muerte al niño. Dentro de ese supuesto, el peligro de la honra es un pretexto fingido para encubrir crueles sentimientos y el móvil de la avaricia. El título a aplicarse será el de homicidio.

4.2.4. Que el Infante no sea legítimo.

Que el hijo sea ilegítimo, frecuentemente se ha entendido como aquél que nace fuera del matrimonio. Sin embargo, de acuerdo con nuestra ley civil, es posible que la mujer casada dé a luz a un hijo ilegítimo. En tal caso podrá satisfacerse el requisito consignado en la fracción IV del Artículo 327 del Código Penal.

Existen ordenamientos penales que sólo reglamentan el infanticidio honoris causa, no siendo el caso nuestro, ya que nuestro Código Penal conjuntamente trata y reglamenta el infanticidio sin móviles de honor.

El Código Penal Alemán requiere que el hijo sea ilegítimo, lo cual ha originado comentarios referentes al error de tipo estimable en el infanticidio, con relación a la condición de la víctima o sujeto pasivo.

La doctrina mayoritariamente ha entendido que el infanticidio abarca el supuesto en que se mate a un hijo legítimo suponiéndolo ilegítimo, más no a la inversa.

La ley española considera infanticidio, el que la madre cometa la muerte de su propio hijo, siendo ésta una mujer casada que con anterioridad al matrimonio ha tenido relaciones con su marido y el parto sobreviene a los pocos meses de celebrado el matrimonio (4). La inclusión de este supuesto dentro del infanticidio resulta excesiva.

Ottorino Vannini, piensa que el patrimonio subsiguiente legítima a la prole no siendo obstáculo para que el elemento subjetivo concurra, por lo que la solución de incluir el caso en el infanticidio es incorrecta.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Nuestro sistema penal al mencionar dicha circunstancia, resulta difícil de aplicar la observación señalada por la jurisprudencia española, aunque no imposible, ya que en nuestro Código Civil reglamenta el hecho que aún dentro del matrimonio pueden existir hijos ilegítimos; en sus artículos 325 y 326 menciona que contra la presunción de hijos de cónyuges no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (Artículo 325 del Código Civil). El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre, que durante los diez meses que precedieran al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa (Artículo 326 del Código Civil).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO IV.

- (1) Antonio de P. Moreno, "Curso de Derecho Penal Mexicano", Editorial Jus, México, 1944, Pág. 255.
- (2) Carrara, Ob. cit., Pág. 305 y 306.
- (3) Idem.
- (4) Cuello Calón, Ob. cit., Pág. 441.

CAPITULO V

TERCEROS PARTICIPES

El infanticidio no siempre es ejecutado por una sola persona: pueden cometerlo varias, efectuando la acción de diversas maneras, siendo: los terceros partícipes.

Los autores materiales son aquellos que por si mismos realizan la acción delictiva que dentro de la tipicidad del infanticidio, son los ascendientes consanguíneos en el caso del artículo 325 del Código Penal, y la madre para el supuesto consignado en el artículo 327 del mismo ordenamiento.

Con relación al momento - tiempo en que se consuma el delito pueden existir: los cómplices que por acuerdo previo auxilian a los principales delincuentes; los encubridores, que son los que proporcionan ayuda o cooperación de cualquier clase, mediante un acuerdo posterior a la consumación del delito.

El Código Penal de 1871 nos habla de autores, cómplices y encubridores; el Código Penal de 1929, varía en cuanto a la penalidad; el Código Penal vigente, suprime las distinciones consignadas en los códigos anteriores incluyendo con el nombre de

"responsables", a todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito; a los que inducen o compelen a otro a cometerlo y a los que para su ejecución prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por acuerdo previo o posterior (Artículo 13 del Código Penal).

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

El meollo de la cuestión, es pues, la fijación del grado de responsabilidad de los individuos que intervienen en calidad de cómplices en la muerte de un recién nacido.

Las legislaciones en su mayoría, establecen el principio que las circunstancias y condiciones personales susceptibles de atenuar la responsabilidad de los autores materiales de un delito, afectan sólo al sujeto al cual se refiere; y por lo tanto, no se comunican a los otros partícipes. La edad, el sexo, el parentesco, el estado mental, etc., constituyen elementos particulares del sujeto que las posee y que no pueden modificar la situación de otras personas ante la ley.

Los terceros que intervienen en la consumación de un delito, les corresponden penas distintas debiendo ser fijadas con precisión después de efectuar un análisis previo de la participación de cada sujeto que tomó parte en el delito o del móvil que lo impulsó a cometerlo.

El problema está directamente vinculado con la sustantividad o dependencia de la figura del infanticidio. Si nos inclinamos por lo primero la figura se transmite íntegramente; ahora, si es por lo segundo, se aplica la regla general que dispone la comunicación de las relaciones, circunstancias o cualidades personales, que tienen por efecto aumentar la penalidad y la no comunicación de las que tienen por efecto disminuirla.

Sebastián Soler (1) se decide terminantemente por la transmisibilidad del tipo, tal como se expresó anteriormente; el propio Carrara (2) opina que un extraño puede participar al querer ocultar el honor violado de la mujer, y por lo tanto, cometer el delito de infanticidio. En efecto, cuando se dice que una hermana se vió impulsada a prestar ayuda por el temor de la deshonra de su hermana y por la preocupación del deshonor reflejado sobre ella misma, si ese hecho se hubiera descubierto, no se invita al juez a admitir como excusa en favor del partícipe la perturbación del ánimo ajeno (que no es comunicable), sino la perturbación del ánimo propio, que como obra directamente sobre su determinación, en justicia debe tenerse en cuenta.

La legislación alemana, es contraria a la comunicabilidad, debido a que el infanticidio en la tradición germánica, ostenta una estructura indeclinablemente personal de alteración anímica que sólo afecta a la madre.

Quintano Ripollés (3) reflexiona al decir, que los coautores, ejecutores materiales, inductores o auxiliadores necesarios, y a mayor abundamiento los cómplices, deberán

de participar también de la pena señalada para el infanticidio, al no degenerarse sustantivamente autónoma de éste, rompiendo arbitrariamente su estructura jurídica; aún cuando en la legislación argentina no existe autonomía formal del infanticidio, se le considera y se le incluirá en el homicidio atenuado.

Muy diferente solución será para el caso, en que se le da muerte a un recién nacido, directa o indirectamente, por un tercero, persona extraña al mismo no interviniendo ningún ascendiente, el delito que cometa será el de homicidio con las calificativas que lo acompañan, contando la alevosía entre ellas; descrita en nuestro código penal en el artículo 318, que a la letra dice: "La alevosía consiste, en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

La atenuación que otorga la ley a los ascendientes consanguíneos y a la madre, nunca jamás debe alcanzar a los terceros extraños porque esto sí, invariablemente demuestran perversidad en su participación en el delito.

La jurisprudencia española resuelve, que los que cooperen en la ejecución de un infanticidio, con excepción de la madre o de los abuelos maternos, serán responsables de un parricidio si se trata del padre de la criatura o de los abuelos paternos, y de asesinato si se trata de extraños.

Nuestro Código Penal es claro al establecer que a los partícipes del delito de infanticidio, se les aplique la pena dentro del mínimo y máximo fijado para el delito en estudio, teniendo en cuenta que el infanticidio en el Código Penal tiene autonomía propia al constituir un tipo.

De acuerdo con la opinión del maestro González de la Vega (5), resulta en ocasiones injusto la aplicación de la pena, ya que algunas veces su participación es tan grave, que debería aplicarse sanciones mayores.

El artículo 323 nos dice "Si en el infanticidio tomare participación un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las penas privativas de la libertad que les correspondan, se les suspenderá de uno o dos años en el ejercicio de su profesión". Don Antonio de P. Moreno (6) opina, que cuando a estas personas no ligue el vínculo no cometen infanticidio sino homicidio calificado. El precepto es omiso, y de su redacción podría deducirse que a estos delincuentes se les pene con la suspensión en el ejercicio de su profesión, además de la pena privativa de la libertad, establecida para el delito de infanticidio, que no pueden cometer. Absurdo jurídico y notoria injusticia.

Entiendo que el artículo 328, establece una forma de responsabilidad, y las penas privativas de la libertad, serán las que correspondan según el grado de responsabilidad para el infanticidio y la suspensión en el ejercicio de su profesión "comenzará al término de la sanción privativa de libertad y su duración será la señalada en la sentencia" (artículo 45 parte final del Código Penal).

El problema, a mi modo de ver, resulta, que para ser partícipe de infanticidio no es necesario que el que realiza la acción accesoria obre con el fin de salvar el honor de la madre o del ascendiente consanguíneo. Me inclino en forma contraria a Jiménez Huerta (7), en el sentido, que debe sancionárseles con mayor benignidad, pues se trata de un mero auxiliar del sujeto activo primario que quiere salvar su honra. Estimo, que aún en ese supuesto, precisamente por el grado de preparación que posee el médico o el cirujano, resulta inconcebible que el castigo aplicable sea de menor apreciación; ya no se diga de aquellos que lo hacen por recompensa dada o prometida o por cualquier otro motivo bastardo.

Todavía existe otro punto importante, siendo el de la mujer, la madre del niño inmolado, cuando es coautora o partícipe, ya por haber cooperado materialmente, o por haber instigado a otros a cometerlo; Mariano Jiménez Huerta (8) es de la opinión que de acuerdo con nuestra ley penal será responsable del delito según el artículo 13 del Código Penal (fracción III), siempre y cuando no se trate de personas señaladas en el artículo 325 (ascendientes consanguíneos).

La teoría francesa, se inclina por el título que debe definirse por la persona del autor y será el de homicidio, llevando al último suplicio al cómplice a una pena fijada con arreglo a esta norma. Schutze (9) piensa que, si A es infanticidio, su instigador o auxiliar B sería cómplice de un homicidio premeditado o imprevisto que no ha sido cometido nunca; en un segundo caso, si A es cómplice del homicidio premeditado o imprevisto cometido por B, sobre el hijo ilegítimo de ella, es instigadora o auxiliadora de un infanticidio que

nunca ha sido cometido. Todo esto constituye una inconciencia debido a la indivisibilidad del título, pero es factible como es el caso de la legislación alemana que establece como norma la comunicabilidad entre los cómplices y la madre, derivado del título especial y privilegiado de infanticidio.

Definitivamente, cuando la madre consintió la muerte de su hijo dada por un extraño, que no tiene parentesco con ella ni con el niño, éste será responsable de homicidio, no de infanticidio según lo establecido en el artículo 325; y si lo comete un ascendiente consanguíneo con el consentimiento de la madre, nos adherimos a lo señalado, en este punto por Jiménez Huerta.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO V.

- (1) Sebastián Soler, Ob. cit., Pág. 145.
- (2) Carrara, Ob. cit., Pág. 302.
- (3) Quintano Ripollés, Ob. cit., Pág. 512.
- (4) Francisco González de la Vega, Ob. cit., Pág. 119.
- (5) Idem.
- (6) Antonio de P. Moreno, Ob. cit., Pág. 256.
- (7) Mariano Jiménez Huerta, Ob. cit., Pág. 177.
- (8) Idem.
- (9) Citado por Francesco Carrara, Ob. cit., Pág. 301.

CAPITULO VI

PENALIDAD DEL DELITO DE INFANTICIDIO.

Después de lo que nos hemos permitido expresar en los capítulos anteriormente tratados, es necesario estudiar la sanción que corresponde al que comete infanticidio.

En el primer capítulo, se observó el grado de severidad con que se castigaba la muerte del recién nacido, tratándose de penas denigrantes, llevando al infanticida hasta el último suplicio. No obstante, los infanticidios se hicieron con más frecuencia en los tiempos y lugares en que predominó dicho rigor.

El Código Penal señala, para el que cometa infanticidio, la pena de 6 a 10 años de prisión (Artículo 326 del Código Penal para el Distrito Federal), con la excepción, cuando sea la madre la que cometa el delito, concurriendo las circunstancias que la ley establece para la integración del infanticidio honoris causa, la pena para este caso será de 3 a 5 años de prisión.

Salta a la vista la diferencia que se deduce de la pena señalada para uno u otro supuesto; la razón no es otra que el estado que presenta la mujer, es de más angustia que en los descendientes, puesto que ella pasa por una serie de aflicciones más dolorosas.

La mayoría de los infanticidas son mujeres faltas de experiencia e incultura, que las hace confiar en algún "hombre" que les hizo alguna promesa de amor o de matrimonio, para luego abandonarlas y más tarde enfrentarse solas a la vergüenza derivada de esa relación; por otro lado pasan privaciones, pudiendo mencionarse: la vergüenza de ocultar su embarazo, y todavía más difícil el alumbramiento; motivo por el cual, la ley concede la atenuación, que se encuentra contenida en el artículo 325, verdadero caso de infanticidio.

No faltan opiniones en que se diga que se debe castigar al verdadero culpable, sin embargo aquel que abandona tanto a la madre, como al hijo; opinión al parecer muy humana, pero que, ni el Derecho Civil ni el Derecho Penal abarcan dicha acción, siendo quizás un poco injusta, pues no dudo que en la actualidad todavía se excluyen algunas mujeres del modernismo que impera en nuestros tiempos.

El supuesto que prevé el artículo 327, hace destacar el honor personal por arriba del honor familiar, no debe desconocerse que la madre no solamente teme al deshonor provocado por las censuras, humillaciones y vejaciones de los extraños sino también a duras represiones provenientes de su propia familia.

La atenuación de la pena impuesta para el sujeto activo del delito de infanticidio, se observa con relación a la del homicidio simple que es de ocho a veinte años de prisión

(artículo 307 del Código Penal); y todavía se aprecia más en las penas impuestas para el homicidio calificado, estableciendo de veinte a cuarenta años de prisión (artículo 320 del Código Penal)

El Código Penal Argentino, sanciona con pena de uno a seis años de prisión al que ejecuta la muerte de un niño durante el nacimiento o mientras se encuentre la madre en estado puerperal. La reforma de 1967 operada en la Ley Penal Argentina, suprimió para el homicidio emocional, la pena de reclusión por no coincidir con el aspecto subjetivo de este tipo de acciones, adecuándose la pena para cada circunstancia que pueda presentar cada paso en particular.

El código español, impone para el infanticida la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio.

El sistema empleado por la mayoría de las legislaciones, es hacer del hecho delictivo, ya un homicidio de menor gravedad, ya una figura especial, con el fin de disminuir la pena.

En la exposición expresada con anterioridad, vemos que la justicia humana actúa con movimiento pendular entre dos términos injustos: el de extremo rigor y el de impunidad

absoluta, sin detenerse en un término medio, que de una manera eficaz impida la consumación de un delito que, sin duda alguna es pernicioso, porque relaja los viejos prestigios de honestidad y de sacrificio, que algunas de nuestras mujeres han adquirido.

La represión del delito se consigue más por la cultura del pueblo que por castigos que se le impongan; sin embargo, no se puede dejar sin castigo el delito de infanticidio, porque el valor de la existencia humana constituye uno de los factores fundamentales de la vida social, y el dar muerte a una criatura que empieza a vivir, siempre será un hecho delictuoso, un delito debiéndolo corresponder una pena.

Es evidente que la impunidad que se dió en algunos pueblos antiguos (Roma), así como la severidad que Imperó en algunas épocas debe guardar por completo para quedar descartadas.

Surgen entonces la obligación de establecer límites infranqueables a la comisión de esta clase de delitos. Tanto la pena de muerte como las penas físicas o corporales se encuentran abolidas actualmente en casi todos los países cultos del mundo civilizado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Código Penal para el Distrito Federal, contiene una dual sistemática: el infanticidio por móviles de honor y el infanticidio sin tales móviles.

SEGUNDA. La atenuación basada en otras causas diversas del honor no tiene justificación para efectos de la disminución de la pena.

TERCERA. Existe una urgente necesidad de revisar integralmente el delito de infanticidio, para corregir las injustas concepciones en que se funda.

CUARTA. La "ratio legis" en que se sustentó el privilegio para el delito de infanticidio hoy día resulta obsoleta dada la transformación de los sentimientos sociales dirigidos a la moralidad sexual, que es quizás la causa más cierta de la disminución de la delincuencia infanticida, constituyendo el factor que determina la conducta de la mujer frente a las libertades que la vida moderna les ocasiona.

Otra razón sería la de los medios de prevención que la medicina contemporánea nos brinda, como lo es el uso de anticonceptivos.

QUINTA. Sin embargo las circunstancias anteriores admiten excepciones, pudiendo todavía seguirse conservando en algunos casos el sentimiento tradicional de la honra.

SEXTA. El legislador debe inquirir las causas determinantes, los motivos mediatos o inmediatos que influyeron para cometer el infanticidio; los cuales no deben ser otros que los derivados de querer evitar la vergüenza.

SEPTIMA. Por lo tanto propongo que el artículo en cuestión quedara redactado de la siguiente manera:

Artículo 325.- Comete infanticidio, la madre que por ocultar su deshonra matare al hijo en el momento de su nacimiento o dentro de las 72 horas siguientes, siempre que concurra las siguientes circunstancias:

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

OCTAVA. Por lo que respecta la penalidad, se sugiere la siguiente:

Artículo 326. La madre que comete infanticidio se le aplicará de seis a diez años de prisión.

NOVENO.- La razón de ser, de la penalidad propuesta se basa en que, debe ser corregido con una severidad mayor, en atención a la menor coacción social que la idea de deshonra sexual merece en la sociedad contemporánea.

DECIMA. Con respecto a la suspensión en el ejercicio profesional, reglamentada por el artículo 328 del Código Penal, es demasiado benigna, porque la persona que se atreve a realizar actos de tal naturaleza no merecen ejercer profesiones que tienen por objeto la conservación de la vida, no la supresión de ella. Por lo tanto, resulta injusta.

OCTAVA. Por lo que respecta la penalidad, se sugiere la siguiente:

Artículo 326.- La madre que comete infanticidio se le aplicará de seis a diez años de prisión.

NOVENO.- La razón de ser, de la penalidad propuesta se basa en que, debe ser corregido con una severidad mayor, en atención a la menor coacción social que la idea de deshonra sexual merece en la sociedad contemporánea.

DECIMA. Con respecto a la suspensión en el ejercicio profesional, reglamentada por el artículo 328 del Código Penal, es demasiado benigna, porque la persona que se atreve a realizar actos de tal naturaleza no merecen ejercer profesiones que tienen por objeto la conservación de la vida, no la supresión de ella. Por lo tanto, resulta injusta.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSO X. EL SABIO.

Las Siete Partidas.

Editor Lasarre.

París, 1847.

ALTAVILLA, ENRICO.

Delitti contro la Persona.

Editor Francesco Vallardi.

Milano, 1928.

ANDRADE, MANUEL

**Nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales
de 1929.**

México, 1930.

CARDENAS F. RAUL.

Estudios Penales.

Editorial Jus.

México, 1977.

CARDONA, ARIZMENDI.

La Tulela de la Vida y la Salud.

Universidad de Guanajuato.

México 1970.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.

Código Penal Anotado.

Antigua Librería Robredo.

México, 1962.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.

Derecho Penal Mexicano.

Editorial Porrúa.

México, 1970.

CARRANCA, FRANCESCO

Programa del Curso de Derecho Críminal.

Tomo I.

Editorial Temis.

Bogotá, 1957.

CONCHA, JOSE VICENTE.

Tratado de Derecho Penal y Comentarios al Código Penal
Colombiano.

Librería Paul Ollendorff, S.A.

París s/f.

CASTRO RAMIREZ HIJO, MANUEL.

Derecho Penal Salvadoreño.

Tomo IV

Universidad Autónoma de El Salvador.

San Salvador, 1947

CUELLO CALON, EUGENIO

Derecho Penal.

Tomo II.

Editorial Casa Bosch.

Barcelona, 1936.

DE P. MORENO, ANTONIO.

Curso de Derecho Penal Mexicano,

Tomo VIII.

Editorial Jus.

México, 1944.

DE PINA, RAFAEL.

Código Penal Anotado.

Editorial Porrúa.

México 1960.

DE PINA, RAFAEL.

**Código Penal para el Distrito Federal y Territorios
Federales.**

Editorial Porrúa.

México 1960.

DON CARLOS IV.

Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Librería de Vicente Salvá

París, 1846.

ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO.

Apuntes para la Historia del Derecho en México

Tomo I

Editorial Polis

México 1937.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO.

El Derecho Privado Romano.

Editorial Esfinge.

México, 1960.

FONTAN BALESTRA, CARLOS.

Tratado de Derecho Penal.

Editorial Abelado Perret.

Buenos Aires, 1977.

GOMEZ, EUSEBIO.

Tratado de Derecho Penal.

Compañía Argentina de Editores.

Buenos Aires, 1939.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.

Derecho Penal Mexicano.

Editorial Porrúa.

México 1973.

HIDALGO GARCIA, JUAN ANTONIO.

El Código Penal Conforme a la Doctrina establecida por el
Tribunal Supremo.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS Y ANTON ONECA, JOSE.

Derecho Penal conforme al Código de 1928.

Editorial Reus, S.A.

Madrid, 1929.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.

Derecho Penal Mexicano.

Editorial Porrúa.

México, 1956.

MAGGIORE, GIUSEPPE.

Derecho Penal.

Tomo IV.

Editorial Temis.

Bogotá, 1955.