

El Delito de Infanticidio

Por LUIS A. BRAMONT ARIAS

Catedrático de Derecho Penal de la
Facultad.

SUMARIO.— 1º Etimología y definición.— 2º Evolución histórica.— 3º El infanticidio en la legislación peruana.— 4º Descripción típica; fuente legal.— 5º Sujetos activo y pasivo.— 6º El parto y el estado puerperal como causas autónomas de perturbación psicológica.— 7º Abstracción del móvil de honor.— 8º El elemento cronológico.— 9º Elemento subjetivo.— 10º Infanticidio y concurso de agentes.— 11º Penalidad.

1.— *Etimología y definición.*—Infanticidio viene de dos voces latinas: *infans*, niño, y *coedere*, matar, o sea la muerte del niño recién nacido.

FRANCISCO CARRARA (1) dice que la palabra *infanticidio* deriva del italiana *infantare*, sinónimo de parir (*partoriri*), y equivale a muerte del hombre recién nacido.

Se han formulado muchas definiciones de este delito. La que más se ajusta a la letra y al espíritu de la ley nacional, se puede expresar así: Infanticidio es *la muerte de un niño durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, verificada por la madre.*

2.— *Evolución histórica.*—El Derecho romano de la época del Imperio incluyó el infanticidio entre los delitos más severamente reprimidos. No lo distinguió del homicidio. Si era

(1) FRANCISCO CARRARA: "Programa del Curso de Derecho Criminal", t. 3, traducción de Sebastián Soler, Ernesto R. Gavler y Ricardo C. Núñez, Editorial "DEPALMA", Buenos Aires, 1945, p. 250.

cometido por la madre o por el padre, constituía una modalidad de *parricidium* y la sanción era la aplicación de la pena capital.

En la Edad Media tampoco se diferenció el infanticidio del homicidio. El derecho estatutario impuso a las infanticidas las penas más graves. La Iglesia descargó sobre ellas la pena de la excomunión. En el Concilio de Elvira se mantuvo esta sanción, aun en el supuesto in extremis de la mujer adúltera que se veía en el trance de aniquilar la existencia del ser que daba a luz. Según el canon 21, del Concilio de Alcira, en 314, se obligaba a la infanticida a observar una penitencia durante 10 años, a fin de poder recibir la comunión. La Constitución criminalis Carolina, por su parte, estableció que las mujeres que aniquilaban secreta, voluntaria y perversamente a su hijos, deberían ser enterradas vivas.

A comienzos del siglo XVIII se operó un movimiento, entre los filósofos del Derecho Natural, en el sentido de atenuar la pena para el infanticidio. A consecuencia de ello, las legislaciones llegaron a considerar el infanticidio, cuando era practicado *honoris causa* por la madre o por parientes, como un *homicidio* privilegiado. BECCARIA y FUERBACH fueron los iniciadores de este criterio legislativo. BECCARIA dice: "El infanticidio es efecto de una inevitable contradicción en que se ve el individuo que haya cedido por debilidad o por violencia. La mujer que se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males de aquélla, ¿cómo no preferirá esto último a la miseria infalible a que se verían expuestos la culpable y su fruto? El medio más eficaz de prevenir este delito sería proteger con leyes adecuadas la debilidad contra la tiranía, la cual exagera siempre los vicios que no pueden cubrirse con la capa de la virtud" (2). Estas ideas fueron acogidas por el Código penal austriaco de 1803, que contempla por primera vez la atenuación de pena cuando media un móvil de honor. Sin embargo, el Código francés de 1810, en su art. 302, estableció que todo culpable de asesinato, parricidio, infanticidio o envenenamiento sería condenado a la pena de muerte. Este Código, posteriormente, por ley de 21 de noviembre de 1910, fué modificado

(2) CESAR BECCARIA: "Del delito y la pena", trad. de Max Doppelheim, Casa Editorial Sopena, Barcelona, s/f, p. 125.

en el sentido de atenuar la pena de modo general. En Inglaterra, conforme el *Infanticide Act* de 1927, persistió la pena capital.

3.— *El infanticidio en la legislación peruana.*—Los delitos de aborto e infanticidio fueron severamente reprimidos en la época del Incanato (3). El padre MARTIN MORUA en su Crónica “Los Orígenes ed los Incas”, de 1596, refiere que “la mujer preñada que tomaba bebedizos para matar a la criatura, tenía la pena de muerte; y, el mismo castigo se hacía en quien le daba los bebedizos o le hacía abortar milagrosamente, dándole golpes u otros tratamientos” (4).

La “Relación anónima de las costumbres incaicas” (5) da cuenta de la manera cómo se castigaba el delito de infanticidio, equiparado al incesto: el autor o los autores eran despeñados desde lo alto de los cerros que circundaban la ciudad, a la voz del pregón y con asistencia de todo el pueblo.

Durante la época colonial rigieron en el Perú el Fuero Juzgo, las Partidas y la Recopilación de Indias.

En el Fuero Juzgo, en la ley VII, título III, libro VI, se decía: “Establecemos que si alguna muier libre o sierva matar su fiio, pues que es nado, o ante que sea nado, prender yerbas por abortar, o en alguna manera lo afogase, el iuez de la tierra luego que lo sopiere, condepnela por muerte. E si la non quisier matar, cieguela; e si el marido ge lo manda fazer, o la sofrier, otra tal pena deve aver” (6).

En la ley 12, libro 8º, de la Partida 7, se lee: “El infanticidio voluntario tiene el carácter de homicidio alevoso, porque el niño que es víctima de él no puede defenderse, ni huir, ni pedir socorro, y lejos de excitar la cólera o el aborrecimiento no inspira sino sentimientos de lástima y compasión, por lo que el infanticida debe sufrir la pena del asesino, y siendo el mismo padre o la madre del niño, la del parricidio” (7).

La Novísima Recopilación de Indias previó el delito de infanticidio en la ley 5, título 37, Lº 7, en los siguientes términos:

(3) Véase el interesante trabajo de APOLONIO CARRASCO LIMAS: “La figura del infanticidio en el Código penal peruano”, tesis de bachillerato, 1955, presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos., p. 40 y ss.

(4) PADRE MARTIN MORUA.—“Los Orígenes de los Incas” (Crónica sobre le antiguo Perú), Madrid, 1596, p. 54.

(5) “Relación anónima de las costumbres incaicas”. Año 1600, Madrid, 1879, p. 20.

(6) “Fuero Juzgo en Latin y Castellano”, Madrid, 1775, p. 117.

(7) “Código de las Siete Partidas”, t. III (VI y VII Partida), Imp. “La Publicidad”, Madrid, 1848.

“A fin de evitar los muchos infanticidios que se experimentan por temor a ser descubiertos y perseguidas las personas que llevan a exponer alguna criatura, por cuyo medio las arrojan y matan, sufriendo después el último suplicio como se ha verificado; las justicias de los pueblos, en caso de encontrar de día o de noche en campo o en despoblado a cualquier persona que lleve alguna criatura, diciendo que iba a ponerla en la casa o en la Caja de Expósitos, o, a entregarla al párroco de algún pueblo cercano, de ningún modo LA DETENDRAN ni examinarán, y si la justicia lo juzgase necesario a la seguridad del expósito, o a la persona conductora lo pidiese le acompañarán hasta que se verifique la entrega; pero sin preguntar cosa alguna judicial o extrajudicialmente al conductor, dejándole retirar libremente. Como por este medio, o por el de entregarse la criatura al párroco del pueblo donde ha nacido o al del otro cercano, cesa toda disculpa y excusa dejar abandonar las criaturas, especialmente de noche a las puertas de la iglesia o de casas de personas particulares o en algunos lugares ocultos, de que ha resultado la muerte de muchos expósitos; serán castigados con toda la severidad de las leyes, las personas que lo ejecutasen, las cuales en el caso reprobado de hacerlo, tendrán menor pena, si inmediatamente después de haber dejado la criatura en alguno de los parajes recibidos donde no tenga peligro de perecer, dan noticia al párroco personalmente o por escrito (también puede hacerlo bajo el sigilo de confesión), expresando el pasaje donde esté el expósito para que sin demora lo hagan recoger” (8).

En la República, el Proyecto de Código Penal de don Manuel Lorenzo de Vidaurre no previó especialmente el delito de infanticidio. El Código Penal de Santa Cruz, en su art. 489, inspirado en el 612 del C. P. español de 1822, equiparó al parricida, en cuanto a la pena, con el asesino, excepción hecha de las mujeres solteras o viudas que mataren a un hijo ilegítimo dentro de los tres días del nacimiento, para evitar la deshonra.

El C.P. derogado de 1863, en su art. 242 previó el delito de infanticidio así: “La mujer de buena fama que, para ocultar su deshonra, matase a su hijo en el momento de nacer, sufrirá cárcel en quinto grado. Si el delito fuese cometido por los abuelos maternos, en las mismas circunstancias, la pena será peniten-

(8) “Novísima Recopilación”. Ed. Los Códigos Españoles. Concordados y anotados. Imp. “La Publicidad”, Madrid, 1848.

ciaría en primer grado. Fuera de estos casos, el infanticidio será castigado con penitenciaría en tercer grado”.

Durante la vigencia del C.P. de 1863 surgieron algunos proyectos de reformas del Código. El Ante-Proyecto Ribeyro de 1877, en su art. 32 trató del infanticidio del modo siguiente: “La madre que, por ocultar su deshonor, matare a su hijo en el momento de nacer o antes de que cumpla tres días será castigada con cárcel en 5º grado. Si el delito fuese cometido por los abuelos maternos en las mismas circunstancias, la pena será de penitenciaría en primer grado. Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido será castigado con la pena de parricidio”. El Ante-Proyecto de 1900-1902, art. 274, dijo: “La madre que, por ocultar su deshonor, diere muerte a su hijo, dentro del tercer día de su nacimiento, sufrirá cárcel de 4 a 5 años”, y en el art. 275 que: “Si mediante las mismas circunstancias, cometieren el delito los abuelos maternos, los hijos o los hermanos, la pena será también de 5 a 6 años. Si lo cometiere el marido, se le impondrá de 2 a 4 años de la misma pena”.

El año 1916 el Dr. VÍCTOR M. MAURTUA preparó un proyecto de Código Penal, y en la configuración del infanticidio adoptó dos criterios: un criterio psicológico y un criterio fisiológico. En efecto, el art. 129 establecía: “La madre que, por ocultar su deshonor, matare a su hijo al nacer o estando ella todavía bajo la influencia del estado puerperal, sufrirá penitenciaría o prisión no mayor de cinco años”. También el Proyecto del Dr. MAURTUA comprendió en el privilegio legal, además de la madre, a los parientes, criterio que ya había acogido el Proyecto italiano ZANARDELLI, que dió lugar al Código Penal de 1889. Así, el art. 130 decía: “Los padres, hermanos, marido o hijos que, por ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre diessen muerte al niño al nacer dentro del tiempo y circunstancias que serán de apreciación del juez, sufrirán penitenciaría o prisión no mayor de cinco años”.

Promulgado el vigente C.P. de 1924, los doctores ANGEL GUSTAVO CORNEJO y PLACIDO JIMENEZ, el año 1928, prepararon un Proyecto de nuevo Código, y en el art. 202 consideraron el infanticidio en los siguientes términos: “La mujer de buena fama que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo en tiempo inmediato al alumbramiento, será condenada a cárcel hasta por tres años. Fuera de este caso, el infanticidio se penará conforme el art. 190”.

4.— *Descripción típica; fuente legal.*—La figura del infanticidio se halla concebida en el art. 155 del C.P. vigente de la siguiente manera:

“La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto o estando todavía bajo la influencia del estado puerperal, sufrirá penitenciaría no mayor de tres años o prisión no menor de seis meses”.

Esta regla difiere del art. 242 del C.P. de 1863 que reprimía a “la mujer de buena fama que, por ocultar su deshonor, matare a su hijo en el momento de nacer”, y más bien reproduce literalmente el art. 108 del Anteproyecto suizo de 1916 (9), conservado en el art. 103 del Anteproyecto de 1918 (10) y mantenido en el art. 116 del actual Código helvético, promulgado en 1937 y vigente desde 1942. El dispositivo suizo fué tomado por diversas legislaciones del mundo, entre ellas, Dinamarca (art. 238), Polonia (art. 226), Argentina (art. 81, 2º) y Brasil (art. 123).

Raíz y presupuesto de la figura contenida en el art. 155 del C.P. es la regla contenida en el art. 51 de la Constitución: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”; y la del art. 52 que manda: “Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”.

5.— *Sujetos activo y pasivo.*—

Con respecto al *sujeto activo* del delito hay tres tipos de legislación. Según algunos Códigos, como el austriaco (pág. 122), alemán (art. 217), húngaro (art. 284), holandés (art. 290), sólo la *madre* puede ser sujeto activo de este delito. Según otros, como el Código de Tessino, la excusa se hace extensiva a cual-

(9) El art. 108 del Anteproyecto de 1916 dice: “La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto o mientras se encontrase todavía bajo la influencia del estado puerperal, será castigada con reclusión hasta tres años o prisión por seis meses por lo menos”.

(10) El art. 103 del Anteproyecto de 1918 prescribe: “La madre que intencionalmente haya matado a su criatura durante el parto o hallándose aún bajo la influencia del estado puerperal, será castigada con reclusión hasta tres años o con prisión desde seis meses por lo menos”.

quier *persona* que haya obrado impulsada por la piedad que le inspiraba la situación de desgracia en que se encontraba la madre. Un tercer grupo de Códigos, entre los que se cuentan el venezolano (art. 413), uruguayo (art. 318), colombiano (art. 369) y panameño (art. 316), considera a determinados parientes, los más próximos: padres, hermanos, hijos, esposa.

Según la ley vigente, sujeto activo del delito lo es la *madre*, exclusivamente, cualquiera sea su condición social y dotes morales. Si un ascendiente, descendiente o cónyuge, matare al niño nascente o recién nacido, cometería un parricidio (art. 151); y si fuera un extraño, un homicidio simple (art. 150), no asesinato (art. 152), puesto que la situación o estado de la víctima no ha sido buscada o aprovechada por el agente.

En lo que hace al *sujeto pasivo* del delito, lo es el “recién nacido” en el Código francés (art. 361), el “infante” en el momento del nacimiento o inmediatamente después en el Código chino (art. 274) y el “infante” durante el parto o inmediatamente después en el Código de Letonia (art. 435).

Como quiera que la ley nacional alude a la muerte del hijo “durante el parto” o “bajo la influencia del estado puerperal”, entendemos que sujeto pasivo del delito puede ser tanto el “niño nascente” como el “recién nacido”.

Desde el momento que la ley se refiere al “niño nascente” como al “recién nacido”, ha superado las dudas que suelen presentarse en otras legislaciones, cuando se da muerte al niño *in ipso partu*, esto es, cuando no ha sido separado de la madre, en la fase de transición de la vida uterina a la vida extrauterina. El infanticidio no requiere de la *vida autónoma* del fruto de la concepción, porque el feto que empieza a ser expulsado al mundo exterior, desde el punto de vista biológico, ya es *una vida humana*, con lo que se anticipa la iniciación de la personalidad. Si se mata al feto antes de la iniciación del parto, el delito es de aborto; si el aniquilamiento se produjera después de los dolores del parto, el delito es de infanticidio. Como la ley no distingue entre vida biológica y vida autónoma, resulta que la vida autónoma del fruto de la concepción, no es condición necesaria, sino solamente suficiente del infanticidio.

En lo que respecta al *recién nacido*, algunos autores consideran que lo es el niño hasta el momento de caer el cordón umbilical, solución que tiene el inconveniente de ser incierta, pues ese hecho no se produce siempre en el mismo plazo, el cual varía

entre 4 y 8 días. Otras legislaciones optan por establecer un término fijo dentro del cual hay infanticidio: 24 horas (Noruega), 48 horas (Chile art. 394; El Salvador, art. 453, Panamá, art. 316), 8 días (Portugal, art. 356; Colombia, art. 369). Otras legislaciones, como la nuestra, la argentina y la brasileña, consideran recién nacido al niño mientras la madre se encuentra bajo la influencia del estado puerperal, período que también es variable.

La apreciación de la condición de *recién nacido* de un niño es una cuestión de hecho, que debe ser establecida por los jueces, y no por los Códigos que se ocupan de las cuestiones de derecho.

Como especial condición jurídico-biológica del sujeto pasivo se exige su *vitalidad* y *viabilidad*. La última parte del art. 179 del C. de P.P. establece: "Cuando se trata de la autopsia de un recién nacido, se examinará si ha vivido después o durante el nacimiento, si había llegado al completo desarrollo, y si nació en condiciones de viabilidad". El hecho de que la criatura haya nacido viva debe ser la base de la investigación, ya que es el elemento que haría posible el delito. Problema árduo el de la *vitalidad*. La vida del recién nacido se demuestra con la circunstancia de haber respirado, y la medicina legal acude a la prueba de la *docimacia hidrostática pulmonar*: la presencia de aire en los alvéolos del pulmón comprueba que el niño ha respirado y, por tanto, que ha vivido. BALTHAZARD enseña: "En el momento del nacimiento el pulmón tiene una densidad superior a la unidad y cae al fondo del agua; desde el momento en que ha comenzado la respiración, la entrada del aire en los alvéolos pulmonares disminuye notablemente la densidad del órgano, que sobrenada en el agua. Por tanto, el examen de los pulmones hecho de acuerdo con las reglas periciales que indica la medicina legal, proporciona resultados absolutamente demostrativos" (11). Pero no es preciso que el niño haya respirado para que haya nacido vivo; también ha vivido cuando el niño está naciendo, aun cuando no haya respirado ni vivido la vida extrauterina, e igualmente mientras sea feto y viva su vida intrauterina, ya iniciado el parto.

El art. 179 del C. de P. P. exige además que se investigue si la criatura nació en estado de poder vivir fuera del seno materno, esto es, si era *vable*. La ley considera aquí la viabilidad, requisito que no toma en cuenta para los efectos de la existencia

(11) V. BALTHAZARD: "Manual de Medicina Legal", Salvat Editores S. A., Barcelona, 1933, p. 534.

legal. Mas el requisito de la viabilidad, para los efectos de la existencia del delito de infanticidio, no tiene importancia, pues una vez acreditado que la muerte del recién nacido fué provocada intencionalmente, existe este delito, aun cuando la criatura no fuera viable. Nadie tiene el derecho de aniquilar una vida humana; lo contrario sería no encontrar delito en la muerte violenta del moribundo, del condenado a muerte o del anciano próximo a morir. Si el recién nacido no viable nació vivo, su muerte es un infanticidio.

La viabilidad sólo tendrá importancia en el supuesto de no poder ser acreditado el delito. En esta hipótesis, la no viabilidad podría ser un indicio de que la criatura murió de muerte natural, como consecuencia de los defectos orgánicos con que nació.

La viabilidad tiene una importancia fundamental para los efectos de regular la responsabilidad penal de la acusada. Esta responsabilidad no puede ser la misma si se da muerte a un hijo sano, o al que no puede vivir por defectos incompatibles con la vida, porque el daño social y el móvil delictuoso son distintos.

6.—*El parto y el estado puerperal como causas autónomas de perturbación psicológica.*— En los tiempos modernos el infanticidio es considerado un *delictum exceptum* (cuando es practicado por la madre), o merecedor de una pena atenuada, con relación al homicidio simple, en atención a un punto de vista *psicológico* o al estado *fisio-psíquico* de la mujer parturienta.

Conforme al criterio *psicológico* el infanticidio merece una pena atenuada cuando, en su comisión, interviene un *motivo* de honor, el propósito de ocultar la deshonor, esto es, solamente en la hipótesis de la gravidez ilegítima. El permanente temor de ser descubierta de un error, que la sociedad no exculpa, crea en la mujer embarazada fuera de matrimonio, y que aun no ha perdido el pudor, un *estado de angustia*, de congoja, de aflicción, de forzadas reservas, que poco a poco la llevan a perder el instinto de piedad para con el fruto de su amor ilegítimo.

El criterio *fisio-psíquico*, en cambio, no distingue entre gravidez legítima o ilegítima, dejando de lado o, por lo menos, relegando a segundo plano, la *causa de honor*: solamente toma en cuenta la particular perturbación fisio-psíquica derivada del parto o del estado puerperal. Es condición suficiente para la configuración del infanticidio, hallarse la mujer en el proceso del parto o bajo la influencia del estado puerperal, situaciones que hacen

presumir, *juris et de jure*, su perturbación psicológica, manifestada por una disminución en la capacidad de entendimiento o de autoinhibición. No se trata de favorecer a las mujeres desvergonzadas o que actúan por egoísmo o para allanar los sacrificios de la crianza de un niño. Es preciso que se verifique un efectivo estado de perturbación psíquica resultante del parto o del estado puerperal. No siempre el estado puerperal acarrea una perturbación psíquica. El estado puerperal puede determinar, pero no siempre, una alteración en el psiquismo de la mujer normal: la parturienta plurípara generalmente ni siquiera se conturba o pierde el dominio de sí mismo; en este caso, no habría por qué beneficiar a su autora con una responsabilidad disminuida.

El criterio fisio-psíquico ha sido acogido, en toda su amplitud, por el art. 155 del C. P.

7.— *Abstracción del móvil de honor*.—Tradicionalmente el elemento más importante, en la configuración del infanticidio, ha sido el *móvil del honor*. CARRARA (12) dice que en la idea y en el fin de salvar el honor reside el fundamento del infanticidio, esto es, que no basta que se haya querido destruir la existencia material de la criatura, sino que es necesario que se haya querido eliminar su nombre y el conocimiento del nacimiento a los ojos del mundo, a fin de salvar el honor. Si no fuera el sentimiento del honor el que generara la muerte de la criatura, sino un sentimiento distinto, el hecho daría lugar a un homicidio: la madre que mata al hijo para librarse de los cuidados que impone la maternidad, es homicida; la madre que mata para heredar, es homicida; la madre que mata al hijo por venganza, es homicida. No obró impulsada por un móvil de honor, Medea cuando atentó contra la vida de sus hijos, para vengarse del abandono de Jason. En la tragedia de Eurípides, el Coro exclama: “¿Osarás, mujer, matar a tus hijos?”; y Medea contesta: “Es la mejor manera de destrozar el corazón de Jason”.

Se entiende por *honra*, dice JOSE RAFAEL MENDOZA (13), la observancia de determinadas disciplinas de carácter moral, que forman la *honra sexual*, y ésta es la que protege el legislador. Conciérne a la mujer casta. Ella ha perdido su pureza, ha

(12) FRANCISCO CARRARA: “Programa del Curso de Derecho Criminal”, t. 3, op. cit., 287.

(13) JOSE RAFAEL MENDOZA: “Infanticidio por móvil de honor”, en “Revista de Derecho Penal”, año IV, Nº 2, 2º Trimestre de 1948, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, ps. 147-148.

cometido un pecado amoroso, pero si permanece oculta esta culpa, conserva su castidad pública, que es la base de las otras virtudes femeninas, sobre todo, de una honrada reputación.

Sólo puede procurar la ocultación de su deshonor la mujer que es honrada. Pero como se trata del honor sexual, una mujer puede no ser honrada por falta de probidad y, sin embargo, conservar incólume su honor sexual. En tal caso, anota EUSEBIO GOMEZ (14), ninguna razón valedera podría oponerse al reconocimiento de la atenuación, mas no podría reclamarla aquella cuya conducta anterior no hubiese sido honesta, así como tampoco podría otorgarse si la deshonor es ya conocida, por ejemplo, cuando el embarazo ha dejado de ser un misterio. Se pregunta, igualmente, si la atenuación podría favorecer a la madre que tuvo ya otro hijo legítimo, siendo notorio este hecho; y suele responderse negativamente. Una afirmación así, tan absoluta, dicen GOMEZ (15) y SALTELLI y ROMANO DI FALCO (16), no es admisible, porque no sería justo negar la atenuación si la madre obró en la ignorancia de la notoriedad de su deshonor y asistida por la creencia razonada de que todavía era posible ocultarlo.

El honor, que se trata de salvar, expresa VINCENZO MANZINI (17), es la valuación ético-social de la madre, que debe permanecer inmune ante la reprobación pública derivada de la noticia de un parto ilegítimo. El fin es propiamente el de *evitar el deshonor*, no el de salvar el honor, porque una mujer que ha cometido una "culpa" sexual ha perdido el propio honor, pero puede evitar el deshonor público haciendo desaparecer al hijo que la denuncia. Si ha sido fecundada sin su culpa, no ha perdido el honor, pero puede evitar el deshonor.

Si nuestra sociedad, hipócrita y viciosa, agrega MANZINI (18), considerase a la madre ilegítima, con aquella simpatía que merece toda maternidad, o el anhelo que toda mujer tiene de ser madre, aun sin ser casada, ninguna madre, sana de mente, mataría a su hijo, ni habría honor que salvar. La razón de la atenuan-

(14) EUSEBIO GOMEZ: "Tratado de Derecho Penal", t. II, Cía. Argentina de Editores, Soc. de Resp. Ltda., Buenos Aires, 1939, p. 104.

(15) EUSEBIO GOMEZ: "Tratado de Derecho Penal", t. II, op. cit., p. 104.

(16) SALTELLI y ROMANO DI FALCO: "Commento teorico pratico del nuovo código penale", vol. II, parte seconda, Torino, 1931, p. 898.

(17) VINCENZO MANZINI: "Trattato di Diritto Penale italiano", vol. VIII, Unione Tipografica, Torino, 1937, p. 49.

(18) VINCENZO MANZINI: op. cit., p. 51.

te en el infanticidio reside en la condena social que se impone a las madres de hijos ilegítimos, condena que importa el aislamiento, el desprecio y aun la miseria.

“El honor que se trata de salvar, dice SEBASTIAN SOLER, es el *honor social*, porque sea cual sea la opinión que ello merezca, es un hecho que el amor natural o el amor adulterino o, en general, todo ayuntamiento extramatrimonial tiene en su contra cierta forma de maledicencia y menosprecio social, capaz de llegar a las más crueles sanciones. Es el temor a ese tipo de sanciones, derivadas del deshonor, lo que da lugar a la atenuante. Con este criterio debe medirse la situación en cada caso, de modo que, frente a nuestra ley, son irrelevantes las consideraciones acerca de la verdadera condición jurídica del hijo. La fuerza de la excusa está determinada en razón directa del grado de intolerancia social. Y no es que con ello la ley quiera sancionar la legitimidad de esa intolerancia, sino que reconoce el poder con que ella puede gravitar sobre la conciencia de una mujer atribulada, en cuyas manos no está el remediar esa situación afrontándola con heroísmo. Una vez más en derecho penal se admite como excusa el hecho de no haberse comportado heroicamente cuando ello era necesario para no delinquir” (19).

CARLOS FONTAN BALESTRA observa que “mientras en los delitos contra el honor, éste es contemplado por la ley con criterio subjetivo, en el infanticidio es la *objetividad de la honra* lo que predomina; sin embargo, no ha de tomarse esta afirmación en un sentido estricto, pues si la madre creyere fundadamente que sus relaciones sexuales ilícitas o su embarazo no son conocidos o lo son tan sólo por sus más allegados, aunque así no fuera, el propósito de ocultar la deshonor puede ser el móvil de la acción y tendrá relevancia para resultar adecuada a la figura del infanticidio. El propósito perseguido por la madre debe completar la apreciación objetiva de las circunstancias” (20).

En el Perú, el C. P. de Santa Cruz, en su art. 489, consideró el móvil de honor en las mujeres solteras o viudas que matasen a su hijo, dentro de los tres días del nacimiento, para encubrir su fragilidad. El C. P. derogado de 1863 también incluyó la fór-

(19) SEBASTIAN SOLER: “Derecho Penal Argentino”, t. III, Editorial “LA LEY”, Buenos Aires, 1945, ps. 97-98.

(20) CARLOS FONTAN BALESTRA: “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, t. I, Editorial “DEPALMA”, Buenos Aires, 1951, p. 51.

mula del honor en su art. 242. El requisito se mantuvo en los ante-proyectos de 1877, art. 32, de 1900, art. 274 y de 1916, art. 129.

El C. P. vigente ha prescindido del móvil ético de ocultar la deshonra. Ello obedece a varias razones, como observa NELSON HUNGRIA (21).

Si la ley se refiriera al *motivo de honor* tendría que considerar también, lógicamente, otros motivos, tales como la extrema miseria, el abandono, el exceso de prole, el recelo de un hijo tardado. Sería injusto que en casos como los citados, la infanticida tuviera que responder por parricidio. Además, la extensión de los motivos legales de atenuación significaría una incitación indirecta a la eliminación de niños, con grave perjuicio del interés demográfico del Estado.

Igualmente, dentro de la política del Estado moderno, estructuralmente inspirado en la defensa del interés colectivo, no es admisible que ese interés social sea superado por el de la honra objetiva individual. GIUSSEPPE MAGGIORE (22) sostiene que, a parte del interés demográfico, la extrema inmoralidad y abyección de quien destruye la propia prole no puede ser moralizada por ningún motivo, aunque sea el honor. El instinto de maternidad, el deber de devoción para con el propio hijo, es más fuerte que el honor. Quien vence tal instinto y desconoce tal deber, no merece indulgencia. Justamente los antiguos consideraban el infanticidio como un parricidio.

También hay que anotar que el infanticidio es un delito que suele ser cometido por las mujeres de las más bajas esferas sociales, entre las cuales, por su frecuencia, la gravedad ilegítima no es una deshonra.

Por lo demás, el Código al hacer abstracción del móvil de ocultar la deshonra, no impone al juzgador a que deje de tomarlo en cuenta cuando, en el hecho, concurra. Si el motivo de honor puede contribuir, al lado de la alteración fisiológica propia del parto, al estado de excitación o angustia de la mujer, que de esta manera ve relajados los frenos inhibitorios de su voluntad, es claro que todas las causas, fisiológicas y psicológicas, deben ser averiguadas y apreciadas en su conjunto e interdependencia,

(21) NELSON HUNGRIA: "Comentários ao Código Penal", vol. V, Edicao Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, ps. 217-219.

(22) GIUSSEPPE MAGGIORE: "Principii di diritto penale", vol. II, Bologna, 1934, ps. 451-452.

de modo tal que no quede excluída ninguna, entre ellas el motivo de ocultar la deshonra, en los casos en que efectivamente haya intervenido como factor en el anormal impulso delictivo. FRANZ VON LISZT fué de la opinión de que solamente se admitiera el infanticidio cuando fueran apreciadas en conjunto los motivos de honor y la influencia del estado puerperal. De ahí que el inc. 2º del art. 81 del C. P. argentino disponga la represión de "la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal". Si bien es cierto que no es éste el parecer del Código peruano, que se atiene a un criterio estrictamente fisiológico, también es verdad que los peritos y los jueces deben tener presente, al momento de formular sus juicios, los motivos de honor y, en general, todas las causas psicológicas de igual predominio, en acatamiento a lo dispuesto por el art. 51.

8.—*El elemento cronológico.*— El criterio fisio-psíquico, adoptado en toda su pureza, por el Código, introduce, dentro del concepto de infanticidio, un límite de tiempo : el privilegio sólo será concedido si la muerte se produce : a) *durante el parto* o b) *estando la madre bajo la influencia del estado puerperal*.

a) *Durante el parto.*— La expresión "durante el parto" ha sido agregada por la ciencia moderna a la noción del infanticidio para poner fin a las disputas surgidas entre los juristas y entre los médico-legistas en torno al caso especial de un niño muerto en el momento que nacía y antes de que hubiese salido completamente o hubiese sido totalmente desligado del vientre materno. Este niño no se puede considerar *nacido*, ni tampoco puede ser sujeto pasivo del delito de aborto, desde que ya no está en el estado de feto.

Parto es el proceso por el cual el feto, como los anexos, es separado del organismo materno y entra en el mundo externo. El parto comienza con los dolores y termina con la expulsión de la placenta y corte del cordón umbilical. La muerte durante el parto, en los asistidos, y mucho más en los clandestinos, tiene por causa : 1º la asfixia intrauterina a causa de la interrupción prematura de la respiración placentaria; 2º la compresión de la cabeza en maniobras obstétricas laboriosas; y 3º la hemorragia umbilical y placentaria. Algunos ejemplos, aunque pocos han

de ser mencionados (23) : una madre de dos gemelos, mata al primero con un zapato fuera del útero, y al apercebirse que iba a dar a luz un segundo hijo, al asomar la cabeza por la vulva, con el mismo zapato le golpea hasta originarle equimosis y fracturas mortales en los dos parietales y en el occipital; una mujer mata a su hijo en el momento en que salía de la vulva, cortándole la cabeza.

Es muy difícil, si no imposible, que la mujer cuyo vientre está distendido por un embarazo a término pueda alcanzar las partes sexuales y buscar, casi en el fondo de la vulva, la cabeza y el cuello del niño. NERIO ROJAS (24) sostiene la tesis siguiente : a) es un hecho excepcional y discutible que la madre, haciendo maniobras para ayudar su parto, estrangule al niño; b) que de llegar a maniobrar la madre, ella misma no podrá producir lesiones traumáticas graves como para determinar la muerte del niño; c) que si la madre estrangula al niño en el momento que sale la cabeza, las uñas de la mano serán cóncavas hacia abajo en las occipito-anteriores.

b) *Estando la madre bajo la influencia del estado puerperal.*— El estado puerperal de la madre es de difícil definición. Se trata de un concepto vago, incierto y peligroso, dice JOSE PECO (25). No hay acuerdo sobre lo que es el “estado puerperal”. Para unos es el embarazo, el parto y el puerperio que le sigue; para otros, es sólo este último, y para otros es el período que dura la involución del útero. Hay quienes lo restringen a la aparición de los loquios y quienes lo hacen durar hasta la aparición de la menstruación. El “estado puerperal”, en una de sus acepciones científicas, es el período que transcurre desde el parto hasta que los órganos genitales y el estado general de la mujer vuelvan a su estado ordinario anterior a la gestación. Su duración varía de seis semanas a dos meses, observándose que desaparece la hipertrofia de los órganos que la sufrieron durante el embarazo, a la vez que experimenta la glándula mamaria una sobreactividad funcional. La duración no está, pues, bien circunscrita en la ciencia médica, y su determinación en cada caso

(23) Véase, LORENZO A. GARCIA : “El infanticidio”, Editorial Americalec, Buenos Aires, 1945, p. 107.

(24) NERIO ROJAS : “Infanticidio, estrangulación, sumersión, quemaduras”, en “El Día Médico”, No. 37, Buenos Aires, 1930.

(25) JOSE PECO : “Proyecto de Código Penal. Exposición de Motivos”, La Plata, 1942, p. 236.

podrá dar lugar a diversidad de criterios cuando sea preciso fijarlo por medio de un peritaje médico-legal. THORMANN y von OVERBECK, en sus Comentarios al Código Penal Suizo (26), observan que la duración del estado puerperal es difícil de determinar a priori y en forma absoluta, porque depende del estado de depresión de la mujer, como consecuencia de los sufrimientos físicos por los cuales ha pasado, de sus preocupaciones y de su estado de agotamiento.

No debe confundirse el estado puerperal con las psicosis de origen puerperal, verdaderas enfermedades de carácter psíquico, cuya existencia, en caso de probarse, no traería como consecuencia una atenuación en la pena, sino una verdadera exención de pena por falta de imputabilidad, conforme a lo dispuesto por el inc. 1º del art. 85 del C. P.

La expresión "bajo la influencia del estado puerperal", no toma en cuenta las perturbaciones psíquicas a que el puerperio puede dar origen, sino simplemente la *duración* del estado puerperal, ya que no se hace mención al número de días después del nacimiento, que mantienen las leyes que ya hemos citado en el punto 5. El legislador consideró que la frase "durante el parto" era insuficiente, por lo que concibió designar con la expresión "bajo la influencia del estado puerperal" los momentos posteriores al parto. La aludida frase tiene, pues, un sentido temporal o cronológico.

"Se ha querido suprimir un plazo rígido, observa FONTAN BALESTRA, que con frecuencia daba lugar a soluciones injustas en la aplicación de la ley, sustituyéndolo por otro más elástico, que permita la adecuación al tipo más benigno cuando el conjunto de las circunstancias así aconseje hacerlo al juzgador" (27).

9.—*Elemento subjetivo*.— El infanticidio no admite forma culposa; sólo es punible a título de *dolo*, y lo es, porque el art. 155 del C. P. exige la "intención" de matar, esto es, la consciencia y voluntad de cometer el delito, con arreglo a la segunda parte del art. 81. Si el niño nascente o recién nacido fuera muerto por negligencia de la madre, ésta responderá por homicidio culposo, de conformidad con el art. 156.

(26) Citados por CARLOS FONTAN BALESTRA, en "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, t. I, op. cit. ps. 54-55.

(27) CARLOS FONTAN BALESTRA : "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, t. I, op. cit., pág. 55.

En la doctrina, no obstante, se ha discutido si puede haber homicidio culposo. Una madre, durante el sueño, sofoca a su hijo. Esa madre, será infanticida, homicida o penalmente irresponsable?

La ley ha desprendido el infanticidio del homicidio, haciendo de él una figura atenuada, en vista al parto o a la influencia del estado puerperal, por lo que cuando este estado fisiológico no concurre, el hecho recobra su individualidad de origen, esto es, la de un homicidio sin intención de matar o culposo. No se trataría de un infanticidio, porque con arreglo a ley sólo existe infanticidio doloso; e, igualmente, quedaría descartada la tesis de la irresponsabilidad, porque el recién nacido es un ser humano protegido por la ley penal.

CARRARA se opone a la tesis expuesta. Expresa CARRARA que "el fin de salvar el honor puede conducir a dos determinaciones distintas : 1º a la determinación de matar la criatura, y es incontestable que cuando esto ocurra estaremos siempre en los términos del verdadero *dolo*; 2º pero el fin de salvar el honor puede conducir a la desgraciada mujer a la determinación de ocultar el niño sin preveer, no obstante, que pone en peligro su vida. Y en esta segunda hipótesis resulta evidente que si tal modo de ocultación ocasiona inopinadamente la muerte del niño, no se le podrá imputar *dolo* a la mujer, porque no previó la muerte; sólo podrá imputársele una *imprudencia* porque no previó todas las consecuencias posibles de la propia acción. No se podrá, pues, considerarla responsable de infanticidio *doloso*, porque ella actuó con la finalidad de salvar al mismo tiempo su honor y la criatura; pero, sin embargo, se le deberá imputar *omisión de diligencia*, y de este modo una culpa. Ahora bien, ¿por qué vamos a reprocharle el título de [homicidio culposo]!, vale decir, un título no degradado por la situación excepcional de la mujer? Si el fin de salvar el honor se ha creído valorable, por buena justicia, para variar el título y degradar la pena de quien fué conducida por él a un delito doloso, ¿por qué vamos a negarnos valorarlo como causa impropia y degradante frente a una nueva imprudencia? La mujer ocultó al niño entre las ropas o lo encerró en un mueble para que no se oyeran sus vagidos, mientras esperaba a una amiga que vendría a llevarlo, pero la amiga tardó y la criatura se ahogó. Desde que el juez se haya convencido de que la mujer no obró de esta manera para ahogar al niño, ya no puede imputarle un infanticidio doloso. Esto es positivo e irrecusable. El está, pues, en la

necesidad de aplicar un título *culposo*, porque no se encuentra nada que imputarle a la muchacha fuera de una aminoración de cautela, es decir, una imprudencia. Llevada la cuestión a este punto, ella se remonta a los más elevados principios. ¿En los hechos culposos se debe o no tener en cuenta una degradante admitida en los hechos dolosos? He aquí los últimos términos del problema. Pero si un delito culposo se comete por un ebrio o por un menor, se valoran perfectamente la minoridad y la ebriedad como degradantes de aquella imputación que correspondería al hecho culposo, porque resulta repugnante alternar la severidad contra la culpa con la benignidad hacia el dolo. También aquella mujer que imprudentemente causó la muerte del propio hijo bajo la excitación del peligro del propio honor o del temor de sevicias, tiene derecho a la degradante, y no puede sin injusticia equipararse en la imputación a la madre que fué imprudente mientras gozaba de una máxima tranquilidad de ánimo. Se haría esta injusta equiparación si se imputase el título de homicidio culposo : es necesario, por consiguiente, admitir el título de *infanticidio culposo*. En una palabra, la objeción nace de no haber calculado que *el fin de salvar el honor* no es siempre causativo de una *determinación imprudente*. Advertido esto, me parece que la objeción se disipa" (28).

JOSE IRURETA GOYENA considera "que el maestro que ha dado el concepto más nítido y preciso de la estructura de la culpa, es, sin duda alguna, CARRARA, y es por eso que produce sorpresa este dictamen, que implica una incomprensión de la verdadera naturaleza de aquélla. No existen dos culpas : una determinada por móviles *sociales* y otras por móviles *antisociales*. La culpa jurídicamente es una sola, y consiste siempre en la omisión, contraria a la ley, de prever las consecuencias posibles de un acto. La culpa puede revestir diferentes grados, según la intensidad de la omisión, pero sin desprenderse por eso de su esencia propia. Si el móvil, aunque honorable, genera una gran imprudencia, la culpa será grave; si el móvil, aunque egoísta, genera una ligera imprudencia, la culpa será leve" (29).

(28) FRANCISCO CARRARA : "Programa del Curso de Derecho Criminal", t. 3, op. cit., págs. 281-282.

(29) JOSE IRURETA GOYENA : "Delitos de apropiación indebida, daño, usurpación, lesiones personales, infanticidio", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Buenos Aires, s/f, p. 321.

De manera que aparte de las razones de *lege ferenda* que mueven al espíritu a desechar la posibilidad del infanticidio culposo, existen razones de *lege lata*, que llevan ineludiblemente a la misma conclusión. Dentro del Código peruano, el delito es culposo, art. 81, primer parág., cuando la ley ha pensado en ello, estableciendo la disposición legal correspondiente. En relación al infanticidio no existe esa norma legal, por lo que el infanticidio, despojado de la circunstancia del parto o de la influencia del estado puerperal, es un parricidio (art. 151), y el homicidio realizado por imprudencia, es un homicidio culposo (art. 156).

10.—*Infanticidio y concurso de agentes.*— La cuestión referente a la responsabilidad de los colaboradores de la madre, cuando con ella concurren personas extrañas, en la ejecución del delito, es también discutida.

La mayoría de los Códigos no se pronuncian sobre el particular. Los Códigos alemán, húngaro, belga y el nuestro, establecen que el sujeto activo del delito es la madre, pero no se refieren a la calificación jurídica de los coautores o cómplices.

Parece cristalizada la opinión de que los coautores y los cómplices deben ser considerados coautores o cómplices de homicidio, cuando concurren con la madre. Ese criterio es indiscutible, porque en el Perú el infanticidio constituye una circunstancia atenuante del homicidio, en atención al “parto” o al “estado puerperal”, que traducen una circunstancia personalísima en favor de la madre e incommunicable a terceros con arreglo a la fórmula del art. 104 que dice : “Las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible”. Los colaboradores en el delito deben responder como autores o cómplices, según los casos, de homicidio simple o agravado. El privilegio legal no se extiende. La quiebra de la unidad e indivisibilidad del delito, se explica porque la condición personal de la perturbación fisis-psíquica de la parturienta, derivada del parto o del estado puerperal, es una circunstancia que no influye, como no tiene por qué influir, en el ánimo de terceras personas; y porque repugnaría castigar con menos pena al tercero, cuando realiza el atentado bajo la dirección de la madre, secundado por ésta o prestándole ayuda, que cuando lo verifica sólo, por inspiración y propia cuenta.

Los casos que se pueden presentar serían tres : 1º la madre autora de la muerte del niño, y el extraño cómplice; 2º el extraño autor de la muerte del niño, y la madre simple cómplice; 3º la madre y el extraño agentes principales. De acuerdo con el criterio sustentado, la solución sería la siguiente : en el primero, la madre debe ser considerada como infanticida y el tercero como cómplice de homicidio; en el segundo, el extraño como autor de homicidio y la madre como cómplice de infanticidio; y en el tercero, la madre como autora de infanticidio y el tercero como autor de homicidio.

11.—*Penalidad*.— El art. 155 reprime el infanticidio con menor sanción (penitenciaría no mayor de tres años o prisión no menor de seis meses) que el aborto (prisión no mayor de cuatro años, art. 159) y el abandono de niños (penitenciaría o prisión no mayor de seis años, art. 181 concordante con el 179), a pesar de su mayor gravedad objetiva y de lastimar de manera más acentuada el sentimiento de maternidad.