

87
24



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**“ ANALISIS CRITICO DE LA REGULACION DEL DELITO
DE INFANTICIDIO EN MEXICO ”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FIDELINA HERMELINDA BARRAGAN RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. JUAN JOSE DEL REY LEÑERO

MEXICO, D.F.

1992



FALLA DE ORIGEN



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

CAPITULO I EL DELITO

	PAGS.
A.- CONCEPTOS	1
B.- ASPECTOS POSITIVOS	7
C.- FACTORES NEGATIVOS	15

CAPITULO II

EL INFANTICIDIO Y LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

A.- LESIONES	18
B.- HOMICIDIO	20
C.- PARRICIDIO	24
D.- ABORTO	30

CAPITULO III

EL INFANTICIDIO

A.- CONCEPTOS	35
B.- ELEMENTOS ESTRUCTURALES	37
C.- DESARROLLO HISTORICO	50

CAPITULO IV

DIFERENCIAS SUBSTANCIALES ENTRE EL INFANTICIDIO CON MOVILES DE HONOR E INFANTICIDIO SIN MOVILES DE HONOR

A.- ¿QUIENES SON LOS SUJETOS?	64
B.- EL MOVIL DE HONOR	78
C.- CONCURRENCIA DE CULPAS	90

CAPITULO V

EL PRIVILEGIO EN LA PENA DEL DELITO DE INFANTICIDIO

A.- LA PENA	93
B.- DERECHO COMPARADO	99
C.- ELEMENTOS AGRAVANTES EN EL DELITO DE INFANTICIDIO	108
D.- PROPUESTA PERSONAL	116

CONCLUSIONES	120
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	123
--------------	-----

CAPITULO I

EL DELITO.

A) CONCEPTOS.

Según el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo delinqui, delinquere que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plan absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valdadero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, por consiguiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. (1)

(1) Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General. Edit. Trillas. México 1990. 2ª Edición. Pág. 131.

Luis Jiménez de Azúa, define al delito como toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena. (2)

Además de esa contraposición, con esa norma jurídica, es necesario que el hecho está previsto en la Ley como delito que corresponde a un tipo legal. Toda vez que no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuricidad tipificada.

El acto humano debe estar sancionado con pena, pues de ahí se deriva la consecuencia punible. Si no hay cominación de penalidad no existe delito.

En México el Código Penal de 1891 en su Artículo 1º definió el delito como la infracción voluntaria de una Ley Penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929 en su Artículo 2º lo conceptuaba: como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

(2) - Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1967. p 201.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como el acto u omisión que sanciona las leyes penales.

Considerando la imposibilidad de conceptualizar el delito a la manera expuesta por los miembros de la escuela naturalista, que como se indicó, no hacen otra cosa que acudir al derecho positivo en cierta época. Es necesario hacer mención del delito, indicando que era imprescindible señalar solamente los elementos que integran un hecho delictuoso, en virtud de que los elementos primordiales de justicia y equidad varían con el transcurso del tiempo. Es por ello que esta corriente, es la que en la actualidad es adoptada por gran número de tratadistas considerando que siempre podrá hablarse del delito cuando concurren los siguientes elementos: Un acto humano, típico, antijurídico, culpable, imputable y sancionado con una pena.

Franz Von Liszt, fundador de la denominada escuela sociológica alemana, manifiesta que el delito es: "un acto punible, es la figura legal al que el orden jurídico asocia la pena como consecuencia jurídica". (3)

(3) Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus. Madrid, España 1914. pág. 79.

Max Ernesto Mezger, indica que el delito es: "un -
acontecimiento típico, antijurídico e imputable". (4)

El penalista español Eugenio Cuello Calón, dice que -
el delito es: "una acción antijurídica, típica, culpable y
sancionada con una pena". (5)

El reconocido maestro mexicano, Ignacio Villalobos, di
ce que el delito es: "El acto típicamente antijurídico, cul
pable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad,
imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (6)

Tanto en el desarrollo como en la evolución del dere--
cho penal, nos encontramos con numerosas definiciones que -
acerca del desarrollo han elaborado los especialistas de la -
materia y los cuales con su pensamiento doctrinario nos ilus-
tran al respecto, pero dada la limitación del presente traba
jo es imposible citarlos todos y sólo señalaremos los de ma--
yor importancia, con el fin de darnos una noción general -
acerca del mismo.

(4) Citado por Márquez Piñero, Luis. op. cit. pág. 132.

(5) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial De Palma.
Buenos Aires, Argentina. 1960. 4a. Edición. pág. 135.

(6) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa.
México 1975. 3a. Edición. pág. 55.

A principios del año de 1764 y como resultado de la famosa obra de César Beccaria Bonesana, Marqués de Beccaria, denominada "De los delitos y de las Penas", se origina un entusiasmo general por el estudio científico del Derecho Penal y por ende, del delito. La obra del Marqués de Beccaria trata con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo: siguiendo el pensamiento de Grocio, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la justicia de Dios. Estima el fundamento de la justicia penal, en la utilidad común en el interés general y en el bienestar del mayor número, sosteniendo como principio fundamental la alianza de la ley penal, o como él la denominaba "p o l í t i c a", con la ley moral. (7)

Resulta acertado el pensamiento de Beccaria, ya que es entonces cuando se inicia propiamente el estudio sistemático de la ciencia jurídica penal y que logra una mayor brillantez, gracias a la definición hecha por el máximo exponente de la Escuela Clásica Francisco Carrara, quien define al delito como la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente impu

(7) Jiménez, De Azúa Luis. op. cit. pág. 135.

table y políticamente dañoso. (8)

A este respecto considero necesario señalar lo expuesto por el penalista Raúl Carrancá y Trujillo quien manifiesta y sostiene que estériles esfuerzos se han desplegado para - elaborar una noción filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar. La ineficiencia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces - hundidas en las realidades sociales humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente invitación moral y - jurídico política. Lo más que podría decirse del delito así considerado, es que consiste en una negación del Derecho o - en un ataque al orden jurídico (Pessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio: o bien que es la acción punible (Mezger), lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera. (9)

(8) Cuello Calón, Eugenio. op. cit. pág. 137.

(9) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1988. 16ª Edición. pág. 419.

B) ASPECTOS POSITIVOS.

El primer elemento que se desprende de la definición es el que se refiere a el "Acto" y manifiesta este autor que el acto es el soporte natural del delito, y que este supone la existencia de un ser dotado de voluntad que la ejecuta.

Hay que hacer la aclaración que la acepción acto, se entiende de una manera amplia que comprende el aspecto positivo acción y el negativo omisión.

De lo cual se desprende que puede definirse el acto de la manera siguiente: Es la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo exterior cuya modificación se aguarda.

Ya se ha mencionado que el acto abarca tanto el hacer como el omitir, entendiéndose ese hacer y ese omitir por acción y omisión. La acción es el aspecto positivo y la omisión es el negativo de la conducta humana. La acción consiste en una actividad, en un hacer lo que se debe hacer, o en su comportamiento que viola una norma que prohíbe. La omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que

se debe, en omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer. Estas dos manifestaciones de voluntad que producen un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, dan origen a lo que se denomina resultado.

La acción es un hacer efectivo, corporal, voluntario y exterior, en tanto que la omisión es un hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de no omitirlo, por lo que causa un resultado típico penal. La omisión puede ser material o espiritual, según deje de ejecutarse el movimiento corporal esperado o según se ejecute, pero sin tener las debidas precauciones jurídicamente exigidas.

1.- TIPICIDAD.

Para Jiménez de Azúa, "La tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley, para cada especie de infracción". (10)

Carranca y Trujillo dice que: "La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto". (11)

(10) Jiménez de Azúa, Luis. op. cit. p. 136.

(11) Carranca y Trujillo Raúl. op. cit. pág. 421.

"El tipo se puede entender como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles - innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito". (12)

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "No debe - confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el - tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los conceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto". (13)

Para concluir lo referente a la tipicidad mencionaremos los diferentes tipos existentes:

- a) Normales y anormales: los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es normal. En el caso concreto consideramos - que el delito de rapto es anormal, porque se requiere de una valoración subjetiva.

(12) Cuello Calón, Eugenio. op. cit. pág. 314.

(13) Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 223.

2.- ANTIJURICIDAD.

El derecho penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente el aspecto subjetivo se puede afirmar que la antijuricidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho. (14)

Castellanos Tena menciona en su obra ya referida que cuando hablamos de antijuricidad nos estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, porque atiende sólo al acto. Para llegar a la información de que una conducta es antijurídica, se requiere un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Una conducta es antijurídica cuando sien

(14) Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 226.

do típica, no está protegida por una causa de justificación.

Sergio Vela Treviño menciona, que toda acción será - punible si es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción - de la misma con las normas del Derecho. (15)

En conclusión se puede afirmar que la antijuricidad - radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

3.- IMPUTABILIDAD.

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para - que legalmente tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga el carácter de imputable. En el ámbito del Derecho Penal, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntariedad.

Según el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable a

(15) Vela Treviño Sergio. Antijuricidad y Justificación. Edit. Trillas. México 1986. 2ª Edición. Pág. 214

a todo aquel que posea el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente. Todo aquél que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que corresponde a las exigencias de la vida en sociedad humana. (16)

Según Castellanos Tena, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal. (17)

4.- CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos, uno volitivo o emocional y el otro intelectual; el primero indica la suma de dos quererres de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual, es el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado: para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psíquico autor, con el objeto de inves-

(16) Carrancá y Trujillo, Raúl. op. cit. pág. 427.

(17) Castellanos Tena, Fernando. op. cit. pág. 227.

tigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso. (18)

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause legal resultado por medio de negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa. (dolo) o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa). Igualmente, se puede hablar de preterintencionalidad, como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

5.- PUNIBILIDAD.

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena: tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedades,

(18) Fernández Doblado, Luis. Culpabilidad y Error; Ensayo de Dogmática Penal. México 1950. pág. 81.

para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En -- otros términos: es punible una conducta cuando por su natu-- raleza amerita ser penada, se engendra entonces, una amena-- za estatal para los infractores de las normas jurídicas; - igualmente, se entiende por punibilidad en forma menos apro-- piada la consecuencia de la conminación, es decir, la ac--- ción específica de imponer a los delincuentes a posteriori, las penas conducentes. En éste último sentido, la punibili-- dad se confunde con la punición misma, con la imposición - concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efec-- tivo de la amenaza normativa.

C) FACTORES NEGATIVOS.

1.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales - del delito, éste no se integrará, en consecuencia si la con ducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura de-- lictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito.

Una de las causas que impiden se integre el delito por la ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la Fracción I - del Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

2.- ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descritos - en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito que se conoce como atipicidad, entendido como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es - típica jamás será delictuosa.

3.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Podría ocurrir que la conducta típica esté en oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por existir una causa de justificación.

Para el Maestro Carrancá y Trujillo, tomando en cuenta que el delito es una conducta típica, antijurídica y punible; por lo que sin la antijuridicidad no puede darse la acción incriminable, por ello las acciones que carezcan de anti jus, estarán justificadas plenamente, pues el acto u omisión será conforme a derecho. (19)

4.- INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad se presenta cuando surgen circunstancias capaces de anular o neutralizar el desarrollo a la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El referido maestro Castellanos Tena, señala como causas de inimputabilidad: el estado de inconsciencia (permanente o transitorio), el miedo grave y la sordomudez.

(19).- Cfr. Carrancá y Trujillo. op. cit. pag. 475.

5.- INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad significa la ausencia del nexo psíquico entre sujeto y resultado, en el delito entonces existen individuos que no reúnen los dos elementos necesarios, - el querer actuar y el conocimiento de lo antijurídico de la - conducta.

6.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Cuando hablamos de punibilidad nos referimos al aspecto positivo del delito, considerado como una consecuencia - del mismo, la excusa absolutoria viene a ser el elemento negativo. Debemos entender como excusas aquellas causas que - dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o - hecho, impide la aplicación de la pena.

CAPITULO II

EL INFANTICIDIO Y LOS DELITOS CONTRA LA VIDA.

A).- LESIONES.

Comete el delito de lesión quien altera la salud de otro o le causa un daño que, transitoria o permanentemente, deja una huella en su cuerpo.

El Código Penal para el Distrito Federal define el delito en su artículo 268 como sigue: "Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa". Esta definición ha sido criticada certeramente porque al inicio hace una enumeración ejemplificativa de los daños en que puede consistir el delito, y enseguida utiliza expresiones generales comprensivas de esos daños. Los modernos proyectos del Código Penal para el Distrito Federal suprimen la descripción particularizada y dejan sólo la definición general.

Sólo los seres humanos, a partir del nacimiento y has

ta antes de su muerte, pueden ser sujetos pasivos de este -
delito, pues sin vida no se resiente lesión.

B) HOMICIDIO.

Del latín homicidium, homicidio, asesinato; la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis, normación rogada, propuesta por Sila (en el año 81 A.C.), castigaba igualmente al homicidio consumado que la tentativa, extendiendo su representatividad a las cuadrillas de bandoleros, con finalidades homicidas, y al denominado delito de encantamiento.

El concepto legal de homicidio es bien claro en el Código Penal para el Distrito Federal, así el Artículo 302 dice: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro", y ese otro siempre será un ser humano.

a) PRIMER ELEMENTO.

El hecho de muerte, auténtica sustantividad material del delito. La privación de la vida debe ser producto de una actividad idónea para causarla, lo que permite afirmar que puede ser debida al empleo de medios físicos, de omisiones e incluso de violencias meramente morales; lo anterior comporta la necesaria relación o nexo de causalidad entre actividad, en amplio sentido, y el resultado letal.

b) SEGUNDO ELEMENTO.

La muerte deberá ser producida, intencional o imprudentemente, por otra persona. Dicho de otra forma, la privación de la vida ha de ser realizada dolosa o culposamente; por lo tanto, el homicidio causal no constituirá delito.

LA CONDUCTA TIPICA.

El artículo 302 del Código Penal establece que la conducta típica del homicidio es privar de la vida. La fórmula legal impide que surjan las polémicas en torno a la expresión matar, empleada en otras legislaciones, en el sentido de determinar si el tipo y su realización debe considerarse causal o finalísticamente concebido. En todo caso, la duda la resuelve el texto del artículo 9º del mismo Código Penal.

SUJETO ACTIVO.

Es sujeto activo de homicidio el que priva de la vida a otro. La expresión el que, permite clasificar el tipo de homicidio como común, en contraposición a los delitos especiales o de propia mano. Cualquiera puede cometerlo.

SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo del delito es el ser humano, cualquiera que sea su edad, su condición social, su estado de salud, su normalidad anatómica o fisiológica. Por tanto, puede ser lesionado el derecho a la vida del agónico, del monstruo, del no viable. De aquí se deduce que la persona víctima del delito es distinta de la persona sujeto del Derecho Civil, y que la llamada ficción legal del concebido integraría distinto delito al ser privado de la vida -aborto- y no constituiría el delito en examen. Mas la edad otorga en casi todos los códigos una nota especial que cambia el título cuando a ella se une la causa del delinquir y la relación parental; por ejemplo, el infanticidio honoris causa o por sevicias graves, que el Código Penal acoge en forma aberrante, como después se verá, en que son incluidos "los ascendientes" y despreciada la causa, desnaturalizándose la razón doctrinaria de la figura atenuada.

LOS MEDIOS.

Si se considera que medios, tratándose de delitos, es todo aquello de que se vale el hombre para alcanzar su propósito delictuoso o que se pone en acción culposamente en el resultado, los medios en el homicidio pueden ser materiales,

o morales, desde los movimientos del cuerpo del sujeto activo, que se vale de su propia anatomía, como la utilización de objetos inanimados o animados, pero no humanos, y que son verdaderos instrumentos. El golpe con la mano, el disparo del arma de fuego, las mordidas de un perro azusado o simplemente que ha quedado suelto por negligencia, serán medios "morales" (aunque la denominación no sea muy convincente) cuando el cuerpo del sujeto activo no entra en movimiento, como en los casos anteriores, en que la palabra desempeña un papel determinante. Ejemplo de esto es el caso del criminal que dice a su víctima, sabiendo que sufre aortitis, que su hijo ha muerto, sin ser ello cierto, con el propósito de que muera por la impresión. Más procesalmente, se repudia esta afirmación porque la prueba del nexo causal no se podría obtener; sin embargo, admitido esto, no hay duda de que ese medio es eficaz para el resultado.

C) PARRICIDIO.

Al hablar del vocablo "parricidio", estimo conveniente hacer en forma breve una relación de las diferentes connotaciones que ha tenido, pues como veremos, algunas de ellas ninguna relación guardan con el significado o idea que nos formamos, así por ejemplo: Salustio llamó "parricida" al agresor contra la patria, lo mismo que Tácito lo llamó Vite-lio, por haber vuelto éste las armas contra la patria.

ELEMENTOS DE PARRICIDIO.

Por conducta ha de entenderse aquél comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito, como lo expone con toda claridad el profesor de derecho penal Fernando Castellanos (19), advirtiéndose la reunión en el vocablo "conducta" los dos aspectos, positivo o acción y negativo u omisión, por lo que al primero se refiere es un hecho humano voluntario, desprendiéndose la idea de movimiento, desplazamiento corporal, ejecución, en suma, - caracteriza al verbo voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en lo anteriormente dicho.

(19) Castellanos Tena. op. cit. pág. 126.

En segundo lugar o sea el aspecto negativo de la conducta, este consiste en la abstención o inactividad del sujeto delincuente, por dejar de ejecutar voluntariamente aquello que está obligado legalmente, violando con aquello una norma dispositiva.

En tanto que el delito de parricidio requiere de una conducta humana voluntaria, es necesario hacer un estudio de sus elementos, estos son tres: a) una manifestación de voluntad, b) un resultado y c) una relación de causalidad.

Como tercer elemento de la tipicidad se encuentra la calidad legal o natural de los protagonistas del delito, cuestión de estudio independiente por ser importante a la tipicidad los medios y formas de probar dicho entroncamiento.

RELACIONES DE PARENTESCO.

Existen dentro de nuestra legislación penal algunas formas de conducta en las que el bien jurídicamente tutelado está representando por la vida del individuo, de aquí se desprende que: al contener el delito de parricidio entre sus elementos precisamente el hecho de privar de la vida a un ser humano, existen entre este delito y otros del mismo género, algunas relaciones de semejanza en cuanto al bien tutelado; -

por lo tanto, las relaciones de parentesco exigidas en el delito de parricidio, vienen a darle a este delito un aspecto especial, sirviendo para deslindarlo completamente de aquellos con los cuales existen puntos de contacto, luego entonces, la presencia de dichos vínculos constituyen el elemento esencial dentro de la descripción que hace la ley en cuanto al elemento "Tipo" en el delito de parricidio, agregando el "Tipo" en su parte final "sabiendo el delincuente ese parentesco", esto es; no solamente es indispensable la existencia del lazo consanguíneo entre los protagonistas de este delito, sino que además es necesario que el agente sepa que está ligado con su víctima en el sentido antes manifestado, o bien, éste las desconoce culpablemente en el momento de la perpetración del delito.

Una vez asentada la importancia que el delito de parricidio representa en la existencia del vínculo parental entre la serie de recursos con que cuenta el juzgador para llegar al conocimiento de la verdad, según la cual estará en condiciones de resolver sobre la existencia de un parricidio o bien de un simple homicidio, según el caso.

De acuerdo con lo anterior, se puede desprender que la antijuricidad en el delito de parricidio es aquella forma de conducta típica e injusta o antijurídica, como lo sostiene

ne el maestro español Luis Jiménez de Azúa (20), posición -- que cuenta con gran número de partidarios, no obstante de -- haber dentro de la doctrina algunas otras valiosas opiniones que difieren en su contenido, tales como la expuesta por -- Franz Von Liszt quien manifiesta que la antijuricidad material es una conducta contraria a la sociedad; por su parte -- Mayer hace consistir la antijuricidad en la infracción de -- las normas de cultura, a su vez el penalista Rafael Garófalo, quien está considerado como el precursor de la antijuricidad como elemento del delito, la sostuvo y consideró como el -- ataque a los sentimiento altruístas de piedad y probidad en -- la medida, etc., esto último nos aclara dos juicios, el -- primero nos pone de manifiesto el hecho de que desde tiempos remotos existió este elemento del delito, y en segundo lugar está el que desde entonces la antijuricidad entrañó un ataque a los sentimientos de la sociedad; por lo que en la actualidad ha tomado visos de universalidad al exponer que: una conducta humana es antijurídica cuando existiendo el elemento -- voluntad en el acto, éste reúne la forma del "Tipo" descrito en la ley en completa oposición al derecho, al dañar los bienes tutelados por éste en perjuicio del individuo y del -- pueblo que sufre el menoscabo en la seguridad social.

(20) Jiménez de Azúa, Luis. Derecho Penal. Edit. Hermos. - Buenos Aires, Argentina. 1ª Edición. pág. 277.

Una vez asentado el contenido de la antijuricidad en el delito de parricidio en tanto que se sitúa el contraventor en completa oposición al derecho al privar de la vida a un ascendiente, resultado que está tipificado en la ley penal y considerado como violatorio de la norma establecida por el estado, es conveniente aclarar la función que desempeña en el concurso de otros elementos del parricidio, de este modo, se puede decir que la antijuricidad está muy estrechamente ligada con la culpabilidad por constituir su presupuesto, como se verá con la amplitud del caso oportunamente, y solamente por ahora, en forma concreta se puede asegurar que la antijuricidad representa una posibilidad de teñir de culpabilidad al hecho de privar de la vida a un ascendiente.

Sobre la punibilidad existen varias teorías en las que se encuentran opiniones divergentes, así por ejemplo, para algunos autores entre ellos Eugenio Cuello Calón (21) y Luis Jiménez de Azúa (22) atribuyen a la punibilidad la calidad de elemento del delito con el valor más importante entre aquellos que lo constituyen; para otros autores como el maestro Fernando Castellanos y el profesor Celestino Porte Petit, atribuyen a la punibilidad la función de ser una consecuencia

(21) Jiménez de Azúa. op. cit. pág. 223.

(22) Cuello Calón, Eugenio. op. cit. pág. 227.

del delito exponiendo con todo acierto el primero de los últimamente citados que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena.

D) EL ABORTO.

El artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone que "aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Habiendo sido el aborto durante fines del siglo pasado tema de incesantes controversias, era natural que diera tanto en el campo médico, como en el jurídico corrientes de ideas de indole diversa ; siendo en algunos casos éstas, de radical oposición.

Tales ideas, como es lógico, vinieron a influenciar profundamente tanto las doctrinas jurídicas, como la legislación positiva de los distintos países. Según la doctrina se apegase o no a la idiosincracia del pueblo y a las necesidades sociales, dando por resultado que debido a la nueva evaluación de este problema, algunos países se declarasen más firmemente unidos en sus ideas tradicionales y a sus consideraciones originales a este respecto, mientras otros, en virtud de los beneficios de las nuevas doctrinas le prometían reportar, optaron por adherirse a las nuevas corrientes abolicionistas del delito de aborto, dando por resultado que de esta batalla de ideologías, la legislación positiva de los diferentes estados adoptase las posiciones mencionadas a con-

tinuación.

PRIMERO.- Legislaciones que admiten la impunidad del aborto con pena alguna si se practica dentro de los tres primeros meses siguientes a la concepción.

Dicha práctica fue permitida durante la época Zarista siempre que se realizara con el cuidado debido y por médico responsable. - Con posterioridad y por ordenanza del 27 de junio de 1936 fue punible con excepción del realizado en los hospitales con fines eugénicos; Pero con posterioridad a la guerra del 1944 fue estauída dicha impunidad -- siempre que el aborto se realizase en las condiciones que mencionamos con anterioridad.

SEGUNDO.- En un segundo lugar tenemos aquellas legislaciones que sólo penan el aborto cuando éste se realiza sin el consentimiento de la mujer siendo países de esta corriente las repúblicas sudamericanas de Uruguay y Paraguay.

TERCERO.- En tercer lugar encontramos aquellas legislaciones que excusan el aborto, llevado a cabo únicamente por necesidad, en el caso que exista conflicto, entre la vida y la salud de la madre a este respecto se pronuncian el proyecto Suizo, Argentino, Mexicano, Colombiano, etc., es conveniente mencionar que la iglesia católica censura terminantemente este aborto, sobre todo, con posterioridad a la difusión de la famosa Encíclica de Pío XI del 31 de diciembre de 1930, Casti Connubi, reafirmada posteriormente por Pío XII en la Encíclica de Humanae Vitae,- de la vida humana.-

CUARTO.- Dentro de otra corriente legislativa, encontramos aquellos países que permiten el aborto, realizado con fines eugenésicos - El Código Argentino contiene articulado a este respecto, en el caso de atentado al pudor, en mujer idiota o demente necesitan en tal caso el consentimiento de sus representantes legales para la práctica de la operación, otro caso de la impunidad del aborto por causas sentimentales (Cód-

go Argentino) como en el caso de embarazo proveniente de una violación.

QUINTO.- En quinto lugar encontramos el aborto permitido en razón de ideas neomalthusianas, doctrinas éstas acogidas por la legislación japonesa y rusa determinantes para la supresión del delito tratado, en dichos países y en estudio desde hace algunos años en China y la India.

SEXTO.- Por último encontramos el grupo de países que castigan el aborto sin tomar en cuenta ni el supuesto de comisión, ni los motivos del mismo. Como ejemplo de tal podemos citar el Código Penal Italiano y Español, este último castiga con fundamento en la Ley de 1941 todo aborto que no sea espontáneo, entendiéndose como tal el aborto natural.

Como podemos ver, son diversas y en algunos casos radicalmente opuestas las ideas bases que sirvieron a los países para penar o no dentro de su legislación positiva el delito de aborto, es por lo tanto importante conocer los fundamentos

tos que sirvieron de base a tales ideas para poder determinar y aquilatar su justificación actual y social en el mundo, y con particularidad en nuestro país.

Por último dentro del extremo reformador tenemos a los autores que como César Ducharme propugnan por la supresión de este problema social como delito. (23)

Los elementos del delito en comento son: la muerte, contra el producto del embarazo en cualquier momento de éste, puede llevarse a cabo por la mujer, por otro sujeto que le auxilie o por el médico, todos son punibles, excepto el llamado aborto terapéutico, explicado por el artículo 334 del ordenamiento mencionado que a la letra dispone: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

(23) Cfr. Jiménez de Azúa, Luis. op. cit. p. 250.

CAPITULO III

EL INFANTICIDIO

A) CONCEPTOS.

Del latín infanticidium, muerte dada violentamente a un niño, sobre todo si es recién nacido o está próximo a nacer; muerte dada al recién nacido por la madre o ascendientes maternos para ocultar la deshonra de aquélla.

Las normas penales reguladoras del infanticidio -tipo especial privilegiado,- en tanto que surge con vida propia - al sustituir, o agregar, varios elementos en el tipo fundamental, que es el homicidio- están contenidas en el libro -segundo, título decimonoveno, Capítulo V del Código Penal, correspondiente a los "delitos contra la vida y la integridad corporal". Llámese infanticidio -dice el artículo 325 a "La muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos". Al responsable de este delito -dispone el artículo 326- "se le aplicarán de seis a diez años de prisión", - con la excepción contemplada en el artículo 237, que establece una punibilidad de tres a cinco años de prisión cuando el infanticidio lo cometa, en contra de su propio hijo, la ma-

dre, siempre que concurren las siguientes circunstancias: -
que la madre (sujeto activo del delito) no tenga mala fama
y haya ocultado su embarazo; que el nacimiento del infante -
(sujeto pasivo del delito) haya sido oculto y no se hubiere
inscrito en el Registro Civil, y que el propio infante no -
sea legítimo.

B) ELEMENTOS ESTRUCTURALES.

Nuestro Código Penal comprende dos clases de infanticidio genérico o infanticidio honoris-causa (Artículos 325 a - 328). Para comodidad de nuestra labor, hemos dividido su estudio en dos partes dedicando el primer inciso al infanticidio genérico, y el segundo al infanticidio honoris-causa.

1.- INFANTICIDIO GENERICO.

El infanticidio genérico según lo que estipula el artículo 325 de nuestro Código Penal consiste en: "La muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento por algunos de los ascendientes consanguíneos". Los elementos constitutivos del infanticidio genérico son, por lo tanto, los siguientes:

a).- Un hecho de muerte.

b).- Que la muerte se efectúe en un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

c).- Que ésta sea causada por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

a).- El hecho material de causar una muerte.

El primer elemento de este delito consiste también en un homicidio y por lo mismo, siendo un elemento idéntico al del delito anteriormente citado, nos remitimos a lo que sobre éste ya dijimos. La privación de la vida podrá deberse a una acción o a una omisión causal.

b).- Muerte de un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

El sujeto pasivo del delito deberá ser un niño recién nacido y su muerte deberá realizarse dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento. Habrá de probarse necesariamente que éste nació vivo para que se integre este segundo elemento, siendo por lo tanto, su existencia previa la condición lógica e indispensable para que se materialice el delito de infanticidio. Ahora bien, a este respecto se presentan dos graves problemas que es prudente resolver. Hay que determinar en primer lugar qué se entiende por nacimiento o en otras palabras, dilucidar a partir de qué momento podemos determinar que existe la vida en el niño. De este momento surgirá la diferenciación del delito que se constituirá, como consecuencia de una misma acción criminal: aborto o infanticidio. Después anotaremos los requisitos de viabilidad que en la v

tima exige la ley para que se pueda configurar dicho delito.

La fijación del nacimiento reviste gran importancia, puesto que no sólo presenta el inconveniente práctico de demostrar que existe la vida en el recién nacido sino que, además, se presenta el interés legal de demostrar si la muerte se efectuó después o durante el nacimiento, ya que nuestra legislación vigente no comprende dentro de la definición de este delito, la muerte in-ipsu-partu, que significa "en el momento -- del parto" que, como ya dijimos, sí establecía el código de Martínez de Castro. Como acertadamente señala González de la Vega, dicho aspecto no se encuentra comprendido en la definición del delito; nos encontramos ante el dilema de un hecho delictuoso sin sanción, puesto que nose trata de un aborto ya que la preñez ha terminado, ni de infanticidio porque el nacimiento no ha concluído; debido a lo expuesto, opinamos como Garraud, "que puesto que todo ser humano, cualquiera que sea su conformación, tiene derecho a la protección penal durante los pocos instantes de vida que le son dados, hasta que el infante haya nacido, es decir, haya existido, para que esta vida no pueda ser destruída sin delito"(24) y, éste será, el infanticidio, porque quitarse ese carácter resulta inadmisibile. Así pues, si bien de estricto derecho nuestra ley no conside

(24) Cfr. Porte Petit, Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. Edit. Porrúa. México 1990. 9ª Edición. pág. 371.

ra delictuoso el acto infanticida durante el nacimiento, a causa de las razones expuestas y para logra su sanción en la práctica, se hace necesario estimar que cuando la ley se refiere a un nacimiento está entendiendo por tal desde la iniciación de sus manifestaciones, es decir, abarcando aún -- aquella primera fase del nacimiento en que la vida intrauterina ha terminado pero la extrauterina todavía no se ha iniciado en forma precisa y absoluta.

Los autores no se encuentran acordes con relación a la fijación de lo que debe entenderse por nacimiento. Unos consideran como nacimiento cuando el niño se encuentra, en parte, fuera del vientre materno (Bindig, Hollzerdorff, So--ler, Impalloni); otros exigen, que el cuerpo se encuentre completamente fuera de éste y no sólo parcialmente (Russel, Kenny, (25) . Nuestro criterio se adhiere al modo de pensar de los autores primeramente citados, a causa de los motivos expuestos. Este problema difícilmente se puede presentar en la práctica, porqué la madre no ha recurrido al aborto por temor de su propia vida, espera hasta que el alumbramiento ha concluído y es entonces, cuando sin ninguna prevención, suele efectuar la muerte de su hijo. Bastará por -- lo tanto, en todo caso de infanticidio, demostrar que --

(25) Cfr. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal. -- Edit. Porrúa. México 1991. 30ª Edición. o. 213.

el niño nació, sin importar el momento en que se haya interrumpido su existencia.

La situación de que nos ocuparemos enseguida se refiere al carácter de viabilidad que consideran algunos autores - como elemento indispensable para que se integre la figura del infanticidio. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, nuestro Código Penal no la considera necesaria porque, lo que -- constituye su objetivo es proteger la vida, sin importarle -- que ésta corra el peligro que se exigua, basta con que la -- haya para que merezca su tutela.

Explicado ya lo que se entiende pro nacimiento, podemos entender cuál es el plazo que exige la ley para considerar durante ese tiempo la muerte de un niño como infanticidio comprende sólo el primer período de la vida infantil, de su nacimiento hasta las setenta y dos horas de éste; fuera de -- este término dicho acto, no obstante que se presentan los -- otros dos elementos restantes, no será infanticidio sino homicidio.

La razón de la existencia de dicho requisito obedece a dos criterios: un criterio psicológico y un criterio fisiológico (Gautier) (26). El psicológico se refiere al estado de

(26) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III. - Edit. La Ley. Buenos Aires, Argentina 1945. 1ª Edic. pág. 92.

ánimo en que se encuentra la madre infanticida al temer, al reproche y la deshonra que le imputará la sociedad por crear un hijo ilegítimo; y el criterio fisiológico, íntimamente ligado con el psicológico que estriba en los distintos trastornos anímicos que se posesionan de la parturienta, que unidos al anterior hacen más excusable su delito de querer ésta ocultar su deshonra.

En la definición del infanticidio genérico no se menciona para nada el móvil de ocultar la deshonra, no siendo, por lo tanto, necesaria su intervención para la configuración delictiva que estudiamos, quedando el requisito del plazo de las 72 horas como mera situación de hecho: bastará que se realice la muerte dentro de dicho término y se presenten los otros dos elementos para que se integre el delito de infanticidio, sin importar que el móvil que haya influido en su comisión sea egoísta o injusto.

Unos países suelen ensanchar el plazo de las sesenta y dos horas (Brasil, Italia); otros, lo acortan (Australia, Chile). La mayoría de las legislaciones latinoamericanas siguen un criterio idéntico al nuestro; pero algunos países - como Argentina y Perú, que nos parecen los más acertados, se refieren sólo a la situación real existente en la madre infanticida, sin referirse a un plazo fijo y nos dicen:

"Cuando lo realice la madre bajo la influencia del estado --- puerperal". Tal expresión nos parece que es la más correcta puesto que comprende en forma más clara y precisa la situación que sirve de atenuante; el hecho de establecer el plazo x, si bien resuelve el problema de la ley, no lo resuelve en hechos, al referirnos sólo a la situación anímica en que se encuentra la madre, se logran ambos objetivos, ya que - durará el tiempo efectivo de su existencia y en la ley no podrá demostrar fácilmente por los diversos medios médicos legales.

II.- INFANTICIDIO HONORIS-CAUSA.

Corresponde a este segundo inciso detallar la naturaleza del infanticidio honoris-causa. Este se diferencia del genérico, en que sólo puede ser efectuado por la madre y, por lo mismo, sólo ella podrá ser la probable sujeto activo del delito, siempre que concurren las circunstancias que enumera la ley. En esta figura se presentan los mismos elementos del infanticidio genérico, variando sólo en los que se refiere a la situación mencionada, sus elementos constitutivos serán:

- a).- Un hecho de muerte.

- b).- Muerte de un niño dentro de las setenta y dos - horas de su nacimiento.
- c).- Efectuado por el único posible sujeto activo del delito: la madre.
- d).- La presencia de las cuatro condiciones de carácter objetivo que establece la Ley (presuponen - un elemento moral).

Después de haber explicado en forma somera la teoría - general del delito que nos iba a servir de base para la comprensión del carácter técnico-científico del delito de infanticidio, de haber señalado también la génesis y evolución al igual que las diversas opiniones imperantes, -actualmente- - en el espacio, en lo que respecta a considerar que existe ma - yor o menor culpabilidad en el autor de tales conductas deliq - tuosas, así como las razones argüidas por los autores para - poderlas estimar en esa forma, e indicando, finalmente, el parecer tomado con relación a éstas, por nuestro Código Pe- - nal de 1931; nos queda solamente por contestar a las siguien - tes preguntas: ¿El criterio sustentado por dicho ordenamien- - to, se encuentra acorde con la dogmática jurídico-penal? - ¿Existe en nuestra legislación penal vigente, la necesaria - adecuación y comprensión entre su parte general y del delito

tratado? ¿Es correcta su forma de tipificación? ¿Es susceptible -tal configuración- de perfeccionar técnicamente?. - A continuación trataremos de dar la debida contestación a estas interrogantes, para lo cual se conservarán la forma y el grado en que los diversos elementos de todo delito se presentan en lo que corresponde a los delitos por nosotros estudiados, y así llegar a las conclusiones que, según nuestro -- criterio, son las atinadas.

La tipicidad es el elemento del delito que nos va a - servir de lazo de unión entre la parte general y la situación especial del delito que estudiamos, puesto que como ya afirmamos con anterioridad, ésta no posee un carácter puramente descriptivo sino que guarda referencias a otros elementos del delito; a la antijuricidad -ya que la objetiviza en la figura, estableciendo el tipo de lo injusto- y a la fijación -- del tipo de culpabilidad -señalando la especie de ésta que - precisan dichas doctrinas-. Por ahora sólo nos ocuparemos de determinar los diversos caracteres y elementos que posee el - infanticidio los cuales se derivan ya de la forma en que son tipificados, ya que la naturaleza de su acción o ya de los - efectos que ésta produce, reservando para después, el indicar la clase de antijuricidad y de culpabilidad de que han me nester.

ELEMENTOS DE SUS TIPOS.

Los tipos pueden contener: elementos de mera disposición objetiva, elementos subjetivos y elementos normativos. En lo que toca a los primeros, basta con su simple contratación. Los elementos subjetivos son los que atañen al estado anímico del agente y que guardan referencias a lo injusto de su conducta, así como al grado de culpabilidad que exige la ley en dicho agente. "Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a éste con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito". (21). Finalmente, los elementos normativos además de requerir un análisis por parte del juzgador como en los anteriores, es necesario además, que éste, efectúa una valorización jurídica o cultural de los mismos. No obstante que ya se han analizado los diversos elementos de los delitos de parricidio y de infanticidio, entendemos necesario delimitar su naturaleza.

Los delitos de infanticidio genérico y honoris-causa - contienen únicamente elementos de mera descripción objetiva, aunque si bien, el honoris-causa, hace presumir en las cuatro circunstancias que señala, un elemento subjetivo: ánimo de ocultar la deshonra en su sujeto activo. Esta imperfec--

(21) Soler, Sebastián. op. cit. págs. 30 y 31.

ción de la Ley nos suele llevar a los peligros señalados en páginas anteriores, puesto que al aplicarse en esa forma sin hacer referencia al ánimo de ocultar la deshonra de su agente, puede, en muchos casos, no lograr el cometido que se propone alcanzar. Vamos pues, a intentar la tipificación de los delitos estudiados, que apreciamos acertada, para lo cual hemos de acudir al análisis de los elementos de antijuricidad y de culpabilidad, observando el grado y forma en que se presentan; de acuerdo con esto podremos precisar fácilmente dicha tipificación.

La situación que se presenta en el hecho de producir intencionalmente la muerte de un ascendiente presenta al ser valorada, en relación al homicidio, un grado mayor de antijuricidad. El homicidio de un ascendiente (sea niño o adulto), del hermano legítimo, del cónyuge o del padre o hijo adoptivo subsiste ante el mismo grado de antijuricidad en la conducta de su autor que presenta el parricidio propio directo; por lo tanto, debe comprenderse como posibles sujetos pasivos de este delito calificado, en virtud de que su muerte ilícita afecta más allá del bien jurídico "vida". En efecto la conducta del parricida (en sentido extenso) no sólo es atentatoria del deber que lo constriñe a respetar la vida de los demás, sino que viola también otros deberes establecidos para proteger otros bienes jurídicos como son: el deber de

respetar a los padres, el de respetar el vínculo familiar o el respetar la situación jurídica (matrimonio, adopción) -- creada voluntariamente. Según nuestra opinión --en virtud de las razones apuntadas-- creemos que debe integrarse la situación general que abarca tanto al parricidio propio como al im propio.

No basta con la simple mención de los dos elementos de aspecto puramente objetivos citados, es indispensable además hacer referencia al elemento subjetivo indicador del grado de antijuricidad de la acción parricida que censura la ley. Dicho elemento debe establecerse necesariamente para poder imputarse la violación del nexo parental o familiar violado, ya que hay que basarse en la conciencia de éste por su sujeto ac tivo, para poderse valorar la gravedad del acto; su falta -- convierte a éste en homicidio más no en parricidio, porque -- la ley castiga es que no obstante saber la relación parental, se lleve al cabo, revelando con ello, por parte de su autor mayor peligrosidad y, en el caso de que no se conozca, se -- viola el tipo de lo injusto del homicidio pero no el del parricidio.

Las diversas causas que excluyen la antijuricidad se-- rán perfectamente aplicables tanto a la conducta parricida co mo a la infanticida, excluyendo como es natural, a aquéllas que dada la naturaleza de este segundo delito no se pue-

dan presentar.

Los sujetos pasivos de estos delitos deben tener la capacidad que la ley exige para poderles reprochar su conducta, antes de hacer ninguna consideración al elemento imputabilidad en estos delitos; el inciso a) del Artículo 81 que estatuye el Código Penal de la República de Argentina. Como ya hemos visto, dicho precepto comprende a la emoción violenta como atenuadora del homicidio, al señalarle menor penalidad a aquél "que matare a otro, mostrándole en estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable".

C) DESARROLLO HISTORICO.

Desde la más remota antigüedad y por muy diversas causas, se ha cometido; unas veces con fines eugenésicos o para ocultar la deshonra; otras, por razones religiosas; más por la miseria o por la pobreza, también por ciertos prejuicios, ideas paganas o motivos supersticiosos muy arraigados; no pocas veces porque la maternidad que impone cargos materiales y morales a la madre; impulsar a ésta a hacer restricciones a su fecundidad.

La justicia humana que nunca es infalible, unas veces ha castigado con excesivo rigor el infanticidio; otras lo ha disculpado generosamente.

Escudriñando la historia encontramos que Esparta fue uno de los pueblos de la Grecia-antigua en que se dió muerte a los niños raquíuticos que no prometían ser en la madurez, - hombres útiles para la defensa de la patria; tratándose de un pueblo amante de la belleza, de la salud y de la fortaleza física humana, esta aplicación eugenésica aparecía obligatoria y no sorprende la impunidad del delito. Platón mandaba matar a los niños que no prometían ser en su juventud, ciudadanos robustos y soldados valerosos.

Existieron pueblos infanticidas por razones religiosas; La Sagrada Escritura confirma éste hecho en el Deuteronomio, diciendo que los niños eran sacrificados ante los dioses de los Cananeos, en tan gran número, que su barbarie infanticida superaba a todos sus contemporáneos. Los Fenicios de Tiro ofrecían las vidas de sus hijos ante el Dios Mercurio y los Cartagineses ante Saturno. El pueblo de Israel no escapó de la ferocidad de esa costumbre. La cultura a través de los tiempos, en vez de desarraigar el delito, lo ha fomentado y propagado.

La larga duración del período de la lactancia es causa también de infanticidio; en algunas tribus australianas, expresan Spencer y Guillén, a causa de la escasez de alimentos blandos y de leche de animales, este período comúnmente se prolonga por dos, tres, cuatro años y aún más; entonces las futuras madres, viéndose en la imposibilidad de amamentar a dos niños al mismo tiempo, fácilmente dan muerte al nuevo que viene al mundo. Pero no sólo éste es el único motivo del delito, también los celos inducen a la madre a tomar la fatal determinación, porque durante el mismo largo período de la lactancia, el marido le huye en busca de otras relaciones sexuales.

Por razones supersticiosas en el Níger los gemelos son inexorablemente sacrificados, abandonados o enterrados ---

vivos en un cántaro de barro que se llena de tierra; muchas veces se les dejar ser pasto para los animales feroces. Y, si no pueden matarlos por temor a la autoridad, los dejan morir de hambre. En América tanto los indios mayor de Bolivia como los salvajes de California, conservan todavía esta inhumana costumbre. Los mismos habitantes de las regiones heladas de Groenlandia y el Norte de Canadá, los esquimales realizan la mortalidad violenta del infanticidio de manera brutal y terrorífica.

Entre los aztecas, en el caso de un nacimiento de gemelos, el padre podía matar a uno de ellos, porque creía que tal hecho era augurio de que alguno de los padres desaparecía.

En Asia, particularmente en China, es en donde el infanticidio era considerado aún como costumbre laudable y se ejecuta a la luz del día en proporciones espantosas. En la India desde los tiempos más remotos, viene practicándose el infanticidio entre las tribus de Gakkar del Punjab. Todavía hoy, en diversos estados de la Indochina, que se hallan bajo el protectorado Inglés, siguen llevándose a cabo horriblos infanticidios que escapan a la vigilancia del legislador.

En las investigaciones filosóficas sobre la China: -

las matronas ahogan a los niños en un barreño de agua caliente y se hacen pagar por ésta ejecución. Otras veces los arrojan al río atándoles a la espalda una calabaza para que floten durante mucho tiempo después de su expiración.

En el antiguo Derecho Romano, la muerte dada al hijo por el padre no constituye un hecho punible; el pater familias tenía derecho de vida y muerte (jus vitae et mortis de la Ley de las XII Tablas) sobre sus hijos y descendientes sometidos a su potestad, fundándose en el concepto de propiedad; este código sólo castiga a la madre infanticida.

En la época de Constantino se prohibió y castigó el asesinato del hijo: y definitivamente, en la de Justiniano, el Antiguo Derecho de Vida y Muerte sobre los hijos desapareció por completo y se estableció una gran penalidad por la muerte del niño.

En España le Ley 7a. del Libro VI, Título III del Fuero Juzgo, castigó con la pena de muerte o con la ceguera a la mujer que diera muerte a su hijo o impuso igual penal al marido que ordenara el infanticidio. Ni el Fuero Real ni las Partidas, se ocupan de este delito; tampoco los cuerpos legales posteriores; más indudablemente lo castigaban con pena capital, según declara una cédula de Carlos IV.

En 1556 un edicto de Enrique II de Francia, castigó con la muerte a una mujer que, encontrándose encinta, ocultaba tanto su embarazo como su alumbramiento dando con esto una presunción de infanticidio irrefragable. La severidad del castigo para el delito de infanticidio fue hasta de pena de muerte, generalizada en toda Europa a fines del Siglo XVIII y principios del siglo XIX. El Código de Napoleón lo castigó también con la pena de muerte.

CAPITULO IV

DIFERENCIAS SUBSTANCIALES ENTRE EL INFANTICIDIO CON MOVILES - DE HONOR E INFANTICIDIO SIN MOVILES DE HONOR.

A riesgo de incurrir en redundancia volvemos a ofrecer un concepto somero del delito de infanticidio genérico y una definición con los elementos constitutivos del infanticidio - honoris causa, para posteriormente efectuar el estudio de los sujetos que intervienen en los mismos.

INFANTICIDIO GENERICO .- El infanticidio genérico, muestra en nuestro país, con perfiles mas sombríos, todas las lacras que aún padecemos y sufriremos por mucho tiempo todavía, a -- causa del alto porcentaje de incultura de nuestra población.

Se le ha dado en llamar con sobra de razón, infanticidio-tipo económico, porque es la miseria la que generalmente impulsa al sujeto activo a cometerlo.

Realizado comúnmente entre la clase baja de nuestro pueblo, que carece de toda preparación ética e intelectual, su comisión entre ella no nos sorprende, antes bien, y casi justificándola, encubre el crimen con facilidad.

Una deficiente estadística nos demuestra cómo y con qué profusión se sacrifica a los niños recién nacidos, es que la madre ve en la llegada del nuevo ser, un factor de agravamien

to de una situación que de antemano era angustiosa y muy precaria.

Caso frecuente es el de una madre prolífica, mujer de un hombre descastado que no advierte las obligaciones de su hogar; macho ignorante y cruel que no sabe, o no quiere comprender que la esposa no es la hembra que satisface sus deseos sexuales, sino la compañera que con él forma un hogar para juntos disfrutar y padecer las miles de contingencias de la vida. Cuando esta mujer, que ya sufre al ver a sus otros hijos enfermos o desnutridos, haraposos y sucios, advierte la llegada de un nuevo vástago, debe sentir la inquietud y el desconsuelo de ver agravada su situación y, sin poder recurrir al aborto, porque carece de conocimientos para provocarlo, o de recursos económicos para consultar a una partera o a un médico especialista, no le queda otra alternativa que esperar pacientemente el término de la gestación, para causar la muerte del hijo al momento de nacer. Ella cree, en su impotencia, que al practicar este acto no realiza un mal; al contrario, que con sacrificio de su organismo y de sus instintos maternales, ha encontrado la solución más inteligente que salva a los suyos de una miseria mas acentuada y cruel.

La casta de las sirvientas ofrece el mayor número de infanticidios; mujeres que provienen del campo, o peor aún, de las más bajas capas de la sociedad citadina, que nunca han tenido la más remota posibilidad de cultivarse.

Ingresan al seno de un hogar para atender los menesteres mas serviles de una familia extraña, crecen y se crían, - sin el afecto de sus padres ni de sus hermanos, con un sometimiento absoluto a las personas a quienes sirven.

Menos mal en épocas pretéritas en que la sirvienta casi formó parte de la familia a la que servía; entonces su ingreso al nuevo hogar significaba un cambio radical en su vida tratada con indulgencia paternal y con cariño sincero, la sirvienta agradecida se amoldaba prontamente a las costumbres de los patronos y agitaba su pobre entendimiento con las alegrías o los dolores de los amos; estaba ya en su casa y nada más la preocuparía la idea de buscar un nuevo hogar. Cuando por desgracia los ímpetus irrefrenables del joven patrón la disfrutaban, éste solía asegurar de la mejor manera el porvenir del bastardo y de la madre; una explicación cualquiera -- salvaba el conflicto; y la perturbación de las relaciones entre patronos y sirvienta, aparentemente inalteradas, no trascendía al vulgo, y, por consecuencia, no era fuerza recurrir al delito para ocultar el deslíz.

Ahora la cosa es distinta, el patrón soporta en su casa a la sirvienta porque le es absolutamente necesaria; pero aquella vida familiar ya no existe.

Ambas partes se miran con recelo; la inquietud de la época no deja tiempo a pensar en los problemas ajenos; menos

al patrón para ocuparse de la situación de la servidumbre; -- puesto que le paga con puntualidad, tiene derecho a exigir un buen servicio; y nada más. Los afectus recíprocos no tienen importancia, quién piensa, en semejantes paparruchas: uno con su dinero, la otra con su trabajo, en cualquier momento pueden decirse adios..

Francisco González de la Vega en relación al concepto de infanticidio genérico nos expresa lo siguiente: "Las razones históricas a que nos referimos en los párrafos primeros, la muerte de los infantes por sus ascendientes, fue desprendida del concepto general de homicidio, creándose la tipificación especial que permitió disminuir la penalidad en consideración a los móviles del infractor. El código mexicano, separándose un poco de la tradición general, constituye un delito denominado comúnmente infanticidio genérico (artículo 325 C. P.) en el que la atenuación se concede, cualquiera que sea el móvil de la muerte, y otra segunda figura de infanticidio honoris causa, con penalidad también disminuída, es causada por la madre con propósito de ocultar su deshonestidad sexual". (1)

En opinión del mismo autor, "considera que se aplicaría la penalidad del homicidio calificado a la persona que -- sin ser ascendiente matare al infante, porque no procede en -

(1) González de la Vega. op. cit. pág. 199.

uso de los móviles o propósitos que históricamente han configurado al infanticidio". (2)

Carrancá y Trujillo, al respecto nos dice: "Debe concluirse que el objeto jurídico del delito lo es: la reputación de la madre y la de sus progenitores, que el agente tiene la voluntad de poner a salvo, o sea que el móvil del delito está vinculado al "Honoris Causa", elemento subjetivo de la antijuricidad, por lo que dicho lo anterior, este delito sólo puede ser doloso y no imprudencial. Agrega que el dolo específico del delito consiste en la voluntad y conciencia del agente de privar de la vida al recién nacido del que el propio agente sabe que es ascendiente consanguíneo en línea recta para ocultar la deshonra; si llegare a faltar este dolo específico se tratará de un homicidio simple" (3)

Mariano Jiménez Huerta: al igual que los anteriores autores, nos emite su criterio relativo al delito estudiado, y al respecto nos dice: "No constituye ciertamente un modelo de discreta formulación legislativa, la manera en que el vigente código regula este delito, habida cuenta de que el citado artículo 325 llama infanticidio a "La muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos". Sin hacer referencia expresa al elemento subjetivo "salvar el honor" que integra la esencia del concepto jurídico de infanticidio". (4)

(2) Op. cit. pág. 211.

(3) Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa. México. 1982. 14a. Edición. pág. 747

(4) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Vol. II. Editorial Porrúa. México. 1958. 9a. Edición pág. 147.

Cualquiera que intenta reconstruir dogmáticamente la "ratio legis" del artículo 325, se verá inmerso en el intrincado laberinto que surge cuando los preceptos jurídicos no responden a una idea clara, sino que se adoptan de otros códigos sin tener presente si son adecuados para reflejar la cultura imperante en el nuevo medio. En efecto: la definición que del infanticidio formula el artículo 325 sigue los lineamientos trazados en el artículo 581 del código penal de Martínez de Castro. Este código, a su vez, se inspiró en el artículo 300 del código penal de Napoleón, pues no hace mención alguna al móvil del honor. La definición de infanticidio dada en el artículo 325 del código vigente no esclarece, como ya antes dijimos, la "ratio legis" del precepto en examen.

Ahora bien, para establecer una comparación entre el infanticidio genérico y el infanticidio honoris causa, llevaremos a efecto la definición y análisis de cada uno de los elementos señalados por el artículo 327 del Código Penal para el Distrito Federal, tomando en cuenta opiniones de los diversos autores que han tocado el tema.

Con el nombre de infanticidio honoris causa, nuestro código penal vigente ha configurado un delito especial, distinto de otros que en apariencia se le asemejan, porque en éste son la honestidad y el recato de la mujer los sentimientos que la impulsan a cometerlo. Y, por ser especial, da a este

delito una atenuación mayor de la pena.

En el infanticidio honoris causa, la madre es el único sujeto directo de la comisión del delito, por consecuencia no entendemos porque nuestro legislador ha permitido que el padre y los abuelos puedan gozar de la mayor atenuación aún --- cuando demuestren que al cometer el infanticidio no persiguieron más objeto que el evitar la revelación de los deslices - eróticos de la parturienta. Si la madre que da a luz tiene - mala fama, ya sea por dedicarse abiertamente a la prostitu---ción o por que su conducta sexual anterior se encuentra notoriamente equivocada y por consiguiente degradada, lo cual condujo a dicha persona a perder la estima de las demás personas a perder su dignidad personal, obvio es que ni ella ni cual--quiera de sus ascendientes puedan invocar el móvil del honor, pues hipócritamente, malamente pueden pretender salvar el honor sexual que no existe en dicha persona; el concepto mala fama a que hace referencia la fracción I del artículo 327 de nuestro código penal, es referente al comportamiento sexual, a la conducta sexual del sujeto activo y no a otras especies, como por ejemplo tenemos la referente a la educación, o que - simplemente puede suceder y de hecho sucede que una mujer tenga antecedentes como delincuente contra la propiedad, sin que por ello deba deducirse para los efectos del precepto en análisis que tenga mala fama. Por consecuencia, se atenúa la pena por la causa de honor, que constituye por lo mismo el mó--vil de la conducta, consideramos que esta circunstancia es --

muy relativa, nuestro punto de vista, el cual será expresado con posterioridad en forma más amplia, con relación a la atenuación de la penalidad, consiste en que, en lugar de atenuar la pena se debe de agravar de acuerdo con el delito de infanticidio que para nuestra consideración sigue constituyendo un homicidio calificado. La segunda circunstancia fáctica, para que pueda considerarse que la persona sujeto activo del delito, que mata al niño recién nacido, lo hace para salvar el honor, es la de que (la madre) haya ocultado su embarazo, también es muy relativa, ya que si se ha exhibido públicamente y a hecho notoria su ingravidez, no puede intentar salvar el honor que no existe en ella, o que ha desaparecido. El tercer requisito indispensable para que sea operante la presunción del móvil de honor, es el referente a que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el registro civil; este requisito es prolongación del de la fracción segunda del precepto en cuestión, pues es evidente que si el nacimiento se hizo del conocimiento público, difícilmente se puede alegar que se mató al recién nacido para salvar el honor; por otra parte la inscripción del recién nacido en el registro civil ha hecho público el misterio del nacimiento, el cual por consecuencia debe de ser clandestino.

El cuarto y último requisito del multicitado artículo 327 preceptúa que para que pueda presumirse el móvil de honor es indispensable que el infante no sea legítimo, pues cuando la concepción es matrimonial el temor de la deshonra no puede

existir en la madre. "Cuello Calón manifiesta que no es preciso que la madre sea soltera, porque también se presume la presencia del móvil de ocultación de la deshonra en la mujer casada," (5) "González de la Vega no acepta toda esta opinión, por que el código mexicano expresamente menciona lo -- que es requisito indispensable de este delito de infanticidio, que la descendencia sea ilegítima". (6)

(5) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Vol.II.Parte Especial. Editorial Bosch. Barcelona, España.1955.9a. Edición. pág. 143.

(6) Cfr. González de la Vega. op. cit . pág. 220.

A. ¿QUIENES SON LOS SUJETOS?

En toda acción delictiva se presenta una acción u omisión como elementos negativos o positivos según sea el caso, pero con un resultado.

Lo anterior es importante determinarlo, toda vez que resulta incuestionable que para el efecto de que exista un su je to pa si vo en un delito, debe de haber otro individuo que -- lleve al cabo la acción delictiva, por lo que la práctica penal acertadamente denomina al mismo como sujeto activo; según el importante maestro Fernando Castellanos Tena: "el sujeto pasivo es el titular del derecho violado y jurídicamente -- protegido por la norma".(7)

De lo explicado por el reconocido autor, el sujeto pasivo debe concebirse como aquél que es quien ejerciendo su de re cho puede hacer valer ante las autoridades competentes sus garantías que como individuo le corresponden y las cuales son tuteladas por el de re cho, atendiendo a la gramática de el Di ci o n a r i o n a r i o de la Lengua Española, establece: "El sujeto pasivo es quien recibe la acción del agente sin cooperar con dicha - persona dejándola obrar sin hacer por sí alguna cosa" (8)

(7) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1974. 8a. Edición. pág. 259.

(8) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. España. 1970. 4a. Edición pág. 1228.

Este concepto nos ofrece claramente la idea de que el sujeto pasivo es el individuo que recibe en su persona la acción delictiva del sujeto activo, lo que es factible determinar que para el derecho penal, el pasivo desde el punto de vista personal y por ende sujeto de la protección legal, es quién resiente el efecto del quehacer del sujeto activo, violándole éste a aquél uno de sus derechos.

Guillermo Colín Sánchez, al respecto sostiene "que en la ejecución de los delitos, generalmente concurren dos sujetos, uno activo que es quien lleva a cabo la conducta o hecho y otro sujeto pasivo inmediato, sobre el cual recae la acción excepcionalmente, acota el autor, en algunos casos como en los delitos de traición, portación de arma prohibida y otros más, la conducta antijurídica no afecta propiamente a una persona física, sino más bien a un orden jurídicamente tutelado, indispensable para el desenvolvimiento ordenado y pacífico de los integrantes de la sociedad". (9)

Por lo que se establece que el hombre como persona física, es el único que puede ser sujeto activo, la familia, el Estado y las personas morales exclusivamente pueden ser sujetos pasivos, toda vez que nunca podrán ser enjuiciados.

(9) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. 1977. 4a. Edición, pág. 192.

De manera común, las infracciones penales generan un -
daño que directamente lo reciente la persona física o moral -
en su patrimonio y en su integridad, entre otros aspectos, en
forma indirecta, pero innegable. La sociedad también sufre -
el impacto de las conductas delictivas, de tal manera que to
da violación a la ley penal trae como consecuencia implícita
una sanción represiva y un daño que puede ser resarcido por -
medio de una acción de tipo civil.

Con el afán de integrar este apartado, ofreceremos es-
cuetamente la noción del bien jurídicamente tutelado, como el
elemento toral del sujeto pasivo de un delito.

Como bien jurídicamente tutelado, debemos entender --
aquel valor que el derecho tiende a proteger de cada indivi--
duo, de esta manera debemos entender que en los delitos con--
tra la salud, ésto es lo que precisamente se considera como -
un bien, y lo que se va a proteger es la salud privada o pú--
blica; en los delitos contra la vida como es el caso del in--
fanticidio, el bien jurídicamente tutelado por el derecho penal
es la existencia del individuo, esto es la vida.

A continuación hablaremos de los individuos que inter-
vienen en el delito que nos ocupa.

Las primeras legislaciones sólo consideraban a la ma-
dre como sujeto activo del delito, porque suponían que era -

únicamente en ella en la que podían concurrir los móviles ordinarios del delito; el deseo de conservar su honor y el temor a la vergüenza pública. Posteriormente, fue ampliado este criterio hasta fijar también como sujetos activos a los abuelos maternos de la víctima, tomando en cuenta la relación tan estrecha que existe entre el padre y la madre de la mujer, cuya reputación esta en peligro. En algunas legislaciones, como en el código argentino, el número de los sujetos activos aumenta hasta formar un verdadero grupo que comprende al marido, a los hermanos y aún a los hijos de la mujer cuya reputación tratase de cubrir.

Nuestra legislación, tanto en el código de 1871 como en el de 1929, considera como sujeto activo a cualquier persona que cometa el infanticidio; el código de 1931., en su artículo 325 tiene el acierto de indicar, por vez primera, que los posibles sujetos activos del delito son únicamente los ascendientes consanguíneos de la víctima, es decir, la madre, el padre o los abuelos; aún cuando, a juicio del Maestro González de la Vega, "el precepto emplea una fórmula la innecesaria: ascendientes consanguíneos, porque el niño acabado de nacer, sólo de éstos ascendientes tiene y no puede tener ascendientes por afinidad, ya que este parentesco se adquiere por el matrimonio y se establece entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, ni ascendientes civiles de adopción, puesto que en el término de setenta y dos horas es imposible que se cumplan las formalidades legales para la ad-

quisición de esta tercera forma de ascendencia". (10)

En el infanticidio honoris causa la madre ilegítimamente fecundada es el único sujeto activo de la comisión del delito, ya que ella es la única interesada en proteger su supuesta deshonra, por lo tanto, ni los padres, ni los abuelos pueden gozar de atenuación en la penalidad en caso de cometer este ilícito.

Se le conoce como sujeto activo porque es quien en un momento determinado actúa, llevando a cabo una conducta eminentemente ilícita en contra de quien la recibe y resulta perjudicado, llamado sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este delito invariablemente será un niño recién nacido.

"Garraud, al comentar la expresión nouveau-ne del Código Francés al referirse al sujeto pasivo del delito, determina que debe entenderse por tal hasta en tanto la vida del niño no esté rodeada de las garantías comunes, de modo que el homicidio del cual es víctima haya podido borrar los rastros de su nacimiento". (11)

(10) Cfr. González de la Vega. op. cit. pág. 106

(11) Citado por Jiménez Huerta. op. cit. pág. 205.

A este respecto y utilizando las aportaciones de Carra ra, debemos señalar los diferentes criterios que existen entre los autores para establecer el concepto de recién nacido; así "Uberer lo considera tal, cuando ha mamado; otros lo condicionan a la cicatrización del ombligo, Steltzer y Paulozow determinan este tiempo al hecho de que el niño no esté rodeada de las garantías comunes, de modo que el homicidio del --- cual es víctima, haya podido borrar los rastros de su nacimiento ". (12)

A este respecto y utilizando las aportaciones de Carra ra, debemos señalar los diferentes criterios que existen entre los autores para establecer el concepto de recién nacido; así "Uberer lo considera tal, cuando ha mamado; otros lo condicionan a la cicatrización del ombligo, Steltzer y Paulozow determinan este tiempo al hecho de que el niño sólo hubiera sido visto por la madre, estos dos autores fueron criticados por Witteveen ya que este concepto excluía la intervención de cómplices. Klein determina que el recién nacido no debe haber sido visto por otros, fuera de la madre o sus cómplices, pero esta situación excluye la casualidad, como el hecho de que un tercero accidentalmente hubiese visto al niño. Grolman da una definición metafísica estableciendo como recién na

(12) Citado por Jiménez Huerta. op. cit. pág. 205.

cido al niño mientras dura en la madre la lucha de su propia vergüenza. Carrara estima ésta como la concepción más exacta" (autores citados por Carrara) (13). Pero ninguna de las anteriores se ajusta precisamente a lo que nosotros debemos entender por recién nacido, ya que se refiere a codificaciones que sólo estiman el infanticidio honoris causa y no a -- nuestra codificación del infanticidio genérico. Para nuestro estudio solamente tenemos el elemento de tiempo para determinar cuándo se debe considerar como recién nacido a un niño, que debe ser, tal como ya lo hemos señalado, el que -- tenga al máximo setenta y dos horas de nacido; después de -- este tiempo, dejará de considerarse a un niño como sujeto pasivo de este delito, para los efectos legales.

Al respecto el importante maestro Fernando Castellanos Tena, afirma lo siguiente: "El sujeto pasivo del delito es -- el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido, es la persona que resiente el daño -- causado por la infracción penal. Generalmente, hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a -- quien se le ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso". (14)

(13) Carrara. Op. cit. pág. 130.

(14) Castellanos Tena, op. cit. pág. 259.

Gramaticalmente ofendido es "quien ha recibido una -- ofensa, entendiéndose por ofensa al acto y efecto de ofender, es decir, hacer daño a otro físicamente hiriéndolo o maltratándolo". (15)

La víctima significa también "la persona que padece -- daño por culpa ajena o fortuitamente, asimismo, que se ofrece o expone a un grave riesgo en obsequio de otra". (16) En este apartado llevaremos a efecto un análisis del concepto -- que no tiene esencia jurídica, sino más bien espiritual, en virtud de que, de manera excepcional es mencionado, no obstante estableceremos que el sujeto pasivo y el ofendido pueden ser a su vez víctimas.

Atendiendo a su esencia gramatical para el diccionario de la lengua española de la real academia: víctima "es la persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio, -- que padece daño por culpa ajena o causa fortuita". (17)

El diccionario Everest Cúspide señala que como víctima "se conoce a toda aquella persona que se expone a un grave -- riesgo por causa de otra" (18)

(15) Diccionario de la Lengua Española. op. cit. pág. 936.

(16) Diccionario para Juristas. Juan Palomar de Miguel. Ediciones Mayo. México. 1981. 10a. Edición. pág. 1403.

(17) Diccionario de la Lengua Española. op. cit. pág. 1340.

(18) Diccionario Everest Cúspide. Editorial Everest. España. 1980. 6a. Edición. pág. 879.

En ambas acepciones, observamos como elemento principal la pasividad de quien padece, sin hacer algo para impedir en su contra, no pudiendo hacer nada para evitarlo, porque generalmente los delitos ocurren de manera intempestiva, al menos para quien recibe el daño, tal y como sucede con el individuo conocido comunmente como víctima.

Por su parte, el Diccionario Enciclopédico Hispano Mexicano define a la víctima como "la persona o animal destinado al sacrificio antes y después de ser sacrificado". (19)

En esta noción encontramos el hecho de que la víctima ignora que va a sufrir en su persona o bienes o en su familia un daño. Pero el victimario que es conocido desde tiempos inmemoriales como el sirviente de los antiguos sacerdotes gentiles que encendían el fuego y ataban a las víctimas sujetándolas en el acto del sacrificio; si sabe quién va a padecer los efectos de su conducta antisocial, con lo cual se conforma lo que en el derecho penal conocemos como premeditación, que en nuestra opinión constituye la principal agravante del delito de infanticidio.

Guillermo Colín Sánchez, en relación a la víctima la define de la siguiente manera: "La víctima es aquel que por

(19) Diccionario Enciclopédico Hispano-Mexicano. Editorial - Plaza Janes. España. 1980. 10a. Edición. pág. 1633.

razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito". --

(20)

Esta noción ofrecida por el prestigiado maestro, nos sirvió de base para sostener que el concepto de víctima es -- más bien de contenido espiritual; en virtud de que el autor -- habla de razones sentimentales y estas no tienen que ver con otras cuestiones que no sean el afecto, amor, respeto, admiración, lo que trae consigo que si una persona que nos inspira los aludidos sentimientos sufre ataque en su persona, familia o bienes, tal hecho nos afectaría moralmente y nos sentiríamos en consecuencia ofendidos de dicha situación, con independencia aún de que el agredido (víctima) sepa o no de los sentimientos que su persona nos inspira.

Igualmente, otros estudiosos del derecho, han ofrecido-- las siguientes acepciones de víctima:

Entre ellos Von Hentig: Establece que víctima "es la persona lesionada objetivamente en un bien jurídico protegido y que siente subjetivamente dicha lesión con disgusto o dolor".

(21)

(20) Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. pág. 193.

(21) Citado por Vázquez Sánchez, Rogelio. El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Editorial Porrúa. México. 1976. 1a. Edición. pág. 12.

El aludido autor incorpora al concepto de víctima el elemento fundamental de un bien jurídicamente protegido y considera que como víctima puede concebirse tanto a quien reciente el daño en su persona, como a sus familiares o amigos que le tienen afecto, resaltando lo objetivo y subjetivo del concepto.

Luis Jiménez Asúa sostiene que "víctima es la persona que sucumbe, la que sufre las consecuencias de un acto, de un hecho o de un accidente". (22)

El reconocido autor ofrece un concepto que es muy similar al anterior, ya que quien recibe la agresión es víctima de la misma e igualmente, puede sufrir los efectos de un hecho ilícito, aquel que tiene lazos sentimentales que los unen con el sujeto pasivo del delito, teniendo en cuenta el aspecto subjetivo que es base de nuestra posición respecto del ofendido.

Con los anteriores elementos, nos encontramos en aptitud de proporcionar un concepto personal de víctima, como aquel individuo que resiente directa o indirectamente los efectos de un delito.

A continuación hablaremos de los terceros partícipes, toda vez que no siempre el infanticidio es obra de una sola persona; ya que puede ser cometido por varias personas que se dividen entre sí de diversas formas los riesgos para realizarlo. Es--
(22) Citado por Vázquez Sánchez, Rogelio. op. cit. pág. 25.

tos son los terceros partícipes. En orden de su complicidad es común clasificar a los autores de un delito en: autores materiales, que por sí mismos lo cometen; y autores intelectuales, que son aquéllos que conciben el delito, pero que no lo consuman personalmente, sino que inducen a otros a cometerlo.

También, con relación al momento o tiempo en que se consuma el delito, existen: los cómplices que por acuerdo previo auxilian a los principales delincuentes y los encubridores, sujetos que dan ayuda o cooperación de cualquier clase, mediante acuerdo posterior a la consumación del delito.

El código penal de 1871, habla de autores, cómplices y encubridores y señala para los primeros, la pena completa; para los cómplices la mitad de la pena que corresponde a los autores; y para los encubridores, la pena de arresto mayor, o sea privación de libertad hasta de once meses.

El código penal de 1929, reproduce con ligeras variantes en la penalidad, el texto del Código anterior, ya que señala para los cómplices y encubridores una pena de un décimo a las tres cuartas partes de la sanción que corresponde a los autores, atendiendo a las circunstancias personales que concurrieron en el acto y a la gravedad del delito.

El código vigente suprime las distinciones que marcan-

los códigos anteriores y engloba, con el nombre de responsables, a todos lo que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de determinado delito; a los que inducen -- o compelen a otro a cometerlo ya los que para su ejecución - prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por acuerdo previo o posterior. Esto no quiere decir que para el mismo código no existan grados de participación; sino que deja al juez la facultad de precisar el grado de responsabilidad, con el propósito de que esta autoridad individualice la pena, atendiendo a la peligrosidad acreditada del delincuente.

Se comprende claramente, en este caso de terceros -- que participan en la consumación de un delito, que sus responsabilidades deben ser valoradas por separado, atendiendo al grado de la ingerencia y al móvil que obró en cada sujeto.

La médula de la cuestión es, pues, la fijación del - grado de responsabilidad de los individuos que intervienen - como cómplices, en la muerte de un recién nacido.

El Código Español resuelve el problema de los terceros participantes; cuando, en su artículo 150, establece que "las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones - particulares o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos autores, cómplices

o encubridores en quienes concurrieren".

El mismo propósito entraña el código argentino, en su artículo 48, cuando expresa, en su parte primera que "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia, sino respecto del autor o cómplice a quienes correspondan".

Las legislaciones en general, consagran el principio de que las circunstancias y condiciones personales susceptibles de atenuar la responsabilidad de los autores de un delito, sólo afectan al sujeto al cual se refieren; y, por tanto, no se comunican a los otros participantes. La edad, el sexo, el parentesco, el estado mental, etc. son elementos particularísimos del sujeto que los posee, que no pueden modificar la situación de otras personas ante la ley; por ejemplo: si un delito es cometido entre varios y se absuelve a uno de los acusados por enfermedad mental, esta absolución no alcanza a los otros coparticipes porque en éstos sin existir el motivo eximente, no hay disminución de responsabilidad, y, en consecuencia, no hay razón para obtener una atenuación de su pena.

Es evidente pues, que a los terceros que participan en la consumación de un delito corresponden penas distintas que deben fijarse con precisión, previo un atento examen -

de la participación que cada sujeto tomó en el delito o del móvil que lo impulsó a cometerlo.

Ardua tarea ésta del juez, depositario de la salud pública que, con inteligencia y serenidad, debe fijar la responsabilidad de todos y cada uno de los individuos que intervinieron en un infanticidio, para aplicarles una sanción justa, austera e inapelable.

B. EL MOVIL DE HONOR.

Nuestra inconformidad adquiere mayor proporción cuando observamos desconcertadamente que algunas legislaciones no sólo conceden la atenuación por el móvil de honor a la madre soltera, sino también a la casada; y aún más "según la sentencia del tribunal español de 21 de octubre de 1904, -- comete infanticidio y no parricidio el padre que da muerte a un hijo suyo habido con su propia hija, si consta el propósito de ocultar la deshonra de la madre" (23)

Goyera para aclarar dice textualmente: "Sospecho -- que ustedes observarán que si infanticidio es la muerte de un niño verificada por la madre o por determinados parientes del niño por móvil de honor, no se comprende cómo, la madre ni los parientes de ésta puedan sentirse deshonrados por

(23) Citado por Cuello Calón. op. cit. pág. 430.

el nacimiento de un hijo legítimo. Esta aparente anomalía -- tiene la explicación que voy a darles. Existen dos conceptos de legitimidad, el jurídico y el biológico. Y fundamentalmente distintos entre sí. Un hijo puede ser legítimo de acuerdo con la ley e ilegítimo de acuerdo con los principios biológicos. En nuestro código, lo mismo que en casi todos los --- Códigos del mundo, se registró una disposición, en virtud de la cual se considera al marido padre del hijo que ha tenido su mujer durante el matrimonio, mediando entre ellos la vida en común. Pues bien, un marido, lo mismo que una mujer, a pesar de la presunción legal pueden tener el convencimiento de que el hijo nacido del vientre de ésta no es legítimo. -- Hay matrimonios que aún cuando viven bajo el mismo techo se hallan separados corporalmente en una forma absoluta. Si en tales circunstancias una madre se decide a darle muerte a su hijo para ocultar su nacimiento al esposo, por más legítimo que fuera legalmente, concurre a su respecto el móvil del honor. Nunca la presión de ese sentimiento es más irresistible que en semejante situación, porque el nacimiento que más deshonra a una mujer culpable, es el que constituye la -- prueba de un adulterio". (24).

Impedir el calificativo que esto nos inspira, sería contrario a nuestros sentimientos. En consecuencia, declara-

mos que nos parece repugnante. Si el derecho penal es el aspecto de la ciencia jurídica que más estrechamente se encuentra ligado con la conducta humana, ¿cómo es posible que acoja inmoralidades como éstas?

El argumento esencial es ocultar la deshonra de la madre homicida de su hijo. Lo que quiere el legislador salvar, explican algunos autores italianos "es el deshonor, no propiamente el honor, porque una mujer que ha cometido una culpa sexual ha perdido el propio honor, pero puede evitar el deshonor público haciendo desaparecer el hijo que la denuncia" (25)

En nuestra opinión, el propósito de la mujer de ocultar su deshonra ; lleva implícito el de continuar disfrutando tranquilamente de ese honor, entonces, para los tratadistas defensores de la atenuación, lo que interesa, lo que precisa, lo que hay que cuidar, que proteger, es la "honra" de la autora del sacrificio de su hijo. Que continúe ella ostentándose "honrada" ante la sociedad aunque sea a costa de la vida de su hijo.

"Esa idea de honra que no se contuvo para evitar el nacimiento y a la cual no se puede dar moralmente el valor -

(25) Mendoza, José Rafael Dr. Revista de derecho penal. -- Buenos Aires, Argentina. 2o. Trim. de 1948. pág. 148

que la ley le da, es la que preside todo el pensamiento que defiende la benignidad de la pena" (26)

El sujeto pasivo del delito, nada menos que un ser -- humano, se contempla con irritante indiferencia, con un desprecio que subleva. Se le niega, ese es el resultado, toda -- significación, todo valor. "El propio Beccaria al protestar -- contra la severidad de las penas que se imponían en Europa, -- declaró que el infanticidio honoris causa, es efecto de una -- contradicción inevitable en que se ve colocada una persona -- que por su debilidad o violencia había cedido" y agregó que -- quien se halla entre la infamia y la muerte de un ser inca -- paz de sentir, cómo no ha de encontrar preferible ésta a la -- miseria segura a que se verían reducidos ella y el infeliz -- fruto? (27)

Francamente no concebimos ésto. No dudamos que el -- clamar por la humanización de la pena, el ilustre maestro pro -- cedió con una generosidad nobilísima. Eso está fuera de dis -- cusión. Pero el infanticidio ¿se trata realmente de una so -- lución correcta? Es humano conceder en este caso especial -- al concepto de honor un valor superior a la vida de un ser -- humano inocente? No lo estimamos así. La vida, como dice Li -- szt, es el bien jurídico por excelencia. El derecho a ella -- es indiscutiblemente el primero y más importante de todos --

(26) Pacheco, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Vol. III. Imp. de la Vda. de Perinall y Cía. Madrid, 1856. 2ª Edición pág. 35.

(27) Cfr. González de la Vega. op. cit. pág. 197

los derechos, como que sin él no podrían existir los demás.

El hecho de que en este caso esa vida humana apenas-principie, no es una razón que justifique un tratamiento despectivo para ella, pues entonces cuando se mata a un anciano cuya vida lógicamente se supone en su ocaso, debería también contemplarse su muerte con el mismo desprecio. Los Niños, adultos y ancianos, son vidas humanas y como tales merecen todo el respeto y la enérgica protección de la ley.

Cuántas veces el sujeto pasivo de un homicidio, aunque esto sea cruel consignarlo, fue una objetividad humana -viciosa, degradada, inútil para la colectividad y sin embargo, la ley castigó severamente a quien lo privó de la vida.- Hay razón suficiente entonces para que en el infanticidio se atienda preferentemente a un convencionalismo social y no a una vida que abre sus ojos al mundo y que ignoramos si posteriormente sea un elemento que constituya un motivo de orgullo para su madre, para su familia y aún para su patria?

Y no es que cometamos el absurdo de pensar que el honor sea un bien jurídico digno de la protección legal. No pensamos como el maestro Paulino Machorro Narváez : " que se trata de un patrimonio moral precioso y necesario para la vida-social que no podría existir si todos tuvieran de los demás una idea de poca estimación o desprecio". (28) y como---

(28) Machorro Narváez, Paulino. Derecho Penal Especial. -- Editorial Porrúa. México. 1948. 1a. Edición. pág. 198.

Pacheco " que la honra es parte de la existencia misma" (29)

Pero también pensamos que esa honra debe y puede ser decididamente defendida a tiempo y no pretender después, cómodamente, ocultar la deshonra asesinando a una criatura indefensa e inocente.

Aquí recordamos aquel pasaje del inmortal Quijote, - cuando ante Sancho, gobernador de la insula Barataria, se -- presenta una mujer asida fuertemente a un hombre pidiéndole a grandes voces justicia: "Señor gobernador de mi ánima, es te mal hombre me ha cogido en la mitad deste campo y se ha -- aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado y -- desdichada de mi, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de 23 años ha , defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros; Sancho después de interrogar al acusado y escuchar su palabra le preguntó si trafa algún dinero a lo cual contestó afirmativamente, sacando una bolsa de cuero. El gobernador ordenó que se la entregase tal como estaba a la querellante; tomó ésta y haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud de señor gobernador que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas, salió del juzgado llevando la bolsa asida con entrambas manos, aunque primero miró si era de plata la moneda que llevaba dentro .

Apenas salió, cuando Sancho dijo al acusado que ya se le soltaban las lágrimas y los ojos y el corazón se iban tras su bolsa: Buen hombre, id tras aquella mujer y quitadle la bolsa aunque no quiera y volved aquí con ella. A poco volvieron el hombre y la mujer más asidos y aferrados que la vez primera; ella con la saya levantada y en el regazo puesta la bolsa y el hombre pugnando por quitársela, más no era posible según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo: justicia de Dios, del mundo; mire vuestra merced señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor de éste desalmado quien en mitad de la calle me ha querido quitar la bolsa que Vuestra -- merced me mandó darne. Y habesla quitado? preguntó el gobernador. Cómo quitar? respondió la mujer; antes me dejara yo -- quitar la vida que me quitara la bolsa. Entonces el gobernador dijo a la mujer: mostrad, honrada y valiente, esa bolsa. Ella se la dió luego y el gobernador se la volvió al hombre y dijo a la esforzada y no forzada: Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habeis mostrado para defender esta bolsa le mostráraseis y aún la mitad menos para defender vuestro -- cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hiciera fuerza, andad con Dios y mucho enhoramala y no paréis en toda esta insula so pena de doscientos azotes; andad luego, digo churrillera, desvergonzada y embaidora" (30)

Que la situación de una muchacha que pierde su honra es angustiada, terrible, que la condena social, la reprobada--

(30) Cervantes Saavedra Miguel. Don Quijote de la Mancha. Vol. II. Capítulo XL. Editorial Luis Tasso Serra. Barcelona España 1960. Págs. 552 y 553.

ción pública que sobre ella recaen le desesperan; lo que es admitido ;pero el temor a esa condición difícilísima, debe ser un motivo poderoso, en una muchacha auténticamente honesta, para evitar su caída y no un pretexto posterior para atenuar un crimen.

Las que alegan el deshonor son casi siempre las acotumbradas a toda clase de coqueterías, impúdicas hasta en su manera de vestir, afectas excesivamente al licor y quizá a las drogas, las que después de ocurrirles lo irreparable, -- falsamente se alarman y pretenden hacer valer un pudor que no tienen.

Por eso cuando se trata de estas farsas, que por desgracia en la mayoría de los casos, estamos definitivamente en contra , y rendimos homenaje a aquellas mujeres que, humanas al fin, cuando ceden por verdadero cariño, valientemente -- afrontan su situación.

Cuello Calón nos dice que "en la idea del honor debe distinguirse un aspecto subjetivo y uno objetivo. Es el primero el sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral. El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nues

tras cualidades morales y de nuestro valor social. Aquél es el honor en sentido estricto, ésta es la buena reputación."

(31)

Evidentemente nuestra ley se refiere al honor en su segunda connotación o sea la reputación. Bien, como de acuerdo con esa definición la reputación debe fincarse en la apreciación y estimación que los demás hacen de nuestras cualidades morales y casi ha sido aceptada por nuestros tribunales al declarar que la reputación es "la buena opinión, que nos conquistan en los demás nuestras virtudes", (32) ¿podemos admitir entonces que una mujer que mata a su propio hijo debe considerarse moral y virtuosa?. Y que ¿es correcto que la ley atende la pena que le corresponde por el crimen que comete?

Opinamos con Maggiore "que la extrema inmoralidad y abyección de quien destruye su propia prole no puede ser moralizada por ningún motivo, aunque sea el del honor y que - si hay algo más fuerte que el honor es el instinto de maternidad". (33)

Por otra parte, podemos afirmar y ésto con profunda satisfacción, que actualmente la mujer ocupa un sitio social muy diferente al que se le otorgó hace muchos años. El con-

(31) Op. cit. pág 571

(32) Op. cit. pág. 573

(33) Gómez Eusebio. Derecho Penal Argentino. Editorial Tipo gráfica Argentina. Buenos Aires, Argentina 1960. 2a. Edición. pág. 100

cepto de su inferioridad ha sido casi totalmente borrado, de sechado. Se ha elevado dignamente participando de actividades que antaño eran privativas del hombre. Y este fenómeno -- plausible es de más percepción en las grandes ciudades desde luego, en donde la complejidad misma de la vida ha dado como resultado que desde muy temprana edad sufra un desenvolvimiento social y psicológico de tan grandes proporciones, de tal magnitud, que está capacitada para hacer frente a todas las contingencias que se le presentan, superándolas en la ma yoría de los casos.

Ya hemos presenciado cómo ha invadido los talleres , las fábricas, las oficinas , las universidades, los centros deportivos; cómo ha conquistado terrenos intelectuales como profesionalista y cómo también en la última guerra realizó proezas maravillosas mientras los hombres luchaban en los -- frentes por su ideal.

La mujer se ha superado. Marcha valerosamente por la vida. Ha liquidado barreras antes infranqueables. Contempla y afronta la existencia con decisión.

Y si en todos los tiempos una mujer honesta ha podido defender su honor cuando así lo ha deseado, vamos a admitir ahora cuando por diversas fuentes la mujer ha adquirido

una personalidad distinta que la capacita más ampliamente -- para afrontar sus problemas, que sufra con facilidad la pérdida de su honor? Vamos a pensar que una muchacha de "sociedad" que disfruta de todas las libertades, ignora a lo que se expone? o que una sirvienta que hace exactamente lo mismo con la única diferencia de la categoría de los sitios a que concurre, también ignora lo que puede ocurrirle?

Pensar lo contrario es infantil. Entonces, hay que concluir que por la misma ausencia de inocencia la mujer moderna es menos fácil de seducción; que para esa pérdida del honor contribuye en mayor o menor grado, y que no es justo, ni muy humano, después de aceptar todo, mate fríamente a su hijo "para ocultar su deshonor" y luego la ley le atienda la pena que le corresponde, pues esa ocultación por otra parte no se logra tanto porque el proceso mismo que se le instruye sea un medio de divulgación como porque es inútil tratar de ocultar el nacimiento y la vida misma de una criatura.

Pensamos como el maestro Machorro, el cual considera que "es una mentira que la muchacha infanticida delinca por temer al deshonor. Al contrario, ella muestra con evidencia -- no temor en absoluto al deshonor ya que cometiendo el infanticidio se expone a la publicidad del juicio y a la pena y ejecuta un acto del cual sabe que le redonda un deshonor mucho más grave del que emerge de su primera falta" (32)

"La ley no debe constituirse en carcelero de virginidades dudosas" (33) Estimamos que en lugar de dar cabida a una actitud hipócrita de la autora del delito, debe acoger el verdadero honrado y sincero sentimiento de la mujer mexicana tradicionalmente virtuosa, auténticamente moral y castigar por tanto enérgicamente este crimen que trata de disimularse en su perversidad acudiendo a una falsa posición de pudor.

Si el derecho penal mexicano es apasionado defensor de la vida humana, y observamos que la toma en cuenta aún antes de su nacimiento, como en el caso del aborto y cuando -- esa vida ha concluido o sean los restos mortales que son objeto de especial tutela penal, si el legislador acertadamente ha destruido prejuicios sociales y con valentía ha protegido situaciones como el concubinato, el derecho de la concubina y de los hijos naturales a la herencia, el reconocimiento y la legitimación de esos hijos; si ha prohibido que en las -- actas de nacimiento aparezca la expresión de hijo natural , etc., es incongruente que en el infanticidio en que el sujeto pasivo es precisamente merecedor del más profundo respeto y el sujeto activo es una persona que obligada está a tener por aquél cariño, piedad y consideraciones por múltiples y - obvios motivos, la ley sea tan benigna sólo en atención a - un simple convencionalismo social.

C. CONCURRENCIA DE CULPAS:

En este apartado empezaremos por dar a conocer algunos conceptos que hay sobre la culpa y la culpabilidad.

En la doctrina penal mexicana priva la concepción de que "la culpa es un problema de culpabilidad, que se le considera especie, grado, o forma de la misma" (34)

En el diccionario de derecho, culpa significa : "La comisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, de tiempo y del lugar" (35).

Según el Diccionario Jurídico "culpa es imprudencia-punible o cuasidelito. Se trata de hechos basados en la negligencia o impericia del agente que ejecuta un acto que en sí mismo es lícito, pero que no lo es por las consecuencias nocivas que produce. Por tanto constituye un acto ilícito y engendra obligaciones de indemnizar y cubrir la responsabilidad civil" (36).

Cuello Calón define a la culpabilidad como "un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley".

(34) Diccionario Jurídico Mexicano. Vol. II. Editorial UMAN México. 1983. 1a. Edición. pág. 373.

(35) Diccionario de Derecho. Rafael de Pina Vara. Editorial Porrúa. México 1984. 12a. Edición. pág. 195.

(36) Diccionario Jurídico Lic. Roberto Atwood. Editorial Bazán. México 1982. 1a. Edición. pág 73.

Ignacio Villalobos, nos dice al respecto: "La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que --tieden a constituirlos y conservarlo". (38)

El maestro Fernando Castellanos Tena considera a la culpabilidad "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, igualmente cita a Luis Fernández Do--blado quien dice que la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que existe entre el autor y el hecho punible y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica, que el sujeto ha guardado en -relación al resultado objetivamente delictuoso" (39)

Gramaticalmente concurrencia significa: "Reunión de -varias personas o cosas. Una concurrencia numerosa. Simultaneidad de varios sucesos" (40).

El fundamento legal de la concurrencia de culpas lo encontramos en el artículo 54 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice: El aumento o la disminución de la pena, fundada en las cualidades en las relaciones

- (37) Cuélllo Calón, Eugenio. Derecho Penal. Vol. I. Edit. - Bosch. Barcelona, España. 1952. 8a. Edición. pág. 236
 (38) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ediciones Porrúa. México. 1960. 2a. Edición. pág. 200
 (39) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1974. 8a. Edición págs. 232 y 233
 (40) Op. cit. pág. 257

personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias - objetivas, si los demás sujetos tienen conocimientos de ellas.

La parte primera del numeral citado hace referencia a la individualización de la pena, en tanto que la parte final ya establece con claridad lo referente a la concurrencia de culpas.

En este especialismo del delito consideramos que hay distintos grados de responsabilidad objetiva, entendida ésta - como aquélla a la que no le interesa la culpa del autor, sino que basta que el hecho ilícito se realice con o sin culpa y se la atribuimos de manera fundamental a la madre, al - padre, a la familia y a la sociedad enmarcadas de prejuicios. Sin embargo, consideramos importante destacar la postura que asume en la mayoría de los casos el padre del niño, - víctima del delito que nos ocupa, pues es innegable que piensa y se comporta con tal frialdad e irresponsabilidad que -- atenta hasta contra su propia naturaleza; sin la cual en la - generalidad de los casos constituiría un factor de prevención de este delito, puesto que una vez que se entera de que la - mujer por la que primeramente se interesó y posiblemente ---

con posteridad engaño, va a ser madre, le delega irresponsablemente la obligación relacionada con el nacimiento, haciéndole sentir que la maternidad es un problema que sólo le incumbe a ella.

De lo expuesto anteriormente, es fácil deducir que de manera absoluta la madre no es la única responsable, toda vez que también lo es e influye en forma notoria en este delito, el irresponsable progenitor, aunada esta culpa a la sociedad en general que resalta al hombre y soslaya la importancia y dignidad de la mujer, la cual debido a su poca apreciación y dignificación por el valor de la vida, a su falta de principios morales en conjunto con la injusticia del sistema social y en algunos casos a la influencia de otro tipo de factores, se inclina a provocar la muerte de su propio hijo, pretendiendo con ello acabar con el motivo de su problemática social, olvidando de momento que a partir del instante que provoca la muerte de su hijo, atenta contra la misma sociedad y no deja de ser foco de severas críticas.

De aquí podemos afirmar que, en el delito que nos ocupa existe un dolo genérico y un doble dolo específico, toda vez que en el infanticidio genérico se tiene la intención de dar muerte (dolo genérico) a un recién nacido (dolo específico) y en el honoris causa, además de ocasionar la -

muerte de un recién nacido, la comisión de ilícito pretende -
ocultar la honra de una mujer.

C A P I T U L O V

EL PRIVILEGIO EN LA PENA DEL DELITO DE INFANTICIDIO

A. LA PENA.

La pena "es el contenido de la sentencia de conducta - impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano de jurisdicción competente, que puede afectar a su libertad a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso, privándole de ella; en el segundo, infringiéndole una merma en sus bienes y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos". (1)

El maestro Castellanos Tena ofrece una serie de definiciones de la pena, las cuales son:

1. Es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.
2. Es el sufrimiento impuesto por el estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal.
3. Es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente para conservar el órgano jurídico. (2)

(1) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial-Porrúa. México. 1978.7a. Edición. pág. 301.

(2) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. pág. 306.

En virtud de la necesidad de la existencia de un orden jurídico se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena, las cuales pueden resumirse en tres:

1. "Teorías Absolutas: En donde la pena se aplica -- por exigencia de una justicia absoluta, esto es, - a) bien corresponde al bien y al mal, por tanto, - la pena es la justa consecuencia del delito y el - delincuente la debe sufrir, pudiendo ser de reparación y de retribución.

2. Teorías Relativas: En donde la pena es considerada como un medio necesario para asegurar la vida - en sociedad, encontrando en esto su fundamentación.

3. Teorías Mixtas: En donde la pena es consecuencia de una justicia absoluta y una relativa. Esto es, estas teorías toman como base no sólo el orden moral, eterno e inmutable que preexiste sobre todas las cosas, sino también el orden social igualmente obligatorio. De aquí que la pena debe atender no sólo a fines de utilidad social como es la prevención del delito, sino también a la aplicación de - justicia que exige el justo castigo del delito". -

(3)

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a determinados fines a saber: "Obrar en el delincuente creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir, reformando para readaptarse a la vida y ser un ejemplo que patentice a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la Ley." (4)

"La pena debe ser intimidatoria, para evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, para lograr la readaptación del condenado y evitar la --reincidencia; eliminatoria, de manera temporal o definitiva, --según se trate de sujetos readaptables o incorregibles y, justa, ya que la sociedad espera del derecho la realización de --elevados valores, entre los que se encuentran la justicia, la seguridad y el bienestar social". (5)

Por su fin las penas se clasifican en: Intimidatorias, cuando se aplican a sujetos no corrompidos; Correctivas, --- cuando se aplican a individuos maleados pero susceptibles de ser corregidos y, Eliminatorias, cuando son dirigidas a in--daptados peligrosos.

Para Carrancá y Trujillo, las penas se clasifican --- atendiendo a su naturaleza en:

(4) Cfr. Cuello Calón. op. cit. pág. 716.

(5) Cfr. Castellanos Tena. op. cit. pág. 315.

1. "Contra la vida. Como es el caso de la pena capital.
2. Corporales. Como los azotes, las marcas y las mutilaciones
3. Contra la libertad. En el caso de prisión, confinamiento y prohibición de ir a lugar determinado.
4. Pecunarias. Como la multa y reparación del daño, que privan de algunos bienes patrimoniales.
5. Contra ciertos derechos. Como en la destitución de funciones (6)

Consideramos que la pena en el delito de infanticidio con móviles y sin móviles de honor, es definitivamente inadecuada, toda vez que como hemos venido explicando, es un delito en el que de manera clara se observan agravantes como la premeditación; en consecuencia una penalidad tan leve como la que prescriben los artículos 326 y 327 de nuestra legislación penal, aplicada al sujeto activo del delito objeto de nuestro estudio como castigo por privar de la vida a un recién nacido, no puede ser ni eficaz, ni ejemplar para la sociedad.

B. DERECHO COMPARADO.

En el presente apartado, haremos una breve comparación respecto de la sanción que es aplicada al infanticidio, en algunas legislaciones de países Centro y Sudamericanos.

El código penal Argentino: No designa el delito con nombre de infanticidio, sino que lo considera como la forma del homicidio con sanción atenuada, en razón del móvil que lo determina.

En efecto, dispone el artículo 80. inciso 2o. que "se impondrá reclusión hasta de tres años ó prisión de seis meses a dos años, a la madre que, por ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1º. de este precepto". (Alude a la emoción violenta).

Código Penal de Bolivia: Artículo 489: "Los que maten a un hijo o nieto o descendiente suyo en línea recta, o a su hermano o hermana, o a su padrastro o madrastra, o a su suegro o suegra, o a su entenado o entenada o a su yerno o nuera, o a su tío o tía carnal, o al amo con quien habiten o

cuyo salario perciban; la mujer que mate a su marido, o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente, con premeditación, con intención de matar y conociendo a la persona a quien den muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos, exceptuándose las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo ilegítimo y no habiéndole podido dar a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarlo dentro de los tres primeros días del nacimiento, para cubrir su fragilidad, siempre que éste sea a juicio de los jueces y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción, que sea mujer no corrompida y de buena fama, el sujeto activo sufrirá en tal caso, la pena de dos a seis años de reclusión y destierro por igual tiempo.

Código Penal del Brasil: Artículo 123: "Infanticidio, matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después. Pena: Detención de dos a seis años o de dos a tres años si el móvil fue ocultar la deshonra".

Código Penal de Colombia: Artículo 369: "La madre que, para ocultar su deshonra en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte de su hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años. En igual sanción incurrirá el que comete el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana".

Código Penal de Costa Rica. Artículo 187: "Se impondrá prisión de dos a cuatro años a la madre de buena fama --- que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o hasta tres días después, y a los padres o hermanos que, para ocultar la deshonra de su hijo o hermana de buena fama, cometieren el mismo delito durante el lapso dicho, siempre que la madre haya ocultado su embarazo y que el niño no haya sido todavía bautizado públicamente o inscrito en el Registro Civil, o mostrado a extraño, salvo el médico o a la --- obstétrica que hubieren intervenido prestando sus servicios profesionales".

Código de Defensa Social Cubano. Artículo 438: "A) -- La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido ocho días, será sancionada con privación de libertad de seis meses y un día a tres años; B) Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la hija cometieren el delito a que se refiere el apartado anterior, serán sancionados con privación de libertad de dos a cuatro años; C) No concurriendo las circunstancias de los párrafos anteriores, el delito será sancionado, según los casos, con las sanciones señaladas al parricidio o al asesinato".

Código Penal Chileno. Artículo 394: "Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después --

del parto, maten al hijo o descendientes y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio".

Código Penal Dominicano: Artículo 300: "El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio". Artículo 302: "Se castigarán con la pena de muerte a los culpables de asesinato, parricidio, infanticidio y envenenamiento". (La pena de muerte fue suprimida de modo general a partir de la Constitución de 13 de junio de 1924 y la ley de 19 de noviembre de 1924 sustituyó dicha pena por las de 20 a 30 años de trabajos públicos).

Código Penal Ecuatoriano. Artículo 429: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será reprimida con la pena de prisión menor de tres o seis años. Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito."

Código Penal Guatemalteco; Artículo 303: "La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto estando todavía la influencia del estado puerperal, será castigada con tres años de prisión correccional. En la misma pena incluirán los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre, dieren muerte al recién nacido".

Código Penal Haitiano; Artículo 245: "Se califica co

mo infanticidio, la muerte dada a un niño recién nacido". --
Artículo 247: "El culpable de asesinato, parricidio, infanti-
cidio o envenenamiento, será condenado a muerte".

Código Penal Hondureño: Artículo 408: "La madre que-
por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido -
tres días, será castigada con la pena de presidio menor en su
grado máximo. Los abuelos maternos que para ocultar la des-
honra de la madre cometieren este delito, con la pena de pre-
sidio mayor en su grado mínimo. Fuera de estos casos el que-
matare a un recién nacido, incurrirá según los casos, en las-
penas del parricidio o del asesinato".

Código Penal Nicaraguense: Artículo 359: "La mujer-
de buena fama que por ocultar su deshonra, matare a su hijo-
dentro de las veinticuatro horas de haber nacido, sufrirá la
pena de prisión. Si el delito fuere cometido por los abue--
los, en las mismas circunstancias, la pena será de presidio-
en primer grado. Fuera de estos casos, el que diere muerte
a un infante que no haya cumplido treinta días, será castiga-
do con la pena de parricidio o asesinato respectivamente.

Código Penal Panameño: "Cuando el delito previsto en
el artículo 311 homicidio se cometa en la persona de un ni-
ño no inscrito todavía en el Registro Civil, y en los prime-
ros cinco días después de nacido para salvar el honor del --

culpable, o el de su mujer, su madre, su descendiente, su hija adoptiva o su hermana, la pena será de prisión por uno a seis años".

Código Penal Peruano: Artículo 155: "La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto o estando todavía bajo la influencia del estado puerperal, sufrirá penitencia no mayor de tres años o prisión no menor de seis meses".

Código Penal Salvadoreño: Artículo 363: "La madre que por ocultar su deshonra, matare al hijo que no haya cumplido cuarente y ocho horas de nacido, será castigada con tres años de prisión mayor. Los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito, en el término del artículo anterior, sufrirán la pena de cuatro años de prisión. Fuera de estos casos, el reo de infanticidio incurrirá en las penas de parricidio o del asesinato, según los casos".

Código Penal Uruguayo. Artículo 313: "(Infanticidio-Honoris Causa) Si el delito previsto en el artículo 310 (homicidio), se cometiera sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o el honor del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigado con seis meses de prisión o cuatro años de penitenciaría. Se entienden por parientes próximos, los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abue

los y nietos y también los hermanos legítimos".

Código Penal Venezolano: Artículo 413: "Cuando el delito previsto en el artículo 407 (homicidio) se haya cometido en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro Civil -- dentro del término legal, con el objeto de salvar el honor -- del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de su de-- cendiente, hermana o hija adoptiva, la pena señalada en di-- cho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad".

De lo expresado podemos concluir que, en la legisla-- ción mencionada se sigue considerando a la madre como sujeto digno de una protección extraordinaria, lo que la convierte - en una persona con calidad privilegiada para la ley penal.

Derecho Mexicano: El Derecho Mexicano, hasta el códi go vigente de 1931, no adopta el criterio de la legislación-- extranjera, que restringe la noción del infanticidio y su pe-- nalidad disminuída al ejecutado con el propósito de ocultar la deshonra, pues reglamenta el infanticidio genérico y el - honoris causa.

El Código Penal para el Distrito Federal, al regular-- el delito objeto de este trabajo, en sus artículos 326, 327-- y 328, señala penas de seis a diez años de prisión en el in-- fanticidio genérico y de tres a cinco años de prisión en el-

infanticidio honoris causa y la suspensión de uno a dos años en el ejercicio de la profesión a los médicos cirujanos, comadronas o parteras, que intervengan en el delito; además - de las penas privativas de libertad a que se hagan acreedores.

Brevemente mencionaremos la penalidad que se le otorga al delito en comento, en dos diferentes estados de la república:

En la legislación penal veracruzana NO se encuentra -- tipificado el delito de infanticidio, en ninguna de sus conocidas formas y es de deducirse que su comisión se enmarcaría dentro de la figura típica del homicidio, sea simple intencional, sea calificado según criterios.

Es de afirmarse que el criterio de los legisladores -- del estado de Veracruz, al no tipificar en ninguna de sus dos y ya bien conocidas formas de infanticidio, lo es en razón, -- de NO haber justificado en su criterio la razón de la atenuación en la mayoría de los estados contenida.

Pero si es cierto, que en esta legislación no se le -- consideró como "un delito atenuado", también es cierto que -- tampoco se le consideró como un delito agravado, como sí lo -- hacen con el Parricidio (artículo 241)

La legislación penal Sonorense en su artículo 260 tiene el mérito de ser la que con más apego a su origen histórico regula el delito de infanticidio, haciéndolo sólo en una de sus formas: el "Honoris Causa" y suprimiendo el genérico, artículo que a la letra señala: Se aplicarán de dos a cinco años de prisión a la madre que para ocultar su deshonor, priva de la vida a su hijo, dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

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

C. LOS ELEMENTOS AGRAVANTES EN EL DELITO DE INFANTICIDIO.

La parte toral de la presente tesis consiste en analizar el por qué consideramos que es un privilegio mal entendido la penalidad que le es otorgada a la mujer en el llamado -infanticidio Honoris Causa; empezaremos por explicar, qué se entiende jurídicamente por privilegio, conforme al Diccionario de Derecho de Rafael de Pina, "Privilegio es la norma jurídica de naturaleza excepcional dictada en beneficio de una persona, o de una clase social o profesional, a título de concesión graciosa."

El privilegio es una institución muy antigua, que choca con el sentido general e igualitario del derecho moderno, -- no obstante lo cual todavía se reconocen algunos que, realmente son interpretados con un criterio muy diferente del que -- tradicionalmente se ha manifestado al respecto". (7)

Gramaticalmente "el privilegio es la ventaja o excepción que se concede a uno". (8)

De aquí nos atrevemos a pensar que con toda seguridad la redacción del artículo 327 del código penal para el Dis--

(7) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa. México 1984. 12a. Edición. pág. 399.

(8) Diccionario Larousse Usual. Ediciones Larousse. México 1983. 2a. Reimpresión. pág. 522.

trito Federal, fué llevada a cabo por presiones derivadas - de criterios subjetivos de un grupo de mujeres, que con sus ideas influyeron en el ánimo del legislador, para que quedara plasmado de manera tan discutible, y que a la letra dice;

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

Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las anteriores circunstancias.

Es innegable que tal como está redactado el aludido artículo, se tomaron en consideración las condiciones morales, sociales, y culturales de hace casi 60 años, las cuales le dieron forma al mismo.

Entre otras cuestiones, la mujer que tiene un hijo sin estar unida con un hombre en matrimonio fué y es ubicada en una clasificación de tipo peyorativo como "madre soltera" y con toda seguridad para no ser objeto de críticas entre el

grupo social al cual pertenecía en la época de promulgación del Código (1931), algunas mujeres preferían matar al niño -- dentro de las setenta y dos horas siguientes a su nacimiento, hecho agravado en nuestra opinión, por premeditación, ventaja y traición; tomando en consideración que el bien jurídico tutelado por el multicitado numeral es la vida.

Por ello, consideramos en forma absoluta que el legislador al establecer en los artículos 326 y 327 del Código Penal para el Distrito Federal, las penas de seis a diez años y de tres a cinco años respectivamente para el infanticida, cometió un grave error, es más, nos atrevemos a pensar que -- hizo una excepción al estudiar y legislar sobre este delito, de tal manera que consideró suficiente y eficaz la pena estalblecida para el delincuente; determinación que consideramos incorrecta, puesto que le otorgó una calidad privilegiada en atención a diversas circunstancias específicas y que constituyen a este especie de delito, de aquí que algunos autores, -- entre ellos: "Jiménez Huerta, Manzini. Ripollés y Jiménez -- de Asúa, consideran que se trata de un tipo especial, pero -- además privilegiado, ya que se agrega al tipo fundamental de homicidio, una circunstancia: relación de parentesco en el infanticidio genérico y cuatro más al honoris causa, a saber, que la madre no tenga mala fama, que haya ocultado su -- embarazo, etc., lo que atenúa la penalidad". (9)

(9) Cfr. Porte Petit Candaudap. Celestino. Dogmática Sobre los delitos contra la vida y la Salud Personal, Editorial Porrúa. México 1985. 8a. Edición. págs. 388 y 389.

Sin embargo, en nuestra opinión, este delito deberá ser castigado con una pena realmente severa, pues son perceptibles, a todas luces las agravantes que a continuación se aplican:

Premeditación: significa gramaticalmente "la acción de pensar, reflexivamente, planear una cosa antes de ejecutarla" (10)

Jurídicamente la premeditación es: "La deliberación o reflexión en torno a un delito, que se tiene el propósito de cometer.

De acuerdo con el código penal para el Distrito Federal, cuando las lesiones y el homicidio se cometen con premeditación, ventaja, alevosía o traición, se entiende que son calificados.

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

Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, -

(10) Larousse Usual. op. cit. pág. 518.

minas, bombas o explosivos, por medio de venenos o cualquiera otra substancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o premeditada; por tormento, motivos depravantes o brutal ferocidad (artículo 315- del código citado)". (11)

En el delito de infanticidio sí existe la premedita---
ción, toda vez que la mujer que ha tenido una relación denomi
nada en forma absurda como ilegítima, es decir, fuera del ma-
trimonio con un hombre, al resultar embarazada tiene largos -
nueve meses para reflexionar lo que hará con el niño en cuan-
to éste nazca, y en el período mencionado reúne todos los re
quisitos establecidos por el artículo en comento, a efecto --
de que su conducta se adecúe al tipo con la finalidad de que-
se le ubique como sujeto activo del delito de infanticidio --
Honoris Causa, más aún el legislador sigue conservando como -
elemento del tipo... IV. Que el infante sea ilegítimo de mane
ra absurda, toda vez que como dice acertadamente el doctor
Juan Guitrón Fuentevilla en su obra: ¿Qué es el derecho fami
liar?. "No existen hijos ilegítimos, en todo caso hay padres
ilegítimos, que dan lugar con su situación jurídica a que los
hijos nacidos como consecuencia de su unión, sean considera--
dos ilegítimos, es decir, que la denominación de ilegítimo en
cuanto al hijo es inadecuada". (12)

(11) op. cit. pág. 690.

(12) Cfr. Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Delito --
Familiar? Promociones Jurídicas y Científicas. México -
1985. la. Edición. pág. 180.

El otro elemento manejado premeditadamente por la infanticida, es la no inscripción del hijo en el registro civil, dando a entender el legislador que el niño registrado de este delito, y el no registrado, se encuentran sin ninguna protección legal.

Por ello, para el efecto de evitar que surja la premeditación y en consecuencia el infanticidio, proponemos que la mujer tome mas conciencia y no se embarace sin estar plenamente convencida de su deseo de ser madre, pues de lo contrario será potencialmente sujeto activo del infanticidio Honoris - Causa: además de ser indigno para la humanidad.

Asimismo, existe ventaja en el delito que nos ocupa, entendida ésta como "la superioridad de una persona o cosa - respecto a otra". (13)

Jurídicamente quiere decir "circunstancia agravante" de los delitos de lesiones y homicidio que concurre: 1) -- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se haya armado; 2) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que le acompañan; 3) Cuando se vale de algún medio que debilita la ofensa del ofendido; 4) Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie.

(13) Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina 1979. Tomo IV. p. 384.

La ventaja no se toma en consideración en los tres -- primeros casos si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado y de pie fuera el agredido, y además, hubiere corrido peligro su vida por no -- aprovechar esta circunstancia (artículo 316 del código penal para el Distrito Federal)

"La ventaja se configura cuando el agresor sabe, que - no ocurre riesgo alguno de ser muerto o herido por el ofendi- do". (14).

Por lo mencionado consideramos que, en el infanticidio honoris causa y en el genérico, sí existe ventaja, en virtud de que la fuerza de la madre no se puede comparar con la del niño, por lo que la infanticida obra con tal agravante.

En lo que respecta a la ausencia del riesgo que corre la madre de que el niño la lesione, es evidente que no existe tal situación de peligro hacia la madre, circunstancia que -- confirma nuestra apreciación de que en el infanticidio existe la agravante de ventaja.

También sostenemos que en el delito que nos ocupa, --- existe la agravante de la traición, entendido como: "La viola

(14) op. cit. pág. 641.

ción de la fidelidad debida". (15)

Asimismo, fidelidad se entiende como "la exactitud en cumplir con sus compromisos". (16)

Por ello, en el infanticidio honoris causa, la infanti-
cida actúa con traición, en virtud de que ella mas que cual-
quier otro individuo, tiene la obligación de cuidar al menor,
toda vez, que es uno de sus principales deberes, ya que el --
niño de quien debe recibir cuidados inicialmente es de la ma-
dre, y al ser agredido y muerto, con posterioridad sufre una-
traición a todas luces evidente.

(15) Diccionario Jurídico. Ediciones Mayo. México p. 692.

(16) Diccionario Jurídico. Op.cit. p. 384.

D. PROPUESTA PERSONAL.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que definitivamente el delito de infanticidio Honoris Causa debe ser reformado de manera tal, que la penalidad correspondiente al mismo no le otorgue al infanticida el beneficio de la libertad provisional bajo fianza, ya que se trata en realidad de un homicidio calificado, por lo que consideramos que la situación de privilegio debe dejar de ser así considerada, por cuanto hace a la mujer que mata a su hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido. Esto en base a que de acuerdo al artículo 302 que a la letra establece: "Comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro"; y ahora en el delito que nos ocupa, muy a pesar del criterio de nuestros respetables legisladores, aún cuando se le priva de la vida a un recién nacido, no consideramos acertada la sanción que le es aplicada a él o a la víctima. Toda vez que a pesar de su pequeña edad el niño tiene los mismos derechos que cualquier otra persona; además de que como ya mencionamos anteriormente, concurren una serie de circunstancias que de acuerdo a nuestro criterio son agravantes en el delito de infanticidio y no atenuantes como se les considera en la actualidad.

Debido a nuestra inconformidad nos atrevemos a proponer que el infanticidio honoris causa, desaparezca en cuanto a su regulación del código penal, dejando de ser como hasta ahora un delito con privilegio en su penalidad; aún cuando --

pudiera continuar ubicado en la ley para el infanticidio, porque a pesar de que no lo aceptamos y nos parece un hecho increíble, desafortunadamente se siguen matando a niños dentro de las setenta y dos horas de nacido, por parte de sus madres o sus ascendientes consanguíneos, pero sugiriendo que la pena que se aplique a los sujetos activos en este delito, sea realmente severa y se tomen para su aplicación las agravantes que existen en el mismo.

Todo esto lo sustentamos al considerar que, los elementos constitutivos del delito de infanticidio honoris causa, son subjetivos o discutibles, toda vez que la fama es total y absolutamente un valor que la mujer o el hombre pueden manejar a su libre arbitrio, es decir, que no se puede establecer de manera tajante qué es la fama, también entendida como reputación, en virtud de que tratándose de una cuestión moral no debemos olvidar que cada quien maneja tales conceptos como mejor le parece.

De aquí que no pueden ni deben ser considerados tales criterios subjetivos como sustentos, para atenuar la penalidad del delito objeto de nuestro estudio.

Por lo que respecta al elemento "que haya ocultado su embarazo", no consideramos que sea suficiente la ocultación de tal estado para fundamentar el tipo estudiado, como un --

aspecto que genere un privilegio en cuanto a la penalidad, ya que como fue explicado en su oportunidad mas bien agrava el delito, porque mentalmente va preparando a la mujer a cometer el infanticidio, sabiendo o no que su conducta no será penada con el rigor que debiera.

En cuanto al hecho de que "el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el registro civil". es posible afirmar que tal parece que el hecho de no registrar a un niño ante las autoridades civiles, lo convierte en persona de segunda categoría y susceptible de ser muerto por su madre en el término aludido. De lo anterior colegimos que el artículo 327, fracciones III y IV, de nuestra legislación penal, atenta contra los derechos fundamentales que consagra nuestra ley, referente al derecho a la vida y al espíritu de igualdad.

Por último, refiriéndonos a la Fracción IV del aludido artículo, consistente en que el infante no sea legítimo, queremos entender que el legislador se refirió al hecho de que el hijo fuere producto de una relación extramatrimonial, sin soslayar el hecho de que como ya lo dijimos, los hijos no son los ilegítimos, sino los padres; no obstante, pensamos que como el artículo en comento no es muy claro, se puede prestar a que pudiera entenderse como que un hijo ilegítimo sería --- aquel concebido como producto de una violación, situación que

hace perfectamente entendible que una mujer no desee ser madre de un hijo concebido bajo esas circunstancias; al respecto es oportuno tener presente que el artículo 333 del Código penal para el Distrito Federal, menciona un caso de inculpabilidad en el aborto cuando el producto de la preñez fuere resultado de una violación sin embargo, debido a la serie de circunstancias que rodean el nacimiento de los niños sujetos pasivos del infanticidio, es posible que la madre por falta de información entre otros factores, hubiere recurrido a cometer tal delito, pero pudo haberse evitado si en nuestro sistema existieran dependencias que se encargaran de encausar a las madres solteras y de proteger a esos niños que con una especializada y excelente dirección, serían personas de gran utilidad para la sociedad; lógicamente, sin que esto justifique la actuación de las madres irresponsables y tomen como una solución a sus problemas lo propuesto con anterioridad.

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

PRIMERA: Es un grave error del legislador considerar al infanticidio como un delito de atenuación, ya que éste ilícito en sus dos acepciones presenta agravantes como la premeditación, lo que lo hace susceptible de ser modificado en cuanto a su regulación.

SEGUNDA: En el delito de infanticidio no sólo discutimos la gravedad del mismo, sino que nos enfrentamos a un ilícito en el que a todas luces se atacan los auténticos valores morales y la igualdad entre los hombres.

TERCERA: Es absurdo considerar que la madre infanticida sea un sujeto de mínima peligrosidad, pues siendo ella la progenitora es quién primero que nadie debiera velar por la vida de su hijo. ¿Que puede esperar la sociedad.?

CUARTA: La delicadeza de la pena en el delito de infanticidio ha fomentado la práctica indiscriminada de éste ilícito por parte de todas aquellas madres inmorales e irresponsables.

QUINTA: El delito de infanticidio se presenta en México - como consecuencia de la falta de educación sexual y de moralidad entre hombres y mujeres, lo que constituye - un factor fundamental en el desarrollo de este tipo - legal, de aquí que es importante conscientizar a la sociedad de la importancia y responsabilidad - que implica el ser padre.

SEXTA: La pena establecida al sujeto activo del infanticidio honoris-causa, es atenuada en atención a la - defensa de la reputación de una mujer, convencio- nalismo social que es aberrante al pasar por encima del valor de la vida.

SEPTIMA: Es latente que en el delito de infanticidio y prin- cipalmente en el honoris-causa, la pena vigente - tiene carácter de privilegiada, pues es obvio que a quien se le impone una sanción tan considerada, - se le concede una gracia.

OCTAVA: Lo deseable sería suprimir de la Ley Penal la re- gulación del infanticidio para ser ubicado como ho- micidio calificado, sin embargo, si el legisla- dor decidiera continuar tratándolo como un tipo - distinto, sugerimos que se le imponga al autor -

del mismo una pena equivalente a la del homicidio con agravantes, o más aún, una pena superior a ésta por las indiscutibles características de indefensión del sujeto sobre el cual recae el ilícito.

NOVENA: Como medio de prevención del delito de infanticidio, proponemos la creación de dependencias especializadas que tengan como función primordial la orientación y protección de las madres solteras, con la finalidad de inculcarles la importancia de la maternidad y de la vida de su hijo, teniendo la opción de que dichas dependencias pudieran hacerse cargo de la educación de esos niños, o canalizarlos a familias que tuvieran la posibilidad de hacerlo.

DECIMA: Con el estudio del delito de infanticidio, concluimos que, es necesaria una reforma integral al Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que en su mayoría resulta obsoleto.

BIBLIOGRAFIA

CARRANCA, y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial de Palma. Argentina 1971. 4a. Edición.

CARRANCA, y Trujillo Raúl. Derecho Penal. Antigua Librería Robredo. México 1941. 1a. Edición.

CASTELLANOS, Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1974. 8a. Edición.

COLIN , Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. 1977. 4a. Edición.

CUELLO, Calón Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Editorial Bosch. Barcelona España 1952. 1a. Edición y 1975 10a. Edición.

GONZALEZ, De la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1980. 20a. Edición y 1988 22a. Edición.

JIMENEZ, De Azúa. Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Lozada. Buenos Aires, Argentina 1943. 1a. Edición.

JIMENEZ, Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Volumen III. México 1984. 2a. Edición y Tomo II. - 1986. 7a. Edición.

MARQUEZ, Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General. Editorial Trillas. México 1990. 2a. Edición.

PORTE, Petit Celestino. Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1960. 2a. Edición.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Editorial la Ley. Buenos Aires, Argentino 1945. 1a. Edición.

VAZQUEZ, Sánchez Rogelio. El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Editorial Porrúa. México. 1976. 1a. Edición.

VELA, Treviño Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial Trillas. México 1986. 2a. Edición.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1960. 2a. Edición.

L E G I S L A C I O N

CODIGO PENAL DOMINICANO.
CODIGO PENAL DE ECUADOR .
CODIGO PENAL DE GUATEMALA.
CODIGO PENAL DE HAITI.
CODIGO PENAL DE HONDURAS.
CODIGO PENAL DE NICARAGUA.
CODIGO PENAL DE PANAMA.
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
CODIGO PENAL DE EL SALVADOR
CODIGO PENAL DE SONORA.
CODIGO PENAL DE URUGUAY
CODIGO PENAL DE VENEZUELA.
CODIGO PENAL DE VERACRUZ.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española.
España 1970. 4a. Edición.

DICCIONARIO EVEREST CUSPIDE. Editorial Everbst. España 1980
6a. Edición.

DICCIONARIO JURIDICO LIC. ROBERTO ATWOOD. Editorial Bazán.
México 1982. 1a. Edición.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Vol. II. Editorial U.N.A.M.
Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1983. 1a. Edi
ción.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Vol. III. Instituto de Inves
tigaciones Jurídicas. México 1983. 1a. Edición.

DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. (Diccionario Enciclopédico) Edi
ciones Larousse. México 1985. 2a. Reimpresión.

DICCIONARIO PARA JURISTAS. JUAN PALOMAR DE MIGUEL. Edicio--
nes Mayo. México 1981. 10a. Edición.