

7  
345.02523  
A 3660  
1968  
F.P.YES.  
Ej. 5

070586

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

# COMENTARIOS SOBRE EL DELITO DE INFANTICIDIO

TESIS

PRESENTADA POR

**JOSE ALVARO ALEGRIA ZELAYA**

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



SAN SALVADOR

— ABRIL DE 1968 —

EL SALVADOR, C. A.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DOCTOR ANGEL GOCHEZ MARIN

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR GUSTAVO ADOLFO NOYOLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR RENE FORTIN MAGAÑA

SECRETARIO

DOCTOR FABIO HERCULES PINEDA

\*\*\*\*\*

JURADOS QUE PRACTICARON LOS  
EXAMENES GENERALES PRIVADOS

MATERIALES PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Ricardo Mena Valenzuela  
Primer Vocal: Dr. Miguel Antonio Granillo  
Segundo Vocal: Dr. Romeo Aurora

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Armando Napoleón Albarez  
Primer Vocal: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz  
Segundo Vocal: Dr. Francisco Bertrand Galindo

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Manuel Arrieta Gallegos  
Primer Vocal: Dr. Pedro Luis Apóstolo  
Segundo Vocal: Dr. José Ernesto Criollo

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

ASESOR DE TESIS

DOCTOR MARCEL ORESTES POSADA

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. José Enrique Silva

Primer Vocal: Dr. Manuel Atilio Hasbún

Segundo Vocal: Dr. José Antonio Morales Ehrlich

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

A la memoria de mi padre

Alvaro Alegría Zelaya

con infinita gratitud

A mi madre

Inés Zelaya viuda de Alegría Zelaya

Con todo mi cariño, humildad y respeto.

A mi adorada esposa

Elsy Rodríguez Grimaldi de Alegría Zelaya

compañera de alegrías, penas y esperanzas

a cuya fe y sacrificio debió la culminación

de mis estudios universitarios.

A mis queridos hijos

José Alvaro

y Aída Laura Guadalupe

quienes significan la razón de mi

afán y mi lucha y a quienes ofrend

do lo mejor de mi existencia.

A mis hermanos

Raymundo Adán

Julián Alberto

Angela Guadalupe

y Juana Orbelina

con todo cariño

A mis amigos:

Daniel Ríos Lazo

y José Onofre Mendoza Durán

quienes con su ejemplo de dedica-

ción y amor al estudio me conduje-

ron en la fase decisiva, al logro

de la coronación de mi carrera.

COMENTARIOS SOBRE EL DELITO DE INFANTICIDIO  
\*\*\*\*\*

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL..... pag. 2

CAPITULO II

HISTORIA, ORIGENES LEGISLATIVOS DEL ARTICULO 363 Pn. . . . .

CRITICA ..... pag. 9

CAPITULO III

CONCEPTO DEL INFANTICIDIO Y BIEN JURIDICO TUTELADO..... pag. 30

CAPITULO IV

SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO, PARTICIPACION CRIMINAL... pag. 33

CAPITULO V

ELEMENTO OBJETIVO, LA MUERTE DEL RECIEN NACIDO..... pag. 39

CAPITULO VI

ELMENTO SUBJETIVO, EL DOLO ESPECIFICO..... pag. 41

CAPITULO VII

PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO..... pag. 43

CAPITULO VIII

CONCURSO DE DELITOS..... pag. 48

CAPITULO IX

PENALIDAD, PRUEBA DEL DELITO..... pag. 50

CAPITULO X

LEGISLACION EXTRANJERA..... pag. 73

CAPITULO XI

JURISPRUDENCIA..... pag. 76

BIBLIOGRAFIA GENERAL..... pag. 79

\*\*\*\*\*

## COMENTARIOS SOBRE EL DELITO DE INFANTICIDIO \*\*\*\*\*

### INTRODUCCION

En el tema que me propongo desarrollar para cumplir con el requisito previo a la opción del grado académico de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, trataré dentro de mis posibilidades de hacer un estudio en particular del tema "El Delito de Infanticidio" y preciso es, a mi entender, hacer una breve alusión al título VIII denominado Delitos contra la vida y la Integridad Personal, que comprende en el capítulo IV, el delito objeto del presente trabajo.

Al entrar en el desarrollo del tema central quiero aclarar -- que el comentario no tratará extensivamente de los principios generales del Derecho Penal, sino que exclusivamente haré el examen particularizado de la figura Delictiva "Infanticidio", con el fin de evitar en lo posible incorrecciones metódicas propensas a dar origen a una serie de -- cuestiones mal planteadas, que se deben tener por sentadas como básicas en el desarrollo de la parte general del Derecho Penal.

Por tal razón, y como dice el maestro argentino Sebastián Soler (1) "El elemento siempre variable es el de la acción". Los demás -- elementos del delito y que en la definición figuran como adjetivos: antijurídica, culpable, adecuada; si bien presentan en cada figura una característica particular correspondiente a la fisonomía especial asumida por la acción pueden no requerir detalladas consideraciones. No obstante, solamente que al describir el tipo de acción en el delito a comentar exija tal acción una forma muy especial de ilicitud y referencia a

datos subjetivos que impriman a la figura delictual una fisonomía especial, consideraré en detalle esos elementos particulares ; válidos solamente para la misma actividad delictual.

En consecuencia, los materiales que utilizaré en el desarrollo de esta monografía serán:

- a) La determinación del bien jurídico protegido; y .....
- b) La estructura de la figura delictiva, en mutuo complemento.

---

(1) Soler, Sebastián.- Tratado de Derecho Penal Argentino. Tomo III. Pag. 10. Tipográfica Editora: Argentina. Buenos Aires. 1951.

CAPITULO I  
\*\*\*\*\*

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

El anterior enunciado que nuestro código penal vigente lleva bajo el Título VIII, sustituyó al de, "Delitos contra las personas" - que lo cubría hasta las reformas legislativas introducidas al mismo código penal - el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete. El título sustituido ha sido motivo de discusión pues, en verdad, debido a su amplitud conceptual cubre en cierto modo toda figura delictual, ya que no puede concebirse ningún delito que en una u otra forma no constituya un delito contra las personas. De manera que la redacción actual está acorde con el contenido del título que encierra.

El mencionado título considera dos bienes jurídicos a los cuales dá protección penal, así:

- 1o.) La vida; y
- 2o.) La integridad personal.

En su parte primera están comprendidos como figuras especiales de delitos, el homicidio, el asesinato, el parricidio, infanticidio, - aborto.

En lo referente a la ubicación del delito de aborto, que consiste esencialmente en la interrupción del proceso del embarazo, se justifica ya que tal hecho es en el fondo un atentado contra una esperanza de vida, de un nuevo ser, de una persona que está en proceso de formación biológica y como la vida humana es un bien jurídico de tanta

trascendencia y jerarquía que es tutelada no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación, por ello los códigos penales lo alinean dentro de los delitos que lesionan dicho bien jurídico en su existencia autónoma (homicidio, parricidio, infanticidio).

En los delitos contra la vida, se trata del mayor daño que pueda causarse al bien más importante perteneciente al ser humano considerado en su genuina individualidad. Tal bien, lo mismo que el de la integridad personal, tiene una connotación eminentemente personal y física. Personal, porque consisten en formas de ser o estar, circunstanciales a los individuos de la especie humana. Física, porque se plasman en estados fisiológicos u orgánicos de las personas, perceptibles por los sentidos. Y tales bienes jurídicos de la vida y de la integridad personal, encarnan los intereses fundamentales que acompañan a los seres humanos desde su nacimiento hasta su desaparecimiento por causa de la muerte, en orden a la propia existencia y plenitud orgánica.

La vida y la integridad personal son bienes cuya conservación interesa no sólo a la persona física en quienes concurren, sino valores jurídicos que interesan a toda la colectividad, son el fundamento básico de todo derecho.

De la lectura del título VIII Delitos contra la vida y la integridad personal, se advierte la mayor importancia ontológica que reviste el bien jurídico de la vida frente al de la integridad personal.

a) Tutela Penal de la Vida, Jerarquía de este Bien Jurídico y al alcance de la Tutela Penal.

Todos los bienes de que el hombre goza proceden del bien supremo que es la vida humana, cuando ese bien supremo se pierde, salen -

sobrando todos los demás valores humanos. Razón suficiente para tal protección jurídica, y por ello en todos los tiempos y en todos los lugares, las leyes penales sancionan con penas severas el hecho de su aniquilamiento. El fin de esa tutela penal rebasa los intereses particulares de cada hombre al cual pertenece para conservarla, mejorarla, física y espiritualmente y ponerla al servicio de un ideal, pues es a la colectividad a quien le compete mayor interés.

La existencia del Estado y de la humanidad radica en la perfecta conservación de su base esencial o sea la vida individual de cada uno de sus miembros.

El hombre, es la célula fundamental de ese gran organismo que vive sobre la tierra, (el Rey de la Creación, al decir de la doctrina cristiana) que es la humanidad entera.

La protección de ese elemento forma el principal deber de la sociedad como ente diferente de sus organizadores. Si la familia merece máxima protección como organización en grado del Estado, la vida individual de sus componentes está protegida por la disciplina jurídica encargada de velar por la conservación de ese bien jurídico.

Si el delito, tal como lo conceptúa nuestro código penal vigente en el artículo primero, es toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley, se colige que toda acción u omisión voluntaria que ponga en peligro la vida o la integridad corporal del hombre, es un ataque que no solamente pone en peligro la vida de ese ser aislado, sino el de toda la organización social, ya que hoy, en este siglo, no puede ya pensarse en seres aislados de toda comunidad social, sino que por el contrario, como elemento que es de la organización so-

cial, su pérdida o perjuicio inmediato significa un peligro, un riesgo para todo el grupo. El solo temor que representa la inseguridad de la vida o de la integridad corporal de las personas, es un daño causado a la colectividad que busca afanosamente en las disciplinas del derecho un camino para vivir en paz y armonía en constante cooperación con sus semejantes.

Es por ello que insisto, que la vida humana es el bien jurídico que ocupa primerísimo lugar entre los bienes tutelados penalmente, ya que todos los demás bienes de que el hombre goza proceden de ese bien supremo que es la vida humana.

Bajo el título VIII, nuestro código penal no empieza en forma didáctica con el tratamiento del delito genérico contra la vida, que es el homicidio, el cual lo sitúa en el capítulo III y ello me parece falta de técnica dogmática en la apreciación de los delitos contra la vida pues debiera estar en el capítulo I.

El homicidio constituye la figura genérica de los delitos contra la vida. Y el concepto de él se puede enunciar diciendo que "por homicidio se debe entender la supresión de la vida causada por otro hombre".

Las demás figuras, como el Parricidio situado bajo el capítulo primero; El Asesinato, en el capítulo segundo; El Infanticidio y Aborto en los capítulos cuarto y quinto respectivamente, no forman más que especies calificadas de aquél. No omito repetir que el aborto está ubicado dentro de los delitos contra la vida por la amplia protección merecida no sólo a la existencia autónoma de la vida, sino a las diversas manifestaciones de ésta en su formación, o sea "la interrupción del cur

so normal de la preñez (Código Romano)".

El homicidio, del latín homicidium, según el Diccionario de la Lengua Española, (1) "Muerte causada a una persona por otra. Por lo común ejecutada ilegítimamente y con violencia".

Por su parte don Joaquín Escricho,<sup>(2)</sup> da el concepto de homicidio como "El acto de privar a uno de la vida, o la muerte de un hombre hecha por otro". Y agrega que: "Este es el mayor de los crímenes que pueden cometerse contra un individuo de la sociedad, porque se le despoja de la existencia, que es el primero y el mayor beneficio que ha recibido de la naturaleza". Además agrega: que "La palabra homicidio se ha formado por contracción de las palabras latinas hominis caedes".

El mismo autor dice: "que el homicidio se divide en voluntario o involuntario. El voluntario puede ser simple o calificado y el involuntario puede ser culpable o inculpable. Será culpable cuando se comete por imprudencia o impericia; y será inculpable cuando es puramente casual. El homicidio voluntario se dice necesario por la ley, cuando se comete contra un injusto agresor, de cuyas manos no podemos librar nuestra vida sino matándole".

El delito de Parricidio es una especie del género del homicidio, agravada en atención al sujeto activo que lo comete contra los sujetos pasivos taxativamente enumerados por nuestro código penal en los artículos trescientos cincuenta y cuatro y trescientos cincuenta y cinco. Está calificado pues, tomando en consideración los vínculos de parentesco que unen a los que intervienen en el hecho delictual.

El delito de asesinato es el homicidio cometido concurriendo cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo trescientos

cincuenta y seis.

La voz asesino viene de ciertos pueblos llamados asesinos que habitaban en los montes de Fenicia, y de los cuales se valían los sarracenos para que matasen alevosamente a los príncipes cristianos, a fin de libertarse con su muerte del azote de la guerra. Desde ese entonces se trasladó esta denominación a los sicarios y con especialidad a los que para matar alquilan sus obras o pagan las ajenas.

El delito de aborto consiste en la destrucción del producto de la concepción en cualquiera de sus etapas.

Estas etapas son: germen, embrión y feto. (3).

El bien jurídico de la vida humana se tutela penalmente tanto del ataque que perfila su daño efectivo como de la que se traduce en una lesión potencial. Ese daño efectivo produce la extinción de la vida humana, y, la potencial, en el riesgo o peligro en que la coloca. De manera que nuestro Código contiene los tipos penales antes enunciados para proteger la vida y pueden clasificarse en: tipos de daño y tipos de peligro. Entre los primeros se encuentran además de los enunciados los de inducción y auxilio al suicidio y los tipos de peligro, los de disparo de arma de fuego, agresión, flagelación, abandono de niños, incapaces y de personas enfermas y omisión de socorro. Existen además otras particularidades trascendentes en la consideración jurídica penal que, si bien no engendran tipos autonomos, complementan y califican el tipo fundamental de homicidio y dan lugar a formas privilegiadas de comisión de delitos como por ejemplo el homicidio consentido (o sea el cometido por ruegos reiterados de la víctima; en ocasión de riña o duelo; en forma confusa y tumultuaria; el cometido en el instante de -

sorprender al cónyuge o del corruptor de los hijos menores en el acto carnal)).

b) Los delitos contra la Integridad Personal.

Entre los tipos descritos por la legislación penal encontramos: El delito de lesiones corporales, la mutilación, la flagelación, la agresión, disparo de arma de fuego, el duelo. En todos ellos es la persona física misma la protegida y a diferencia de los delitos contra la vida propiamente encontramos que como de la lectura del título se deduce, lo que se quiere proteger es, ésa integridad corporal de que la naturaleza dota al hombre para que pueda realizar sus fines. En todos los delitos mencionados lo que se trata es de castigar al responsable de un daño inferido en la salud o en el cuerpo de otra, o la posibilidad de que ese daño llegue a ocurrir.

- 
- (1) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Décima Octava Edición del año 1956. Espasa Escalpe, S.A. Pag. 719
  - (2) Joaquín Escriche.  
"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Pag. 822. - Editado por Librería "Rosa Bouret y Compañía. Paris, 1852.
  - (3) Dr. José Enrique Silva.  
"Derecho Penal Salvadoreño" Pag. 185. Revista de Derecho 2. Julio-Diciembre 1965.

## CAPITULO II

\*\*\*\*\*

### HISTORIA. ORIGENES LEGISLATIVOS DEL ART. 363

#### CRITICA

#### Principios determinantes de la Valoración Piadosa del Delito de Infanticidio "Honoris Causa".-

Hasta fines del siglo XVIII perdura la concepción del Infanticidio como delito merecedor de las penas más severas. A partir de la segunda mitad del mencionado siglo XVIII, aparece un sentimiento casi unánime de benignidad hacia la madre deshonrada. Tal benignidad se ve plasmada en la figura del infanticidio con una penalidad privilegiada. Conducido por causa de la suprema fuerza de la lógica se encuentra la explicación de ese curioso proceso en los principios humanitarios utilitaristas procedentes del Enciclopedismo Francés y de la última fase del iluminismo, los cuales transformaron radicalmente los supuestos fundamentales de la justicia punitiva tradicional.

Corresponde el mérito de haberlos sistematizado por primera vez al Marqués de Beccaria y de haberlos desarrollado con personales puntos de vista a Romagnosi y Bentham. Los tres, con ansias de humanizar los arcaicos sistemas penales vigentes en su época, lanzaron sus más escogidos dialécticas contra ese desmedido rigor con que se castigaba a la madre infanticida. La valoración piadosa del infanticidio florece por lo tanto, como consecuencia del gran movimiento reformador

del Derecho Penal.

Basta pensar en las directrices y aspiraciones que guiaron a los más destacados y definidos representantes de la nueva ideología, y se comprenderá que su actitud con respecto al viejo concepto de infanticidio fué natural consecuencia de sus sentimientos y de su doctrina.

Teórica y doctrinariamente, el programa de los reformadores estaba inspirado en el deseo de sustituir los ordenamientos contemporáneos, por otros de acusada tendencia hacia la estimación de la culpabilidad del agente.

El discurrir del filósofo de esa época, consciente de que el contenido de la filosofía era la norma del buen obrar, aconsejaba que todo juicio sobre las acciones humanas se emitiera contando con la personalidad de quien los hubiere realizado. Solamente así, el futuro derecho de castigar podría enorgullecerse de haber otorgado carta de naturaleza al anhelado principio de la proporcionalidad entre el rigor de las sanciones y la magnitud del delito.

Sentimentalmente el teórico de fines del siglo XVIII fue humanitarista por oficio y no olvidemos que sobre él estaba gravitando el académico espíritu del enciclopedismo y tómese en consideración también que el europeo de aquel entonces, avocado a pronunciar la más solemne "Declaración de los Derechos del Hombre", poseía autoridad suficiente para poder pedir que se le juzgase y castigase comprensivamente y reclamar de sus portavoces oficiales la inmediata condenación y abolición de los muchos resabios de primitiva crueldad que habían subsistido hasta entonces, sin que ningún movimiento organizado de protesta, hubiese denunciado su inhumana vigencia y aplicación.

Por otro lado, el terreno para hacer variar en el cuadrante la concepción del infanticidio, estaba bien preparado ya que se había, virtualmente concluído el proceso de secularización del Derecho Penal, los principios ascéticos que en épocas anteriores habían determinado la valoración del Infanticidio como figura delictiva agravada, no gozaban ya de aceptación.

Al darse cuenta de tal fenómeno, la crítica se pronunció en las direcciones siguientes:

a) La conducta de la madre que priva de la existencia a su tierno fruto puede haber sido inspirada por diversos motivos, de ordinario lo había sido por el deseo de desviar el curso normal y legítimo de una sucesión (un interés eminentemente pecuniario, económico) o sea un afán o propósito de especulación con la destrucción de esa vida, o por un fin más noble, de ocultar el parto, suprimiendo el más acreditado testigo de la inmoral concepción.

En el primer supuesto anotado, reclama el más severo castigo, pues en el fondo, se trata de un homicidio cometido con el ánimo de obtener lucro.

En la segunda hipótesis, sin embargo, mueve a piadosa y caritativa tolerancia, Jurídicamente exige ser destacado del tipo genérico (homicidio) para hacer de él un tipo especial, una figura privilegiada en razón del móvil determinante; el Infanticidio por causa de honor. Es éste el único que merece el beneficio de ser tipificado aparte. Los demás casos en que la muerte del recién nacido, no obedezca al deseo materno de velar la vergüenza sexual, previstos están sin necesidad de otras especificaciones en los preceptos que sancionan otras figuras de-

lictivas, tales como el parricidio, asesinato, etc., según las circunstancias que en ellos concurren, en armonía con las normas reguladoras de la participación criminal.

b) Trazados los verdaderos límites del delito de infanticidio o sean la muerte dada al recién nacido voluntariamente por la madre para ocultar su deshonra sexual, se hacía necesario determinar la sanción más adecuada y eficaz.

En este último punto intervienen dos órdenes de consideraciones: 1o.) por una parte la humanitaria comprensión de la torpe conducta de la madre, que por interés de salvar su honor, se decide por la dolosa y perpetua separación de su hijo recién nacido. 2o) por otra parte, - la utilitaria preocupación de elegir una pena políticamente eficaz para reprimir tales conductas.

Ambas consideraciones fueron manejadas por los reformadores.

Haré una breve referencia del modo empleado por ellos.

### LA DECISIVA CONTRIBUCION DE LOS REFORMADORES

#### DOCTRINA DE BECCARIA

Aparecen las referencias que nos ofrece el Marqués de Beccaria en su obra "Dei Delitti e Delle Pena". En tal opúsculo de trascendencia reformadora extraordinaria, la justicia penal está concebida sobre principios utilitarios "deberá tender por encima de cualquier otro objetivo, al bien de la comunidad". Para conseguirlo será menester que la pena responda a una doble política: de prevención general, por una parte, y de prevención especial, por otra; ocasionando al culpable un sentimiento que supere en la menor medida posible, el placer que pudo

causarle la comisión del delito. Si el balance entre el dolor causado por la pena y el placer producido por la comisión del delito, se inclinase excesivamente en favor del primero, la sanción dejaría de ser justa por ser inutilmente cruel. En tal discurso afirma Beccaría que existen ciertos delitos: "aquellos que por su naturaleza deben casi siempre quedar impunes" y "para los cuales la pena es un incentivo innecesario", puesto que bien menguada resulta la represión y prevención que contra tales hechos reclama la sociedad y el infanticidio es uno de ellos... La frecuente impunidad está justificada por la piadosa indulgencia que a los hombres inspira la madre que lo comete, cuya conducta es el resultado casi inevitable de la terrible alternativa en que se encuentra una desgraciada que sólo por debilidad cedió a los instintos de su propia naturaleza o que sucumbió bajo los efectos de la violencia. De un lado la infamia, de otro, la muerte de un ser incapaz de poder apreciar o sentir la pérdida de su vida.

Esta interrogante cabría, ¿Cómo no habría de preferir, la desdichada madre, este último evento a la vergüenza y miserias propias y de su desgraciado fruto? En vista de ello, parece que ningún castigo debiera aplicarse para tal hecho. Es aquí sin embargo, donde la imaginación y no la técnica, de Beccaría, actúa a su modo: "El mejor medio para prevenir este delito, sería el de proteger con leyes eficaces la debilidad y la desgracia contra esta clase de tiranía, que unicamente se levanta contra los vicios cuyo encubrimiento no puede lograrse con el manto de la virtud". Se califica tal proposición de quimérica aspiración de un pensador ardoroso. Otro pensador Filangeri, en su obra "Ciencia de la Legislación" publicada en 1780, propuso ante la aplica

ción de tan ignominiosos castigo para las desafortunadas madres que se veían envueltas en semejante aflictiva situación, que se suministren asilos a las jóvenes que traían la desgracia de sucumbir a los estímulos combinados de la naturaleza y del amor; que se prodiguen en todos los puntos del Estado, receptáculos para sus partos clandestinos, se cubra y oculte su debilidad en vez de infamarlas.

EL ENTENDIMIENTO DEL INFANTICIDIO A TRAVEZ DEL  
UTILITARISMO DE JEREMIAS BENTHAM (1748-1832)

La doctrina penal de este autor se caracteriza por ser la UTILITAS al derecho de castigar.

De acuerdo con tal enfoque, Jeremías Bentham opina, que la gravedad de los delitos debe medirse en función al daño que a la sociedad ocasionen. Este daño o mal puede ser consecuencia inmediata del delito, es decir de primer grado, o de segundo grado, consecuencia mediata.

El daño de primer grado es aquel que afecta directamente a la persona ofendida o sea al sujeto pasivo; y, el mal de segundo grado, está constituido por la alarma o temor que la comisión del delito inspira a todos los demás miembros de la comunidad. Cuando el infanticidio es cometido por la madre del recién nacido o con su consentimiento no produce, en el pensar del maestro Bentham, ninguna de las dos consecuencias apuntadas.

Sostiene que no causa mal de primer grado porque es imposible inferir un daño en la persona de un ser que ha dejado de existir

antes de haber conocido la existencia. Francamente, no estoy completamente de acuerdo con la opinión del ilustre Jurisconsulto, pues aunque comprendo que si el hecho delictivo se comete en el momento del nacimiento, no porque la criatura no tenga conciencia de su propia existencia, no es doble suponer que aunque tenga mas vida vegetativa o dependiente, no sufre y siente, aunque su sensibilidad sea incipiente, los dolores causados por la tortura que le priva de la vida efímera.

Sigue argumentando, el Tratadista Bentham, que no causa alarma o temor la extinción de la vida del recién nacido por la poca o ninguna publicidad del hecho, ya que los que debieran sentir la pena de su fallecimiento son sus propios padres, y estos han sido los autores o han consentido su ejecución. Se trata pues, concluye el ilustre maestro de un acto incapaz de producir la menor inquietud en la imaginación más tímida y que solo puede causar sentimiento a la misma que por pudor y compasión no ha querido que se prolongase una vida iniciada bajo tan tristes auspicios.

Partiendo de semejantes presupuestos, deduce Bentham una consecuencia fundamental; a saber: que castigar con pena de muerte el infanticidio cometido por los padres supone uno de los más inhumanos de los desequilibrios a que puede someterse la ecuación: Pena=Delito. He aquí sus argumentos textuales: Las leyes contra este delito, con el pretexto de humanidad, han sido la violación más manifiesta de ella. Compárense los dos males, el del delito y el de la pena. ¿Cuál es la pena? la imposición de un suplicio bárbaro, de una muerte ignominiosa a una madre desgraciada cuya excesiva sensibilidad aparece del delito mismo a una mujer ciega de la desesperación que a nadie ha causado mayor -

mal que a si misma, resistiéndose al dulce instinto de la naturaleza, se la sacrifica a la infamia porque ha temido demasiado la deshonra y se envenena con el oprobio y el dolor la existencia de los amigos que la sobreviven. Y si fuese el legislador, la primera causa del mal, si se le debiera mirar como el verdadero homicida de estas criaturas inocentes, cuanto más odioso parecería aún su vigor; sin embargo el legislador es quien unicamente a excitado en el corazón de una madre el combate dolorosísimo entre la ternura y la afrenta castigando con severidad una fragilidad tan digna de indulgencia". Pero contrariamente a cuanto cabría inferir de tan retórico alegato, Bentham no propuso la impunidad absoluta para este delito, justificando su actitud mediante argumentos de índole defensiva pues debe tenerse muy en cuenta que Jeremías Bentham fué uno de los primeros expositores del principio de la Defensa Social y de Las Diversas Consecuencias Prácticas,

El infanticidio debe castigarse porque aún estando desprovisto de maldad de Primero o Segundo Orden, constituye en su opinión, un síntoma de la tendencia criminal de sus autores y un claro exponente de los mismos. Ahora bien, la sanción que le corresponda justificada en virtud de la presunta peligrosidad de los infanticidas, sólo será eficaz si se adecúa a la causa que motivó la conducta de éstos.

La causa normal del infanticidio, concluye el Eminente Pensador, es el temor a la afrenta: sea la pena una afrenta mayor capaz de reprimirlo, por ejemplo, alguna nota infamante".

Esta Doctrina como lo hice notar antes presenta zonas amplias vulnerables pues desde que el hombre nace y entra en la sociedad, las leyes de ésta lo reciben bajo su protección y le dan un derecho al -

cual, como a cualquier otro corresponde una obligación a la que no puede faltarse sin violar las leyes y por consiguiente, sin delinquir y debo agregar que existe equivocación de parte del maestro Bentham al resistirse a concebir que el delito de infanticidio no produce alarma, ya que la destrucción de una criatura recién nacida jamás deja de constituir un gravísimo atentado contra una vida independiente acarreado como consecuencia, todo el mal que la muerte de un hombre representa para sus semejantes. Sin embargo preciso es reconocer el mérito de la tesis de Bentham en cuanto, si el autor de la muerte de la víctima ha sido la propia madre en cuanto delata menor perversión si ha sido impulsada por el humano deseo de librarse de la vergüenza que la publicidad de su comportamiento sexual le causarfa. De toda forma haber individualizado como lo hizo Bentham, el Leit-Motiv del privilegio en la influencia que la desmoralización ejerce en el ánimo de la infanticida, es suficiente para acreditar el gran valor que su doctrina encierra. Aunque podría objetarse que dicha motivación sólo desencadena la conducta infanticida cuando la tendencia criminal de la autora actúe con apropiado cultivo. Sin embargo carece de fundamento tal supuesto para concebirlo como índice de peligrosidad, puesto que la ejecución del infanticidio, dado el móvil o motivo determinante de salvar el honor, depende exclusivamente de la compleja y momentánea constelación anímica que rodea a la madre en los instantes posteriores al parto.

VERDADERO ALCANCE DE LA APORTACION DE GIAN DOMENICO ROMANOSI EN EL MOVIMIENTO HACIA LA ATENUACION DEL INFANTICIDIO HONORIS CAUSA.

En el párrafo 1524 de su obra "genesi del Diritto Penale", - nos dice: "No deb silenciar en este lugar una objeción que se me propuso con respecto al criterio de concebir la pena bajo la norma del impulso "Spinta" criminal. El infanticidio cometido por una núbil para salvar el honor, está realizado, ciertamente, con mayor impulso que el cometido por otra mujer con diverso fin. Y sin embargo, se suele siempre castigar a la primera con pena menor que a la segunda. Ahora, antes que nada pregunto si el oponente sabe que alude a una manera de sentir completamente local y no general. Conozco países en los cuales ninguna vergüenza cubre a la núbil que llega a ser madre; y conozco otros, vecinos a los primeros, en los que un hecho tal sirve de recomendación para procurar un matrimonio. En segundo lugar pregunto: si el impulso a que se hace referencia es un impulso verdaderamente malvado, o mas - bien, derivado de un sentimiento laudable pero mal aplicado. Un poeta dirigiendo la palabra a un feto abortivo dijo: "Dos tiranos decidieron de tu suerte. En contra del honor el amor te dió la vida. Y en contra del amor el honor te dió la muerte". ¿Puede, por ventura una doncella colocada en esta alternativa mostrar un verdadero impulso criminal, entendiendo por tal el que nos indica el sentido moral, natural y de razón? El pudor y el honor incluso mal aplicado, ¿Pueden caer entre los elementos de este impulso, universal y socialmente valorado? Me excuso aquí de examinar las consecuencias.

Tomando por base el párrafo transcrito es de justicia reconocer a Romagnosi un gran merecimiento a su saber: haber separado, y ser el primero, del impulso criminal el móvil honoris causa. La infanticida por causa de honor aunque actúe bajo una motivación más acentuada, -

incluso por ejemplo que la de la madre que mata a su recién nacido con el fin de conseguir beneficios económicos: por que aquella siente con más intensidad que ésta los motivos que la conducen, No obra criminalmente: el honor y el pudor que son los elementos integrantes de la motivación de su conducta impiden que se otorgue a esta semejante calificación.

No obstante el valioso aporte de Romagnosi en la atenuación del infanticidio honoris causa, el Profesor Español José María Stampa Braun, (1), no considera correcto situar la aportación de Romagnosi a la misma altura que las de Beccaria y Bentham, y para confirmarlo la basa en las dos siguientes razones: Primera, que las ideas de Romagnosi no precedieron como las de aquellos, el movimiento Legislativo y para ello dice que basta tener en cuenta que el propio Romagnosi nos habla de "un beneficio que ya solía concederse". Nunca se ha otorgado sin embargo importancia alguna a tan inequívoca confusión, sin duda porque habiéndose publicado la Primera Edición de su obra "La Genésis", se ha venido pensando que su autor aludía a las muchas prácticas consuetudinarias que en relación con el infanticidio, venían suavizando en diversos países el excesivo y antipopular rigor de las leyes escritas. Tal modo de pensar, sostiene Stampa Braun, es el único argumento que podría justificar la inclusión de Romagnosi en tal movimiento, constituyendo - sigue sosteniendo uno de los muchos errores que la pseudo investigación histórica trasmite en cadena. Nadie ha advertido que las dos últimas partes de la "Genesis" a las que pertenecen los párrafos 1523 y 1524 y la nota que sobre El Infanticidio aparece al pie del primero de ellos, no vieron la luz hasta la tercera edición de aquélla, es decir, cuando

ya eran varias las Legislaciones que habían tipificado favorablemente el Infanticidio "Honoris Causa".

Y como segunda razón, sigue sosteniendo Braun, que Romagnosi demostró escaso interés en llevar a la práctica la doctrina mantenida a partir de la tercera edición de su obra, pues su comportamiento se pone de manifiesto al formar parte de "La Comisión Redactora del Proyecto del Código Penal para el Reino de Italia" y dicho proyecto conservó la severidad del Código Francés que castigaba el delito de infanticidio con la pena de muerte. En tal "Proyecto de Código Penal" ni siquiera cabía la atenuación fundada en la causa (infanticidio cometido por causa de honor).

Ahora bien, es dable suponer, en contra de este último argumento, y en un afán de defensa del maestro Romagnosi, que su influencia en la redacción del mencionado código, desgraciadamente no fue decisivo a propiciar el cambio.

SISTEMATIZACION DE LAS CONCEPCIONES DEL INFANTICIDIO. P. A. FEUERBACH (1775-1833) CONSIDERADO EL PRIMER SISTEMATIZADOR

Es al fino ingenio jurídico de Feuerbach que se debe el mérito de haber transformado en categorías técnicas desprovistas del marcado acento que las imprimieron en unánime expresión de un mismo estado de ánimo los Reformadores. Es en su obra "Lehrbruch" donde se define por primera vez el infanticidio, siguiendo la corriente moderna "Infanticidio es la muerte del hijo recién nacido, ilegítimo y viable, causada por la madre, previa ocultación de su embarazo"

De la lectura de tal definición se deduce que "La causa Honoris", aunque no expresamente mencionada en tal definición, constituye

la característica especial de la figura descrita. Lo demuestra el hecho de que aparezcan consignados como elementos del tipo, los siguientes:

- 1o.) Que sea la madre sujeto agente;
- 2o.) Que actúe sobre su hijo recién nacido;
- 3o.) Que éste sea ilegítimo
- 4o.) Y que se hubiere ocultado el embarazo.

La existencia de la deshonra sexual está englobada en el requisito de la ilegitimidad del hijo; el deseo de ocultar dicha deshonra - (motivación honoris causa) se deriva de la previa ocultación del embarazo; la extensión cronológica del móvil aparece limitado mediante la exigencia de que la víctima sea un recién nacido. El infanticidio así concebido es un Delictum Exceptum.

#### INFLUENCIA DE LAS ANTERIORES DOCTRINAS EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS DEL SIGLO XIX.

Obtuvieron rápida y favorable acogida las consignas lanzadas por los Reformadores, pues inmediatamente a su labor doctrinal nacen en Europa las Legislaciones modernas y la ininterrumpida aparición califica lo que dió en llamarse a ese momento "La Epoca de las Codificaciones" y tal movimiento perduró durante todo el siglo XIX; y, en el campo del Derecho Penal los principios humanitaristas que habían tomado carta de naturaleza en las postrimerías del siglo anterior estuvo totalmente por ellos. Es de hacer notar que uno de los delitos que resultó favorablemente afectado por este proceso reformador fué el de Infanticidio. Los puntos de vista mantenidos por Beccaría, Bentham, Romagnosi y Feuer

bach fueron recibidos casi sin oposición, a excepción de algunos criminalistas franceses que siguieron defendiendo el arcaico concepto, apoyándose una vez más en el absurdo criterio de la premeditación presunta. El legislador del siglo diecinueve profundamente influido del romanticismo colectivo tendientes a la dulcificación de la penalidad - correspondiente a tal matratado delito cristalizó en la casi totalidad de los nuevos ordenamientos jurídico-penales.

El tránsito de la antigua a la moderna concepción no se realizó bruscamente sino en etapas consecutivas. En la primera que puede decirse, representada por los Códigos promulgados en los comienzos del mencionado siglo XIX se adaptó un criterio ecléctico, tendiente a armonizar la concepción tradicional con las nuevas directrices.

El delito de infanticidio continuó tipificado como "la muerte del recién nacido"; pero se decretó que en todos aquellos casos en que la muerte de la criatura hubiere sido realizada por la madre con el propósito de ocultar su deshonra, se apreciaría de oficio, por los mismos tribunales una ATENUANTE ESPECIFICA. En la segunda etapa se entronizó el concepto vigente: la objetividad del Infanticidio fue reducida a sus límites actuales, quedando tipificado como delictum exceptum.

La primera legislación que renovó el concepto de infanticidio fue la de Austria en el Código promulgado por Jose II el 3 de septiembre de 1803 conservándose en la misma forma el delito en la edición publicada el 27 de mayo de 1852, siendo la vigente aún.

En España desde el primer Código Penal de 1822 el tratamiento legislativo del Infanticidio fue favorable para la madre autora por causa de honor respondiendo no obstante a la primera de las fases in-

dicadas ya que no hizo del infanticidio por motivos de honor el supuesto único e independiente sino que lo tipificó como excepción privilegiada del parricidio, siendo hasta en el Código de 1848 donde el Infanticidio honoris causa integra ya una figura destacada, y a los terceros que lo cometen se les castiga como homicidas. En forma semejante, aunque con la variante de la penalidad para los abuelos maternos se encuentra en el código de Carlos VII, continuando sin variante en el código de 1850. El código posterior de 1870 lo aceptó con insignificantes variantes y los terceros autores fueron considerados como parricidas o castigados con la pena del asesinato.

En Francia, constituyó una enconada lucha entre los principios legales del viejo régimen y el sentimiento popular inclinado hacia la valoración indulgente de dicho delito, y las causas de tan terrible discordia se descubren con bastante facilidad. El legislador, demasiado influido por los puntos de vista de la legislación tradicional, optó por mantener su rigor, amparándose desde luego, de manera especial en el absurdo de que la muerte de un recién nacido entraña siempre mayor gravedad que el simple homicidio, en virtud de la "premeditación" que debe presumirse en la conducta del agente. Por otra parte, la conciencia colectiva, preparada por la enseñanza de los Reformadores, exigía que los delitos de infanticidio cuando eran cometidos por la madre ilegítima para ocultar su deshonra, obtuviesen un tratamiento penal más caritativo que en el antiguo sistema. De la pugna entre ambos criterios totalmente opuestos, derivó una lamentable consecuencia: la absoluta ineficacia de las prescripciones legales. Sucedieron frecuentes y escandalosos veredictos absolutorios emitidos por los jurados, con -

el fin de evitar una condena de tanta gravedad como la apuntada en la ley para los delitos de Infanticidio.

### ESTADOS DE LA IGLESIA

El llamado Código Gregoriano (Reglamento de los delitos y las penas), promulgado el 20 de septiembre de 1832 por Edicto de Gregorio XVI, verdadero Código Penal de los Estados de la Iglesia, siguió la misma trayectoria.

El infanticidio aparecía castigado con la pena máxima, salvo en los casos en que hubiere sido cometido por la madre ilegítima para ocultar su deshonra, supuesto en el cual la penalidad debería ser totalmente atenuada.

La aceptación de semejante criterio en el Código Gregoriano reviste gran interés, teniendo en cuenta que significó el total abandono de los puntos de vista mantenidos por la Doctrina Canónica anterior, partidaria como ya se ha dicho de castigar con el máximo rigor cualquier hipótesis de infanticidio incluido el realizado por causa de honor; la sustitución de los mismos por los más técnicos y humanitarios que ya habían sido adoptados o estaban siéndolo por los ordenamientos civiles.

De acuerdo con los principios más modernos, definió el infanticidio como la muerte de la prole ilícitamente concebida, causada dolosa o culposamente por la madre durante el parto o poco después del mismo. La reglación de la penalidad correspondiente se hizo de manera minuciosa; en los casos de Infanticidio simple, la madre autora podría ser castigada hasta con diez años de reclusión si cometió

el delito por instantáneo impetu de pudor. Y, hasta quince años si lo hubiere deliberado antes del alumbramiento. Si el Infanticidio hubiese sido realizado por el deseo de evitar insuperables calamidades, la penalidad de la madre podría llegar, si esta deliberó su conducta hasta los diez años de reclusión y hasta siete si obró espontáneamente. Cuando la acción hubiere recaído sobre una criatura no viable, la madre sería castigada con la pena de cárcel de seis meses a dos años. Por último, el infanticidio culposo estaba sancionado con la pena de cárcel de dos meses a un año.

Esta regulación motivó comentarios de índole muy diversa; los puntos más destacados fueron los siguientes: 1o.) Que el infanticidio constituye un título nuevo y especial de delito cuya característica de concreción radicaba en el móvil determinante de la conducta materna. "La honoris causa". Partiendo de tal supuesto, habrían de resolverse en consecuencia los problemas relativos a la participación de personas extrañas en la comisión del delito. 2o.) Que la fórmula empleada en la disposición legal presentaba un grave defecto técnico, tal era, la no alusión al móvil de ocultar la deshonra de la madre. El código Toscano reputaba ociosa, no obstante, tal referencia por considerar que dicho elemento aparecía incluido en la exigencia de la ilícita fecundación.

Las injustas consecuencias que podrían derivarse de tales criterios fueron agudamente denunciados por el maestro Carrara, mediante la descripción de algunos supuestos en los que la muerte de la criatura recién nacida, a pesar de haber sido realizada por la madre ilegítima, no obedece al deseo de ocultar la deshonra, ni por

lo tanto entraña una conducta merecedora del notable privilegio que según el tenor literal de los preceptos antes referidos debería corresponderle. Para corregir semejantes imperfecciones Carrara recomendó que se introdujesen en la disposición del código Toscano, las mismas modificaciones que se llevaron a cabo en el correspondiente derecho Sardo, cuando este derecho extendió su vigencia a las Provincias Napolitanas. y 3o.) La previsión del Infanticidio culposo, dió lugar a una amplia polémica, cuyos términos son los que aún en la actualidad se sostienen; sin embargo Carrara, sostuvo la tesis aportada por el legislador Toscano.

En nuestra Legislación patria, tomando como fuente primera - la Recopilación de las Leyes de El Salvador en Centro América por el señor Presbítero, Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez, encontramos, la disposición referente al delito de infanticidio en la página 477 del libro V, título 16, Segunda Edición publicada en 1956 por la Secretaría de Información de la Presidencia de la República en el Art. 627, así: Los que maten a un hijo, 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 y la mujer que mate a su marido o al marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente con premeditación, con intención de matar, conociendo la persona a quien dan muerte, sufrirán las penas que los asesinos. EXCEPTUANSE LAS MUJERES SOLTERAS O VIUDAS QUE, TENIENDO UN HIJO ILEGITIMO Y NO HABIENDOLO PODIDO DAR A LUZ EN -

UNA CASA DE REFUGIO, NI PUDIENDO EXPONERLO CON RESERVA, SE PRECIPITEN A MATARLO DENTRO DE LAS VEINTICUATRO HORAS PRIMERAS AL NACIMIENTO PARA ENCUBRIR SU FRAGILIDAD, SIEMPRE QUE ESTE SEA, A JUICIO DE LOS JUECES, Y SEGUN LO QUE RESULTE, EL UNICO O PRINCIPAL MOVIL DE LA ACCIÓN, Y MUJER NO CORROMPIDA Y DE BUENA FAMA ANTERIOR LA DELINCUENTE. ESTA SUFRIRA EN TAL CASO, LA PENA DE QUINCE A VEINTE Y CINCO AÑOS DE RECLUSION Y DESTIERRO PERPETUO DEL PUEBLO EN QUE COMETIO EL DELITO Y DIEZ LEGUAS EN CONTORNO.

El Decreto del Poder Ejecutivo del 19 de Diciembre de 1881 re-dactó el Art. 366 y el Delito de Infanticidio quedó tipificado así: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días será castigada con la pena de prisión menor.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio, o del asesinato".

En el Código de 1926 aparece el delito de infanticidio en el Art. 363, así: la madre que por ocultar su deshonra, matare al hijo - que no haya cumplido cuarenta 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 presidio.

Fuera de estos casos, el reo de infanticidio incurrirá en - las penas del parricidio o del asesinato, según los casos".

En la edición del Código Penal de 1947, en el capítulo IV, aparece el delito de infanticidio en el Art. 363, así: "La madre que por ocultar su deshonra, matare al hijo que no haya cumplido cuarenta y ocho horas de nacido, será castigada con tres años de prisión mayor.

Los abuelas maternas que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito, en el término del artículo anterior, sufrirán la pena de cuatro años de presidio.

Fuera de estos casos, el reo de infanticidio incurrirá en -- las penas del parricidio o del asesinato, según los casos. "Por Decreto Legislativo Número 1714 publicado en el Diario Oficial Número -- Doscientos treinta y cinco, Tomo ciento sesenta y cinco del 22 de diciembre de 1954 el Art. 363 se reformó como sigue: "La madre que para ocultar su deshonra causare la muerte de su hijo durante el nacimiento o dentro de los tres días subsiguientes, será castigada con la pena de tres años de prisión mayor.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre menor de edad, cometieren este delito en las mismas circunstancias, sufrirán la pena de cinco años de presidio".

En la Edición del Código Penal Publicada en el año de 1967 el Art. 363, o sea la vigente, se conserva exactamente igual a la antes mencionada.

---

(1) José María Stampa Braún. "Las corrientes Humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del Infanticidio como Delictum Exceptum". Pags. 27-37. Revista "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales." Madrid, España. 1965.

### CRITICA

En la redacción actual que contiene el artículo 363 del Código Penal del delito de Infanticidio me parece que debiera suprimirse las frases "para ocultar su deshonra" y "para ocultar la deshonra de la madre menor de edad", no solamente basado en el argumento de que la sociedad no debe considerar de mala fama a una mujer que tiene hijo a causa de relaciones no legalizadas por el matrimonio, sino también que con la redacción que quedaría de tal disposición legal encontrarían - situación típica otras motivaciones tan poderosas como la actual de - ocultar la deshonra, tal sería el caso de una mujer que se ve en la - necesidad de destruir a su tierno hijo en vez de verle morir lentamente como consecuencia de la dificultad de obtener los medios necesarios para la subsistencia, sabiendo la extrema miseria en que ella se encuentra.

Por otra parte, considero que para evitar dificultades de interpretación debe en la misma disposición extenderse el sujeto activo a otros parientes que por las mismas razones se vieran precisados a - actuar de ese modo, tal como lo dispone el Código Penal Argentino.

## CAPITULO III

\*\*\*\*\*

### CONCEPTO DEL INFANTICIDIO Y BIEN JURIDICO TUTELADO

CONCEPTO: El delito de infanticidio consiste en la muerte dada al recién nacido en el momento del nacimiento o dentro de los tres días subsiguientes por la madre o los abuelos maternos de aquél con el propósito de ocultar la deshonra de la madre menor de edad.

Es esta una de las figuras delictivas derivadas del tipo fundamental MATAR a OTRO, homicidio, pero especialmente privilegiado, ya que su penalidad es aún menor que la del homicidio simple y, colocada en el extremo opuesto al parricidio, en el cual se ven en juego casi los mismos elementos formales integrantes de ambas figuras pero castigado este último con máximo rigor. De no mediar en el código penal la figura típica especial y autónoma en el Art. 363 que textualmente dice: "La madre que para ocultar su deshonra causare la muerte de su hijo durante el nacimiento o dentro de los tres días subsiguientes, será castigada con tres años de prisión mayor.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre menor de edad, cometieren este delito en las mismas circunstancias, sufrirán la pena de cinco años de presidio", el hecho encuadraría dentro del tipo especial del parricidio.

El concepto de infanticidio no coincide con el de muerte dada a un infante o sea a la persona menor de siete años, palabra compuesta

de las latinas IN-FANS; que reunidos significan "el que no habla, - porque durante el primer período de la vida no puede o no sabe el - hombre hablar todavía con orden y soltura, (1). Tampoco coincide con lo que en España (2) se llamaba infantes o sean los hijos legítimos de los reyes.

No coincide tampoco con el concepto que nuestro código civil dá en el Art. 26 de infante o niño, todo el que no ha cumplido - siete años.

Cabe agregar, que al referirse el concepto del delito de infanticidio a la posibilidad de perpetrarlo en el momento del nacimiento, el cual se inicia con los dolores fuertes que preceden al alumbramiento, no coincide con el concepto que nuestra ley civil nos dá - del principio de la existencia de las personas, en el Art. 72 del -- mismo código civil que dice: " La existencia legal de toda persona - principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno o que parece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a - la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. La jurisprudencia (3) ha debido acomodarse en este punto al lenguaje de la medicina legal; y así es que si bien en sentido lato tiene por infanticidio la muerte dada a un niño en el seno de su madre o después de su nacimiento, no toma en sentido riguroso esta palabra sino para denotar el homicidio de un niño en el momento de nacer o después de nacido, y aún más propiamente, no el homicidio ejecutado en el niño por cualquier persona sino el cometido por la madre o por los . . .

abuelos maternos, con el fin de ocultar la deshonra.

b) BIEN JURIDICO TUTELADO.- El bien jurídico tutelado es la vida del recién nacido. Y tal como antes lo expresé lo que aquí trata de salvaguardar la norma penal, es la vida de ese nuevo ser a quien la naturaleza dota de ese máximo derecho; que se vé en la desafortunada situación de no disfrutar, de ese bien que todo hombre tiene que es el sagrado derecho de la vida.

La ley dota de protección al hombre desde que sólo es una esperanza de vida, es decir, desde que se encuentra dentro del claustro materno, por medio de la regulación legal contra el aborto, y en el momento del nacimiento y, la subsiguiente existencia hasta los tres días con las disposiciones referentes al infanticidio, siempre que medie el móvil de honor para procurar el aniquilamiento de esa vida que es casi desconocida para el resto de las personas, o poco conocida dentro de las que componen el grupo íntimo familiar; luego en lo que sigue a la existencia de esa nueva persona, le dá la protección que merece conformando las legislaciones las figuras delictuales en que incurrirán los infractores de la norma ético-jurídico- no matarás.

- 
- (1) Diccionario de la Lengua Española: Pag. 746. Real Academia Española. Décima Octava Edición. 1956.
  - (2) Obra antes citada, pag. 746.
  - (3) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Pag. 856. Joaquín Escriche. Editada : Librería Rosa Bouret, París. 1852.

CAPITULO IV  
\*\*\*\*\*

SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO. PARTICIPACION CRIMINAL

a) SUJETO ACTIVO.- En nuestra Legislación Penal, a diferencia de otras que he tenido oportunidad de consultar, el sujeto activo de este delito solamente lo pueden ser: lo.) La propia madre del recién nacido y 2o.) Los abuelos maternos, siempre que la madre del recién nacido sea menor de edad o sea que no haya cumplido dicha madre veintiún años. En otros términos se requiere que ésta se encuentre - bajo la patria potestad de sus padres. En el caso de que sea la propia madre del recién nacido quien cometa el hecho criminal de suprimir la vida de su tierno fruto, nuestro ordenamiento legal no hace ninguna referencia a la edad que pueda tener dicha autora y puede serlo indistintamente una mujer menor o mayor de edad, ya sea esta soltera o casada, legítima o ilegítima, viuda o divorciada.

Es esencial que se trate de una mujer honrada. Al hacer referencia a este requisito que debe reunir la madre, se hace necesario clarificar que no sólo puede serlo la mujer virgen sino que cabe dentro de la hipótesis una mujer que ya hubiese tenido más hijos por lo cual deberá contemplarse en la práctica el caso particular y ya exhaustivamente estudiada la cuestión concluir si se trata de una mujer honrada o no, ateniéndonos al concepto de honra que la mujer ilícitamente fecundada trata de proteger.

En el supuesto del inciso segundo del Art. 363, o sea cuando hace referencia a la participación criminal de los abuelos maternos, la Ley al usar el plural en la tipificación del delito lo hace en atención de que los abuelos maternos, lo sean legítimos, es decir, que se trate de padres legítimos de la madre que dá a luz al recién nacido.

En el caso de que la madre parturienta sea hija ilegítima lógicamente el sujeto activo está limitado a la abuela ya que aún en el supuesto de que la hija que acaba de producir el nacimiento de ese desdichado ser que se aniquila, sea reconocida como hija natural de su padre, el grado de parentesco no llegaría a considerarlo como abuelo materno y menos aún el caso del padre ilegítimo puede considerarse incluido dentro de tal consideración jurídica de sujeto activo.

En la Legislación Argentina, el sujeto activo de infanticidio pueden serlo: a) la madre del recién nacido, b) sus padres c) hermanos, d) marido y e) sus hijos.

El código colombiano abarca como sujeto activo a el que comete el delito para ocultar la deshonra de su madre, descendientes, hija adoptiva o hermana.

La Ley Penal Costarricense considera como sujeto activo del delito de infanticidio además de la madre del recién nacido, a los padres y hermanos de ésta.

El Código Chileno, por su parte y siguiendo una orientación novedosa, comprende indeterminadamente a los ascendientes legítimos o ilegítimos del recién nacido, lo mismo que a la propia madre de éste.

En La Legislación de la República Dominicana, el sujeto activo no está determinado y en el Art. 300 del Código Penal, dice "que el que mata a un recién nacido se hace reo de infanticidio". De manera que dentro de esta Ley tal delito lo puede cometer cualquier persona, ya sea pariente o extraña.

b) SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo única y exclusivamente lo puede ser una -- persona recién nacida, hijo o descendiente del sujeto activo. Por -- recién nacido debe entenderse en el sentido penal al recién parido, -- dado a luz.

En todo caso siendo el infanticidio un delito contra las personas es necesario, según se ha afirmado en el delito de homicidio -- que el sujeto pasivo haya vivido como persona individual, es decir, -- con vida independiente.

La determinación de si ese lapso de vida ha existido y si su duración ha sido relativamente corta; pero no existe duda de su existencia, es un problema que corresponde al campo de la ciencia médico-legal.

Nuestra disposición legal referente al tiempo en que se puede cometer el infanticidio por los sujetos taxativamente mencionados en el Art. 363 distingue dos situaciones: La primera, es en el momento del nacimiento, y la segunda dentro de los tres días siguientes al nacimiento.

En el primer caso, la ciencia moderna (1) ha debido agregar tal terminología para sosegar las eternas disputas surgidas entre los

juristas y los médicos legistas en torno al caso especial de un niño matado en el acto mismo en que nacía y antes de que hubiese salido completamente o hubiese sido totalmente separado del vientre materno.

En tal situación, no puede considerarse nacido, ni considerarse tal hecho como aborto. La disputa realmente tiene sólidas bases, ya que los que sostienen que no puede considerarse el hecho como aborto fundan con justa razón su planteamiento en la base de que biológicamente la vida fetoplacentaria ha cesado a causa de la madurez del feto.

Por otro lado, los sostenedores de que no es un delito de infanticidio, se basan en que el producto destruido por la acción criminal no es realmente la destrucción de una vida, sino que lo que obtiene tal forma delictual, es nada más que el impedimento para adquirir la vida, es decir, la vida extrauterina o mejor dicho, la vida independiente de ese nuevo ser de la madre, que permitió su existencia dependiente fisiológicamente de la de ella.

#### c) PARTICIPACION CRIMINAL

Los terceros que participan en la ejecución del delito de infanticidio no está regulada en el establecimiento del tipo descrito en el Art. 363. Antes de la reforma de 1954, a la disposición legal antes citada, tal situación estaba regulada, si bien es cierto que totalmente en discordia con el tránsito del delito a través de la historia de la humanidad y tal como lo he dejado expuesto al relatarlo hasta fines del siglo XVIII tal delito fue castigado con penas severísimas y, con la supresión del inciso último que contenía dicho ar-

título, en parte ha desaparecido esa apreciación propia de la época en que no había surgido la corriente dulcificadora de la penalidad del infanticidio.

Ahora, ante tal situación y como bien sostiene Carlos Fontán Balestra (2), cuya posición jurídica comparto, de que debemos considerar la figura del infanticidio como AUTÓNOMA, y por tanto transmisibles a los partícipes los efectos de la concurrencia del elemento subjetivo en el autor principal. La anterior doctrina sentada por Carrara y defendida por Soler, adaptándola a la interpretación de nuestro texto legal, que sostiene la aplicación de la figura privilegiada a la cual abonan no solamente razones de humanidad sino un análisis riguroso de la redacción de nuestra ley. En efecto, el propósito de ocultar la deshonra no es una circunstancia o calidad personal sino un elemento de la figura delictiva, un elemento subjetivo del tipo.

De manera que si la participación de sujetos diferentes a los enumerados en el artículo 365 Pn. ya sea en calidad de coautores cómplices o encubridores obedece al móvil subjetivo de colaborar en la ocultación de la deshonra de la madre, su participación necesariamente deberá ser sancionada tomando como base de penalidad la correspondiente al sujeto activo señalado por la ley con quien colaborase, esto es, la correspondiente a la propia madre del recién nacido o la correspondiente a los abuelos maternos. Ahora bien, si la participación de terceros en la comisión de la muerte de un recién nacido no obedece al móvil de ocultar la deshonra de la madre, tal hecho deberá sancionarse si no concurren circunstancias especiales que configuren especies agravadas del homicidio, con la correspondiente

a éste y no simplemente con la del asesinato.

Mi anterior tesis desafortunadamente no está acorde con la sostenida por mi Profesor de Derecho Penal, Doctor Manuel Castro Ramírez hijo, (3) en su Tratado de Derecho Penal Salvadoreño, pues me parece justo que se castigue con la pena correspondiente al tipo genérico - de homicidio, ya que la acción es fundamentalmente la de "matar a otro".

- 
- (1) Carlos Fontán Balestra. "Manual de Derecho Penal", Parte Especial . Pag. 53. Editorial Depalma. Buenos Aires 1951.
  - (2) Obra antes citada, Pag. 58.
  - (3) "Derecho Penal Salvadoreño", pág. 97. Dr. Manuel Castro Ramírez hijo. Universidad Autónoma de El Salvador. 1947.

## CAPITULO V

~~XXXXXXXXXXXX~~

### ELEMENTO OBJETIVO. LA MUERTE DEL RECIEN NACIDO

Preciso es hacer notar que en nuestro sistema legal, no se de termina en que consiste la muerte de una persona, por lo que es necesario atenerse a un concepto doctrinario y decir que la muerte consis te en la cesación de las funciones vitales del organismo, tales, las funciones respiratorias y circulatorias. El anterior concepto no es completo comparado con el concepto médico-legal de la muerte; pero pa ra los fines de la práctica se conviene en aceptar que el límite entre la vida y la muerte está marcado por la cesación de los actos vitales que más visiblemente desaparecen: la circulación y la respiración. Al paro de estas dos grandes funciones indispensables para la vida se les dá el nombre en la ciencia médico-legal de Muerte Somática, y el de muerte molecular a la terminación absoluta de todas las actividades propias del organismo viviente. (1). El elemento objetivo del delito de infanticidio lo constituye la muerte del recién nacido dentro del marco temporal que se extiende desde el momento del nacimiento, hasta los tres días subsiguientes.

Tal determinación de ese lapso obedece al deseo de señalar un tiempo, pasado el cual la ley presume que el sujeto activo no actúa por móviles de honor.

Cuando la muerte es dada al nuevo ser en el momento del nacimiento, tal como antes lo he afirmado, El Derecho Penal considera que aquella vida humana existe biologicamente desde que el nuevo ser alumbró al exterior y la preñez ha terminado y es por ello que tal situación encuadra en el tipo delictivo comentado.

Al comentar la prueba de este delito necesariamente analizaré en forma más amplia el elemento objetivo del Infanticidio; pero es necesario para que dicho elemento se vuelva indubitable, que se compruebe plenamente: 1o.) que el feto había llegado a su completa madurez; 2o.) que nació vivo; 3o.) que era viable, es decir, que hubiera podido vivir de no interponerse el factor que lo impidió y 4o.) por último que su muerte fue provocada por maniobras criminales.

---

(1) Carlos Federico Mora, Medicina Forense. Tomo I. Pág. 51. Tercera Edición. Guatemala, C. A. 1958.

## CAPITULO VI

\*\*\*\*\*

### ELEMENTO SUBJETIVO. EL DOLO ESPECIFICO

Partiendo de que dolo es (1), el propósito de dañar a otra persona injustamente y Dolo malo, la intención astuta y maliciosa que se dirige contra el justo derecho de un tercero, JIMENEZ DE ASUA, (2) sostiene que el dolo con intención ulterior es mal llamado "dolo específico", llamado de esta última manera por los viejos autores y es que lleva en sí una intención calificada a la que los alemanes llaman ABSCHIT; basa el maestro JIMENEZ DE ASUA, su aserto de que no puede hablarse de dolo específico - - - - - porque es imposible construir el dolo genérico ya que todo dolo, al conectarse con la imagen rectora del tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad. El elemento subjetivo que caracteriza típicamente al delito de infanticidio es el fin de salvar el honor, y tal móvil se materializa en la realización dolosa de la conducta típica: matar al infante.

El fin perseguido por el sujeto activo descarta la posibilidad de configurar el infanticidio culposo, pues es conceptualmente incorrecto concluir que los tipos que contienen elementos subjetivos consistentes en la tendencia, finalidad o sentido determinado que ha de normar la realización de la conducta típica, pueden también culposar-

mente integrarse, ya que en dicha tendencia, finalidad o sentido - determinado háyase incluida una específica situación psicológica que solo puede caber en el dolo.

Así pues, la muerte imprudencial del infante deberá tipificarse natural y lógicamente dentro del marco del homicidio culposo.

Como el único móvil para configurar el delito de infanticidio está expresamente determinado por la figura penal vigente en nuestro Código, es dable suponer que tal situación de ocultar la deshonra es propia de una concepción ilegítima por parte de la madre autora. También es lógico deducir, que la idea criminal nace y persiste desde que la mujer está segura del embarazo hasta que se llega al momento - de la materialización de la conducta criminal. Durante ese tiempo, es necesario que exista ocultación del embarazo, pues de lo contrario no podría justificar su conducta para encajarla dentro de la figura especial del infanticidio ya que el conocimiento público de su transformación anatómica, dá publicidad a la ilegítima concepción y destruye el objetivo buscado de ocultación de la deshonra sexual. De manera, que considero que para la plena certeza de que se ha cumplido en el delito estudiado plenamente, con el elemento subjetivo requerido, el agente deberá obrar cautelosamente en la ocultación de la concepción hasta el momento del parto.

- 
- (1) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 567. Joaquín Escriche. París, 1852.
  - (2) La Ley y El Delito. Principios de Derecho Penal. Pág. 393. 2a. Edición. Editorial Hermes. México. Buenos Aires, 1954.

## CAPITULO VII

\*\*\*\*\*

### PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO

El iter criminis es el simple recorrido desde la ideación criminal que nace en la mentalidad humana, hasta el disfrute de los efectos producidos por el delito agotado.

Tal proceso ejecutivo se inicia con la fase interna. Surge en primer lugar la ideación, pues en la mente humana dan nacimiento las variadas ideas, y la idea del crimen aparece entre ellas, encontrando como ambiente propicio el estado anímico o las pasiones actuales del sujeto.

En segundo término, proyectando hacia la consecución del móvil deseado, surge la fase volitiva de la deliberación que es el instante en que acepta la idea, pasando a un momento psicológico de realizar juicio de valores, planeando la forma de ejecución y sopesando el provecho obtenible y la posibilidad de cometer el delito perfecto y burlar así los mandatos jurídicos. Consecuencia de las anteriores apreciaciones hipotéticas realizadas por el agente delictual, llega éste a la fase final dentro de su propio psiquismo y es la Determinación o resolución que después del balance psicológico lo decide a cometer el hecho. Existe en este instante en el sujeto un autoconvencimiento de que debe iniciar los actos exteriores, o sea la materializa

ción de los dictados de esa conducta tan pronto las circunstancias lo permitan. Hasta este momento para el derecho penal la conducta del sujeto está fuera de su alcance, no es punible.

En el caso objeto de este trabajo o sea en el delito de infanticidio no se podría ni siquiera pensar en la punibilidad de la sola idea del delito, pues está por demás decirlo que la fase interna solamente se puede determinar a posteriori, por inducción.

En la fase externa interesa sobre manera la exacta valoración de los actos preparatorios, de los de ejecución y consumación del delito, que vienen a demostrar la actualización de la conducta objetivizada en la norma jurídica creada por el Legislador como delito.

En sí, los simples actos preparatorios de ser naturalmente comprobados, arrojarían un buen índice subjetivo de la peligrosidad del agente, importante para la rama de política criminal. Referido a grandes rasgos el camino recorrido por el delito y aplicando especialmente tales concepciones al presente trabajo nos encontramos con que la fase interna puede surgir: desde el momento en que la mujer, y cuando ella sola es sujeto activo del delito, tiene pleno convencimiento que debido a sus relaciones sexuales clandestinas ha sido fecundada hasta la época en que por la transformación temporal de su cuerpo debido al embarazo, el hecho se vuelve notorio para todas las demás personas.

En el supuesto que los autores del delito sean los abuelos maternos, la fase interna tiene como punto de partida el momento preciso en que se dan cuenta del embarazo o si este les ha sido total--

mente ocultado, si tal cosa sucede en el momento del parto, será ese en el que de principio la idea criminal de cometer la muerte del que en ese instante nace para ocultar la deshonra de su hija. Puede suceder también que no estando los abuelos maternos en la ocasión precisa del alumbramiento, al tener ante sus ojos la criatura dentro de los tres días de nacido, se resuelvan por su extinción con el fin - apuntado de salvar el honor familiar.

Cuando es la propia madre la que comete el delito ; llegada la época en que ya le es imposible, sin uso de artificios o prendas íntimas especiales la ocultación del embarazo a terceros, es donde comienza la fase externa de la ocultación del embarazo, que dicho sea de paso tampoco es punible; pero si es necesario para que su conducta posterior en la consumación del hecho sea aplicable al tipo especial del infanticidio.

Creo necesario recalcar que los abuelos maternos para ser considerados como autores de infanticidio pueden encontrarse en dos situaciones con respecto al embarazo de la hija; a) que desconozcan dicho estado y b) que conociéndolo colaboren a su ocultación. Ante estos casos, tales actos preparatorios escapan a la sanción penal.

La estructura del tipo de infanticidio es la de dar muerte a una persona en el momento del nacimiento o dentro de los tres días siguientes por la propia madre o por los abuelos maternos para ocultar la deshonra.

Logicamente el hecho se consuma con la muerte dada al recién nacido, llenándose los requisitos referentes a los autores y al

móvil de ocultar la deshonra siempre que tal hecho se consume dentro de ese marco temporal de tres días.

Puede darse en él los casos de que el hecho quede en grado de tentativa o de frustración.

Habría tentativa de infanticidio cuando el sujeto activo dá principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento, por ejemplo que dicho agente en el instante en que levanta un objeto contundente para dejarlo caer sobre el cuerpo del recién nacido es obstaculizado por un tercero que casualmente llega al lugar secreto del nacimiento, etc.

Existe delito frustrado de infanticidio cuando los actos ejecutados por el agente con la intención de cometerlo, habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente, tal sería el caso en que el infante sea abandonado en un sitio previamente escogido al efecto y dejándole sin ligar el cordón umbilical para que muera y éste es descubierto por un perito en medicina que se encuentra disfrutando en el bosque de su deporte de cacería, y éste lo salva.

El delito de infanticidio puede ser cometido por comisión o por omisión. Dentro de la primera forma, caben todas las maneras imaginables de causar la muerte de una persona.

El infanticidio por omisión puede realizarse por falta de ligamento del cordón umbilical, en la cual muere el infante, debido a

la hemorragia sufrida, la inanición o sea la forma de muerte por privación de alimentos; la asfixia por omisión puede darse en el caso de que debido a que las fosas nasales y la boca del recién nacido se encuentren obstruidas, no le sean limpiadas oportunamente, lo mismo que la exposición o cambios climáticos bruscos, el abandono del infante, etc.

También suele acontecer que el niño nazca muerto o no sea viable y el autor ejecuta todos los actos necesarios para causar su muerte pero ante tal situación por la inexistencia de objeto el delito se vuelve imposible.

CAPITULO VIII  
\*\*\*\*\*

CONCURSO DE DELITOS

La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina concurso real que puede ser simultáneo o sucesivo (en este último caso es cuando suele llamarse reiteración). En verdad, el concurso real, tiene escasa importancia en la teoría del delito y su importancia radica en la doctrina de la pena. (1). Al respecto las consecuencias del concurso pueden resolverse conforme a tres sistemas: a) Acumulación material o matemática (quod delicto tot poena), b) Régimen de absorción (Poena major absorbet minorem) y c) acumulación jurídica, que es la preferible. (2).

Puede presentarse el caso de lesiones en el infante y la frustración o tentativa del delito de infanticidio. Lo mismo que lesiones en la madre parturienta e infanticidio.

Considero necesario aclarar que no puede concurrir delito de aborto con infanticidio pues el primero carece de objeto cuando empieza el momento del parto o sea que el feto que ha llegado a su madurez y comienza a salir del claustro materno deja de ser feto y se convierte en infante.

---

(1) Luis Jiménez de Azúa. La Ley y el Delito. Principios de Derecho

Penal. Pag. 572. Segunda Edición. Editorial Hermes. México.  
Buenos Aires. 1954.

- (2) Obra antes citada, Pag. 573.

## CAPITULO IX \*\*\*\*\*

### PRUEBA DEL DELITO

#### a) PENALIDAD.

Se trata de examinar en esta oportunidad el último elemento del delito: La Penalidad. En el delito de infanticidio, la ley, a consecuencia de tratarse de una situación anormal porpone una culpabilidad atenuada. Nuestro Código Penal en el Art. 1o. define que es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley.

Tal concepción legal de delito faculta al comentarista para afirmar como elemento final del delito su respectiva penalidad y tal como sostiene Jiménez de Asúa (1), "La Punibilidad es el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena".

Nuestro Código Penal en el Art. 363 castiga el delito de infanticidio cuando es cometida por la madre, con tres años de prisión mayor, y cuando es cometido por los abuelos maternos con cinco años de presidio.

La razón de la diferencia de penalidad en los distintos sujetos activos estriba en consideraciones tenidas en cuenta por el legislador referentes a razones humanitarias personales. Vale al respecto

exponer, que cuando la propia madre da muerte a su tierno hijo con el fin de salvar su honra es inducida por el justo dolor que le causa - ver en el hijo el recuerdo de los momentos más vergonzosos de su vida o sea para el caso el recuerdo del horrible episodio de la violencia sufrida.

Autores, como Carlos Binding, al defender la licitud del infanticidio esgrimen como principal argumento, que es injusta la exigencia del Derecho que la mujer soporta el fruto de su deshonor sexual y considera muy humano la conducta que culmina con la destrucción de ese fruto.

En cambio la situación de los abuelos maternos que cometan infanticidio, en el fondo lo hacen con el fin de salvar el honor familiar.

Se puede concluir que la ley es aún más benigna en el castigo dado a la propia madre ya que esta se encuentra en una situación mayor de angustia que los ascendientes maternos del infante, pues en ella se individualiza la deshonor, cuya ocultación es la "Ratio essendi" del delito en examen. De manera que el honor personal es más imperativo que el honor familiar.

El honor familiar se puede proteger de variadas maneras, tal sería la acción de repudiar dada al pariente que lo pone en entredicho, en cambio debe reconocerse que la madre no solo teme al deshonor originado de las censuras, humillaciones y vejaciones de los extraños sino también a las posibles duras represiones de sus propios familiares.

En cuanto a la penalidad correspondiente a los demás partíci

pos en la comisión del delito de infanticidio, deben tenerse presentes las reglas generales dadas en el libro Primero del Código Penal - (2), con base en que el infanticidio constituye una figura autónoma é integra un tipo penal de perfiles precisos diferenciados caracteres y en ella no esta considerada en forma expresa la participación de terceros o sea sujetos diversos a los mencionados en el artículo 363, tal sería el caso en que la madre recurre a un amigo para que ejecute la muerte del recién nacido, en este especial caso la madre responde como coautora del delito.

#### b) PRUEBA DEL DELITO

El delito de infanticidio es un delito eminentemente doloso y no cabría la configuración del mismo en forma culposa, pues la culpa es incompatible con el ánimo de ocultar la deshonra. Es necesario comprobar con el auxilio de la medicina legal, que el sujeto pasivo o sea el recién nacido, ha tenido vida, si es ejecutada después del nacimiento; y si era viable, si su destrucción se produce en el momento del nacimiento, cuando aún no ha adquirido anatómicamente, vida independiente de la madre, ya que tal presupuesta al faltar, hace desaparecer la figura delictiva por falta de objeto.

¿Cuales medios probatorios demuestran la responsabilidad de influencia del sujeto activo?, yo creo que en atención a la anterior interrogante debe considerarse primeramente, la confesión del agente del delito, luego, la prueba histórica del hecho o sea las narraciones de testigos y la prueba deducida de las presunciones.

El cuerpo del delito de infanticidio se comprueba en primer

término por el reconocimiento del cadáver por los peritos.

Es aquí donde la prueba de la existencia de vida en el cadáver del recién nacido constituye materia del campo científico médico legal. Para saber si un niño ha vivido hay que atender a la función que indica el comienzo de la vida: la respiratoria. Se averiguará pues si el niño respiró o no, utilizando para ello "Las pruebas de la vida" o "Docimasia pulmonar", la más antiguamente conocida es la Hidrostática, fundada en el hecho de que el pulmón que ha respirado contiene aire y por consiguiente sobrenada si se le coloca en el agua.

Para practicar la prueba de la docimasia pulmonar hidrostática basta con echar en un recipiente lleno de agua los dos pulmones, en orden sucesivo y con ellos la laringe, la tráquea y los bronquios: si todo este conjunto se va al fondo, indicando que la primera prueba ha sido negativa, se separan los dos pulmones y se les coloca en el agua separadamente: si no flotan si no que se sumergen es que la segunda prueba ha sido negativa y entonces se pasa a la tercera que consiste en recortar fragmentos de pulmón y, poniéndolos aisladamente dentro del agua, ver si se hunden. En caso de que así sea se tendrá la demostración de que no hay ni siquiera un poco de aire en alguna parte del pulmón porque no hubo ningún movimiento respiratorio. Todavía se aconseja practicar una cuarta prueba, por si algunos alveolos pulmonares hubieran guardado una mínima cantidad de aire: dicha prueba consiste en estrujar dentro del agua pequeños pedazos de pulmón para tratar de expulsar el poco de aire que exista y que, al desprenderse, formará algunas burbujas en la superficie.

A esta prueba de la docimasia, tan vieja y tan sencilla, se le han hecho serias objeciones hasta el extremo de que el profesor Haberda, de Viena, escribió un artículo con este acápite: "No más docimasia hidrostática". Unger y otros autores comprobaron que el aire puede desaparecer del pulmón de un recién nacido, induciendo tal desaparición a creer que no respiró; más frecuente es todavía que la presencia de gases de putrefacción permita la flotación del pulmón aunque no haya respirado. Es verdad que para eliminar esta causa de error existe la "docimasia química", de Balthazard y Lebrun, consistente en practicar el análisis químico de los gases que se encuentran en el pulmón y ver si se trata de aire atmosférico o de productos gaseosos de la putrefacción; pero este procedimiento, sobre ser de difícil aplicación en la práctica, no es enteramente seguro porque muy bien puede darse el caso de que en el pulmón se encuentren las dos clases, es decir, el aire y los productos de la descomposición cadavérica.

Solamente cuando se puede descartar toda causa de error, por que el examen se hace en un pulmón fresco, la docimasia hidrostática es positiva (porque el pulmón sobrenada) y hasta los fragmentos aislados se mantienen sobre la superficie del agua, se puede considerar esta docimasia como una buena prueba; pero si su resultado es negativo, las conclusiones no pueden ser tan categóricas, porque el aire cuando se encuentra en pequeña cantidad es expulsado de los pulmones después de la muerte o puede serlo y porque el pulmón puesto en el agua para la prueba, se hunde cuando es muy poco el aire contenido,

porque conserva todavía mayor densidad que dicho líquido. En tales condiciones la prueba es negativa no obstante haber habido movimientos respiratorios por algunos momentos.

Se habla también de una docimasia "óptica" a la que nosotros no le concedemos más importancia que la de ser una fase preliminar del examen. Se refiere a la inspección visual del tórax y los pulmones al hacer la autopsia. En el niño que nace muerto los pulmones están situados muy profundamente, en la parte posterior del pecho, y apenas puede verse en la parte anterior una mínima porción que no se presta a un examen satisfactorio. El diafragma está muy alto (al nivel del 3er. espacio intercostal). Lo que sí puede discernirse bien en algunos casos es que, cuando no ha habido respiración, el color de la superficie pulmonar es rojo púrpura, oscuro, y la consistencia es blanda, mientras que en el niño que respiró, los pulmones están distendidos por el aire y pueden apreciarse bien en cuanto se abre el tórax; su consistencia es fofa, su color anaranjado pálido. El diafragma llega hasta el 4o. ó 5o. espacio intercostal. Como se ve, esta diferencia de aspectos puede servir de orientación inicial; pero sus datos no son tan seguros como para que se les dé todo el crédito que se puede prestar a una buena prueba.

Mucho más concluyente es la docimasia "histológica", o sea el examen microscópico de fragmentos de tejido pulmonar que se toma en el momento de la autopsia y se preparan de acuerdo con las técnicas de laboratorio. Esta prueba tiene la ventaja adicional de que las preparaciones histológicas son piezas de convicción que se pueden conservar, por sí ordenan nuevas peritaciones, y que por otra parte -

revelan la existencia de enfermedades de los órganos respiratorios, posibles en el feto, que podrían alterar o haber alterado las conclusiones de la docimasia hidrostática. Hay que decir, sin embargo, que conforme se adquiere mayor experiencia en los exámenes microscópicos del pulmón para inquirir si el recién nacido tuvo "vida separada" (como es más correcto llamarle) más reticencia se tiene para presentar conclusiones categóricas, porque se van conociendo más y más causas de un posible error. Keith Simpson que es una de las más altas autoridades médico-forenses en Inglaterra, declara en una exhaustiva monografía sobre "Aspectos Médicos-forenses de la mortalidad y de la muerte del recién nacido" que la "autopsia, completada por el examen microscópico del pulmón ofrece cada vez más dificultades para el patólogo honrado (honest pathologist) y afirma que la estructura de los alveolos no cambia subitamente por el hecho de nacer y efectuar algunas inspiraciones, sino que pasa por una transición gradual desde la constitución sólida y compacta, propia del feto, hasta el aspecto típico de los elementos bronquio alveolares que corresponde al niño que tuvo una existencia separada. Shapiro, por su parte, ha publicado microfotografías en las que se pueden ver como se confunden las imágenes del pulmón que recibió cierta cantidad de aire con las del pulmón fetal en plena madurez intrauterina. Por último, Osborn, con gran acopio de datos, hace ver que la "lucha por respirar" es un proceso mucho más complicado que lo que se creía antiguamente y aconseja que el acucioso estudio de la histología del tejido pulmonar se proponga, no solamente establecer si el recién nacido respiró, sino también si

había motivos para que no pudiera llevar una existencia separada y estos fueron los que precipitaron la muerte.

El estado de putrefacción de los pulmones, que se hace inservible la prueba de la docimasia hidrostática porque permite que el pulmón flote como si contuviera aire, no es óbice para el examen histológico, mediante el cual se puede saber si el gas que existe en el tejido pulmonar está en el interior de los alveolos, indicando que hubo respiración, o si está infiltrado en toda la trama de sosten de los pequeños elementos respiratorios, produciendo grandes pérdidas de sustancia (grandes en el sentido microscópico, por supuesto).

Las pruebas secundarias de docimasia, como la de Breslau o gastro intestinal y la de Wreden-Wendt o auricular son tan poco seguras que ya no se emplean sino por curiosidad. La misma docimasia hidrostática no debe ser utilizada sino cuando no se cuenta con la colaboración de un laboratorio de patología y sus resultados deben comunicarse con reservas. Sólo el examen histológico múltiple, la observación de los cambios que en el organismo ocasiona la respiración independiente y la "lucha por respirar" y la justipreciación clínica de todos los datos que puedan ser obtenidos, dentro y fuera del laboratorio, pueden poner al experto en condiciones de ser afirmativo cuando se tiene apoyo para serlo.

Tiene que definirse también si el niño era viable. Para resolver esta cuestión hay que atender en primer término a la edad o grado de madurez porque, aunque el niño puede vivir a pesar de ser parido antes de tiempo, las posibilidades de supervivencia tienen sus

límites y el feto no puede ser viable mientras no los alcance. Las legislaciones anglosajonas, atendiendo a que habrá casos en los que será más fácil calcular la viabilidad por la duración del embarazo que por el examen post mortem de los restos del feto, prescriben que debe declararse "viable" al que haya llegado a las veintiocho semanas de la gestación, con tal que su peso no baje de 1.200 grs.

Los signos que permiten presumir que el niño ya había llegado al límite prescrito dependen, en primer lugar, de las dimensiones (tamaño, peso diámetro de la cabeza) y, en segundo, de ciertas características de la evolución que aparecen a diversas edades. No sería necesario enumerar aquí todos los signos que el médico legista debe tener a la vista cuando le hagan falta, mejor que conservarlos en la memoria; pero haciendo una somera descripción del recién nacido "a término" habremos hecho una reseña de los principales.

**SIGNOS DE MADUREZ.** El tamaño y el peso son los signos más seguros no obstante el gran margen de variaciones individuales que pueden haber: el niño "de tiempo" mide, por término medio, 50 cms, de largo y pesa 3.500 grs. Es imposible citar las cifras extremas que corresponden a estos promedios, pero las que se deducen de diferentes estadísticas, no muy concordantes entre si, son las siguientes: de 46 a 52 cms. para el largo y de 2.000 a 5000 grs. para el peso. Issmer, fundándose en la observación de 12.000 casos ha podido afirmar que las cifras correspondientes a la estatura son mucho más constantes que las del peso, de tal modo que es a las primeras a las que se debe atender de preferencia cuando hay dimensiones extraordinarias.

Otras medidas que también pueden tomarse en cuenta son las de la cabeza: la circunferencia del cráneo que es de 34 a 35 cms.; el diámetro longitudinal, de 10 a 10.8 cms. el diámetro transversal, de 8.3 a 8.5; el diámetro diagonal, de 12 a 12.6 cms.

El niño de tiempo presenta, asimismo los siguientes caracteres: los cabellos miden hasta 2 cms. de largo; las uñas sobrepasan un poco la pulpa de los dedos de la mano y llegan hasta su borde en los dedos de los pies; el ombligo llega hasta la mitad del cuerpo, estando un poco más abajo en los meses precedentes; en los varones, el testículo se encuentra ya en las bolsas y en las hembras los grandes labios cubren por completo el orificio vaginal. Signos muy importantes que encuentran al hacer la autopsia son los "puntos de osificación" o condensaciones de tejido óseo, focos iniciales desde donde lo que en el feto es cartílago comienza a convertirse en hueso. En el niño de tiempo el punto de osificación más importante es el de Beclard que es ta situado en la extremidad inferior del fémur, en el sitio en que la epífisis se junta con la "diáfisis" del hueso.

Deben tenerse presentes, también, los cambios más notorios que ocurren inmediatamente después del nacimiento, para poder indicar si el cadáver de un recién nacido que ya muestra las señales de la madurez vivió algún tiempo después del nacimiento o si ya estaba muerto al ser expulsado. Para esto, existen, en primer término, los datos proporcionados por la docimasia a los que ya nos hemos referido; pero hay también algunos otros detalles que conviene mencionar. Por ejemplo; el Meconio como se llama al excremento del feto es evacuado

después del nacimiento y desaparece por completo en término de 24 a 48 horas; algunos glóbulos rojos de la sangre fetal tiene núcleo, pero esas "células nucleadas" que principalmente se encuentran en el hígado del feto, desaparecen en 24 horas, los riñones comienzan a formar un depósito de sales úricas desde el 2o. día de la vida extrauterina; dicho depósito, de color anaranjado y figura de abanico, desaparece al 4o. día, cuando se establece el metabolismo propio del niño, En fin el pedazo de cordón umbilical que queda adherido al niño comienza a desecarse inmediatamente después del nacimiento y cae, por regla general, entre el 6o. y el 10o. día.

VIABILIDAD. El niño puede haber nacido vivo, pero estar designado a perecer por falta de capacidad para vivir, dependiente de alguna de las circunstancias que siguen: inmadurez, ya que el feto menor de 28 semanas no es viable sino por una excepción que no puede ser tomada en cuenta; presencia de anomalías, deformidades, enfermedades de órganos esenciales para la vida, porque esos niños, que muy a menudo pertenecen a la categoría de los monstruos, acaban siempre por sucumbir, aunque pueden vivir algunos días, pero no más.

Entre las deformidades incompatibles con la vida se encuentran; la ausencia de la cabeza o del corazón, del cerebro o de todo el cráneo; la atresia, u oclusión, del esófago, del intestino grueso, de las vías biliares; la comunicación entre el esófago y las vías respiratorias; la exteriorización de los órganos abdominales (ectopía visceral) la "neumonía alba" o compactación blanca de los pulmones; los grandes quistes del riñón; las grandes hernias del cerebro (encéfalocele); la ausencia del tabique que separa las dos aurículas

o los dos ventrículos del corazón.

Como queda dicho, casi todos los autores están de acuerdo en considerar que puede haber infanticidio aunque el recién nacido no sea viable, desde el momento en que existe el criminal designio de suprimirlo. Es decir que si se ejerce violencia sobre ese recién nacido con el propósito de suprimirlo, no se puede alegar en descargo del infanticida que la víctima había venido al mundo con alguna anomalía que le imposibilitaba la sobrevivencia y que, de consiguiente, se hubiera muerto aún en el caso de que no lo mataran: sólo en el caso de que no existieran tales anomalías, sino que el niño fuera sano y viable, pero que hubiera sucumbido antes del atentado criminal por circunstancias fortuitas, se podrá alegar el "crimen imposible". También tiene importancia establecer la viabilidad para fines conexos con el Derecho Civil y para reconocer una atenuación de la culpa cuando una mujer, hallándose en el estado de desequilibrio psíquico que sigue al parto se sintiera exacerbada en su afectividad por la vista del monstruo al que había dado vida.

Después de establecer en el cadáver del niño que éste era viable y que hubo supervivencia, es preciso averiguar las causas de la muerte y saber si estas fueron naturales o violentas.

La muerte del feto puede ocurrir antes del nacimiento en una época más o menos próxima a la expulsión. La muerte violenta en el seno de la madre se consuma introduciendo un arma en el seno de la embarazada para herir el feto pudiendo la madre no ser lesionada de gravedad o golpeando el abdomen de la mujer encinta hasta ocasionar

lesiones de los órganos fetales. La muerte por accidente es la que tiene lugar cuando la madre sufre alguna caída o algún choque cuyo resultado es la muerte del niño, en los raros casos en que su integridad física es gravemente afectada.

Muchas veces el niño que muere en el vientre materno no es expulsado inmediatamente sino permanece algún tiempo alojado en la matriz en donde sufre cambios que no son, precisamente, putrefactivo sino "Maceración" que es la transformación especial del feto manifestada, a grosso modo, por el desprendimiento de la piel y la producción de un líquido sanguinolento que impregna todos los órganos con su color rojizo y se acumula en las cavidades y por la separación de los huesos del craneo que permite a la bóveda craneana deshacerse y quedar convertida en una especie de bolsón. Cuando estos fetos macerados tienen que esperar su expulsión por mucho tiempo sufren una transformación grasosa o lipóide o adquieren una consistencia muy dura, como de piedra (litopedión). Una persona inexperimentada puede imaginarse que esos fetos macerados deben su aspecto a quemaduras, compresiones o enfermedades, o llegan a creer que el estado del cráneo, fracturado en muchos pedazos, obedece a alguna violencia.

Durante el parto está el niño más expuesto a morir, sobre todo si se trata de un parto clandestino en el que no es posible tomar medidas para salvarlo de los peligros que trae consigo una expulsión difícil. Pueden citarse entre las causas de muerte que se presentan en esos momentos del parto: la interrupción de la circulación placentaria; la compresión de la cabeza del feto; los traumas obstétricos; la hemo-

rragia del cordón umbilical.

a) OBSTACULO A LA CIRCULACION PLACENTARIA: antes de que el niño haya comenzado a introducir en sus pulmones el aire atmosférico recibe el oxígeno que necesita para sus combustiones orgánicas y devuelve el ácido carbónico que se produce en las mismas, por medio de la sangre materna que le llega a través del cordón umbilical. Ahora bien: si por cualquier circunstancia se interrumpe el aporte de sangre en el momento del parto y cuando el niño no se halla todavía en contacto con el aire exterior, ya sea porque el cordón es comprimido, ya porque la placenta se desprende antes de tiempo o ya porque la matriz se contrae con tal fuerza que no deja circular la sangre, el niño privado de oxígeno tendrá que poner en juego intempestivamente sus pulmones, al hacerlo les introducirá por succión los líquidos que se encuentran ahí mismo (sangre, meconio mezclado con orina), de donde resultará una verdadera asfixia o sumersión fetal, lo cual equivale a decir que el niño se ahoga antes de nacer.

Al practicarle la autopsia se encontrarán todos los síntomas de la asfixia por sumersión, tal como en un individuo que hubiese caído al agua, pero con mucho menos absorción de líquidos, por que en este caso los movimientos respiratorios no son tan enérgicos como en las personas mayores. Se descubrirán además en la boca, la laringe, la tráquea, los bronquios, el estómago y los intestinos, los mencionados líquidos que habrán logrado penetrar hasta ahí. Esta circunstancia, entre otras, permitirá decir que la asfixia no fue debida a acción criminal, como podría hacerlo creer un examen menos atento.

b) COMPRESION DE LA CABEZA: en el camino bordeado de huesos que el naciente recorre antes de salir a luz está expuesta su cabeza a fuertes compresiones que, normalmente, son soportadas gracias a que los huesos se juntan unos contra otros hasta donde es posible, para reducir el volumen total. Pero si la compresión excede los límites soportables, por ser la cabeza muy grande o muy rígida, por ser la pelvis muy estrecha o porque la posición relativa de la cabeza y de la pelvis sea muy inconveniente, pueden producirse graves trastornos y aún la muerte del naciente. Esta puede ser debida a que la compresión dificulta los movimientos cardíacos; entonces el niño tiene que respirar extemporáneamente por la falta de oxígeno, asfixiándose como en el caso anterior; a que se rompan algunos vasos intracraneenos y sobrevenga a la muerte por hemorragia cerebromeningea, o a que se produzcan grandes fracturas de los huesos del cráneo.

Para distinguir si tales fracturas fueron debidas a la compresión o, por el contrario, a golpes homicidas, debe observarse si se encuentra en el lugar en que generalmente se ejercen las compresiones; si recuerdan la forma de los huesos maternos que han sido los compresores (impresiones en forma de cuchara) o si se ven vestigios de una gran compresión ejercida en varios puntos a la vez. En ausencia de tales signos habrá que poner muy en duda el carácter no violento, no traumático de las fracturas.

La misma compresión hace que se forme en el cuero cabelludo y en el sitio más comprimido un depósito de sangre coagulada, de bastante espesor, que se denomina "bolsa serosanguínea" y que en casos -

de compresión excesiva pueden alcanzar tal volumen que hasta parezca una segunda cabeza (caput succedaneum). Esta bolsa permite saber cual es la región del craneo más expuesta a compresión y, como consecuencia, en que postura nació el niño. Sirve también para apreciar con aproximación cuanto tiempo duró el parto y así explicarse, en caso de que haya sido muy prolongado, por que sucumbió el niño

c) TRAUMATISMO OBSTETRICO: además de las compresiones sufridas por la cabeza fetal, a que se refiere el párrafo precedente el recién nacido puede recibir otros traumas tales como: fracturas de las extremidades, ruptura del higado producidas por haberse flexionado con mucha fuerza el cuerpecito del naciente, desgarraduras de la feringe hechas por el partero o por alguna otra persona que, en un niño que se esta asfixiando, quiera sacarle con el dedo las flemas que tenga en la garganta.

d) HEMORRAGIA DEL CORDON UMBILICAL: antiguamente se consideraba que esta causa era muy común pero en realidad, lo es mucho menos que las anteriormente mencionadas. Puede producirse por mala ligadura del cordón que, como se sabe, debe ser seccionado después del parto y atado en su extremo placentario; pero también puede ser debido a que no se liga el cordón. A veces la hemorragia se produce pocos momentos después del parto o algún tiempo más tarde, siendo mucho más sospechosa la muerte en este último caso, puede ser, en fin, que la hemorragia se deba a una manera especial de insertarse al cordón (inserción velamentosa) que se llama así porque el cordón va unido al cuerpo del feto por una especie de tela o membrana, la cual al rasgar

se da origen a la hemorragia. Después del parto puede haber muerte natural por falta de madurez o por miseria fisiológica del recién nacido que le impide soportar sin malas consecuencias el primer impacto del mundo exterior. Puede haberla también como se ha dicho, por hemorragia tardía del cordón, mucho más rara que la hemorragia precoz o inmediata, aunque el cordón no esté ligado. Así pues, para admitir que la hemorragia tardía ha causado la muerte no basta que se nos presente un cordón sin ligar, sino que deben descubrirse en el cadáver los signos generales de la muerte por "anemia aguda" y calcularse si fuere posible la cantidad de sangre derramada, teniendo en cuenta que en el recién nacido pueda ocurrir la muerte con una pérdida de apenas cien gramos de sangre, porque esos cien gramos representan la mitad de la masa de sangre circulante. En niños hemofílicos puede suceder que al caer el ombligo se produzca un derrame de sangre tan abundante que causa la muerte.

"La muerte violenta accidental" se observa sobre todo en el parto por sorpresa y en la sumersión que acaece pocos momentos después del nacimiento.

**PARTO POR SORPRESA** es el que sobreviene sin síntomas precursores, cuando la mujer menos se lo espera y con tal rapidez que no da tiempo a la parturienta para tomar una postura adecuada en el momento de dar a luz (advirtiéndose que no sabe todavía a que puede llamarse una "postura adecuada", pues la que generalmente se adopta en los países civilizados no parece serlo mucho).

El parto por sorpresa ocurre estando la mujer de pié, senta-

da, arrodillada o en cuclillas. Algunas veces yendo por la calle, siente la mujer un súbito desprendimiento y el niño cae al suelo con todo y placenta, o queda suspendido de ésta por medio del cordón, si es que el cordón no se revienta. Otras veces, las más frecuentes, en el momento en que la madre orina o defeca o cuando se prepara a hacerlo, tomando como desecho lo que no es sino anuncio del parto cae el niño en el inodoro o la bacinica y hasta puede ahogarse si hay agua en el recipiente. También se verifica el parto por sorpresa al hacer un esfuerzo, bajar de un vehículo, meterse a la cama, levantar un objeto pesado o estornudar violentamente.

Como consecuencia de un parto semejante queda en peligro la vida del niño, ya sea porque al nacer choca su cabeza contra un objeto resistente, ya porque se ahoga o ya porque la ruptura del cordón da origen a una gran hemorragia. Se ha discutido mucho sobre si es posible que el cordón se reviente con solo el peso del niño; pero en la actualidad ya es cosa probada que tal ruptura es posible; en efecto, cuando el niño es expelido con mucha fuerza, porque entonces el impulso expulsivo se suma al peso intrínseco, máxime si la proyección tiene lugar desde una altura que exceda a la longitud normal del cordón (50 cms.) tales son, justamente las condiciones cuando una mujer se halla de pie en el momento de dar a luz o cuando está sentada en una letrina muy profunda, como son los "excusados" que todavía se usan en muchos pueblos y comunidades rurales.

Cuando en un parto por sorpresa se quiere establecer si la parturienta dice la verdad o si está mintiendo, hay que atenerse a

a los siguientes datos: cómo son las lesiones situadas en la cabeza del feto; si el cordón está adherido a la placenta o reventado, en vez de haber sido cortado con un instrumento filoso (cuando el cordón es recortado su extremidad libre presenta un corte bien hecho, mientras que si se reventó, dicha extremidad muestra colgajos o tiras irregulares y como "mascadas") si el niño es de escaso tamaño y si la mujer ha dado a luz varias veces anteriormente; si la pelvis tiene bastante capacidad para el tamaño del niño. Habrá que poner atención también en la forma y demás detalles del lugar donde aconteció el parto sorpresivo y si se trata de una letrina comprobar que la abertura de esta tiene mayor diámetro que la cabeza del feto y que se descubren manchas de sangre ahí mismo, porque si no se les encuentra en el supuesto teatro de la sorpresa y en cambio se descubren en el cuarto de la mujer o en lugar distante del retrete, puede alegarse que pueda haber ocurrido un parto precipitado.

La sumersión postnatal puede ocurrir cuando por descuido se abandona al niño, inmediatamente después de su naciencia, en un recipiente con agua. También puede haber asfixia accidental cuando el niño nace "enzurronado", es decir envuelto completamente por la membrana, o cuando estas se le aplican sobre la boca o la nariz, de manera casual, impidiéndole respirar. Finalmente el niño puede ser asfixiado a raíz del nacimiento porque lo dejan en el mismo lecho de la madre y ésta lo cubre con su cuerpo durante el sueño.

La muerte intencional se comete por omisión o por acción directa. Esta última puede consistir en lesiones traumáticas o en as-

fixia criminalmente provocada.

Las lesiones que mas comunmente se encuentran son las de la cabeza, sobre la cual se han asestado golpes con un instrumento cualquiera o que ha sido sometada contra un plano resistente, tomando al niño por los pies o simplemente empuñando la cabecita y golpeando con ella. También pueden ser causadas al arrojar al niño desde una altura. Las fracturas de los huesos del cráneo que resultan de estas violencias tienen la particularidad que no van más alla del hueso que las recibe, porque la separación ósea es bastante grande en el cráneo infantil y además los huesos son muy movibles y tienen bastante elasticidad. El parietal es, por lo común, el más expuesto, la fractura sigue la dirección de sus radiaciones que convergen hacia la "eminencia parietal" pudiendo confundirse con las fracturas causadas por la compresión durante el parto.

Es mucho más raro observar lesiones de otras clases: fracturas de la columna cervical debidas a que se lo ha torcido el cuello al nene como se hace con las gallinas para sacrificarlas; fracturas de la costilla y de los huesos de las extremidades; heridas causadas con un cuchillo o con tijeras; clavos o alfileres introducidos en los ojos por madres que son presa de una locura puerperal; contusiones internas, resultantes de que se han parado o sentado sobre el niño, ocasionándole rupturas del higado que en el feto es muy vulnerable por su gran tamaño y por su posición.

Cuando se abandona a la intemperie el cadáver de un mortinato y esto ocurre con frecuencia entre nosotros, por evitarse las mo-

lestias de la declaración y del entuerro se encuentra en él numerosas lesiones inferidas por los zopilotes, los perros, las ratas y otros animales carnívoros. Si no se examina con cuidado pueda suponerse que estas lesiones fueron las que originaron la muerte y que las produjo un ser humano; pero es fácil desvanecer el error ateniéndose a los síntomas que en otra parte quedan explicados.

La muerte por asfixia es la manera más usual del infanticidio, por que la debilidad del recién nacido permite que se le suprima la respiración sin mayor esfuerzo y generalmente el infanticida se imagina que su acción incruenta pasará inadvertida. La asfixia se produce por: estrangulación con las manos, con un pañuelo, con un chal, etc por introducción de una bola de trapos que se hace penetrar hasta la garganta o simplemente, de una mano que se aplica contra la bóveda palatina; por ahorcamiento, es decir, pasando una gasa alrededor del cuello y suspendiendo al niño; por oclusión de los orificios bucal y nasal, realizada con las manos, con una almohada, un trapo o un pedazo de papel cualquiera; por compresión del tórax, hecha con las manos o sentándose sobre la víctima, o bien colocándole un peso encima del pecho para que no pueda respirar; por sumersión, ya sea en el agua, en las letrinas o en el lodo y, en fin, por sumersión en medio sólido, al enterrarlo vivo. En todos estos casos la autopsia permite identificar los conocidos signos de la muerte por asfixia y permite tambien revelar algunas señas particulares, como son las excoriaciones producidas en el cielo de la boca al introducir la mano, los rasguños causados en la cara al obstruir la nariz. etc.

INFANTICIDIO POR OMISION. El recién nacido es un ser que no puede subsistir sin ayuda de extraños; basta, pues con que se le prive de los cuidados indispensables para que le sobrevenga la muerte, si no se liga el cordón umbilical; si habiendo nacido envuelto en las membranas fetales se le deja entre ellas; si viene al mundo en estado de muerte aparente y no se hacen diligencias para reanimarlo; si no se le protege contra la acción de la temperatura exterior; si se le deja en una postura que no le permite respirar o si no se le extraen las mucosidades que tenga en la rinofaringe, puede morir rápidamente.

Lo difícil en estos casos es establecer la verdad de lo ocurrido y deslindar responsabilidades. Casi ninguna de estas muertes deja rastros visibles y, aunque los deje, ellos no indican si la omisión fue voluntaria o involuntaria; si implica una intención criminal por parte de la madre o de los encargados de velar por el tierno infante, o si solo acusa ignorancia, descuido o atolondramiento. Además la madre puede alegar en su descargo que, como consecuencia del sufrimiento ocasionado por el parto, se desmayó y ya no pudo acudir a su hijo como debía. Tal cosa es muy posible; pero por lo mismo y por ser una excusa que a cualquiera se le viene debe desconfiarse por sistema y tratar de establecer psicológicamente si es verosímil que la mujer ha ya olvidado cuanto aconteció, si exagera sobre su estado, si incurre en contradicciones si evade las respuestas. Así se verá que no pocas veces "la mujer como dice Kratter recuerda bien las cosas que las exculpan o ha olvidado o desconoce las que la condenan",

Sucede también que en algunos partos por sorpresa y también en los clandestinos, aunque algo menos la mujer en un estado de confu

sión y susto, no sabe que hacer: se le olvidan las mas elementales - precauciones y en cambio pierde un tiempo precioso en manosear y dar vueltas al hijo sin asistirlo como es debido. Toca al médico legista comprobar si de veras existió un estado semejante, analizando el temperamento de la parturienta, interrogándola, sondeando hábilmente a los testigos y no dejándose impresionar sino por lo que lleve trazas de ser creído. (4).

---

- (1) Luis Jiménez de Asúa. La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Pag. 458. 2a. Edición. 1954. Editorial Hermes. - México. Buenos Aires.
- (2) Código Penal de El Salvador. Edición 1967. Arts. 45 -48 .
- (3) Dr. José Enrique Silva. Derecho Penal Salvadoreño" Pag. 185. Revista de Derecho 2. Julio - Diciembre 1965.
- (4) Carlos Federico Mora. "Medicina Forense" 3a. Edición, Tomo II. Guatemala C. A. 1958.

## CAPITULO X

\*\*\*\*\*

### LEGISLACION EXTRANJERA

Código Penal. Argentina.

Art. 81 No. 2. Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para 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 o 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 lo. de este artículo.

Código Penal. Brasil.

Art. 123. (infanticidio) matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después: Pena: detención de dos o seis años.

Código Penal: Colombia.

Art. 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 cometa el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana.

Código Penal. Costa Rica.

Art. 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 hija o hermana de buena fama cometiere el mismo delito durante el lapso dicho, siempre que la madre haya ocultado su embarazo y que el niño no haya sido todavía bautizado publicamente o inscrito en el Registro Civil, o mostrado a extraños, salvo al médico o a la obstétrica que hubieren intervenido prestando sus servicios profesionales.

Código Penal. De Defensa Social de Cuba.

Art. 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 cometieran el delito a que se refiere el apartado anterior, serán sancionados con privación de la 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: Chile.

Art. 394. Cometan infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

Código Penal: República Dominicana.

Art. 300. El que mata a un niño recién nacido, se hace reo

de infanticidio.

Código Penal: Ecuador.

Art. 429. La madre que por ocultar su deshonra matare al hi  
jo recién nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de -  
tres a seis años.

Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocul  
tar la deshonra de la madre, cometiere este delito.

Código Penal: Guatemala.

Art. 303.- La madre que intencionalmente matare a su hijo -  
durante el parto o estando todavía bajo la influencia del estado puer  
peral, será castigada con tres años de prisión correccional.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que para --  
ocultar la deshonra de la madre, dieren muerte al recién nacido. (1).

---

(1) Códigos Penales. - Ibero Americanos. - Estudio de Legislación Compa  
rada. Luis Jiménez de Asúa. - Francisco Carsi Zacarés. - Volumen  
I. 1946. - Editorial "Andrés Bello". - Caracas.

## CAPITULO XI

\*\*\*\*\*

### JURISPRUDENCIA

Del delito de Infanticidio en la Jurisprudencia Salvadoreña es escasa la que al respecto se puede encontrar y casi cabe la afirmación de que no se encuentra en la información a que tuve acceso, ni un solo caso en que se hubiere condenado por la comisión del hecho estudiado.

En la Revista Judicial, Tomo XXXVII, del 22 de septiembre de 1932, en las Páginas 590 y 591, se encuentra la que textualmente dice:

I - No constando de autos que la supuesta madre de una niña, aunque no haya cumplido cuarenta y ocho horas de nacida, le dió muerte por ocultar su deshonra, el hecho no puede catalogarse como infanticidio.

II - Para comprobar en el caso de autos, el cuerpo del delito de parricidio, deben llenarse estas exigencias:

- a) Que la reo dió a luz recientemente;
- b) Que la época del parto cuadra con el estado del cádaver de la niña;
- c) Que ésta nació viva: y
- d) Que dicha niña pertenece o es hija de la supuesta madre.

III - Si el cuerpo del delito no logró establecerse se impone declarar nula la sentencia dictada y las diligencias que la pre-

cedieron desde el auto de elevación a plenario inclusive, y sobreseer en el procedimiento con la restricción de ley, a favor de la inculpada, por no ser posible la reposición del proceso.

IV - Por esa dificultad de reposición del proceso, es pertinente hacer responsable al Juez culpable, de los daños y perjuicios ocurrentes (1).

En la Revista Judicial Tomo III del 28 de febrero de 1948, en la Página 321, se encuentra la que literalmente dice: "La expulsión violenta del feto antes del término legal de la preñez, consentida por la madre y la destrucción de ese feto consumada por la misma madre, constituye el delito de aborto y no el de parricidio" (2).

La Revista Judicial, Tomo LIV, agosto 12 de 1949, en la página 326, contiene la sentencia siguiente: Los requisitos esenciales para que haya infanticidio, es que el feto haya tenido aunque fuera por unos momentos, vida extrauterina, pues de no haber sobrevivido, no habría sujeto pasivo de tal delito.

II - Si los peritos forenses después de varios dictámenes contradictorios, llegan a esta conclusión: "que sin practicar la autopsia ni la docimasia pulmonar, es imposible dictaminar si la criatura nació viva, y que dado el tiempo que tiene de fallecida dicha criatura, no es posible establecer dicha circunstancia", es evidente que el cuerpo del expresado delito no se ha comprobado legalmente.

III - Con tales antecedentes, el veredicto del jurado, de conformidad al número 10 del Art. 270 I, debe declararse nulo, y de

igual manera la sentencia pronunciada y las diligencias que la preceden, desde el auto de elevación a plenario inclusive, y como no puede reponerse el proceso, debe condenarse a los funcionarios culpables en los daños y perjuicios ocurrentes.

IV - Como consecuencia de tal nulidad, debe sobreseerse en el procedimiento en favor de la inculpada, de conformidad al numeral 2o. del Art. 181. 1.(3).

---

(1) Revista del Ministerio de Justicia No. 5 República de El Salv. - 1954.

(2) Obra antes citada, Pag. 563.

(3) Obra antes citada. Pag. 572.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

\*\*\*\*\*

Medicina Legal.

Nerio Rojas, Medicina Legal, 6a. Edición corregida , actualizada en la legislación. Librería "El Ateneo", Editorial Florida, 340. F. - Córdoba, 2099, Buenos Aires, Argentina, 1956.

---

Luis Jiménez de Asúa. La Ley y El Delito. Principios de Derecho Penal. 2a. Edición. Editorial Hermes. México. Buenos Aires, 1954.

---

Carlos Federico Mora. "Medicina Eorense". Tercera Edición. Tomo II. Guatemala, C. A. 1958.

---

Revista del Ministerio de Justicia. Año III. No. 5. Enero- Diciembre de 1954. República de El Salvador, C. A.

---

Eugenio Cuello Calón. Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial, 9a. Edición. Bosch. Casa Editorial. Urgen, 51 Bis. Barcelona 1955.

---

Dr. Gustavo A. Rodríguez. "Manual de Medicina Legal". Segunda Edición. Ediciones Botas. México. 1956.

---

Rafael Fontecilla Riquelme. Concursos de Delincuentes de los deli-

tos y de leyes Penales y sus Principales problemas Jurídicos". Editorial Jurídica de Chile. 1956.

---

Doctor Enrique Córdova. "Estudios Penales". Imprenta Nacional. - San Salvador, El Salvador, C. A. 1940.

---

Joaquín Escribche. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Editado 1952 en París por Librería de Rosa Bouret y Compañía.

---

Manuel Castro Ramírez hijo. "Derecho Penal Salvadoreño". Universidad Autónoma de El Salvador, 1947.

---

V. Balthazard. "Manual de medicina Legal". Salvat Editores, S. A. - Barcelona Madrid. Sexta Edición Española.

---

Alfredo Etcheverry. "Derecho Penal". Tomo III. Parte Especial. Editorial: Carlos E. Gibbs. Año 1965. Santiago de Chile.

---

Mariano Jiménez Huerta. "Derecho Penal Mexicano". Tomo III Parte Especial. Editorial: Antigua Librería Robredo. México, D. F. 1958.

---

Carlos Fontán Balestra, "Manual de Derecho Penal". Parte Especial I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951.

---

Antonio Quintano Ripolléés. "comentarios al Código Penal". Vol.

II. Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1946.

---

Antonio Quintano Ripollés. Tratado de la Parte Especial. Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo I. Año 1962.

---

Doctor José Enrique Silva. "Derecho Penal Salvadoreño". Publicado por Revista de Derecho, 2 julio-Diciembre de 1965.

---

José María Stampa Braun. "Las corrientes Humanitarias del Siglo - XVIII y su influencia en la Concepción del Infanticidio como Delictum Exceptum". Publicado en: "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales". Madrid, España. V. 8. Enero-Abril, 1965. Editorial Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

---

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Décima octava Edición del año de 1956. Espasa Escalpc, S. A.

---

"Códigos Penales Iberoamericanos". "Estudio de Legislación Comparada". Luis Jiménez de Asúa y Francisco C rsi Zacarés. Volumen I. 1946. - Editorial "Andrés Bello. Caracas.

---