

EL DELITO DE INFANTICIDIO Y SU NUEVA ADECUACIÓN DEL TIPO PENAL

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

1.1.- Evolución Histórica:

Como lo afirma Garcia Maañon & Basile (1990) *la evolución histórica de este delito nos permite valorar la conducta de los hombres que no siempre fue juzgada de la misma forma, pues con el transcurso del tiempo comprendemos las distintas redacciones de la legislación que son confrontadas por la realidad dada en cada sociedad*, al efecto por las dificultades de las fuentes seguiremos el enfoque y criterio propuesto por éstos y otros autores¹:

1.1.1.- Pueblos Primitivos:

Los pueblos primitivos se caracterizaron por una serie de ritos y costumbres de carácter religioso, se dice que excluían lo racional por el miedo a todo fenómeno natural ya que no encontraron una explicación por otra vía que no fuera la divina. De esta manera muchas de las vidas infantiles eran sacrificadas a los dioses para mitigar sus sufrimientos y obtener su benevolencia. Sin embargo, fuera de estas prácticas, la generalidad de los pueblos es que la muerte en cualquiera de sus formas, eran severamente reprimidas incluso con la propia muerte de su infractor.

1.1.2.- Grecia:

¹ GARCIA MAAÑON & BASILE (1990), Aborto e Infanticidio, Ed. Universidad, Bs.As., pag 41-47

La cultura griega caracterizada por su racionalismo tenían como fin del propio Estado el de lograr hombres mejor dotados y por ejemplo no se considera delito el arrojar a los niños lisiados o deformes al abismo del monte Taigeto; por tanto, Grecia no considero persona ni siquiera al recién nacido permitiendo la supresión de la vida del nacido cuando no reuniera los requisitos de selección del estado.

1.1.3.- Roma:

Si bien para los romanos se protegió la vida incluso para los que están por nacer, no existe un criterio uniforme sobre este hecho, ya que sin duda se castigaba como parricidio la muerte del hijo por la madre -*Lex Pompeia de Parricidio*- pero muy distinto era la situación del padre respecto a los hijos, porque la muerte de éste era considerada impune. En los tiempos de Constantino esta práctica empezó a desconocerse y finalmente Justiniano estableció graves sanciones para los padres que mataban a sus hijos.

En este sentido la Ley de las XII Tablas castigaba a la madre que mataba a su hijo como parricidio, por carecer del *jus vitae et neci*, ya que no se castigaba con la figura del infanticidio pues era una palabra o figura desconocida para ellos. Algunos creen que el origen de esta palabra es de la Escuela Alemana que consideraron al infanticidio como un delito menor que la muerte de un hijo adulto.

Pese a lo dicho era indudable que los romanos le atribuyeron amplios derechos al padre ya que la Patria Potestad comprendía incluso el *jus vitae et neci*, como también el derecho al abandono del recién nacido, hasta que la protección fue expresa y los derechos fueron limitándose a favor de los menores.

Sin lugar a dudas el cristianismo trajo una corriente filosófica de justicia, amor y respeto a la vida humana que influenciaron en varias culturas, particularmente en Roma, Constantino limitó la Patria Potestad y la *expositio* y finalmente Valentiniano en el año 374 estableció un equivalente entre el homicidio y el infanticidio.

1.1.4.- Edad Media y Moderna:

En la edad media y hasta la llegada de la Ilustración, el hecho de matar a un menor fue sancionado con toda severidad, con la filosofía liberal que proclamaba entre otras cosas la dignidad humana, permitió una atenuación dando paso mayoritariamente a la figura de la calificación del infanticidio honoris causa.

El Dr. José Irureta G. citado por Vicente Arenas (1991) menciona que este delito se ha estimado de diferente manera de acuerdo al tiempo y las legislaciones, donde se diferencian cuatro periodos distintos: el primero de impunidad, el segundo de rigorismo, el tercero de asimilación al homicidio simple, y el último de benignidad penal.²

La Ilustración tuvo mucho que ver para la atenuación de las penas ya que los reformadores del derecho penal de la época fijaron mucho su atención a la figura del infanticidio. La filosofía, medicina, fisiología, sicología influenciaron en el derecho penal por lo que respecta al infanticidio en particular, para determinar la situación de la madre con un “hijo ilegítimo” respecto a su condición social, económica, síquica, etc.

² VICENTE A. Antonio (1991). Comentarios al Código Penal Colombiano. T.II Parte Especial. Editorial Temis. Bogota Colombia. Pag.442

Pese a ello, las legislaciones no fueron uniformes en su tratamiento pues para algunos la muerte de un niño recién nacido reflejaba mayor peligrosidad, perversidad y hasta premeditación; o por el contrario, otros consideraron que debía tener un tratamiento diferenciado y benigno cuando se interpone el honor sobre el propio instinto maternal.

En términos generales históricamente se observa la tendencia de aplicar penas severas a este delito con máximo grado en el siglo XVII con el Código Penal Francés de 1810 al mencionar que en el infanticidio concurría la premeditación. En el siglo XVIII por la influencia de Beccaria, Romagnosi y otros varios códigos fueron proclamando la benignidad como el caso de Inglaterra que en un principio fue calificado como asesinato para dar paso a la ley del Infanticidio (act.1922) como delito especial con menor penalidad.

Consecuentemente de acuerdo a lo mencionado su tratamiento legislativo de severidad dio lugar a su benignidad, diferenciando sus figuras delictivas tanto del asesinato, homicidio agravado y simple.

Así el Código Penal español de 1870 influyó decisivamente en Hispanoamérica el tratamiento del infanticidio por la motivación de la honra en la muerte del recién nacido, desde luego con algunas variantes, como la edad numérica del nacido, los sujetos o autores del delito y en algunos casos la influencia Suiza del estado puerperal de la mujer.

1.2.- Historia del Infanticidio en Bolivia:

El doctor Sotomayor comenta que *cualquier aproximación que se quiera hacer a la historia de la práctica del infanticidio en las diferentes sociedades humanas a lo largo de los tiempos, debe intentar ver ese acto a la luz de las relaciones entre la*

*producción y la reproducción de cada sociedad en particular, entendiendo que todas las sociedades buscan a la larga -conciente o inconcientemente- un equilibrio entre los recursos de que disponen y el tamaño de la población, y tratan de evitar saturar la capacidad de sustentación que ofrecen su entorno natural y su sistema de producción.*³ Consecuentemente con base un referente teórico, se pretende hacer unas breves consideraciones alrededor del infanticidio a lo largo de nuestra historia hasta nuestro tiempo.

¿En esta perspectiva las sociedades prehispánicas, cómo regularon el crecimiento de su población? Ellas lo hicieron principalmente a través de cinco grandes estrategias: *la lactancia materna prolongada; la abstinencia sexual, el aborto, el infanticidio, la discriminación de las niñas y mujeres y de una sexta, al parecer con menos impacto poblacional, por sus costos de vidas de varones jóvenes, como fueron los frecuentes y casi crónicos conflictos bélicos inter – étnicos*⁴. Asimismo debemos considerar el fenómeno de la servidumbre o esclavitud como otro elemento muy importante sobre la natalidad y crecimiento poblacional.

De ello podemos inferir que la lactancia materna prolongada favoreció el distanciamiento de los embarazos, y en lo que respecta a la abstinencia sexual, más que excepción, fue la regla, en virtud de creencias como que las relaciones sexuales en vísperas de las faenas de cacería, le hacían perder a los hombres sus fuerzas y habilidades, del temor a las relaciones sexuales durante períodos hasta casi de un año después de un parto y en general por la convicción de que las enfermedades eran una forma de castigo por la apropiación indebida o la pérdida excesiva de las energías de la naturaleza, que como la sexual, nutren el

³ SOTOMAMYOR T. Hugo (1999). El Infanticidio y el Abandono de los Niños en Colombia desde los tiempos Prehispánicos a los Republicanos, Ed. Sociedad Colombiana de la Historia de la Medicina, pág 3

⁴ SOTOMAMYOR T Hugo. Ibidem, pag 6

mundo. Las acendradas creencias en las concordancias de la vida sexual con los ciclos cósmicos, no pocas veces fueron los pilares de las relaciones sexuales con finalidades anticonceptivas - relaciones *per anum* con las mujeres.

Coinciden varios estudios que esas sociedades practicaron en no pocas veces el aborto, al percibir un embarazo no deseado como un atentado contra el equilibrio de los recursos y la situación de cada grupo y practicaron el infanticidio de los recién nacidos con defectos congénitos evidentes, así como contra uno o los dos gemelos por la ancestral creencia supera a futuro, que esos seres eran expresión clara de conductas infractoras de normas por parte de los padres.

En este sentido las prácticas infanticidas llevadas incluso hasta nuestra época son atribuidas a factores sociales y culturales, es así que de acuerdo al Programa de Equidad e Igualdad de Género en Bolivia dentro de sus objetivos específicos se tiene *“eliminar todas las formas de discriminación contra las niñas y las causas en que se basa la preferencia por el hombre, como resultado de las cuales hay prácticas dañinas e inmorales relacionadas como el infanticidio de las niñas y la selección prenatal del sexo”*⁵

Por otra parte, es necesario considerar que estas sociedades tenían conflictos permanentes, donde en tiempo de guerra o paz, dependían de la fuerza humana, dándole mayor valor a los niños *-futuros guerreros-* que a las niñas. Esta es otro elemento responsable de prácticas como el infanticidio de las niñas hasta tanto no naciera un varoncito.

En realidad se puede concluir que esas sociedades no tuvieron ni una estrategia, ni una ideología o una religión que promoviera la natalidad.

⁵ Programa de Equidad e Igualdad de Género en Bolivia. Extraído el 20 de diciembre de 2006 en [http:// www.unfpa.org.bo/documentos/EIGBol.pdf](http://www.unfpa.org.bo/documentos/EIGBol.pdf)

Otro elemento importante a considerar que sociedades indígenas prehispánicas como la que hoy es Bolivia (Aymará, Quechua o Guaraní, etc), si bien hubo una especie esclavitud o servidumbre –*si es que se puede llamar así*- la misma no era producto del fenómeno económico y social. Fue con los españoles y su economía colonialista de extracción y de explotación que la servidumbre y la esclavitud se entronizó en el territorio. La esclavitud que se había mantenido en la Península Ibérica por cuenta de sus guerras religiosas con una continuidad ininterrumpida desde las épocas romanas hasta el resurgimiento del comercio del Mediterráneo, fue impuesta en América -*ya no contra los enemigos religiosos*- sino sobre aquellas personas de piel más oscura, secuestradas de sus patrias de origen en el África; la servidumbre se impuso contra los aborígenes americanos de pieles morenas.

Los españoles además de la esclavitud y la servidumbre trajeron también el cristianismo. Esta religión generó, por su insistencia en que la finalidad principal de las relaciones sexuales es la procreación, un impacto enorme sobre la infancia: persiguió los sacrificios humanos, la crianza invertida de los niños y el infanticidio eugenésico y regulador de la población, y condenó el aborto.

La llamada de forma eufemística, conquista española, hoy se puede entender mejor si la vemos no desde una perspectiva etnocentrista, sino desde una perspectiva humanística amplia. Ella no fue sino una época de guerra de tierra arrasada, cuando se inició lo que fue una constante durante todo el periodo de dominación española: la "escasez" de la oferta de mujeres blancas y la "abundancia" de la oferta de mujeres indias para los guerreros, encomenderos y señores blancos españoles. Con la conquista, con la guerra de tierra arrasada, comenzó nuestra historia de mestizaje.

Al respecto el Dr. Rodríguez (1997) menciona que *“para mantener sus privilegios, para impedir que el poder pasara a los hijos de las mujeres aborígenes y negras enamoradas o forzadas por los españoles, se estableció una sociedad de castas estructurada sobre el color de la piel. Se levantó todo un sistema para impedir que los hijos de españoles con las aborígenes y las esclavas negras y de las diferentes mezclas accedieran al poder. A este solo podían aspirar los hijos de los varones españoles y de las muy escasas mujeres europeas. A través del matrimonio católico se consolidaron las estructuras sociales y se establecieron las alianzas familiares y se administraron las herencias”*⁶ y se estableció un principio de desigualdad racial y social que condujo a que ese matrimonio fuera el principal instrumento de conformación de una apretada endogamia racial y social.

A principios del siglo XIX había que demostrar que no se tenían ni bisabuelos negros ni indios para poder estudiar. Ser moreno, "pardo", negro, "tente en pie", "sostente en el aire", indio, e hijo natural, fue una verdadera desdicha y humillación. Se puede afirmar que la alta valoración de la procreación por el cristianismo, hizo que en esta sociedad de castas, el abandono del recién nacido no deseado emergiera como una alternativa menos costosa para la madre y el niño, que las prácticas del aborto y el infanticidio.

Rodríguez (1997) menciona *“En la colonia las muchachas mestizas o mulatas, seducidas por sus patronos o por jóvenes blancos, que luego las abandonaban, no encontraron otro camino para ocultar su vergüenza, o impedir caer en mayor pobreza, que el abandono del recién nacido, cuando no el infanticidio”*.⁷

⁶ RODRÍGUEZ P. (1997). Sentimientos y Vida Familiar en el Nuevo Reino de Granada. Editorial Ariel, S.A. Santafé de Bogotá.:306

⁷ RODRÍGUEZ P.; Ibidem, pag. 307

Por lo que en época del dominio español, el infanticidio ya no fue motivado por razones eugenésicas y mágicas, sino por la pobreza y la vergüenza racial, y el abandono de niños, fueron opciones tomadas, a pesar de las creencias cristianas, ante la incapacidad de sostener un hijo más.

Cuando uno confronta el alto valor que los indígenas le daban al nacimiento de un varón sobre el de una niña con las creencias de los españoles, salta a la vista que hubo más de un parecido. En referencia a la obsesión de los matrimonios por tener hijos varones, el médico español Méndez Nieto (1998) que ejerció en Cartagena de Indias en la segunda mitad del siglo XVI y principios de XVII, *informó que los españoles en su búsqueda del hijo varón "castrados del compañero siniestro que no engendran; pueden engendrar hembra, de los cuales hay muchos en España y por todo el mundo"*⁸

*"En los registros de los niños expósitos en los libros de indios, mestizos y mulatos no se consignaron notas escritas que acompañaran al recién nacido, mientras que en los registros en el libro de blancos existen constancias sobre la razón del abandono de la criatura: razones como machismo, impedimentos físicos y pobreza"*⁹

Si bien con la Independencia de España los criollos lograron acceder al poder, la sociedad no logró superar lo que introdujeron y reprodujeron los españoles en sus

⁸ MÉNDEZ NIETO J. "Discursos Medicinales" Madrid 1607:465. En Solano AJ. Salud, cultura y sociedad en Cartagena de Indias siglos XVI y XVII. Ediciones Universidad del Atlántico / Estrategias Educativas Ltda. Santafé de Bogotá 1998:265 Tomado de: <http://dialnet.unirioja.es>

⁹ RODRÍGUEZ P.; Ob. Cit, pag. 106

mas de trescientos años de poder: el desprecio y la subvaloración de las personas con pieles morenas y oscuras. Ser indio y negro se siguió considerando un lastre social.

Los prejuicios raciales, las diferentes realidades económicas y sociales entre los diversos grupos humanos identificados por su color de piel u origen étnico o geográfico siguieron operando a lo largo de todo el siglo XIX -y *al parecer siguieron en el siglo XX que acaba de expirar* - . La liquidación de los resguardos a lo largo del siglo XIX hizo que los indígenas se convirtieran en campesinos. Las campesinas de raigambre indígena que tuvieron que soportar la existencia de un patrón que gobernaba su trabajo y su cuerpo, vieron trasladados dichos "derechos" al patrón de la casa. Fue así como el viejo esquema Colonial pasó del campo a la ciudad, y como, el nacimiento ilegítimo de los tiempos republicanos fue la continuación de las prácticas coloniales de abuso de la mujer indígena por parte del "blanco".

A decir de Muñoz (1991) cuando estudia este tema durante la republica *"La ilegitimidad se mantuvo como una poderosa causa social de la mortalidad infantil en virtud del infanticidio, el abandono, el poco cuidado y la pobreza. El aborto o infanticidio sucedió con mucha frecuencia. Fue un hecho, permanente y tolerado que no merecía mayores comentarios diferentes a los de los médicos que tenían como objeto de su trabajo cotidiano la morbilidad y la mortalidad infantil de los grupos más pobres, de los sectores más marginados históricamente de la sociedad.*

A finales del siglo XIX y principios del XX, las consecuencias de la ilegitimidad, pasaron de las calles a los hospitales. Los médicos, la pediatría, los hospitales y la puericultura americana, nacieron y crecieron vinculados a la lucha contra los

problemas creados por el machismo, la sociedad de castas, el racismo y la pobreza"¹⁰

La sociedad vio en el siglo XX como la situación de los niños mejoró en la medida que se le reconoció a la mujer la igualdad con el hombre, y sólo hace unos muy pocos años, la ley acabó con el trato discriminatorio que contra los hijos llamados "naturales" que se instauró con los españoles y se mantuvo por cuenta de nuestro larvado racismo, heredado de la sociedad de castas de la época Colonial.

1.3.- La Situación Actual de la Mujer en Bolivia y su relación con el Infanticidio:

Se puede coincidir que el infanticidio tiene sus orígenes y causa en directa dependencia de los factores económicos, sociales, culturales, familiares afectivos y muchos otros, por lo que nadie podrá negar que no es lo mismo que una mujer con una buena posición económica, social y familiar tenga un hijo debido a una relación sexual "ilegítima", que otra que no tenga esas condiciones. Por lo que no se puede abordar ningún tema si por lo menos no se tiene algunos datos referenciales para las consideraciones sobre este delito, a decir de los sociólogos jurídicos *toda auténtica investigación debe siempre recuperar el contexto sociopolítico en el que se encuentra todo fenómeno jurídico.*

Es así que a diferencia de otros países de América Latina, en Bolivia la presencia de las mujeres en la construcción nacional y en el conflicto social ha sido permanente desde los levantamientos indígenas del siglo XVIII. Tras la independencia, sus luchas han estado ligadas a proyectos globales de

¹⁰ MUÑOZ C, Pachón X. La niñez en el siglo XX. Planeta Colombiana Editorial S.A , Santafé de Bogotá 1991:342-3

transformación y cambio social llevados adelante por sectores subalternos. Históricamente su acción política ha sido de afirmación de sus derechos ciudadanos y de resistencia contra las diferentes dictaduras. No obstante, pese a esta presencia, la identidad de las mujeres y sus demandas no han sido incorporadas al sistema.

La cooperación internacional por medio de la UNICEF Bolivia comenta que *más allá de la gran heterogeneidad de situaciones que viven las bolivianas, en un país pluricultural y multilingüe, donde dos de cada tres habitantes viven en regiones en las que predominan las culturas quechua y aymará, diversidad que se acentúa con la creciente informalización de la política y la economía, hay trazos que unifican su experiencia desde el altiplano hasta los llanos orientales. Las raíces culturales en el "allyu" (comunidad andina) y la unidad "jaqui" (persona social formada por la pareja) marcan una forma de relación con los hombres en que la complementariedad de la pareja fijan muchas veces sus prácticas organizativas, políticas y sociales. Sin embargo, comparten también la condición de opresión de la organización patriarcal de la sociedad actual –sobre todo por la influencia española- que se expresa en fenómenos como la segregación de género, opresión, violencia doméstica, etc., muy extendida y practicada pero también ocultada.*¹¹

En las últimas cuatro décadas los rasgos vitales de las bolivianas se han modificado sólo moderadamente, a excepción de los principales núcleos urbanos donde ese cambio ha sido mayor. Con todo, en promedio, *continúan siendo fundamentalmente jóvenes, la mitad reside en zonas rurales y tiene todavía cerca de cinco hijos por cada mujer. Su participación económica se ha ido haciendo más visible conforme ha mejorado el registro de ésta en Censos y Encuestas. En 2000*

¹¹ INICEF, Bolivia. Organización Social de la Mujer en Boliviana, tomado el 24 de febrero de 2006 de <http://www.unicef.org/bolivia/>

la información censal indicaba que las mujeres representaban el 43% de la fuerza laboral del país. Esa participación laboral se hace en condiciones difíciles desde la crisis económica de los años ochenta y los programas de ajuste que la sucedieron, con un incremento importante de la informalidad y deterioro salarial. El ingreso promedio de las mujeres que trabajan económicamente sigue siendo apreciablemente menor que el de los hombres. ¹²

Las condiciones de vida de las bolivianas se encuentran entre las más deprimidas de América Latina. Su nivel educativo ha mejorado lentamente y se encuentra todavía por debajo del de los hombres, situación que las diferencia claramente de las mujeres de la gran mayoría de los países latinoamericanos, donde ese nivel se elevó sustancialmente en las dos últimas décadas. Los indicadores de salud también se sitúan entre los peores de la región, con el agravante de que el sistema de salud atraviesa una crisis generalizada desde mediados de los años ochenta. A comienzos de los años noventa, la mayor parte de la asistencia sanitaria dependía en Bolivia del apoyo de la cooperación internacional. La alta mortalidad infantil y materna se corresponde con una escasa cobertura de sistemas de salud reproductiva, en un país donde destaca el bajo uso de medios eficaces de control de la fecundidad al lado del nivel más alto de América Latina en cuanto a natalidad no deseada.

Este perfil sociodemográfico, basado en cifras promedio, esconde importantes diferencias por sectores, que no es posible recoger plenamente en este texto debido a la falta de información suficientemente desagregada por factores, especialmente según nivel socioeconómico y grupo étnico.

¹²UNICEF Bolivia, ibidem.

Una evaluación gubernamental sobre los avances de las políticas públicas de género en Bolivia han vuelto a recordarnos, que la equidad sigue en cifras críticas. Representantes del gobierno boliviano, en un informe sobre las políticas públicas que benefician a la mujer en el marco del Plan Nacional de Equidad, admitieron que pese a varios avances, sobre todo en materia de legislación, la mujer boliviana sigue marginada y postergada.

Pero las cifras de la inequidad estiman que el analfabetismo afecta al 20 por ciento de las mujeres bolivianas mayores de 15 años. El porcentaje de analfabetos varones es menos del 10 por ciento. Las mujeres cuentan con un promedio de 6,8 años de escolaridad. En el área rural, el promedio femenino es de apenas 2 años. El promedio nacional es de 8 años de estudios.

Sólo el 80 por ciento de las mujeres que están en edad de trabajar alcanza a conformar la población económicamente activa. Las mujeres dejan de ingresar al mercado laboral a partir de los 25 años. El salario promedio que reciben las mujeres es el 60 por ciento del monto obtenido por los varones, por similar actividad. Fuera del hogar, las mujeres trabajan en promedio 45 horas a la semana, y los varones 50. Dentro del hogar, las mujeres trabajan 30 horas a la semana y los varones sólo 10.¹³

En el aspecto de salud existen importantes avances como el Seguro Gratuito Materno Infantil (SUMI) de amplia cobertura nacional. Por otra parte la Secretaría Nacional de Salud (SNS) ha realizado, en los últimos años, importantes esfuerzos que han permitido ampliar y mejorar los servicios de salud integral para la mujer. Sin embargo, no obstante los progresos alcanzados en cobertura y calidad, aún existen deficiencias cualitativas y cuantitativas. De igual manera, la mortalidad

¹³ Ministerio de Salud y Deportes. Cuanto hemos avanzado las mujeres en Bolivia. Tomado de <http://www.sns.gov.bo/noticia/destacada/htm>

materna, los embarazos no deseados, abortos inducidos e infanticidio continúan como problemas graves de salud pública.¹⁴

Por esta razón, la SNS se encuentra lo suficientemente motivada para realizar una revisión continua de la situación de salud de las mujeres, así como para evaluar los progresos e identificar estrategias que permitan acelerar el proceso de mejoramiento de la atención prestada. En este contexto, la SNS ha estudiado con mucho interés la nueva estrategia de introducción de métodos anticonceptivos, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esta estrategia coincide con la posición del Gobierno Boliviano, en que la planificación familiar no debe ser enfocada aisladamente sino como un componente más de la salud reproductiva, entre los que destaca la atención obstétrica. La estrategia incluye la evaluación de las tecnologías y la capacidad de los servicios, y considera las condiciones socioculturales, la perspectiva de género y los derechos reproductivos.

Después de una visita de representantes de la OMS en noviembre de 1994, se decidió que Bolivia desarrollaría la estrategia en puntos clave de las tres regiones del país (La Paz, Santa Cruz y Cochabamba); asimismo, la OMS estuvo de acuerdo con la SNS en la inclusión de la atención obstétrica como parte fundamental del diagnóstico y de las recomendaciones del estudio.

Este informe presenta una revisión de los antecedentes sobre la evolución y el estado actual de la atención a la salud de la mujer, el establecimiento y desarrollo del programa, los principales hallazgos de la investigación y, finalmente, conclusiones y recomendaciones en relación a intervenciones, incluyendo ideas

¹⁴Ministerio de Salud y Deportes: Ibidem

de estudios que podrían contribuir a comprender y a mejorar la salud de la mujer boliviana¹⁵.

En este sentido con datos más recientes en el documento de informe ¿Cuánto hemos avanzado las mujeres en Bolivia?, elaborado por el Comité para el Seguimiento a Beijing en el año 2000. Se consideran cinco aspectos seleccionados como los más relevantes para las mujeres en la Mesa Nacional de la Articulación de Mujeres por la Equidad y la Igualdad, y que nos referiremos a los más relacionados con nuestro tema.

a) Economía y Pobreza:

El Decreto Supremo 21060 promulgado en 1985, marcó en Bolivia un proceso de estabilización económica y ajuste estructural con un alto costo social. Uno de los resultados más evidentes ha sido el crecimiento de la PEA femenina de 38% en 1992 a 44% en 1997. Las mujeres se han insertado masivamente en el sector informal en las ciudades, trabajando por cuenta propia o a destajo. Aquellas mujeres que trabajan en los sectores formales, reciben sueldos inferiores que los hombres con igual nivel de instrucción y capacitación y tienen menos posibilidades de ocupar cargos de decisión.

Existen programas y proyectos estatales cuyo objetivo es promover la capacidad productiva y oportunidades de las mujeres, especialmente de aquellas con menores ingresos, pero ninguno de ellos llega a reducir el impacto de políticas macroeconómicas, condiciones de mercado y desigualdad en el acceso a la educación y la capacitación.

¹⁵ Ministerio de Salud y Deportes: Ibidem

Por su parte, dada la dificultad de definir la pobreza generalmente se hace referencia a sus manifestaciones y a sus consecuencias para delimitarla. Sin embargo, las instancias de la ONU asocian la pobreza, especialmente la pobreza extrema, a la negación del ejercicio de los derechos humanos, en particular los de las mujeres. Por lo que las mujeres se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto a las conductas infanticidas, *pues los datos muestran que las mujeres pobres generan maternidad adolescente o no deseada, y también otros problemas íntimamente relacionados, como el abandono del hogar de sus padres o sus hijos, diversidad de uniones y separaciones familiares, doble jornada laboral, violencia, sub núcleos familiares, etc.*¹⁶

El Diario El Potosí informa *“El infanticidio puede ser una parte del número total de muertes pero no es el todo, las principales son las IRAS* y las EDAS*, según reconoció la directora de desarrollo social de la Prefectura. Por cultura no se aceptan los métodos anticonceptivos para evitar tener hijos pero dudo que todas las familias que tengan en exceso niños los maten, yo creo que esa es la verdad, lo que si nos falta es una serie de investigaciones antropológicas, sociológicas que nos permitan determinar el grado del porcentaje del infanticidio el cual incluye en lo que es la mortalidad o la morbi-mortalidad general... consultada si existen casos en los que las parejas recurran a la muerte de los menores como un método de control de la natalidad Santa María indicó: claro, de haber, si existe, por muchos reportes sobre el uso del infanticidio como mecanismo de planificación familiar, se indica que cuando una familia tiene muchos hijos se ahoga a los que tienen la desgracia de nacer en un hogar que ya no tiene espacio para un miembro más”*¹⁷

b) Educación y Capacitación:

¹⁶ Ministerio de Salud y Deportes: Ibidem

* Enfermedades Respiratorias Agudas

* Enfermedades Diarreicas Agudas

¹⁷ El Potosí; “La pobreza es el caldo de cultivo para la mortalidad infantil” viernes 8 de julio del año 2005. Potosí-Bolivia, pág. 9

Se destaca la información sobre los derechos humanos respecto a la mujer en Bolivia en sus condiciones sociales y culturales, así a nivel nacional, el 20% de la población femenina y el 8 % de la población masculina mayor de 15 años no ha ido nunca a la escuela. Los principales determinantes de la desigualdad en la alfabetización y en el acceso a la educación formal y no formal en contra de las mujeres son a) condicionantes culturales que no valoran la formación de las niñas pues se considera que su destino principal es el cuidado de la familia, b) el mayor porcentaje de mujeres monolingües que hablan idiomas nativos y c) la violencia latente contra las mujeres que hace temer su seguridad física al trasladarse a las escuelas ya sea por las largas distancias en las áreas rurales o en horarios nocturnos en las ciudades.

No obstante, en este último lustro la cobertura para la educación de las mujeres se ha elevado y se espera que hasta el próximos años por lo menos el 85 % de las niñas termine la educación primaria. Además, existen experiencias bien establecidas en capacitación técnica y superior para mujeres.

La medida más importante para alcanzar la igualdad en el acceso a la educación entre hombres y mujeres es la Ley de Reforma Educativa (1994) y con mayor énfasis su anteproyecto de reforma, pues continúan con el un enfoque de igualdad entre hombres y mujeres y, además, considera las variantes por género, cultura e idioma en los contenidos de enseñanza, capacitación y formación a maestros. Los avances en la aplicación de esta ley han sido importantes en el nivel de educación primaria, quedando pendientes acciones integrales en los niveles secundarios y de capacitación técnica y superior.¹⁸

¹⁸ Derechos Humanos de Bolivia. Discriminación contra la Mujer. Tomado el 26 de febrero de 2006 en <http://ddhh.pnud.bo/DDHH.html>

Sin duda que las condiciones de educación tienen incidencia directa no solo por la discriminación en la que viven, sino con conductas infanticidas en función al sexo femenino ya que son consideradas como una especie de carga o responsabilidad adicional en el seno de la familia.

c) Derechos Sexuales y Reproductivos:

En igual sentido Bolivia tiene la tasa más elevada de mortalidad materna de América Latina, *pues por cada 100 mil nacidos vivos, mueren aproximadamente 390 mujeres. De este número de muertes, el 66% ocurre en las áreas rurales. La tasa global de fecundidad es de 4.2 hijos por mujer: 3 en las ciudades y 6 en el campo. Veintiocho por ciento de los niños nacidos son de madres menores de 19 años.*

No obstante, las mujeres bolivianas manifiestan que desearían tener no más de 2.6 hijos en promedio y 7 de cada 10 mujeres actualmente unidas no quisiera tener más niños. El grado de conocimiento sobre métodos para evitar el embarazo es elevado: 95% en las ciudades y 70 % en el campo, no obstante sólo el 50 % de mujeres hace uso de ellos en el país.¹⁹

Durante los últimos años, se ha elevado el número de mujeres atendidas por personal capacitado durante el embarazo y el parto y han proliferado iniciativas desde el Estado y la Sociedad Civil para difundir información y promover los derechos sexuales y reproductivos de hombres y mujeres.

Las iniciativas más importantes han sido el establecimiento del Seguro Básico de Salud -con anuncios de su relanzamiento desde esferas gubernamentales- que ofrecen varios servicios de manera gratuita y el Programa Nacional de Salud

¹⁹Derechos Humanos de Bolivia. ibidem

Sexual y Reproductiva, que específicamente pretende respetar las diferencias culturales, de género y generacionales en la mejora de la salud sexual y reproductiva. También cabe resaltar la iniciativa del Ministerio de Salud para una cobertura nacional y universal de servicios de salud y algunos gobiernos regionales como el reciente seguro de la región de Tarija “SUSAT” , todos con la finalidad de elevar no sólo la cobertura y la calidad, sino también la calidez de los servicios.

d) Violencia:

Entre todos los casos de violencia registrados, el 83% de los agresores son hombres y el 72% de los casos se dan en el contexto familiar. Aproximadamente sólo 1 de cada 5 casos es denunciado y de éstos, el 98% no prosperan en procesos judiciales porque son considerados "no suficientemente graves" por los fiscales.

Se han tomado varias medidas para la eliminación de la violencia intrafamiliar en el país. En 1995, fue aprobada la Ley 1674 Contra la Violencia en la Familia o Doméstica, la Ley de Protección de las Víctimas de Delitos Sexuales y el Plan Nacional de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer. En este contexto, existen Brigadas de Protección a la Familia bajo responsabilidad de la Policía Nacional y UNICEF, los Servicios Legales Integrales, bajo responsabilidad de los Gobiernos Municipales y las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia. ²⁰

Como bien se aprecia en este análisis la discriminación hacia las mujeres ha existido en casi todas las sociedades y es imprescindible tomar las medidas pertinentes y urgente sobre estos hechos. En Bolivia persisten aún normas,

²⁰ Derechos Humanos de Bolivia, ibidem

políticas y prácticas culturales discriminatorias que afectan los derechos de las mujeres; aunque no es menos cierto que existe también *-por lo menos formalmente-* importantes avances en contra de la discriminación de género, su efectiva protección de los derechos, la conciencia de abordar este tema y encontrar soluciones adecuadas obligando al estado boliviano a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de la mujer.

En general se puede afirmar que mientras en el denominado primer mundo se discute sobre la “calidad de vida”, en el nuestro se discute y analiza desde varios ámbitos*, la incidencia de los factores económicos, culturales y sociales tan adversos en “la posibilidad de la propia vida”.

Por lo que luego del somero análisis de la situación de la mujer en Bolivia, de acuerdo a nuestra investigación es demasiado elocuente e imprescindible preguntar *¿En la actualidad se debe seguir manteniendo la figura penal del homicidio privilegiado por la causa honoris? o ¿se debe modificarlo?*

Indudablemente que la situación socioeconómica que vive la mujer es muy desventajosa; pero no es menos cierto que incluso la propia realidad boliviana ha cambiado, ya que resulta indudable que el concepto honor introducido en el infanticidio y otras figuras penales ya no se presenta con la misma frecuencia y con clara tendencia a desaparecer. Con buen criterio se pronuncia Garcia Maañon & Basile (1990) *“hoy la civilización no apunta con el dedo del deshonor a quienes son ajenos a un hecho que la sociedad ha llegado a comprender y asimilar”*²¹ o como menciona Luis Carlos Pérez *“La vida humana es respetable siempre, aunque en casos especiales esté disminuida por la enfermedad o la miseria. Todavía es más digna de estímulo cuanto menos recursos a disposición de la*

* Desde luego que incluye su perspectiva jurídico penal en referencia al delito del infanticidio.

²¹ GARCIA MAAÑON & BASILE, Ob. Cit, pag. 57

*persona porque entonces a la entidad biológica se aúna la lucha por imponer, desde el fondo del desamparo, su propia significación”.*²²

Es decir que las probables causas que permiten el delito de infanticidio por motivo del honor, como también las tendencias del estado puerperal, no parecen sustentarlo –*como muy claramente veremos más adelante al hacer su crítica*- y si bien existen otras razones como las anotadas precedentemente para seguir privilegiando esas conductas de alguna manera, este delito como tal y pese a sus distintas tendencias, no tiene fundamento desde su valoración jurídica, como desde el punto de vista dogmático.

²² PEREZ, L.C. El infanticidio. Tomado el 16 de enero de 2007 en <http://www.monografias.com/trabajos27/infanticidio/infanticidio.shtml>

CAPITULO II:

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1. Origen Etimológico y Definición de Infanticidio:

Garcia Maañon & Basile (1990) cita a Carrara para quien el término *infanticidio* procede del italiano *infantare*, que es sinónimo de *parir*, y es un equivalente a *de dar muerte del hombre recién nacido*²³ La palabra infanticidio de acuerdo a la etimología más aceptada procede de la palabra latina *infanticidium* palabra compuesta de *infans* (*in*, privado y *fan*, hablar) o niño que todavía no habla y *cedere* (matar); así “*infanticida es aquel que le da muerte a un niño recién nacido*”. Obviamente que dicha significación etimológica sólo nos sirve como una remota idea de su real significación, ya que su caracterización peculiar hace referencia más bien al móvil de la muerte del niño por parte de la madre para privilegiarlo, ya sea que se trate del honor o por la influencia del estado puerperal.

En sentido, de manera amplia muchos definen el infanticidio como la muerte que se ocasiona a un niño recién nacido. Sin embargo como lo anota Alfonso Gómez Méndez (1990) “... se ha vinculado la figura a un móvil que impulsa al sujeto agente, generalmente la madre: para salvar su honor (...) y el Infanticidio por causa de honor es la muerte voluntaria de un recién nacido, inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto, cometida por la madre para salvar su honor, o por parte de un pariente próximo para salvar el honor de la parturienta”²⁴

²³ GARCIA MAAÑON & BASILE, Ob. Cit., pag. 37

²⁴ GÓMEZ MÉNDEZ Alfonso (1990), Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2da. Ed., pag. 180

Otros autores como *Pige*, sostienen que el infanticidio es el homicidio cometido contra un niño después de dos días de nacido por sus ascendientes. *Paty Morales* alega que infanticidio es la muerte dada violentamente a un niño sobre todo si es recién nacido. Por otra parte, *Ricardo Solis* plantea que desde el punto Médico-legal se conceptualiza el infanticidio como la muerte de un recién nacido en forma intencional ya sea por la madre, familiar o tercera persona. El Dr. *Guillermo Fernández Dávila* de una manera más acertada refrenda que el infanticidio es la muerte violenta de un niño en el momento que nace o en un corto período de tiempo posterior a su nacimiento, practicado por la madre y por móviles de honor.

De tales opiniones podemos considerar como elementos fundamentales que reunidos simultáneamente componen el delito de infanticidio los siguientes elementos:

Que el niño sea recién nacido.

Que haya vivido.

Que la muerte haya sido provocada voluntariamente.

Que los hechos estén condicionados por móviles de honor. “²⁵

Como se observa son varios los autores que coinciden en que se identifica el infanticidio con la *causa honoris*, pero en la actualidad esta definición no es precisa porque las legislaciones han tomado posturas diferentes. Por ello van a existir tantas definiciones de delito de infanticidio como ordenamientos penales tipifiquen dicho delito; ello debido a que no son homogéneas las consideraciones a la que se atiene la legislación comparada y la doctrina para delimitar la connotación del infanticidio.

²⁵ PIGE, PATY, SOLIZ. El Infanticidio. tomado el 26 de diciembre en <http://www.monografias.com/trabajos27/infanticidio/infanticidio.shtml>

Elementos comunes esenciales que todo intento de definición del delito de infanticidio debería de considerar son: que se trata de un delito especial, que el sujeto pasivo será un nuevo ser que está naciendo o que es recién nacido, y que la conducta se realizará por el salvar honor maternal o bajo la influencia del estado puerperal y durante un período especial.

Coincidentemente los coautores Ernesto Garcia Maraño & Alejandro Basile (1990) consideran que *para dar una definición es mínimamente necesario referirse a:*

A la madre como sujeto activo y a su hijo “recién nacido” como sujeto pasivo,

Se debe establecer un plazo taxativo durante el cual la actividad delictiva quedará comprendida en la legislación, y que es necesario ampliar el elemento subjetivo no solo es el factor ético (salvaguardar la honra), sino que se debe incluir otro que produzca los mismos efectos atribuidos a la influencia del “estado puerperal”, comprendiéndolos en una forma genérica en una sola expresión; definiendo como la acción de matar la madre a su hijo recién nacido o hasta tres días después de su nacimiento por cualquier causa emocional atribuida al estado puerperal. Asimismo mencionan que otras definiciones en la doctrina incluyen conceptos como “durante el parto”, “salvaguardar la deshonor” y “bajo la influencia del estado puerperal.”²⁶

Es así que las legislaciones penales han privilegiado el infanticidio optando entre al móvil del ocultamiento de la deshonor (latina); otras a la perturbación psicológica del ánimo subsiguiente al parto (Helvética) y siendo común en muchos casos que ambas figuras se encuentren sin conservar su plena pureza. Asimismo existen

²⁶ GARCIA MAAÑON & BASILE, Ob. Cit., Pag. 35

importantes variantes como al sujeto activo que incluye a los parientes más próximos y en referencia al sujeto pasivo que incluye las actividades previas lindantes por lo menos con el aborto con la expresión “durante el parto” que la doctrina suele llamar feticidio.

Algo común que si se puede apreciar en esa tan peculiar característica del infanticidio, es que desde el momento en que dicho delito se diferenció del homicidio y del parricidio, se le denominó infanticidio.

2.2.- Posturas o Sistemas Relacionados al Delito de Infanticidio:

Como se mencionó las legislaciones adscritas a lo que ha venido en denominarse el sistema latino tradicional o de la motivación hacen girar la atenuación de la pena del delito de infanticidio en torno a la deshonra, la ilegitimidad del parto; que en términos generales tienen que ver con el deshonor que acarrearía sobre la madre la sobrevivencia del hijo nacido en aquellas circunstancias, esté sería el elemento que determinaría la atenuación de la penalidad del delito en estudio, ya sea que la conducta sea realizada por la madre como sujeto activo del mismo, e incluso en algunas legislaciones se prevé la comisión de dicha conducta por parientes cercanos de la madre.

Otro importante sector de la doctrina y de la legislación, ha preferido remitir el tratamiento del delito de infanticidio a partir de las consideraciones del sistema helvético. En este sistema se van a encontrar distintas posturas en torno a la interpretación de la circunstancia que el tipo señala como de “*influencia del estado puerperal*”.

La doctrina y la legislación también han previsto otras soluciones al problema del delito de infanticidio que nos parece deben de ser observadas, analizadas y

criticadas, por ejemplo las que forman un híbrido entre los sistemas de la motivación y el helvético, así como las interesantes, aunque no criticables consideraciones planteadas en los Códigos penales colombiano e italiano vigentes en torno al delito que nos ocupa.

2.2.1.- El Sistema Latino Tradicional o de la Motivación:

2.2.2.- Consideraciones generales:

Este sistema que ha sido denominado frecuentemente como el tradicional o latino, tiene como fuente histórica la legislación penal española a partir del Código Penal de 1822, que hacía girar la atenuación de la pena de dicho delito en torno a la "deshonra de la madre", o a la "ilegitimidad del parto" este último recogido en el Código Penal Alemán; supuestos que en términos generales tienen que ver con el "deshonor" que acarrearía sobre la madre la sobrevivencia del hijo nacido como consecuencias de relaciones sexuales ilegítimas, siendo indiferente que la mujer, agente activa de la conducta sea soltera, casada o viuda.

El deshonor, la deshonra sería el elemento imprescindible y definidor que determinaría la benignidad de la pena del delito en estudio, teniendo presente que el privilegio alcanzaría según algunas legislaciones a determinados parientes cercanos de la madre, como serían sus padres, hermanos e hijos, preferentemente.

El móvil o factor ético que la generalidad de las leyes señalan es de orden psicológico ya que son factores subjetivos producto de las circunstancias adversas que actúan en la mente de la madre *-u otros parientes cercanos-* que la obligan o impulsan a cometer la muerte de un recién nacido para mantener una buena fama en el ambiente familiar y social que se desenvuelve.

Este factor psicológico para algunos como García Maañón & Basile (1990) *la honra sexual subjetiva y para que sea así la mujer no tiene que tener una vida dispendiosa, lujuriosa o con relaciones extramatrimoniales conocidas que se determina por una apreciación fáctica*²⁷. En este mismo sentido, en términos de Bajo F. (1991), *el honor se refiere a la honestidad sexual de la madre. Así es que ocultar la deshonra es el ocultar la existencia de relaciones sexuales ilícitas por haber sido "ilegítimamente" concebido el recién nacido, siendo indiferente que la madre sea soltera, viuda o casada. El honor al que se alude es el de la madre no el de su familia. Se requiere además que la mujer goce de una estimación pública susceptible de ser ocultada. Basta con esa estimación pública, no requiriéndose que realmente la mujer sea honesta. La honra a la que se alude, que queda entendido, es de la cintura para abajo, identificable con la reputación sexual, entendida como ausencia de relaciones sexuales socialmente desvaloradas.*²⁸

Por el contrario aquellos que afirman el concepto de honra es puramente objetivo - *objetivo en el sentido de que basta la relación carnal extramatrimonial-* deben tener en cuenta en todo caso, que viene referido a la honra individual de la madre exclusivamente, no a la honra familiar. De todos modos conviene señalar que ese concepto de honra, aun siendo objetivo, hay que relativizarlo y ponerlo en relación con el medio social en que se desenvuelva la madre. De modo que, como señalan Susana Huerta citado por Cesar Harol (1993), *no deben establecerse limitaciones con carácter general, y deberá estimarse que "basta con que se desconozca la peculiar deshonra que se pretende ocultar". Si se considerara el concepto objetivo de honra, hay que ponerlo siempre en relación con las circunstancias personales de la madre. Al efecto la notoriedad del embarazo no obsta para la calificación del*

²⁷ GARCIA MAAÑÓN & BASILE, Ibidem. pag. 78

²⁸ BAJO F. Miguel (1991). Manual de Derecho Penal-Parte Especial (Delitos Contra las Personas), 2da. Ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Araces S.A.. Esp

*infanticidio si la actora tuvo razones para creer que mantenía oculta su deshonra y por el contrario, no se puede afirmar la deshonra cuando era notorio el embarazo y conocido por la actora. Por ello se ha dicho que el ocultamiento del deshonor debe estar siempre presente, pues caso contrario estaríamos en la figura del asesinato u homicidio agravado.*²⁹

La fundamentación de la atenuación históricamente, es a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, se hace patente un sentimiento, casi unánime de benignidad hacia la madre deshonrada, que se va a plasmar en el tratamiento legal del infanticidio como tipo privilegiado; esta tendencia en relación al infanticidio surge en el seno de las corrientes humanitario-utilitaristas, procedentes del Enciclopedismo francés y de la ilustración.

Se consideraba que si el móvil de la muerte del recién nacido era el ocultar el parto, aquella conducta homicida era un acto noble, pues al tener que morir el principal testigo de la concepción inmoral no cabía sino una caritativa tolerancia que daba razón al privilegio; así se pretendía justificar la tendencia humanitaria, a la vez que desde el punto de vista utilitario se razonaba en torno de la función de eficacia que la pena cumpliría sancionando dicha conducta.

López & Rodríguez (1979) comentan que *son diversos autores utilitaristas los pioneros del trato preferente al infanticidio. Beccaria, considera que el infanticidio es un delito que por sus características debe de quedar impune, entiende que la pena es un incentivo innecesario en este delito y que la prevención que la sociedad reclama resulta muy menguada. La impunidad se vería justificada por la piedad que inspira la madre, ante la terrible alternativa de la infamia o la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de su vida. Jeremías Bentham, "entiende que*

²⁹ HARO L. Cesar (1993). Tratado de Derecho Penal – Parte Especial, 1ra. Ed., AFA Editores. Importadores S.A., Perú, pág. 167

*dicho delito 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 conocer la existencia. Y tampoco ocasiona alarma o temor, porque las únicas personas susceptibles de inquietarse han consentido en su muerte o se la han causado". Carrara, por su parte nos dice que las fuerzas subjetivas del delito son menores, ya que el dolo se halla neutralizado por el móvil que en estos casos es de orden moral y que la conmoción social reviste proporciones medidas*³⁰

Rubiales Bejar dice que la *doctrina y jurisprudencia española se dividió en dos importantes posturas al tratar el problema de la fundamentación del privilegio del infanticidio, precisamente cuando se trataba de ubicar sistemáticamente aquella causa honoris, habiendo quienes consideraban que se trataba de un elemento del injusto (entre ellos Bajo Fernández, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Martínez Gonzáles), y quienes lo ubicaban como elemento de la culpabilidad (entre otros Torio, Bacigalupo, Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, Díez Ripollés-Gracia Martín, Carmona Salgado-otros)*³¹.

Desde la óptica de la primera postura señalada, se debe entender en términos de Bajo Fernández, *que el ánimo de ocultar la deshonra es un elemento subjetivo del injusto que operando sobre el desvalor de acción, no va a determinar la licitud o ilicitud de la conducta (matar al recién nacido), sino que únicamente va a fundamentar la mayor o menor gravedad de la antijuricidad del hecho, por lo que no fundamenta el injusto sino su gravedad. En este sentido, añade Bajo si distinguiéramos entre elementos subjetivos del injusto (que determinan lo lícito o ilícito), y elementos subjetivos del tipo injusto (que determina una forma de lo ilícito); diríamos que el ánimo de ocultar la deshonra constituye un elemento*

³⁰ LÓPEZ P. José & RODRÍGUEZ G. Carlos (1979), Manual de derecho Penal-Parte Especial, Ed. Plus Ultra, B.A., pag. 72

³¹ RUBIALES BEJAR Esther E., Tesis Doctoral, Circunstancias Mixtas del Parentesco en el Código Penal Español, Ed. Universidad de Granada, DL Gr: 1352 ISBN 84-338-3564-5, pag. 72-118

subjetivo de ésta última clase. Se añade también que, en la práctica el ánimo de ocultar la deshonra ha operado como si fuese un estado de necesidad justificante, colisión de intereses, entre la vida del recién nacido y la honra de la madre, que al inclinarse a favor de ésta, devenía la privilegiada atenuación de la sanción³². En relación a considerarse la existencia de un estado de necesidad, Martínez entiende que no es posible considerar dicho estado por la inmensa diferencia de valor entre los bienes jurídicos que lo formaría, vida y honor; a la vez que la supuesta situación de necesidad habría -en la mayoría de los casos- sido provocada por la misma mujer que libremente consintió en el yacimiento³³.

Bacigalupo, comentando la postura que considera la causa de honor como componente del injusto, sostiene que *el supuesto conflicto de intereses entre la vida del recién nacido y el honor de la madre, es postura de una concepción que llama "objetivista", en el sentido de referirse, dice, más al hecho que al autor del infanticidio. Agrega, una explicación como esta presupone que el desvalor del resultado producido por el autor es menor en la medida en que sirvió para salvar otro bien jurídico: el honor de la madre. Pero, en realidad, desde el punto de vista de la ley, por cierto no exento de objeciones, el honor de la madre ya está perdido, en la medida en que la motivación del hecho es precisamente el ocultar dicha pérdida. Analizado el problema desde este punto de vista, no cabe duda que tampoco puede basarse la atenuación en un menor desvalor de la acción, pues la finalidad específica perseguida por la madre o los autores no es en sí misma menos disvaliosa que la de cualquier homicida, por lo cual -consecuentemente- no parece tampoco acertado considerar la "causa honoris" como un elemento subjetivo del tipo o de la antijuricidad. Por lo tanto, al no comprobarse un menor*

³² Ibidem , pag, 77-78

³³ Ibidem, pág 79

disvalor de resultado ni un menor disvalor de acción, sólo cabe considerar el fundamento de la atenuación dentro del marco de la culpabilidad. ³⁴

Sosteniendo esta postura de considerar que el ánimo de ocultar la deshonra va a fundamentar la culpabilidad entiende que el fundamento de la atenuación radica en la menor gravedad de la culpabilidad de la madre, quien al obrar (*matar al recién nacido*) lo hace presionada por el reproche del medio social, por lo que no goza en ese momento de la misma capacidad de motivación exigible; hay que agregar que con dicha conducta no se comprueba un menor disvalor de resultado ni tampoco un menor disvalor de acción, por lo que se está frente a un factor de culpabilidad.

Cobo del Rosal y Carbonell Mateu, también entienden que se está frente a un problema de culpabilidad, agregando que cualquier otra posición *supone el trasladar el ámbito del reproche al juicio de valoración, lo que no parece compatible con la consideración de la función protectora de intereses que compete al Derecho penal. Y desde luego, cualquier fundamentación en la menor necesidad de pena que pueda darse en el infanticidio parece condenada al fracaso.* ³⁵

Concluimos, que asumiendo cualquiera de las dos posturas analizadas, el tratamiento del delito de infanticidio en el enfoque de la postura latina o de la motivación, teniendo al "ánimo de ocultar la deshonra de la madre" como elemento ya sea entendido como componente del injusto o de la culpabilidad, deviene en una regulación no acorde a la altura del tiempo en que vivimos, pues desde el punto de vista de los valores en juego, no puede justificarse una disminución tan

³⁴ Ibidem, pág. 98

³⁵ Ibidem, pag 62

considerable de la vida para salvar la honra; y de otra parte, desde el punto de vista del reproche jurídico, es insatisfactorio afirmar que tiene menor deber de abstenerse de matar a su hijo la madre que lo hace para salvaguardar su honra.

2.2.3.- El Sistema Helvético:

2.2.3.1.- Consideraciones Generales:

La postura helvética, teniendo como fuente histórica el Anteproyecto del Código penal suizo de 1916 en su artículo 108, mantenida en el Proyecto de 1918 artículo 103, y plasmado ya en el Código Penal suizo de 1937 en su artículo 116; se caracterizó por incluir en los supuestos del tipo, que la conducta homicida de la madre para configurar infanticidio debería llevarse a cabo "durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal"; diferenciándose de la postura latina tradicional que consideraba la *causa honoris* como elemento del tipo. Esta postura, también a su vez no ha sido interpretada ni ponderada en una sola dirección, existiendo diferentes consideraciones al respecto que a continuación se analizarán.

2.2.3.2.- Elementos Referenciales en Relación a la Realización de la Acción o de la Ejecución del Delito:

Como se mencionó el tipo de infanticidio bajo esta postura, entiende que la conducta de la madre que va a verificar la acción debe llevarse a cabo en cualquiera de las dos circunstancias que se prevé:

- 1) Durante el nacimiento o parto, y**
- 2) Mientras dure la influencia del estado puerperal.**

Consideramos pues oportuno, discurrir en la interpretación de ambos presupuestos, para de esa forma poder discernir concretamente lo que la previsión legal pretende informar.

1) Infanticidio “durante el nacimiento” o “durante el parto”:

El alcance de esta expresión legal implica que de acuerdo a la posición que tomemos al respecto determinará que el acto delictuoso pueda ser incriminado como infanticidio o aborto. El problema radica en primer término que debe aclararse en torno a esta circunstancia es el responder a la pregunta de ¿cuándo empieza y cuando termina el parto?, y en segundo lugar si la expresión ¿durante el parto es lo mismo que durante el nacimiento? aunque nos podemos adelantar en afirmar que de manera general son aceptados como sinónimos.

Es bueno también anticipar que para la ciencia médica el aborto provocado *–que tiene puntos coincidentes con nuestro delito–* es la expulsión del ser humano en gestación antes de que sea viable. Es decir, el aborto es la expulsión violenta, anticipada o prematura del embrión, feto o criatura con el fin de evitar el que nazca un nuevo ser.

La doctrina ha formulado diversas consideraciones al respecto que han sido clasificadas de acuerdo nuestra idea por ciertos elementos comunes, aunque sin que pueda existir uniformidad e incluso los propios criterios de una posición pueden clasificarse dentro de varios de ellos:

a) Criterio de la expulsión del claustro materno:

Roy Freyre (1986) señala que el parto es *"la actividad fisiológica mediante la cual el producto de la concepción es expulsado del claustro materno a través de las*

vías naturales y por el mismo impulso que la naturaleza ha destinado a este fin"³⁶. El citado autor, también va a entender como sinónimos las expresiones "durante el parto" o "durante el nacimiento", y en virtud a ello explica que *el nacimiento o parto en su concepto, empieza cuando una parte del cuerpo del infante se asoma al exterior y termina con la expulsión total de este y trata de adaptarse a la vida extrauterina, para lo cual comienza a respirar*³⁷.

Para Hurtado Pozo (1993), *el parto comienza con los primeros dolores producidos por las contracciones del útero, las mismas que van a continuar hasta la expulsión del nacido*. Entiende que *esta es la segunda fase del proceso del nacimiento*, y que la primera, *comprende el descenso del feto, quince a veinte días antes de la expulsión*. Asimismo, *considera que los juristas suizos que elaboraron el Código Helvético consideraron que el comienzo del parto se daba cuando parte del nuevo ser salía del cuerpo materno*.³⁸

En la ciencia médica se entiende que el parto inicia con la dilatación, y que ello se caracteriza por los dolores y la dilatación del cuello uterino; y que posteriormente se realiza la expulsión del naciente y la placenta en sus respectivos momentos.

b) Criterio de la Percepción Visual:

Bramont & Bramont (1994), consideran como *"más acertado el criterio de la percepción visual como que el límite mínimo de la vida humana independiente"*³⁹. Por lo que entiende que el infanticidio es un delito contra la vida humana independiente, como el la llama, el inicio del parto coincidiría con el inicio de

³⁶ ROY F., Luis. Derecho Penal T. I, Parte Especial, 1986, pag. 209

³⁷ Ibidem, pág 210

³⁸ HURTADO POZO José (1993). Manual de Derecho Penal - Parte Especial 1. HOMICIDIO, Ediciones Juris. Lima, pag. 74-75

³⁹ BRAMONT A., Luis & BRAMONT Arias T., Luis (1994). Código Penal Anotado; Primera Edición; Editorial San Marcos, Lima - Perú, pag. 33.

percepción visual, que a la vez correspondería al fin de la vida humana dependiente. Obviamente que para dicha postura la independencia de la vida del nuevo ser se dejaría al arbitrio del que lo puede ver, lo que parece no ser muy acertado porque la dependencia o independencia ha de girar en torno al sujeto en referencia. Sin embargo, al parecer dicho criterio se sustenta en la idea de "reprochabilidad" pues es más reproachable matar al hijo o familiar que se ve, que al que no se ve.

c) Criterio del comienzo de las contracciones expulsivas:

Carlos Creus (1995), pese a señalar que el criterio que él comparte no permite fijar objetiva y definitivamente el momento cuando está ocurriendo el nacimiento para diferenciar el aborto del homicidio (en general); por ello entiende que dicho proceso *"puede ocurrir con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o cuando esos dolores faltan, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél o de extracción quirúrgica del feto"*⁴⁰.

El comienzo del nacimiento, se refiere al comienzo de las contracciones expulsivas, en el parto artificial (cesárea) el comienzo del nacimiento está marcado con el inicio de la operación, y en los supuestos en que el médico hace uso de algunas técnicas que inducen las contracciones expulsivas, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de aquellas técnicas.

Por estas consideraciones se entiende que el parto es un momento específico del proceso del nacimiento, ahora bien en el parto natural se inicia con las primeras contracciones del útero y termina con la total separación del nuevo ser del vientre de su madre; si las contracciones son provocadas, con aquel primer acto de

⁴⁰ CREUS Carlos (1995). Derecho Penal - Parte Especial T.1, 5ta. edición actualizada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, pág 10-11.

provocación se iniciaría el parto artificial (cesárea), es decir se inicia cuando se empiezan a ejecutar las técnicas propias del procedimiento quirúrgico, hasta que el recién nacido es extraído y separado completamente del vientre de su madre.

d) El criterio de la vida dependiente:

Peña Cabrera, entiende que *el nacimiento comienza con el parto y termina en el momento de la total independización del nuevo ser, siendo este criterio el más seguro para poder determinar la diferencia entre el delito de aborto y el homicidio en cualquiera de sus modalidades. Aclara que el parto, empieza con la ruptura del saco amniótico y termina cuando el feto se desprende del cuerpo de la madre. Esta última consideración entiende que cuando la norma anota la expresión "durante el parto", está aceptando, por supuesto en consideración al infanticidio, que la muerte del nuevo ser puede ser causada en el seno materno, cuando el ser aún no posee vida independiente.*⁴¹

Para Luis Bramont Arias (1988), *el parto es el tránsito entre la vida fetal dependiente de la madre hacia la independiente o vida individual. Entiende también que la norma al usar la expresión "durante el parto" ha querido referirse a "durante el nacimiento", y que el nacimiento como la etapa más importante del parto empieza cuando una parte de la criatura se asoma al exterior y termina con la expulsión total del claustro materno; en base a lo referido se admite el infanticidio, dice, incluso cuando el niño no ha adquirido vida propia.*⁴²

Para el argentino Fontán Balestra (1969), *el nacimiento comienza en el parto natural cuando se manifiestan las primeras contracciones espontáneas del trabajo*

⁴¹ PEÑA C. Raúl (1994). *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial I*, Ed. Lima, pp. 127-128.

⁴² BRAMONT A. Luís (1988). *Temas de Derecho Penal Nro. 1*, Ed. San Marcos, pag. 63.

de parto; y en el provocado (cesárea), cuando comienza a ser extraída la criatura. Dice además que "No es necesario que la criatura sea viable, ni siquiera que haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente, el período comprendido por la expresión durante el nacimiento".⁴³

Este sector entiende que el nacimiento empieza con la expulsión de la criatura del vientre materno; además con este concepto se acepta que el infanticidio se pueda realizar mientras todavía la criatura no esté completamente separada del seno materno. Todas estas posiciones si no son iguales, entienden que el corte del cordón umbilical no es necesario para que exista el delito de infanticidio.

e) Criterio de la vida independiente:

Para Sebastián Soler (1979), *la expresión "durante el nacimiento" a que hacía alusión la norma derogada del código argentino, "Quiere decir desde el comienzo del proceso del parto hasta el momento de la completa separación"*⁴⁴.

García & Basile (1990) citando a Ripollés mencionan que *"... lo que está naciendo –en gerundio- no es lo nacido, sino lo que va a nacer. Ello equivale a sostener, con acierto en nuestra opinión, que la muerte del feto en el alumbramiento (no emancipado de la vida orgánica materna) –salvo que se cree una figura nueva, como el feticidio italiano- ha de ser aborto y no infanticidio. Se trataría así de "un ser biológicamente vivo pero carente de vida propia autónoma", distinto del niño que es ya persona con vida propia (infanticidio).."* Continúan mencionando que es indudable que el feto deja de serlo con el suceso del nacimiento, y este consiste, a

⁴³ FONTÁN B., Carlos (1969). Tratado de Derecho Penal T. IV. Parte Especial. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag. 166

⁴⁴ SOLER Sebastián (1979). Derecho Penal Argentino III, Tipografía Editora Argentina, , pag. 75

*nuestro juicio, en la expulsión total de la criatura y el corte del cordón umbilical, instante en que iniciará su vida autónoma y será persona.*⁴⁵

f) Criterios en referencia de la viabilidad:

Este mismo autor cita a Maggiori menciona que *“recién nacido denota a un ser que ha nacido vivo. Es decir que se requiere una vida concreta y cierta; no solamente una esperanza de vida, como en el aborto, sino una vida extrauterina, que en general se comprueba mediante la respiración pulmonar... feto en ese caso (a diferencia de lo anotado anteriormente) es el que , aunque sea inmaduro, ha vivido un principio de vida extrauterina, en cuanto nació vivo y por eso debe considerarse como persona..”*⁴⁶

Prosigue indicando *“contrariamente Cuello Calón sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es la vida humana, señala que el homicidio “privilegiado por el motivo de ocultar su deshonor” impone que la criatura nazca viva, aunque no sea necesario la capacidad de vida extrauterina como lo exigen algunos que requieren la madurez del feto o que haya cumplido el periodo fisiológico de la preñez. También destaca que no es necesario que sea viable, ya que, aunque no lo sea, también tiene derecho a la protección”.*⁴⁷

g) Criterio Jurídico o Normativo:

Siguiendo su criterio y con cita de Pelossi *las opiniones de los anteriores tienen sus posiciones más acercadas a criterios médicos- ginecológicos, que esencialmente jurídicos ya que para el derecho pueden tener otra significación. Se*

⁴⁵ GARCIA MAAÑON & BASILE, Ob. Cit., pág 69

⁴⁶ Ibidem, pag. 69

⁴⁷ Ibidem, pag. 69

entiende que el trabajo de parto es un proceso obstétrico al nacimiento, pero jurídicamente el nacimiento es un hecho que para entenderlo debemos recurrir al ordenamiento legal⁴⁸.

Bajo este razonamiento la doctrina nacional y extranjera coincide que en materia civil desde la concepción hasta el nacimiento tenemos a un feto y de allí en adelante es una persona. La primera etapa habrá de referirse al delito de aborto y la segunda al infanticidio⁴⁹.

Por lo que al igual que en la legislación argentina,* el Código Civil Boliviano y muchas otras legislaciones civiles señalan que *el nacimiento es el comienzo de la personalidad y al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, que para ser tenido como persona basta con nacer con vida y finalmente, que el nacimiento con vida se presume, salva prueba en contrario.* Como se observa en estas disposiciones la ley condiciona la protección a la vida y sus derechos del ser concebido reservados al momento del nacimiento. La condición en este caso es nacer con vida y que si no nace con vida, se toma como si nunca hubiera existido.

Ahora bien en materia penal cuando el bien jurídico protegido es la vida como el homicidio en general *-aunque sea privilegiado como en el infanticidio-* hace referencia a una conducta que consiste en matar a un hombre y este deviene necesariamente de persona, que por esta misma lógica de inferencia solo se produce con el nacimiento y cualquier intento por extender su protección antes de este hecho, atenta contra el propio principio de legalidad y tipicidad. Claro está

⁴⁸ Ibidem, pag. 71

⁴⁹ Ibidem, pag. 71

* Sigue el análisis de los autores Garcia Maañon & Basille Ob. Cit, pág 74, pues el Código Civil argentino es fuente en varios de sus acápite del Código Civil boliviano.

que si bien tanto la ley penal con mayor rigorismo, como la civil protegen al concebido en todo lo que le pudiera favorecer; en el caso del aborto bajo el fuero criminal, esta protección ya sea en el seno materno o en el proceso de parto, no puede constituir la muerte de una persona, sino del feto siendo este el sujeto pasivo y no la persona como se requiere en el homicidio, parricidio, asesinato e infanticidio.

Es pertinente revisar que en la legislación boliviana referente al delito básico del Aborto (Art. 263 C.P.B.) menciona expresamente “El que causa la muerte de un feto en el *seno materno o provoca su expulsión prematura...*” de estos límites podemos inferir que el infanticidio corresponderá a partir de la etapa de finalización de su expulsión del claustro materno.

Esto último además nos indica que para que sea persona es necesaria la separación del vientre de la madre, y que antes de ello se lo considera un feto.

Finalmente las expresiones de causar la muerte durante el parto o durante el nacimiento –*incluso pese a la falencia de la redacción legal del infanticidio*- deben interpretarse a la persona nacida con vida independiente o de relación* para no entrar en contradicciones con la ley civil, penal y todo el ordenamiento legal. Se salva claro está, que la ley penal cree algunas figuras penales como el feticidio de los italianos que consiste en dar muerte al ser que nace, que esta naciendo o al feto en pleno alumbramiento que es biológicamente vivo aunque carente de vida autónoma propia; pero no en el vientre materno, ni al recientemente nacido o en el proceso del parto como quedó explicado.

2) El Infanticidio durante la influencia del “estado puerperal”:

* Esta opinión tiene coherencia en los comentarios siguientes en otro acápite referentes al análisis del bien jurídico “vida”.

Sobre este asunto menciona Maañon & Basile (1990) en cita a Eusebio Gomez se *debe tener en cuenta que la mayoría de las legislaciones que establecen este elemento no existe plazos para determinar la atenuación, consiguientemente para que pueda hacerse efectiva, la muerte del niño debe hacerse efectiva mientras la madre actué bajo la influencia del estado*⁵⁰. Es decir que, este plazo está sujeto a una condición debiendo entenderse que la muerte del niño se produce bajo esa “influencia del estado puerperal”.

En cuanto al periodo de duración del puerperio no existe uniformidad en la doctrina y la legislación ya que algunos mencionan que dura hasta la total involución del útero o a la aparición de la primera menstruación; otros hasta la involución histológica del órgano en unos dos meses; e incluso hasta setenta días después del parto, etc. Como vemos no existen criterios uniformes y siempre será necesario la opinión de los peritajes para que el juzgador pueda analizar en cada caso particular.

Por otra parte se debe diferenciar las denominaciones del estado puerperal y la psicosis puerperal ya sobre esta última sus características patológicas producen trastornos mentales transitorios completos que pueden conllevar a las figuras de la inimputabilidad. Mientras que en el primer caso –*influencia del estado puerperal*– se trata de alteraciones o perturbaciones de fuerte contenido emocional pero que no llagan al trastorno mental transitorio completo; es decir, que el sujeto activo tiene conocimiento del acto y su voluntad se encamina al mismo.

En este sentido Emilio Bonnet citado por Garcia Maañon & Basile (1990) hace un cuadro diferenciador del puerperio, dividiendo en:

⁵⁰ Ibidem, pag. 99

Puerperio normal o fisiológico y

Puerperio anormal o patológico.

Al primero lo subdivide en puerperio considerado en: el orden clínico general, el orden obstétrico ginecológico y en orden psíquico.

A su vez en este último -orden psíquico- lo clasifica en : a) no psicótico entendido como estado puerperal o trastorno mental transitorio incompleto puerperal o estado crepuscular puerperal y, b) el psicótico dividido en tres ramas: 1) como forma transitoria, expresando que es un estado de inconciencia patológica de las mujeres de parto y post parto o psicosis transitoria puerperal o delirio transitorio puerperal o trastorno mental transitorio completo puerperal; 2) como forma breve y; 3) forma prolongada de locura puerperal o psicosis puerperal o alineación mental de origen puerperal.⁵¹

De lo expresado por Bonnet se deduce que el estado puerperal sería un estado de semialienación no psicótica, que no llega a la alteración morbosa ni a la inconciencia, un estado crepuscular intermedio entre la salud mental y la alineación. Agrega el autor que la psicosis puerperal tiene como causas predisponentes el estado moral de la madre, la ocultación del embarazo y como determinantes la predisposición, la infección y la lactancia siendo todas estas psicosis puerperales formas de alineación. Llegando así a la afirmación que “...*en la psicosis puerperal la muerte del recién nacido será un homicidio calificado por el vínculo inimputable por eximente psíquica ... y fuera de estas circunstancias la psicosis puerperal puede ser causa de otros delitos...*” Más adelante, este mismo autor agrega: “*Para nosotros, el estado puerperal representa un 'estado'*

⁵¹ Ibidem, pag. 105

psicopatológico, y no un período obstétrico". Sobre esta misma materia, añade: "El estado puerperal es un trastorno mental transitorio incompleto por que es de corta duración y porque no alcanza a constituir un estado de alienación mental, sino solamente un 'estado crepuscular'" ⁵²

Sin embargo, siempre habrá algunas dudas que serán necesarios deslindar sobre los puntos de contacto entre los trastornos mentales completos y la figura de referencia en el estado psíquico requerido.

Luis Bramont Arias (1988), entiende que el *"Estado puerperal..., no es un concepto pacífico en medicina"*, después de dar cuenta de que es difícil determinar el tiempo que dura el estado puerperal, insiste en que la divergencia existe aún en el concepto: *"Unos llaman estado puerperal al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros, sólo a este último; otros, consideran que este estado puerperal dura el tiempo de la involución clínica del útero; algunos lo refieren a la involución histológica de ese órgano, que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los loquios, y otros la extienden hasta la aparición de la menstruación".⁵³*

Fontán Balestra (1969), anota a su vez que *"el estado puerperal o puerperio es el período durante el cual van desapareciendo las modificaciones producidas en el organismo materno por el embarazo -excepción hecha de las glándulas mamarias, las que, por el contrario, entran en actividad- hasta llegar a un estado semejante al anterior embarazo. Según los tratados de medicina legal, este estado se prolonga por un período aproximado de cuarenta días, pues la mayoría de los autores*

⁵² Ibidem, pag. 106

⁵³ BRAMONT A. Ob. Cit. pag. 63.

*remiten su final a la aparición de la primera menstruación o a la total involución del útero*⁵⁴.

Cabe señalar que las citas arriba anotadas corresponden a criterios estrictamente de orden médico (naturalístico), que van a señalar las particularidades anatómicas, fisiológicas y psicológicas que el estado puerperal importa en el organismo de la parturienta.

Conceptualizando el “estado puerperal” se extiende desde que comienza el nacimiento hasta que termina el puerperio, apreciado en forma continua. A su vez, puerperio o período puerperal será el lapso en que se produce la involución completa o casi completa y persistente de todos los órganos modificados por la gestación, con excepción de las mamas. La duración del periodo puerperal puede extenderse entre 40 ó 60 días posteriores al parto, concluyendo con la aparición del primer ciclo menstrual.

Ahora bien, consideramos que el concepto de estado puerperal con relevancia para el tipo de infanticidio va a tener que ser uno de orden normativo-valorativo y no circunscribirse a un concepto meramente naturalístico; concepto además, que si bien tenga importancia gravitante para alguna disciplina no la tiene en la misma medida para el Derecho penal.

Sin embargo, pese a la consideración que nosotros preferimos en relación a la conceptualización del estado puerperal, la doctrina ni la jurisprudencia ha sido uniforme cuando le ha correspondido interpretar lo que implica el estado puerperal en el tipo de infanticidio; habiendo quienes han optado por asimilar la interpretación relevante al tipo en su acepción naturalística, señalando que el

⁵⁴ FONTAN B. Ob. Cit. pag. 181.

“estado puerperal” debe tomarse como presunción de presencia de patología psicológica, existiendo también otros que han preferido asignar un juicio de valor jurídico al concepto de estado puerperal tomándolo como criterio de referencia cronológico-temporal.

3) Puntos de Vista en Relación al Estado Puerperal:

a) Como presunción de presencia de patología psicológica:

Bramont Arias (1988), se adhiere al criterio de considerar que cuando el estado puerperal produce perturbaciones síquicas en la mujer y estas determinan la muerte del hijo naciente o recién nacido, entonces se produciría el delito de infanticidio. Entiende que *"es menester una relación de causalidad entre el estado puerperal y el delito, pues no siempre el estado puerperal produce perturbaciones psíquicas en la mujer. La cláusula "influencia del estado puerperal", no quiere significar que el puerperio acarree siempre una perturbación psíquica: es preciso que quede comprobado que la perturbación psíquica ha sobrevenido realmente como consecuencia del estado puerperal, de modo que ha disminuido la capacidad de entendimiento y de auto-inhibición de la parturienta. Fuera de esa comprobación, no habría por qué distinguir entre infanticidio y homicidio. Es decir: no producida la deficiencia psíquica por el puerperio no habrá el delito privilegiado de infanticidio. Si la ley hubiera querido decir otra cosa, no habría empleado la expresión influencia".*⁵⁵

Por otra parte, este autor, también distingue lo que denomina psicosis puerperal, diferenciándola de lo que él entiende por "influencia del estado puerperal", que el tipo de infanticidio exige; señala en ese sentido que la psicosis puerperal de

⁵⁵ BRAMONT A. Ob. Cit. pag. 64-65.

acuerdo a su nivel de alteración puede ser causa de inimputabilidad o por lo menos de semimputabilidad en la mujer.

Roy Freyre (1986), reconoce dos hipótesis que se puede producir el infanticidio. Dichas hipótesis son 1).- *in ipso partu* cuando la acción de matar se produce durante el parto; 2).- *post partu* durante todo el tiempo de influencia del estado puerperal; al momento de comentar la primera hipótesis señala que en dicho momento las *alteraciones psico-físicas, tales como el desequilibrio hormonal y los trastornos nerviosos de origen tóxico, que son propias del embarazo y del alumbramiento, se suponen existentes y no es necesario que sean probadas.* Hace notar que por lo menos las normas que señalan la expresión "durante el parto" *está presumiendo una consideración no sólo temporal sino también psicológica que determinaría la acción de matar; de donde desprendemos que es ese el mismo razonamiento que maneja en lo que se refiere a la mención posterior del tipo de infanticidio al "estado puerperal".* Aún más cuando pese a que considera que *la actora del infanticidio debe ser imputable (tener capacidad de culpabilidad) para ser sujeto activo de dicha conducta; también entiende, que dicha situación de la mujer implica un estado de semialienación mental transitorio, que acorde con su razonamiento también debería presumirse.*⁵⁶

Ricardo Nuñez (1977), señala que: *"La admisión del criterio fisio-psicológico ha sido negada por parte de la doctrina, atribuyéndosele a la nueva formula un significado puramente cronológico ... Las razones de los que le asignan a la fórmula un valor puramente temporal no son decisivas ... La realidad de las alteraciones fisiológicas con influencia psicológica, distintas de las alteraciones mentales que el parto y post partum pueden originar, es algo que los juristas, los tribunales y la ciencia no niegan. Ese particular estado pone a la mujer en condiciones psicológicas propicias para que obren la causa de honor y otras como*

⁵⁶ ROY F. Ob. Cit. pag. 215-216.

*la miseria, las dificultades de la vida o las torturas morales... Concluyendo en esta parte que "Al exigir en el infanticidio cometido por terceros la concurrencia de la causa de honor y de un estado emocional, el legislador señala con toda claridad que le resulta totalmente congruente la coexistencia excusante de un motivo y de un estado psicológico".*⁵⁷ Por lo que entiende que la fórmula tiene un significado temporal subsidiario, en cuanto el infanticidio se debe consumar en el tiempo durante el cual la madre esté sometida a los efectos que sobre ella produce su estado puerperal.

José Hurtado Pozo (1993), entiende que para efectos penales se comprende el "estado puerperal": *"como el conjunto de manifestaciones fisiológicas subsecuentes al alumbramiento"*, y además señala que como consecuencia de tal estado, debido a las modificaciones sustanciales en el organismo de la mujer, que se prolongan desde el embarazo hasta luego del nacimiento, se producen variaciones que repercuten en la mente de la mujer; por lo que *la atenuación se explica por los trastornos síquicos que ocasionan en la mujer los significativos cambios físicos propios del embarazo y del parto*. Indica además que *dichas perturbaciones psíquicas se deben presumir, pues entiende que no necesitan probarse, ya que según él la técnica legislativa de la fórmula suiza nos ofrece esa bondad, debido, además, a que dicha prueba es difícil de aportar por su particular característica.*⁵⁸

También denota que el "estado puerperal" debe entenderse como un elemento causativo que determina la posterior conducta de la madre; esta conclusión se desprende, ya que *el delito de infanticidio es un supuesto de responsabilidad atenuada, por el estado puerperal en el que la madre se encontraba.*

⁵⁷ NUÑEZ Ricardo (1977). Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Lerner Ed., Cdba—Bs.As, pag. 119, 120, 121, 131 y 132

⁵⁸ HURTADO P. Ob. Cit. pag. 72 y 76.

b) Como Criterio Meramente Temporal:

El argentino Sebastián Soler (1979), adhiriéndose al criterio de considerar el estado puerperal como elemento temporal para la verificación del tipo de infanticidio, señala citando a Gautier, comentarista del Código Penal Suizo, *que si bien existen dos criterios para interpretar la referencia al "estado puerperal" uno psicológico y otro fisiológico (temporal-cronológico), el legislador no considera el criterio psicológico pues con ello se llevaría, dice Gautier, a restringir el infanticidio al asesinato de criaturas traídas al mundo por mujeres no casadas y acaso aun de criaturas ilegítimas de las mujeres casadas, porque sólo es en esas circunstancias que el nacimiento del niño puede ser la causa de una gran angustia moral para la madre. Si es dominado por consideraciones de orden fisiológico, el legislador no restringirá el infanticidio al asesinato de la criatura ilegítima; ya que todo embarazo y todo parto pueden determinar en la madre los mismos desórdenes físicos y morales, sea que el niño haya sido concebido en un ayuntamiento legítimo o ilegítimo. Por estas consideraciones, continua Soler, el proyecto suizo se atuvo a un criterio estrictamente fisiológico; pero, según se ve, no con un propósito restrictivo, sino ampliatorio, es decir, pensando dar también cabida en esta incriminación a hechos determinados por móviles distintos del de salvar la deshonra".*

Agrega, Soler que La expresión "estado puerperal" no es empleada por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales. Esto no sería exacto ni para el código suizo ni para la ley Argentina; pues cuando se produzca el homicidio por razones de este tipo, lo que estará en cuestión será la aplicabilidad del inc. 1º del art. 34, en razón de inimputabilidad; en cuyo caso, jurídicamente no interesa que se trate de una verdadera psicosis del puerperio o de que el puerperio haya obrado como mera causa desencadenante de una psicosis maníacodepresiva o de una esquizofrenia. El estado puerperal es, pues,

considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan por un tiempo después del parto. Y la razón de que la ley lo tome en cuenta es precisamente su duración, ya que es fatal la insuficiencia de la frase "durante el nacimiento", y se hace necesario designar de algún modo los momentos posteriores. Así pues, concluye Soler, que el hacer referencia al "estado puerperal" se está determinando un lapso suficientemente preciso y no del todo arbitrario en contraposición a una cuantificación demasiado estricta o rígida en contra de la autora del tipo de infanticidio, ya que de otra forma le podría resultar injusta en una determinada situación concreta⁵⁹. La expresión "estado puerperal" tiene pues para Soler un significado estrictamente temporal.

Fontán Balestra (1969) comentando también el artículo pertinente del Código Argentino vigente en ese momento, entiende que se descarta que el estado puerperal, se refiera a una alteración morbosa de las facultades de la mujer; pues ello ya se regula en las situaciones de inimputabilidad. Dice también que otra cosa es que la ley, al requerir que la madre cometa el hecho mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal, presuma un estado psicológico propio de ese período, que no es necesario probar; porque entonces el criterio psicológico se torna nominal, teórico⁶⁰. Comenta además, que en la reforma de legislación penal Argentina del año 1967 en lo relacionado al tipo de infanticidio, "se optó, en definitiva, por mantener la referencia al estado puerperal, por considerar que esa fórmula ha sido ya entendida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia en un sentido temporal. Parece, pues lógico aceptar, que se trata de un criterio cronológico, como lo sostiene buena parte de la doctrina. Lo dicho no significa afirmar que no se haya tomado en cuenta para nada el especial estado psicológico en que la mujer suele encontrarse durante el alumbramiento y el estado puerperal, particularmente ante el nacimiento de un hijo ilegítimo. Ya puso de manifiesto

⁵⁹ SOLER S. Ob. Cit. pag. 76-78.

⁶⁰ FONTÁN B. Ob. Cit. Pag. 182-184

*CARRARA que todo un conjunto de temores obra violentamente sobre el ánimo de la mujer fecundada por comercio ilegítimo, que en la ocasión del parto la lleva a un frenesí desesperado que debe ser apreciado en su favor para atenuar la imputación delictiva... Pero lo cierto es que la ley no impone que haya existido efectivamente, o que se haya producido en determinada medida, el efecto psicológico que el estado fisiológico del puerperio es capaz de producir; sólo le importa que el hecho haya sido cometido mientras el estado fisiológico perdura, con prescindencia de los efectos psicológicos que pueda haber ocasionado. Por lo que, en definitiva, de hecho, se traduce en un elemento temporal".*⁶¹

Molinario, citado por Ricardo Nuñez (1977), entiende que "el legislador no ha querido referirse a esas alteraciones de carácter psicopático, que estarían contempladas en el artículo 34, inciso 1°, debiendo interpretarse, por lo tanto aquella expresión, no en un sentido causativo, sino en un sentido meramente cronológico".⁶²

c) Como elemento circunstancial:

Carlos Creus (1995) entendiendo que existen posturas que han observado el estado puerperal tanto como presunción de alteración patológica en el psiquismo de la mujer durante ese período o como un criterio meramente temporal-cronológico para la actividad de la actora; plantea, que debe entenderse dicho estado como un *elemento circunstancial para la actuación de la madre durante aquel período*. Dice Creus: "Si bien la ley no exige que el puerperio haya producido trastornos psíquicos en la mujer para aplicar la atenuante, no cabe duda de que tal posibilidad fue tenida en consideración por el legislador, aunque sin otra pretensión que fijar el estado dentro del cual se debe producir la acción letal. No

⁶¹ Ibidem. Pag. 185

⁶² NUÑEZ R. Ob. Cit. Pag. 120.

*se trata ni de una presunción ni de un puro criterio temporal, sino de un particular elemento circunstancial que eventualmente puede significar un límite temporal (la atenuante es inaplicable cuando la acción se realiza una vez que ha cesado el puerperio), lo cual es distinto*⁶³.

Se ha dicho, en tal sentido que se trata de un elemento *subsidiariamente temporal*, que según esta postura el estado puerperal relevante para el tipo de infanticidio es el que signifique un límite temporal, de lo que en sus implicancias prácticas es congruente con la postura que considera al “estado puerperal” como un criterio netamente temporal, fisiológico o cronológico.

⁶³ CREUS C. Ob. Cit. Pag. 25.

CAPITULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE INFANTICIDIO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

3.1.- Antecedentes Legislativos:

La historia del delito de Infanticidio en el derecho penal boliviano ha mantenido casi invariablemente en sus distintas redacciones la influencia española o tradicional, es decir la causa honoris. Asimismo recordemos que la historia republicana del derecho penal en cuanto a codificaciones es muy breve, pues desde "Recopilación De Las Leyes De Los Reinos De Las Indias" en el periodo Colonial, tenemos las reformas al Código Penal del 18 de julio de 1831; el Código Penal de 6 de noviembre de 1834^{*}; el proceso de la reforma penal del 6 de agosto de 1973 de los llamados Códigos Banzer; reforma Blattman al Código Penal de 1973, sobre inclusiones y derogaciones de 10 de marzo de 1997 por ley 1768 y la Ley N° 2033 del 29 de octubre de 1999 y la Ley N° 2494 del 4 de agosto de 2003.

Código Penal de Santa Cruz de 1836 en su Art. 489: "Los que maten a un hijo o nieto, descendiente suyo en línea recta o, a su hermano o hermana o, a su padrastro o, madrastra o, a su suegra o suegro o, a su entenado o entenada o, a su yerno o nuera o, a su tío o tía carnal o, al amo con quién habiten o, cuyo salario perciban; la mujer que mata a su marido o, el marido a su mujer siempre que unos y otros lo hagan voluntariamente, con premeditación, con intención de matar y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. *Exceptuándose las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo*

^{*} MIGUEL HARB comenta que este delito fue incorporado bajo la influencia española o causa honoris desde el Código Penal del 1834 en la que los sujetos activos podían ser los parientes cercanos. Miguel Harb B. Ob.Cit. pág 178

ilegítimo y no habiendo podido darlo a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerlo con reserva, se precipiten a matarlo dentro de los tres primeros días del nacimiento, para encubrir su fragilidad, siempre que éste sea, a juicio de los jueces y, según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción y la mujer delincuente no sea corrompida y de buena fama anterior. Esta sufrirá en tal caso la pena de dos a seis años de reclusión y destierro por igual tiempo."

En relación al artículo citado, se considera que dicha prescripción quedó establecida siguiendo al Código español de 1822 (Art. 612), que se atenuará la pena a "las mujeres solteras o viudas que teniendo un hijo ilegítimo, y no habiendo podido darlo a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerlo con reserva, se precipiten a matarlo dentro de los tres primeros días del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que esto sea, a juicio de los jueces y según lo que resulte, el único o principal móvil de la acción, y la mujer delincuente no sea corrompida y de buena fama anterior".

Por otra parte cabe destacar que la sanción a imponer tanto para los delitos de parricidio y asesinato eran equivalentes, pero de esas sanciones o penas estaban exceptuadas las mujeres solteras y las viudas que daban muerte al hijo ilegítimo dentro de los tres primeros días del nacimiento con el propósito de encubrir su fragilidad, en otros términos, los fundamentos de dicha atenuación era el móvil del honor. Es relevante también que la liberalidad se extendía a las viudas, dentro de las mismas prerrogativas que las solteras.

En relación a la pena prevista, esta era bastante moderada en relación a las sanciones imperantes en aquella época.

Este artículo permaneció sin variaciones durante mucho tiempo, hasta que en la reforma de 1973 de los conocidos Códigos Banzo introdujo la figura del

infanticidio como se sigue manteniendo en el actual *“La madre que para encubrir su fragilidad o deshonra diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años”*.

Aquí sigue el criterio del honor como móvil, solo que es redactado con mayor técnica legislativa y se determina el tiempo *“durante el parto o hasta sus tres días*, además se resalta que este delito solo puede ser cometido por la madre y la benignidad de la pena en relación al anterior.

Esta tendencia hispánica perdurará en las siguientes reformas de manera invariable, lo curioso que ha existido reformas muy sustanciales conocidas como Blattman (1993) en alusión al Ministro de justicia con ese apellido y otras como la Ley N° 2033 de 1999 con muchísima influencia de Género por las *“Mujeres en Acción”* que permitió revisar varios delitos que se consideraron vejatorios y atentatorios a las mujeres como aquellos referidos a los delitos contra la libertad sexual, sin que si quiera se revisara la pertinencia del delito de infanticidio.

3.2.- Ubicación del Delito en el Código Penal:

El delito de infanticidio se encuentra ubicado en el Libro Segundo del Código Penal bajo (Decreto Ley 10426 del 23 de agosto de 1972) Título VIII bajo el *nomen iuris* de los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal en su Capítulo I. Es así que el Artículo 258 menciona *“La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años”*

3.3.- El Bien Jurídico Protegido. La Vida:

El Código Penal en cuanto describe comportamientos que lesionan o ponen en peligro determinados intereses y señala sanciones, constituyen en muchos casos el desarrollo de la protección legal de la Constitución Política del Estado en cuanto la mencionada norma tiene como obligación principal la de proteger a sus habitantes en sus vidas, bienes, libertad, honor, etc. La existencia de esos bienes jurídicos es el fundamento para la creación de los tipos penales.

En nuestro caso el Código Penal protege en dos categorías de infracciones penales al dividir los “delitos contra la vida” y los “delitos contra la integridad personal” siendo dos bienes jurídicos estrechamente vinculados. En este sentido el bien jurídico de la vida dentro de los distintos intereses que toda sociedad protege, merece destacarse de manera muy especial, ya que se trata de la existencia misma de los individuos y por consiguiente constituye un bien absoluto que no admite discusión, incluso con independencia de cualquier posición ideológica de un determinado Estado.

En materia criminológica y penal reviste sin lugar a dudas un interés supremo que ocupa la escala superior dentro de la jerarquía de los valores y bienes jurídicos susceptible de tutela del derecho penal y sus ciencias auxiliares.

Por otra parte, la vida y su propia viabilidad no es un tema exclusivo del derecho penal, ni siquiera del propio ordenamiento jurídico de un determinado país; es más bien un asunto ético y filosófico. Teniendo en cuenta estos aspectos recién podemos fijar su contenido y relevancia en el derecho penal.

Por ello la vida humana a protegerse no debe ser la entendida en términos puramente naturalistas, como realidad físico-biológica, o mejor dicho aún, se deben también tener presente consideraciones valorativas a la hora de decidir el sí, el cómo y el cuánto de la protección.

La concepción naturalista de vida, se determina conforme a criterios científico-naturalísticos biológicos y fisiológicos. A partir de una concepción así, sería incompatible la pena de muerte, la justificación de la muerte de una persona en legítima defensa o en cumplimiento del deber, el privilegio del homicidio piadoso. Sin embargo ello no es así porque la Constitución y las leyes autorizan en ciertos casos el matar a otro, de ahí se deduce que un concepto estrictamente naturalístico de vida no puede agotar el contenido del bien jurídico. Por lo que el Derecho penal en relación al bien jurídico vida tiene que determinarse a partir de criterios normativos-valorativos, y sin prescindirse de las concepciones sociales; pese a que a otras áreas del Derecho le sirva la acepción naturalística de vida. Es también relevante considerar que una valoración estrictamente normativa carecería de límites si se prescindiera de la realidad naturalística, por ello ésta última debe ser el límite para la valoración normativa; entonces el contenido del bien jurídico vida va a tener que implicar una concepción que valore ambas realidades.

Mas a lo dicho, la existencia o inexistencia de vida no se puede hacer depender de valoraciones estrictamente sociales ya que hay que reconocer que cuanto se cumplen algunos presupuestos bio-fisiológicos, hay que reconocer la presencia de vida, cualquiera sea el estado, condición y capacidad de su titular. Sin embargo, una cosa es que exista vida en sentido naturalístico, y otra cosa es que la existencia de ese sustrato material determine su protección absoluta. El alcance de la protección deberá estar condicionado por las concepciones sociales; pues la vida, como existencia innegable, pasa por diferentes etapas que van a determinar cambios valorativos en el objeto.

Ahora bien, una de las modificaciones naturales más importantes que manifiesta el bien jurídico vida y que van a determinar una diferente consideración social es el

paso del denominado estado de vida humana dependiente a vida humana independiente.

En este sentido, cierto sector de la doctrina prefiere no definir que la protección recae sobre la vida *humana independiente o no*, pues como señala el profesor Bacigalupo (1994), *“el binomio vida humana dependiente-vida humana independiente, es criticable además de por sus resultados prácticos o por sus fundamentos metodológicos, toda vez que convierte en decisivo para la solución un problema jurídico a un criterio puramente biológico, cuando lo que en realidad importa es su significación social. Socialmente, la vida posterior al nacimiento no puede considerarse en absoluto como independiente, toda vez que la subsistencia de un recién nacido depende totalmente de la asistencia que se le brinde. En consecuencia, la independencia puramente biológica no señala un punto significativo para la valoración jurídica”*⁶⁴.

De todo lo anterior se va a deducir que el bien jurídico que se protege es la vida ajena o la propia frente a terceros. Siendo que algunos doctrinarios prefieren enunciar todo ello como vida humana de relación, lo de “vida humana”, por su acepción naturalística, y lo de “relación” por su connotación valorativa. Se plantea que una clasificación más acertada sería la vida humana en *germen (cuya vulneración da lugar a los delitos de aborto)*, y vida humana de relación (*cuya violación da lugar a los tipos de homicidio*).

Finalmente la dogmática de nuestro Código en cuanto corresponde al bien jurídico vida, sigue el criterio de proteger las conductas que atentan contra la vida humana en tanto ya formada, creada o de relación, agrupándolos en los artículos 251 (Homicidio), 252 (Asesinato), 253 (Parricidio), 254 (Homicidio por Emoción

⁶⁴ BACIGALUPO Enrique (1994). Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal, 2da. Edición, Akal Ediciones S.A. Madrid, pag. 17-18.

Violenta), 255 (Homicidio en Prácticas Deportivas), 256 (Homicidio Suicidio), 257 (Homicidio Piadoso), 258 (Infanticidio), 259 (Homicidio en Riña o a Consecuencia de Agresión), 260 (Homicidio Culposo), 261 (Homicidio y Lesiones Graves y Gravísimas en Accidente de Tránsito)**. Otro grupo corresponde a las conductas que atentan contra la vida en germen o en formación como: los artículos 263 (Aborto), 264 (Aborto seguido de lesión o muerte), 265 (Aborto Honoris Causa), 267 (Aborto Preterintencional), 268 (Aborto Culposo). Finalmente existe un tercer grupo que son aquellas conductas que ponen simplemente en riesgo el bien jurídico vida como en los artículos: 262 (Omisión de Socorro), 269 (Práctica habitual del Aborto) y también comparten este criterio –aunque en otro capítulo– los artículos 278 (Abandono de Menores), 279 (Abandono por Causa de Honor), 280 (Abandono de personas incapaces) y el 281 (Denegación de Auxilio).

3.4.- Elementos o aspectos del tipo penal del infanticidio:

3.4.1.- La Objetividad Jurídica:

El Objeto en su doble connotación *-jurídica como material-* se manifiesta de la siguiente manera:

- a) El Objeto Jurídico que el interés que Estado busca proteger, como se mencionó es la vida humana de relación o vida formada e independiente de acuerdo al criterio normativo como se analizó en su parte pertinente.
- b) El Objeto Material por el cual se concretiza la acción del agente es de carácter personal; es decir, una persona que necesariamente tiene que estar viva si quiera un momento para que pueda configurarse el delito. Se debe aclarar que aquí existe coincidencia entre las cualidades de objeto material y el sujeto pasivo que desde luego no significa lo mismo.

3.4.2.- Identificación de los Sujetos:

a) El Sujeto Activo: El autor de la conducta típica del infanticidio exige cualidades especiales ya que solamente es la madre puede cometer este delito, sin importar que se trate de soltera, casada o viuda. Nuestro Código, a diferencia de otros, excluye cualquier posibilidad que los parientes mas cercanos puedan también ser considerados como sujetos activos de este tipo privilegiado.

b) El Sujeto Pasivo: El sujeto pasivo titular del bien jurídico protegido, también es de carácter especial, ya que se trata únicamente de la muerte del “hijo durante el parto o hasta los tres días”.

El infanticidio se califica en términos generales como la muerte del recién nacido o durante el parto, de manera que interesa desde el punto de vista dogmático y práctico establecer el plazo que determina la figura penal, es decir, cuantos días u horas después de la separación del seno materno.

Como anotamos sobre el tiempo o edad del nuevo ser –*a partir del parto o recién producido el nacimiento*- las legislaciones no tienen unanimidad, así de manera imprecisa el Código belga menciona que la muerte debe producirse inmediatamente después del nacimiento; los códigos alemán, húngaro y holandés hablan de un poco después; el chileno menciona cuarenta y ocho horas, el uruguayo antes que cumpla los tres días, el paraguayo antes que cumpla los tres días completos, otros mencionas hasta la inscripción al registro civil, o simplemente no se menciona plazos y se establece que este delito se tipifica mientras dure el estado puerperal, etc.

Nuestra legislación es claro en señalar un plazo de tres días, pero no determina que el cómputo se hará en horas, ni si esos días son calendarios o hábiles aunque como es lógico se debe presumir el primero.

Al parecer sobre la edad de la criatura los criterios variaron por la influencia de las fórmulas de “recién nacido o durante el parto” en el código austriaco, de “veinticuatro horas” en el español y de “tres días” en el bávaro sistemas que con algunas variantes guiaron a las legislaciones venideras.

En este sentido la expresión durante el parto *–bajo el criterio normativo–* se deberá entender desde que el trabajo de parto finaliza con el cordón umbilical para que el nuevo ser sea considerado como persona. En cuanto a los tres días siguiendo este criterio normativo por analogía en lo que no sea incompatible con la naturaleza de este delito, se deberá recurrir al Código Procesal Civil⁶⁵ que establece que los plazos son perentorios e improrrogables, es decir salvo disposición contraria, se vencen de momento a momento sin interrupción hasta el último momento del día establecido por la ley penal⁶⁶.

Consiguientemente, si el nuevo ser no se halla emancipado de la vida orgánica materna será aborto u otra figura afín y; si sobrepasa los tres días se considera de acuerdo a nuestra legislación como asesinato.

⁶⁵ Art. 139-, 141 y 142 del Código de Procedimiento Civil Decreto Ley N° 12760.

⁶⁶ Asimismo es interesante para este tema la SC 0080/2004, de 2 de agosto, que distingue “ el cómputo de los plazos legales o judiciales que corren para las partes respecto de dichos plazos para los órganos jurisdiccionales, indicando que ambos son perentorios e improrrogables (...) pero además pueden ser de momento a momento, es decir, que se toman en cuenta las horas y los minutos a partir del instante en que comienzan a correr hasta su vencimiento, estos plazos están previstos expresamente por la ley, (por eso se denominan plazos legales) o cuando es necesario el juez o tribunal de la causa fija uno, (estos son los denominados plazos judiciales) (...) Respecto de los jueces y tribunales, los plazos procesales son igualmente improrrogables, se computan en forma ininterrumpida y perentoria, empero su vencimiento no es de momento a momento, sino son plazos que se cuentan por días calendario y su vencimiento acaece el último momento hábil del día respectivo, por cuanto si se efectúan actuaciones o diligencias en horas y días inhábiles ingresan en la nulidad prevista por el art. 143.I del CPC...”.

3.4.3.- La Conducta Descrita:

La conducta descrita consiste en matar aunque reviste de circunstancias especiales, su verbo rector es matar y matar dolosamente ya que la culpa excluye al dolo. Por ello se habla de un aspecto formal-objetivo ya que la conducta se halla sujeta a circunstancias modales y temporales, que consiste en ocasionar la muerte del hijo durante el parto o hasta los tres días después pero encubrir su fragilidad o deshonra.

La doctrina mayoritariamente menciona que la conducta puede ser de acción u omisión no interesando lo medios para que se sirva lograr su cometido. Sin embargo, Fernando Villamor Lucia (2003) aunque no da mayores explicaciones considera que *“este tipo de homicidio privilegiado, admite que el hecho pueda cometerse por omisión. Desechada queda la comisión culposa”*⁶⁷ Al parecer porque existe contraposición entre la ciencia médica y jurídica en cuanto a que la primera considera la muerte por abandono la causa que tipifica el delito de infanticidio por omisión, sin embargo la ciencia penal atribuye a esta una categoría de delito independiente de las modalidades de homicidio, como pudiera ser el caso del abandono de menores por causas de honor. En el particular caso de la omisión impropia donde la madre asume el papel de garante, las legislaciones limitan expresamente la amplitud de la enunciación de forma preceptiva, pues consideran que la seguridad jurídica sufre menoscabo, o mejor describen los tipos omisivos de ciertas conductas, que quieren ser dejados de lado a las prohibiciones del tipo activo, dado sus especiales características “delicta propia”.

3.4.4.- Formas de la Culpabilidad:

⁶⁷ VILLAMOR LUCIA (2003), Fernando. Derecho Penal Boliviano. Parte Especial, Tomo II; Ed. Librería y Editorial Popular. La Paz-Bolivia, Pag.178

Como se mencionó este delito es de carácter doloso, pero es necesario además un ingrediente subjetivo especial del tipo, que consiste en encubrir su fragilidad o deshonra, ya que para comprender su ilicitud es debemos referirla a ese determinado y concreto propósito, so pena de calificarlo en otra figura penal no privilegiada.

3.4.5.- División del tipo en relación con su contenido o al bien jurídicamente protegido:

Esta clasificación obedece a los diversos aspectos que dan lugar a la técnica empleada por el legislador para describir los modelos de comportamientos susceptibles de sanción penal. Por ello dentro de este, el delito de infanticidio es de *resultado* pues se exige que la conducta produzca un determinado efecto, que es la muerte de la criatura.

Otros consideran que con relación al bien jurídicamente protegido este delito – *infanticidio*- es clasificado como de *lesión* cuya integridad del bien jurídico desaparece con la conducta del agente; en contraposición de los delitos llamados de peligro cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico y que el legislador no espera a que sean destruidos, que desde luego no es el caso en particular.

3.4.6.- Precepto legal:

Artículo 258 (Infanticidio): “La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta los tres días después, incurrirá en privación...”

3.4.7.- Sanción:

La sanción prevista en este delito es de privación de libertad de uno a tres años.

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA:

La legislación sobre el tratamiento dogmático que se da al infanticidio como tipo privilegiado es diverso, pero se advierte de la misma la tendencia a desaparecer la propia figura del infanticidio en general, en menor grado el sistema helvético en sus formas puras o mixtas y como figuras anacrónicas el infanticidio honoris causa.

4.1.- Código Penal Argentino:

Como ya se anotó la Ley 24410 ha abrogado del Código Penal Argentino el tipo de infanticidio; sin embargo, nos permitimos señalar la norma derogada con fines referenciales artículo 81, inciso 2°, reza: "2°. *Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1° de este artículo*".

Por lo que ahora esas conductas quedan tipificadas con el delito de Asesinato previsto en el Art. 80.- "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1) a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son..." Como se observa esta figura se agrava, aunque existe también la posibilidad de atenuación descrita en el mismo Artículo en su segundo párrafo "*Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.*"

4.2.- Código Penal Chileno:

Art. 394, anota: *"Cometen 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. 5 a 12 años y 6 meses."* El artículo de referencia no menciona la causa honoris, por lo que si bien se atenúa la pena en relación a los delitos contra la vida en general, la pena sigue siendo severa del privilegiado del derecho comparado.

Asimismo el sujeto activo comprende no solo a la madre sino a otros parientes descritos en la norma, como también abre la posibilidad que el sujeto pasivo sea no solo el hijo, sino un descendiente, lo cual desnaturaliza la figura del infanticidio y no menciona el móvil de atenuación por la circunstancia del parentesco, lo cual es un defecto a nuestro juicio.

4.3.- Código Penal Francés:

El Código Penal Francés de 1992, ha abrogado la figura del infanticidio; es así que en el art. 221-4 inc. 1, se reprime la conducta homicida agravada, que consiste en matar un menor de quince años, previéndose una pena de quince años con la pena de perpetuidad.

4.4.- Código Penal Español:

El Código Penal Español de Noviembre de 1995, ya no tipifica el delito de infanticidio en razón de las consideraciones ya analizadas; sin embargo transcribimos el artículo pertinente del Código derogado con fines referenciales.

Artículo 410, prescribe: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

4.5.- Ley Criminal de Gran Bretaña:

La ley sobre infanticidio del año 1938, de, establece: *"Cuando una mujer por cualquier acto u omisión voluntaria causa la muerte de su hijo, siendo el niño menor de 12 meses, pero en el momento del acto u omisión el equilibrio de su mente estaba trastornado, debido a no haberse recuperado totalmente de los efectos de haber dado a luz al niño, o por motivo del efecto de la lactancia consecutiva al nacimiento del niño, entonces ella será culpable del crimen de infanticidio"*.

Esta legislación sigue la corriente Helvética estableciendo un tiempo muy considerable de 12 meses para la muerte del menor, pues comprenden que los efectos o influencia puerperal dura hasta la completa involución de los efectos del parto e inclusive la lactancia.

4.6.- Código Penal de Alemania,

Artículo 217.- "1) La madre que durante el parto o inmediatamente después mate dolosamente a su hijo ilegítimo, será castigada con reclusión no inferior a tres años.

2) Si existen circunstancias atenuantes, la pena será de prisión no inferior a seis meses".

Esta legislación abandona la causa honoris pura y deja la aplicación mixta del criterio helvético, pues menciona las circunstancias atenuantes con una pena muy reducida. El sujeto activo es únicamente la madre y no menciona el tiempo determinado para que se produzca la muerte del recién nacido, tan solo “durante o inmediatamente después del parto”.

4.7.- Código Penal de Portugal:

Artículo 137 (infanticidio privilegiado), prescribe: "La madre que matare al hijo durante o luego del parto, estando aún bajo su influencia perturbadora o para ocultar su deshonor, será penada con prisión de uno a cinco años".

Esta legislación sigue la corriente mixta (tradicional y helvética) pues combina la influencia del puerperio y la deshonor. El sujeto activo es únicamente la madre, el sujeto pasivo el hijo, no establece tiempo determinado y su pena es atenuada en relación a los delitos contra la vida.

4.8.- Código Penal Mexicano (Agosto de 1931):

Artículo 325: *"Llamase infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos"*.

Esta legislación también puede considerarse mixta pues no menciona la modalidad honoris causa, es decir no es restrictiva. El sujeto activo puede ser cualquier ascendiente consanguíneo y determina el tiempo de 72 horas desde el nacimiento.

4.9.- Código Penal de Brasil (Decreto Ley 2848 de 7-12-1940):

Artículo 123: "(Infanticidio) Matar bajo la influencia del estado puerperal al propio hijo durante el parto o inmediatamente después. Pena: detención de dos a seis años".

Este sigue la corriente helvética bajo la influencia del estado puerperal por lo que el sujeto pasivo es la madre, el pasivo el recién nacido y no tiene un tiempo determinado por dicha influencia que varía en cada caso, y sigue siendo privilegiado.

4.10.- Código Penal de la República de Costa Rica (Ley 4573 de 4 de mayo de 1970):

Artículo 113: "*Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión: 3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento*".

Es importante resaltar que aquí no existe la denominación del infanticidio y esta figura jurídica atenuada está incluida dentro del homicidio, aunque está claro que él se refiere y bajo la modalidad honoris causa, pero además agrega la expresión de "buena fama" como requisito de la conducta en el descrita.

4.11.- Código Penal Cubano (Ley 62 de 29 de Diciembre de 1987):

Art. 264 inc. 2, La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años.

Es interesante en este artículo que el móvil ya no es descrito específicamente como la deshonra, sino para “ocultar el hecho de haberlo concebido” lo cual si bien para muchos podrá requerir una labor interpretativa e incluso atentatorio al principio de tipicidad, al no poner reglas fijas, a nuestro criterio resulta más creativo y adecuado a nuestro tiempo, pues no es restrictivo del móvil honor como en otras legislaciones.

En lo demás, la madre únicamente es el sujeto activo, el sujeto pasivo es un recién nacido, con determinación temporal y es un delito atenuado en relación al homicidio y otros delitos contra la vida.

4.12.- Código Penal Ecuatoriano:

Artículo 453: "La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo 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 ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

Este delito no tiene el denominativo Infanticidio y se encuentra ubicado dentro del Asesinato, el sujeto activo no solo es la madre sino que se puede extender a los abuelos maternos *-desde luego es comprensible que a solo estos les pueda afectar el honor-*. Por su parte este delito no expresa el término de la muerte del recién nacido, la cual es solucionada en la vía jurisprudencial y dependiendo de cada caso en particular, al respecto varios autores ecuatorianos consideran que como es posible que luego por ejemplo de 3 días se considere una asesinato u homicidio agravado cuando se siguen manteniendo los elementos subjetivos y objetivos del delito. Por su parte este delito es una figura atenuada respecto del homicidio y asesinato.

4.13.- Código Penal de Nicaragua:

El Art. 339 castiga con pena de prisión a la mujer de buena fama que para ocultar su deshonra matase a su hijo dentro de las veinticuatro horas de haber nacido. La pena de prisión en primer grado, cuando el delito se cometió por los abuelos. En los demás casos, el que da muerte un infante no que haya cumplido treinta días se castigará con la pena de parricidio o asesinato.

Aquí si bien es causa honoris, la mujer además debe tener buena fama y el termino es apenas de 24 horas. Si bien es un delito privilegiado para los abuelos se agrava y si el menor no tiene los treinta días cumplidos es delito de asesinato o parricidio dependiendo el grado y posición del parentesco.

4.14.- Código Penal de Paraguay:

El Art. 214 castiga con dos años de prisión a la madre que para ocultar la deshonra matare a su hijo recién nacido, entendiéndose por tal, según el Art. 215, al que no tenga tres días completos. La pena se eleva a los tres años, para los abuelos maternos que cometieren el mismo delito.

El Art. 216 castiga en los demás casos con la pena de homicidio simple.

4.15.- Código Penal Uruguayo,

El Artículo 338 castiga con penitenciaría de dos a cuatro años a la madre que para ocultar la deshora matare a su hijo antes de que cumpla tres días. El Artículo 339 establece la misma pena a los padres ilegítimos, naturales o adoptivos, al marido, al hijo o hermano que para ocultar la deshonra de la hija, de la esposa o de la madre, o de la hermana, matasen a un recién nacido dentro del mismo periodo y el Artículo 340 dispone que fuera de los casos citados, la muerte de un recién nacido se castigará con la pena de homicidio.

Esta legislación regula expresamente la comisión del delito de infanticidio, sigue siendo bajo la modalidad honoris causa, cuyo sujeto activo no solo es la madre sino sus parientes descritos en el art. 339, con tiempo determinado de tres días para la muerte del recién nacido y con una pena atenuada de 2 a 4 años. Como es lógico si no concurren sus elementos serán castigados con el delito de homicidio

4.16.- Código Penal venezolano:

Artículo 413: "Cuando el delito previsto en el artículo 407 se haya cometido en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro del estado civil dentro del término legal, con el objeto de salvar el honor del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, hermana o hija adoptiva, la pena señalada en dicho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad".

Esta tipificación si bien se encuentra en el sistema causa honoris, es muy particular pues no tiene la denominación de infanticidio, el sujeto activo puede ser cualquier persona con el ingrediente subjetivo de salvar el honor del culpado (la madre, esposa, descendiente, etc) descritos en la norma. El sujeto pasivo es el recién nacido con el termino determinado por la ley para su registro. La pena sigue siendo elevada en relación a los de su tipo, en un cuarto a la mitad del homicidio (Art. 407 : *El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años*").

En general podemos decir que una gran mayoría de los países europeos han abandonado en sistema latino o tradicional como es el caso emblemático de España. La mayoría de ellos ha seguido la corriente helvética o del estado puerperal.

Probablemente por la influencia en todos sus ámbitos de España en los países latinoamericanos, hemos mantenido esta figura causa honoris, aunque la misma esta siendo abandonada como es el caso de Argentina, Colombia, México y Brasil.

CAPITULO V

CRÍTICA A LAS POSTURAS O SISTEMAS EN EL INFANTICIDIO

5.1.- En la posición latina tradicional:

Las legislaciones en su gran mayoría han derogado esta figura en virtud a que no se justifica en los tiempos actuales dado la situación social en la que se vive. Hoy se puede afirmar que el infanticidio se presenta no por *honoris causas*, sino por razones complementemente distintas ya sea que se trata principalmente por razones económicas, por razones de exclusión social, de temor a represalias familiares, por condiciones de abandono, etc. Incluso se acepta –*aunque no menos criticado, como veremos*- que existen casos de infanticidio por el momento difícil del parto, desde el punto de vista psíquico por *influencia del estado puerperal*, para seguir las orientaciones del código suizo –*en forma pura o combinada*- conllevando posteriormente la discusión mas reciente hacia la esfera de la inimputabilidad o como causa de exclusión de la culpabilidad. En este sentido veremos algunos de sus ilustrativos argumentos detractores que desde luego son aplicables en nuestra propia legislación y realidad.

Alfonso Gómez Méndez (1990) comenta a Hernando Baquero quien entiende que “*el motivo del honor sexual como se ha entendido en la legislación penal colombiana vigente, me parece que no tiene razón de ser hoy en día y tampoco lo tuvo en su época. Todos recordamos el luminoso comentario que a propósito de este tema hizo el Doctor Carlos Lozano en la comisión redactora del Código de 1936 y hoy tiene perfecta vigencia. Este concepto que se pretende tutelar desde el punto de vista penal, ni jurídicamente ni ontológicamente existe. Cuando se ha perdido el honor o la honra sexual por la propia voluntad de la mujer, no se entiende como se puede venir a tutelar a posteriori frente a los demás. De manera*

que sobra toda esa literatura que se ha escrito a propósito. Yo anuncio mi voto negativo para todas las formas delictivas de este título, homicidio, infanticidio, lesiones personales, aborto y abandono y exposición de niños en que se haga alusión al honor sexual ... Quiero ser todavía más claro: si el motivo de honor sexual es bastante discutido a propósito del infanticidio cobra mayor utilidad porque no solamente una persona versada en cuestiones jurídicas, sino una persona profana en estas materias, se sorprende de que se hable de honor a propósito del infanticidio cuando han transcurrido nueve meses de gestación, es decir, desde que el honor sexual se perdió. Todos sabemos la diferencia fundamental que existe entre el aborto por causa de honor y el infanticidio, si en el primero se encuentran argumentos un poco más aceptables como la reacción inmediata de la mujer, en el infanticidio no se encuentra ninguna razón justificada, porque después que una mujer ha llevado a término el producto de la concepción no se explica uno cómo a último momento pueda hablar de motivos de honor, y además que este hecho haya permanecido oculto a las personas que la rodean. No creo que deba mantenerse esta situación completamente anacrónica. Por lo demás, no se tiene noticia que en los últimos años hayan llegado casos de estos a los estrados judiciales” ⁶⁸

En opinión del autor nacional Miguel Harb (2003) “ este criterio es totalmente hipócrita y es más para cubrir un crimen, porque la honra debía cuidarse y tenerse en cuenta en el momento de las relaciones con el sexo opuesto y no cuando estas dan como fruto una vida. Por ello el infanticidio en el criterio del autor debía ser un homicidio o un asesinato” ⁶⁹

Vasquéz Iruzubieta comentado por Maañon & Vasile (1990) menciona, el infanticidio es un parricidio calificado por una de sus formas más inhumanas de

⁶⁸ GOMEZ MENDEZ A., Ob Cit., pag 184

⁶⁹ MIGUEL HARB B (2003). Derecho Penal. Parte Especial. T II. Ed. Juventud. La Paz Bolivia. Pág 177

alevosía porque si es reprochable matar, matar a un hijo indefenso que recién ha empezado a respirar y pretende comenzar a vivir, más que reprochable o cruel, es repugnante. Cita a Atavilla, quien considera a este delito más grave que el aborto, entre otras razones, por el crecimiento del cariño de la madre a medida que fecunda al niño en su seno; también a Pacheco, para quien la atenuación le parece censurable, pues a esa idea de honra, que no contuvo para evitar el nacimiento del hijo, no se puede dar moralmente el valor ni la fuerza que el artículo le da, para excusar la muerte del un hijo de tres días, comparándolo con el aborto no existe visible, real, vivo el hijo a quien se sacrifica, no es un ser aún, no es más que un germen, una esperanza, habríamos extrañado menos que esta lenidad sea empleada con las que cometieron el crimen en el acto de dar a luz, pero después de un día, pero después de dos, pero dentro de los tres, es una cosa que mientras más la consideraos, menos podemos concebirla. Sigue la cita a Maggiori que menciona hay algo más fuerte que el honor, y es el instinto de la maternidad, el afecto –obligatorio- a la propia criatura.⁷⁰

Con estos comentarios cuando más se puede sostener o reprochar que antes que esta muerte del recién nacido, la madre podría optar por otras conductas delictivas como el aborto honoris causa, abandono de menores, etc.

En armonía con la doctrina jurídico penal actual, no cabe seguir manteniendo un tipo de infanticidio fundamentado en la *causa honoris*; evidentemente que esta conclusión se hace extensiva tanto para aquellos ordenamientos que mantienen un sistema latino tradicional, y aquellos otros ordenamientos, como el argentino, que hasta la última reforma mantenía un sistema mixto del delito de infanticidio que, junto con la referencia al estado puerperal incluía la *causa honoris* como elemento del tipo, ya que la legislación Argentina ha derogado últimamente el tipo de infanticidio (Art. 81 inc. 2 del C.P.) por la ley 24410; y como refiere Creus

⁷⁰ GARCIA MAAÑON & BASILE, Ob. Cit.,pág 76

(1995), "*ciertas hipótesis de las especializadas por la norma derogada, podrán quedar cubiertas por la causal de atenuación prevista por el art. 82 C.P.(circunstancias extraordinarias de atenuación), si es que no caben, por supuesto, en el cuadro del art. 81, inc. 1º.a. del Código.*"⁷¹

Por otra parte, el novísimo Código penal español promulgado por la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre y vigente desde el 24 de Mayo de 1996; en armonía con las propuestas reformadoras de la moderna doctrina española ha abrogado el tipo de infanticidio, no considerándolo como tal. Por lo que, en su caso, la conducta prevista en el artículo 410 del Código penal español derogado, debería de subsumirse en el tipo básico de homicidio simple previsto en el nuevo Código penal en el artículo 138; y de mediar circunstancias que ameriten la exclusión o atenuación de la responsabilidad criminal serían de aplicación las normas pertinentes de la parte general, precisamente los artículos 20 y 21 respectivamente; además debiéndose considerar la "circunstancia mixta de parentesco" previsto en el artículo 23 de mismo nuevo Código penal español.

Por su parte la *causa honoris* específicamente, si sería la *ratio legis* del tipo de infanticidio como en nuestro Código Penal, también tendríamos que enfrentar la discusión surgida en el seno de la doctrina y jurisprudencia española, principalmente; teniendo que considerar si dicho elemento tendría, al valorarse, que fundamentar el injusto o la culpabilidad; obviamente como lo hemos ya señalado, toda discusión al respecto estaría condenada al fracaso porque bajo ninguna consideración se puede seguir sosteniendo la necesidad de una penalidad atenuada para el infanticidio.

También, dentro de las tendencias legislativas que no aceptan como válida la fundamentación del privilegio en la *causa honoris*, por lo que decidieron

⁷¹ CREUS C. Ob. Cit. Pag. 18.

fundamentar el privilegio de la figura bajo otros argumentos, son ejemplos dignos de resaltar la previsión actual del Código Penal italiano y colombiano.

5.2.- En el Sistema Helvético, posición que presume la presencia de patología psicológica:

En el sistema helvético y conforme con el razonamiento de los que consideran el estado puerperal como presunción de presencia de patología psicológica en la madre, quizá no en la magnitud de poder considerar a ese desorden patológico como un estado de inimputabilidad total, sino solamente de semi alienación mental transitorio que da lugar a la disminución del ámbito de autodeterminación y de motivación para actuar comprendiendo plenamente el carácter ilícito de su conducta. No es coherente, ni es propio de un razonamiento el circunscribirse en aceptar como sujeto pasivo del mismo *únicamente al recién nacido*, puesto que si la circunstancia determinante -el estado puerperal- es una situación de tipo personalísimo, de incidencia únicamente en la esfera de la mujer, ¿cuál es el nexo o vínculo que une al recién nacido (que ya es biológicamente independiente de su madre), con el estado puerperal de la madre para aceptar excluyentemente, que únicamente él (el recién nacido) puede ser sujeto pasivo de la conducta homicida de su madre?, obviamente que no existe respuesta que absuelva el problema si partimos de una interpretación literal en donde no se ha previsto una causa vinculante, como la *causa honoris*; que sí podía prever. por ejemplo, el derogado artículo 81, inciso 2° del Código penal argentino que rezaba: "Se impondrá... *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 e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre,..."; tendencia asumida anteriormente por el Código argentino que correspondía a una consideración mixta del infanticidio que recogía aportes tanto del sistema latino tradicional y del helvético.

Por otra parte, si como se desprende de la lectura del trabajo de Hurtado Pozo (1993), en donde pese a reconocer junto con otros importantes penalistas, *que el honor no constituye un elemento del tipo legal del infanticidio, sí acepta que el honor fundamentaría la ratio legis del tipo, cuando señala que: "En otras palabras, no debe confundirse la ratio legis con los elementos típicos". La pregunta sería entonces, ¿hasta que punto la razón de la norma, es relevante en un análisis dogmático de la misma e incluso en su interpretación?. Resulta demasiado arbitrario y atentatorio al principio de legalidad valorar positivamente la ratio legis de una norma; es más los conceptos nunca son estáticos y los criterios políticos criminales son diferentes en cada época.*⁷²

Otra consideración también importante y que la anotamos recién pues lo anterior nos permitirá entenderlo con mayor facilidad, es el siguiente: ¿cómo explica una concepción que entiende el *estado puerperal* como presunción de presencia de patología psicológica, la muerte del infante en el supuesto típico que la conducta homicida se realice *"durante el parto"*?

En primer lugar cabe definir la implicancia de la frase "durante el parto". La doctrina entiende, por una parte, que al enunciarse este supuesto no se hace sino determinar un límite entre los delitos de aborto y de homicidio; y es el profesor Hurtado Pozo (1993), entre los autores, quien se encarga de especificar que aquel lapso llamado "durante el parto", *"no tiene una importancia particular respecto a la atenuación de la pena"* ⁷³.

Ahora bien como ya se anotó, si el período que se refiere como "durante el parto", está sólo considerado para establecer límites temporales y no con otro motivo, no

⁷² HURTADO P. Ob. Cit. Pag. 73.

⁷³ Ibidem Pag. 73.

se justifica que el privilegio de la atenuación se tenga en cuenta también para dicho período -como si la vida valiera menos en ese lapso-; obviamente porque la presunción de presencia de patología psicológica es tomada en cuenta para el período correspondiente a la influencia del estado puerperal, y sabemos que dicho estado puerperal comienza cuando el parto ha terminado.

Dentro de ese esquema, creemos que hubiese sido perfectamente defendible que la presunción referida sea contada desde el inicio del parto, porque toda la experiencia del parto de por sí ya es traumatizante; en ese sentido Peña (1994) anota lo siguiente: "*... no obstante la presencia de los trastornos causados por el proceso del parto o del estado puerperal se configuran como circunstancias atenuantes específicas*".⁷⁴

5.3.- En el sistema helvético, posición que entiende al estado puerperal como criterio cronológico-temporal:

Si se considera que la referencia del *estado puerperal* en la descripción típica del infanticidio es un elemento de tipo referencial estrictamente de orden cronológico que, únicamente, cumple la función de fijar el lapso durante el cual la conducta homicida de la madre sobre su hijo recién nacido daría lugar al tipo de infanticidio. El *estado puerperal* que evidentemente en términos estrictamente naturalísticos tiene una connotación de tipo biológico, fisiológico y psicológico con repercusión en la conducta de la madre; no es tomado en cuenta por dichas características en la postura que considera su naturaleza sólo como elemento temporal o cronológico. Lo que basta para esta última postura es pues que con aquel estado se fija un límite, por cierto indeterminado y variable de acuerdo a la mujer en concreto, dentro del cual se va a calificar la conducta de la madre sobre su hijo

⁷⁴ PEÑA C. Ob. cit. p. 126.

como infanticidio. Estamos pues dentro de un concepto de valoración penal de *estado puerperal* que se circunscribe a señalar un periodo de tiempo, que estrictamente se contaría desde el momento que finaliza el parto (cuando el niño es extraído al exterior), hasta el momento en el que fisiológicamente se puede señalar que la influencia del estado puerperal ha cesado.

El deber de entender el *estado puerperal* netamente como criterio cronológico-temporal, es aun más fortificado cuando Bacigalupo citado por Gomez M. (1990), señala, que *"... en la teoría se alega con frecuencia dudas sobre la real disminución de la capacidad de culpabilidad como consecuencia del parto. En parte se considera que se trata de una ficción o bien que se exagera su significación"*⁷⁵.

Una connotación de *estado puerperal* como la arriba anotada, en la que se considera al mismo como un criterio meramente temporal; creemos que podría armonizar preferentemente con aquellas normas que hacen referencia a la expresión "durante el parto", pues simplemente el lapso señalado como "durante el parto" es otro período, otro lapso en el que se verificaría el tipo de infanticidio sin necesidad de justificar ninguna alteración psicológica, que sí debería exigirse a la postura que sostiene dicha incidencia psicológica del estado puerperal.

Es importante señalar algunos comentarios de los tratadistas que se detallan:

Carlos Fontán Balestra (1969) *"Con el criterio fisiopsíquico del Código penal suizo y los que le han seguido, se pueden excusar también otros móviles distintos del fin de ocultar la deshonra, porque lo que importa en ellos es que la madre se halle bajo la influencia del estado puerperal, con prescindencia del móvil"* ⁷⁶

⁷⁵ GOMEZ M. Alfonso, Ob Cit., pag. 193

⁷⁶ FONTAN B. Ob. Cit. Pag. 179.

Sebastián Soler (1979) "*...el proyecto suizo se atuvo a un criterio estrictamente fisiológico; pero, según se ve, no con un propósito restrictivo, sino ampliatorio, es decir pensando dar también cabida en esta incriminación a hechos determinados por móviles distintos del de salvar la deshonra*". Dice además que *ello resulta claro, pues los proyectos de enmienda en el Código suizo que pretendían restringir el privilegio fueron rechazados; aquellos proyectos fueron los de hijo ilegítimo y con el fin de salvar el honor*" ⁷⁷

De lo que acabamos de anotar se puede deducir:

Que el criterio que el proyecto suizo, fuente del tipo de infanticidio en varias legislaciones, fue de orden cronológico al referirse al *estado puerperal*. Además que comprenderlo en esa medida, es más coherente para un análisis objetivo y dogmático.

Aceptar el criterio cronológico-temporal del estado puerperal, lleva consigo de acuerdo a las apreciaciones de Fontán y Soler, el tener siempre presente un móvil, que sin ser elemento típico, debería necesariamente de valorarse. Ese móvil incluso podría ser el honor; además, seguramente entre otros, el exceso de la prole, el recelo de tener hijos con taras, la mísera economía, etc. De esto se desprende que siempre habría que considerarse el móvil al momento de hacer la interpretación del tipo de infanticidio, escapándose la interpretación de una básicamente dogmática y poniéndose también en riesgo el principio de legalidad.

Sea cual fuere el móvil que quiera justificar o atenuar la responsabilidad de la conducta infanticida, siempre sería la *vida humana* el bien jurídico que se vería

⁷⁷ SOLER S. Ob. Cit. p. 77.

vulnerado; sacrificio que no se puede aceptar por el valor intrínseco que ella representa en el contexto social y normativo en el que nos encontramos asimilados.

Otro problema importante de considerar es el relacionado a la dificultad de la prueba del *estado puerperal*. Por cierto, que dentro del esquema que considera la relevancia psicológica del *estado puerperal*, la prueba de su existencia se hace muy difícil de acreditar, teniendo que presumirla, pues generalmente se descubre el delito cuando dicha alteración psicológica ya cesó. Sin embargo en la postura cronológico-temporal del *estado puerperal*, creemos que bastaría la prueba de orden fisiológico, es más si se acredita el nacimiento ocurrido casi inmediatamente hasta habría que presumir la repercusión fisiológica que obviamente por ser algo objetivo no es tan incierto como la presunción de alteración psicológica; salvo que desde el nacimiento hasta la fecha que se realiza la conducta prohibida, se presenten razones que den lugar a crear una duda razonable sobre la persistencia de la influencia del estado puerperal.

5.4.- Otros sistemas en relacionados al infanticidio:

5.4.1.- Referencia al Código Penal Colombiano:

Desechando e ignorando el infanticidio *honoris causa* del Código Penal de 1936, el infanticidio *honoris causa* desaparece cambiado la causa o móvil del infanticidio por el de "repulsión moral" hacia el hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida.

Esta singular consideración, ha permitido determinar excluyentemente que la madre sea la única sujeto activo de la conducta infanticida, pues al ya no subsistir la *causa honoris* y ser las causas que estructuran el delito considerados

exclusivamente en torno a la madre, ya no hay lugar de la concurrencia de otros parientes como sujetos activos de dicha conducta.

Es también importante señalar lo que el Código Penal colombiano entiende por *"acceso carnal violento, abusivo, o inseminación artificial no consentida"*. Vicente Arenas comenta (1991) *"Para ello se tiene como elementos del delito a la madre únicamente como sujeto activo, que el hijo haya sido concebido fruto de un delito contra la autonomía personal y que se le cause la muerte durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes"*⁷⁸ El acceso carnal violento, viene referido al acto sexual con violencia sobre una mujer que no presta su consentimiento (conc. con el art. 298 del C.P. colombiano). El acceso carnal abusivo, se verifica cuando la víctima es menor de 14 años (art. 303 C.P.), o se encuentra en estado de inconsciencia, o padece trastorno mental, o es incapaz de resistir (Art. 304 C.P.), todos ellos son supuestos de violencia moral. La inseminación artificial no consentida podría ser sobre mujer soltera o casada, siendo datos referenciales al respecto las prescripciones del art. 280 dentro del capítulo "de los delitos contra la autonomía personal" del Código Penal colombiano.

El acceso carnal violento o abusivo y la inseminación artificial no consentida que serían los elementos desencadenantes de la conducta infanticida en el ordenamiento colombiano, son causas que favorecerían para que el juicio de reproche sea menor y no le sea exigible a la madre una conducta completamente conforme a derecho. Es evidente que las referidas circunstancias o móviles, tienen que ver con una situación de "repulsión moral" hacia el hijo concebido *irregularmente*; no es suficiente dicha repulsión para privilegiar una conducta infanticida, y más aún cuando de por medio el bien jurídico protegido es ya la vida humana; y además, si consideramos el tiempo transcurrido desde el acto de la concepción hasta el nacimiento, nos parece un lapso demasiado extenso como

⁷⁸ VICENTE ARENAS A, Ob Cit. Pág 445

para pretender seguir argumentando la presencia de la emoción inicial. Una política legislativa liberalizadora del aborto puede subsumir y resolver la posibilidad planteada.

5.4.2.-Referencia al Código Penal italiano:

En respuesta al esquema que consideraba la *causa honoris* como elemento privilegiante del feticidio como figura intermedia con el aborto y el infanticidio, la legislación italiana en base a la consideración que la *causa honoris* es para la conciencia social actual incongruente y hasta aberrante, habiendo desaparecido dicha causal, por efecto de la Ley N° 442 del 5 mayo de 1981 que modificó el Art. 578 del Código penal italiano, sustituyendo la *causa honoris* por la "condición de abandono material y moral conexas al parto", prescribiendo pues que si dichas causas hubieren provocado la conducta feticida o infanticida de la madre, ella se vería privilegiada con la subsunción de su conducta en dicha previsión legal.

La aludida prescripción legal determina que sólo la madre puede ser sujeto activo de dichos delitos; y se aclara que aquellos que concurran en el delito es de rigor aplicarles la pena de homicidio voluntario, y a cualquiera que haya actuado con "el sólo objeto de favorecer a la madre" tal pena le sería notablemente disminuida. La fórmula "condiciones de abandono material y moral conexas al parto", implican que la mujer se vea desamparada por la falta de ayuda y solidaridad ambiental, no sólo en el orden familiar, que son usuales en nuestra sociedad en dichos eventos.

Sin embargo, ambas legislaciones (colombiana e italiana) las causas o móviles que van a motivar la conducta de la madre, tratan de fundamentar la inculpabilidad y no el injusto. No serían aceptables los móviles por los cuales se privilegian los respectivos tipos de infanticidio en los referidos códigos penales; por que dichos móviles no son suficientes para que la madre renuncie a su posición de garante

frente al nuevo ser que acaba de nacer, peor aún cuando su rol de posición de garante como madre le exige proteger la vida de su hijo y no acabar con el.

El argumento a veces usado de que la madre actuaría impulsada por una especie de estado de necesidad, no es adecuado toda vez que la justificación queda excluida, pues el móvil de *abandono material vinculado al parto* previsto en la norma pertinente del Código penal italiano, a la luz de alegarse una situación de estado de necesidad en donde se verían confrontados por una parte el derecho a la vida del recién nacido y por otra su calidad de vida futura, consideramos que debería optarse por la primera ya que si se acepta la disponibilidad del bien jurídico vida también se debe aceptar el límite, de esa libertad, cual es el respeto a la vida ajena. En este último supuesto no es posible argumentar dicho estado de necesidad exculpante, pues es un mismo sujeto sobre el que existen dos posibilidades y sólo corresponde a él el decidir.

Las condiciones de abandono moral o material conexas o vinculadas al parto, que son las causas por las que el ordenamiento italiano actual privilegia el delito de infanticidio no justifican el mantener un tipo de infanticidio, además el juicio de reproche necesariamente no tendría que ser menor.

Para concluir es menester tener presente la valoración del bien jurídico protegido que es la vida; por supuesto que la postura legislativa italiana parece, en todo caso, adherirse a un concepto de vida dentro de un criterio puro y excluyentemente normativo, lo que parece ser imperfecto.

La regulación del infanticidio, como conducta, debería de dejarse a cargo de las consideraciones generales de los respectivos Códigos penales, teniendo presente que el injusto del infanticidio es semejante al del homicidio, al rededor de cual los

móviles del actual infanticidio podrían considerarse como circunstancias atenuantes y valorarse en ese sentido.

CONCLUSIONES:

PRIMERA:

De las reflexiones doctrinales anotadas, no cabe duda que dado la desproporción de los bienes jurídicos en confrontación, la posición del sujeto activo sobre el pasivo, las condiciones absurdas por las que emerge este delito en cuanto al tiempo, la indefensión e inferioridad, presencia del nuevo ser, el instinto maternal, la relación parental, los cambios culturales y sociales y muchísimos otros, hacen insostenible la atenuación de la muerte de un menor por motivos de protección de la honorabilidad sexual de la mujer.

En estas consideraciones no se justifica seguir manteniendo la figura penal del delito de infanticidio; debido a que el privilegio de la causa honoris ha sido superada por la mayoría de las legislaciones con afinidades socio culturales a la nuestra y pese a que subsistan condiciones muy adversas al sujeto activo o la madre, teniendo como ejemplo muy claro la legislación española, los códigos penales colombiano, italiano y la abrogación del infanticidio del Código penal argentino.

SEGUNDA:

Por su parte, tampoco existe fundamento suficiente dentro del sistema helvético para seguir bajo esta modalidad de infanticidio, en este sentido, en nuestro caso la situaciones emergentes de la influencia del “estado puerperal” o “en el parto” tiene que ser considerado a la luz del art. 17 y 18 PCB (in imputabilidad o semi imputabilidad). Asimismo se debe considerar otros argumentos en cada una de sus corrientes:

I.- En la postura que considera el “estado puerperal” como presunción de presencia de patología psicológica:

1.1.- Al existir prescripciones que recepcionan circunstancias de inculpabilidad, se sugiere que no existe razón suficiente para mantener tipos con supuestos que bien podrían asimilarse a lo ya regulado en la parte general.

1.2.- La “influencia del estado puerperal” no tiene razón de ser, cuando sólo privilegia a un determinado delito nada menos que el infanticidio, y no habiéndose descartado la posibilidad de que, por ejemplo, se verifique un tipo de lesiones u otro bajo la influencia de dicho estado.

1.3.- La evidente duda sobre la disminución de la culpabilidad durante el “estado puerperal”, descarta cualquier intento o argumento por dotarle una presunción en ese sentido.

1.4.- La dificultad de la prueba de la presencia de la patología psicológica, toda vez que la verificación de ella tendría que ser posterior al hecho delictivo; y conociendo que por su propia naturaleza lo psicológico es difícil de probar aún más cuando se considera que el estado puerperal importa solamente una transitoria disminución de la capacidad de culpabilidad, por lo que no es un elemento que sirva objetivamente para mantener un privilegio.

II.- En la postura que considera al “estado puerperal” como un criterio estrictamente cronológico-temporal:

2.1.- No es razón suficiente para privilegiar un delito, la mera circunstancia que éste se verifique durante un período, ya sea durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, cuando incluso el segundo de ellos es hasta indeterminado y variable.

2.2.- La consideración de que la fuente suiza, tuvo presente el criterio estrictamente temporal del “estado puerperal” no en un sentido restrictivo, sino ampliatorio, pensando en dar cabida a otros móviles además del de salvar de la deshonra a la madre; nos permiten sugerir que cualquiera que sea el móvil, ese debería de ser uno que sea valorado a nivel de culpabilidad; y si es así, es muy difícil encontrar uno que implique ser privilegiado con un menor juicio de reproche, cuando de por medio el bien jurídico protegido es la vida humana de relación.

TERCERA:

La abrogación del tipo de infanticidio de nuestro Código penal, traería como consecuencia inmediata que se subsuman las conductas dentro de los delitos contra la vida y la integridad caporal, concretamente al Asesinato (Art. 252 inc 1).

CUARTA:

Así nos situamos en un plano nuevo de convicciones en lo que se refiere a los valores sociales, económicos y culturales propios, de sistematización coherente en la creación y análisis dogmático de las normas jurídicas.

RECOMENDACIONES:

El órgano legislativo debe realizar una labor de precisión judicial, para definir algunos posibles aspectos oscuros o ambiguos que inciden de forma negativa en cuanto a la imposición de la pena más adecuada al caso concreto del delito de infanticidio, ya que estas conductas al ser subsumidas en el Asesinato, generan algunas controversias por cuanto se tornan “sobrecriminalizadora”; en este sentido puede tomar en cuenta las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que tengan coherencia y concordancia con el código penal en su parte general y especial, sin que ello signifique una afrenta a consideraciones dogmáticas y político-criminales.