

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES, SEMINARIOS Y TESIS



TESIS DE GRADO

(Tesis de grado para optar el grado de Licenciatura en Derecho)

**“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 258
(INFANTICIDIO) DEL CÓDIGO PENAL POR
CONTRADECIR EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD”**

Postulante : Boris Erik Ochoa Isnado
Tutor : Jorge Omar Mostajo Barrios

LA PAZ – BOLIVIA
2016

**“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258
(INFANTICIDIO) DEL CÓDIGO PENAL POR
CONTRADECIR EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD”**

DEDICATORIA

A mis padres, que con su apoyo incondicional han ayudado a construir y forjar la persona que ahora soy.

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso, que siempre ilumina nuestro camino, que durante este tiempo nunca me soltó de la mano y me guío.

A mis padres por la comprensión que me brindaron siempre, apoyándome en cada decisión.

A mis Docentes, que con sabiduría, paciencia y tolerancia, me enseñaron el camino de la Ciencia Jurídica.

RESUMEN O ABSTRACT

Con la aprobación de la Ley N° 548 “Código Niña, Niño y Adolescente”, el delito de Infanticidio tipificado por el Código Penal, es modificado de forma que cualquier persona que mate a una niña o niño le corresponda una pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto.

En tal sentido, la presente Tesis de Grado contiene información que demuestra la necesidad de modificar el Artículo 258 del Código Penal a fin de insertar circunstancia atenuantes para los casos específicos que el sujeto activo es la madre progenitora afectada por el Estado Puerperal (alteración psicofisiológica), para ello en primera instancia se exponen los antecedentes históricos del infanticidio, desde la época antigua al presente, seguidamente se exponen los elementos teóricos esenciales como ser el Principio de Proporcionalidad de la Pena, las circunstancias atenuantes, el infanticidio, la clasificación médico legal del infanticidio, los sistemas referentes a la atenuación de la pena en el delito de infanticidio y el estado puerperal.

El marco jurídico de la presente tesis sintetiza la normativa nacional sobre el infanticidio y una comparación con la normativa jurídica internacional, el desarrollo de la investigación detalla el fundamento práctico que impulsa la propuesta de la presente Tesis de Grado, así como los resultados obtenidos que respaldan la misma y que ayudan a construir la propuesta.

Finalmente se expresan las conclusiones y recomendaciones que son producto del acopio y análisis de la bibliografía, que compendiada en el marco referencial brindan el sustento jurídico teórico estableciendo que el Artículo 258 del Código Penal Boliviano colisiona con el Principio de Proporcionalidad de la Pena en los casos específicos que el sujeto activo sea la madre progenitora por lo que es necesaria su pronta modificación con la inserción de circunstancias atenuantes.

ÍNDICE

	Pág.
PORTADA	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
RESUMEN O ABSTRACT	iv
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

DISEÑO METODOLÓGICO

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
2. PROBLEMATIZACIÓN.....	4
3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA	4
3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	5
3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	5
4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA	5
5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	6
5.1. OBJETIVO GENERAL	6
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
6. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA INVESTIGACIÓN.....	7
7. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	7
7.1. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
7.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	8
7.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	8
8. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	8
8.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	8
8.2. MÉTODOS.....	9
8.2.1. EL MÉTODO ANALÍTICO.....	9

8.2.2.	EL MÉTODO DEDUCTIVO	10
8.3.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	10
8.3.1.	ENCUESTA.....	10
8.3.2.	ENTREVISTAS.....	11
8.3.3.	LECTURA Y ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.....	11

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

9.	MARCO CONCEPTUAL.....	12
9.1.	ASESINATO	12
9.2.	ATENUANTE	12
9.3.	CONDICIÓN SINE QUA NON	13
9.4.	HOMICIDIO.....	13
9.5.	INFANTICIDIO	14
9.6.	PENA	14
9.7.	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	15
9.8.	PROPORCIONALIDAD.....	15
9.9.	PUERPERIO	16
9.10.	RECIÉN NACIDO.....	16
10.	MARCO HISTÓRICO	17
10.1.	EDAD ANTIGUA	18
10.1.1.	GRECIA.....	19
10.1.2.	ROMA.....	20
10.1.3.	CRISTIANISMO.....	21
10.2.	EDAD MEDIA.....	22
10.3.	OTRAS TRIBUS.....	22
10.3.1.	ÁFRICA	23
10.3.2.	INDIA.....	24

10.4. LA HISTORIA DE LA TIPIFICACIÓN Y PUNIBILIDAD DEL DELITO DE INFANTICIDIO	24
11. MARCO TEÓRICO.....	28
11.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	28
11.1.1. ORIGEN Y DESARROLLO.....	30
11.1.1. SIGNIFICADO	33
11.1.2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	34
11.2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	35
11.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	36
11.2.2. CONCEPTO	38
11.2.3. TIPOS BÁSICOS DE ATENUANTES.....	39
11.3. EL INFANTICIDIO.....	40
11.3.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO	41
11.3.2. TIPOS DE INFANTICIDIO	41
11.3.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INFANTICIDIO.....	42
11.3.3.1. SUJETO ACTIVO	44
11.3.3.2. SUJETO PASIVO	45
11.4. SISTEMAS REFERENTES A LA ATENUACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE INFANTICIDIO	45
11.4.1. SISTEMA LATINO O DE LA MOTIVACIÓN	46
11.4.2. FUNDAMENTACIÓN DE LA ATENUACIÓN EN EL SISTEMA LATINO.....	47
11.4.3. SISTEMA HELVÉTICO O DE LA ALTERACIÓN FISIOPSIKOLÓGICA.....	52
11.5. ESTADO PUERPERAL.....	54
11.5.1. CAMBIOS FÍSICOS RELACIONADOS AL ESTADO PUERPERAL.....	56
11.5.2. ALTERACIÓN PSIKOLÓGICA Y EMOCIONAL	56

11.5.2.1. TRISTEZA PUERPERAL O "BABY BLUES"	57
11.5.2.2. DEPRESIÓN POSPARTO.....	59
11.6. PUNTOS DE VISTA EN RELACIÓN AL ESTADO PUERPERAL.....	60
11.6.1. COMO PRESUNCIÓN DE PRESENCIA DE PATOLOGÍA PSICOLÓGICA.....	63
11.6.2. COMO CRITERIO MERAMENTE TEMPORAL.....	65
11.6.3. COMO ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL	67
12. MARCO JURÍDICO	68
12.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	68
12.2. CÓDIGO PENAL.....	69
12.3. CÓDIGO CIVIL	70
12.4. CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE	71
12.5. SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 0206/2014	71
12.6. DERECHO COMPARADO.....	72
12.6.1. ALEMANIA	72
12.6.2. ARGENTINA.....	73
12.6.3. BRASIL.....	75
12.6.4. CHILE	75
12.6.5. COLOMBIA.....	76
12.6.6. COSTA RICA.....	77
12.6.7. EL SALVADOR.....	78
12.6.8. ESPAÑA.....	78
12.6.9. FRANCIA.....	80
12.6.10. GUATEMALA	81
12.6.11. HONDURAS	81
12.6.12. ITALIA.....	82
12.6.13. PORTUGAL.....	83
12.6.14. VENEZUELA	83
12.7. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	84

CAPÍTULO III

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

13. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	86
13.1. POBLACIÓN.....	86
13.2. MUESTRA.....	86
13.3. RESULTADOS DE LA ENCUESTA.....	87
13.4. ANÁLISIS DEL RESULTADO DE LAS ENCUESTAS.....	88
13.5. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS.....	93
14. PROPUESTA.....	98
14.1. FUNDAMENTO TEÓRICO - JURÍDICO.....	98
14.2. LOS SUJETOS EN EL TIPO PENAL DE INFANTICIDIO.....	100
14.2.1. SUJETO ACTIVO.....	100
14.2.2. SUJETO PASIVO.....	101
14.2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA.....	101
14.3. FUNDAMENTO DEL PERIODO A CONSIDERAR PARA EL ESTADO PUERPERAL.....	102
14.4. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN EN LA SANCIÓN DEL DELITO DE INFANTICIDIO.....	105
14.5. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO PENAL.....	107

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

15. CONCLUSIONES.....	108
16. RECOMENDACIONES.....	111
17. ANTEPROYECTO.....	112
18. BIBLIOGRAFÍA.....	115
ANEXOS	

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

	Pág.
ILUSTRACIÓN Nº 1 - pregunta nº 1 de la encuesta	88
ILUSTRACIÓN Nº 2 - pregunta nº 2 de la encuesta	89
ILUSTRACIÓN Nº 3 - pregunta nº 3 de la encuesta	90
ILUSTRACIÓN Nº 4 - pregunta nº 4 de la encuesta	91
ILUSTRACIÓN Nº 5 - pregunta nº 5 de la encuesta	92

INTRODUCCIÓN

En la presente Tesis de Grado se pone a discusión la reciente reforma al artículo 258 del Código Penal Boliviano por parte de la Ley N° 548 “Código Niña, Niño y Adolescente”, dicho artículo contemplaba la atenuación de la pena para la madre que diere muerte a su hijo recién nacido, actualmente tal figura ha sido eliminada y la sanción correspondiente es la pena de privación de libertad de treinta (30) años.

La investigación realizada se centra básicamente en establecer que la reciente modificación al delito de infanticidio colisiona con el Principio de Proporcionalidad de la Pena en los casos específicos que el sujeto activo es la madre progenitora, la nueva tipificación se aparta de la doctrina internacional que reconoce ampliamente la atenuación de la pena para mujeres parturientas por factores psicológicos, y emocionales que afectan a la madre en el momento del parto.

La modificación al Código Penal de la conducta infanticida determina sanciones drásticas para el sujeto activo, sin embargo no contempla las circunstancias especiales que afectan a la madre progenitora, en la presente Tesis de Grado se pretende fundamentar teórica y doctrinalmente que tal tipificación colisiona con el Principio de Proporcionalidad de la Pena, por lo tanto debe contemplar una atenuante de la pena en circunstancias específicas para la madre que es afectada por el Estado Puerperal.

La principal motivación de la realización de la presente investigación es la apertura de la discusión en el ámbito jurídico, para establecer que en muchas ocasiones los tipos penales no son redactados específicamente o que no corresponden a la realidad social y económica de nuestro país.

Para la sustentación de la presente Tesis de Grado en principio se expone el desarrollo histórico empezando desde las sociedades remotas hasta la época actual, con ello conocer y analizar las características históricas culturales y antropológicas que han dado origen a esta tipificación penal.

Posteriormente se describe y analiza, los elementos teóricos que ayudarán a construir la ponencia de la presente Tesis de Grado, pasando por elementos como el Principio de Proporcionalidad de la Pena, las circunstancias atenuantes, el infanticidio, la clasificación médico legal del infanticidio, los sistemas referentes a la atenuación de la pena en el delito de infanticidio y el estado puerperal.

Seguidamente se procede al análisis del marco jurídico relacionado con el delito de infanticidio, analizando el bloque jurídico nacional compuesto por la Constitución Política del Estado y el Código Penal, así como una comparación con la normativa jurídica internacional y como punto final de este apartado, se expresan las conclusiones obtenidas tras el análisis de la tipificación del delito de infanticidio en Europa y Latinoamérica.

En el Capítulo III que ocupa el Desarrollo de la Investigación se detalla el fundamento práctico que impulsa la propuesta de la presente Tesis de Grado, así como los resultados obtenidos que respaldan la misma y que ayudan a construir la propuesta.

Finalmente se expresan las conclusiones y recomendaciones que son producto del acopio y análisis de la bibliografía, que compendiada en el marco referencial brindan el sustento jurídico teórico estableciendo que el Artículo 258 del Código Penal Boliviano colisiona con el Principio de Proporcionalidad de la Pena en los casos específicos que el sujeto activo sea la madre progenitora por lo que es necesaria su pronta modificación con la inserción de circunstancias atenuantes.

CAPÍTULO I

DISEÑO METODOLÓGICO

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La Ley N° 548 – Código Niña, Niño y Adolescente deroga el artículo 258 (infanticidio) del Código Penal, modificando el contenido del artículo, eliminando la atenuante a favor de la madre que diere muerte a su hijo dentro de los 3 días de recién nacido, por lo que actualmente el infanticidio agrupa todos aquellos casos en que a una persona se le acusa de haber planificado, ordenado o provocado, premeditadamente, la muerte de uno o varios niños.

La modificación plantea un cambio radical del sistema penal respecto del delito de infanticidio, amplía la definición de conductas que se enmarcan en este tipo penal, si bien en principio brinda un marco legal de protección más específico y garantista para los derechos de las niñas, niños y adolescentes, deja de lado un aspecto importante como es la valoración de factores atenuantes en casos específicos en que el sujeto activo sea la progenitora, con lo cual la sanción de este tipo penal colisiona directamente con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

El Derecho Penal, como una rama tan amplia del Derecho, nos ofrece una serie de principios a los cuales el Derecho Penal debe regirse, entre estos principios encontramos el Principio de Proporcionalidad que considera que “La pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado”¹.

¹ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, “introducción al derecho penal”, 3° ed. Forum Pacis, Bogotá - Colombia, 1996, Pág. 90

El problema identificado en la presente Tesis de Grado estriba en el hecho de que la nueva tipificación del infanticidio no contempla las circunstancias especiales atenuantes que afectan a las madres progenitoras, que durante las labores de parto pueden llegar a ser afectadas por estados emocionales alterados producto de los cambios psico-fisiológicos propios del parto que conducen a un estado de semi-inconsciencia (Estado Puerperal) en el que pueden llegar a matar al recién nacido.

Las modificaciones realizadas por la Ley N° 548 – Código Niña, Niño y Adolescente da como resultado que la tipificación del infanticidio contradiga el Principio de Proporcionalidad de la Pena, puesto que con la aplicación de la sanción no se realiza una adecuada valoración de la culpabilidad y las situaciones atenuantes en los casos específicos que el sujeto activo sea la madre en situación de parto.

2. PROBLEMATIZACIÓN

¿La inobservancia del Principio de Proporcionalidad de la Pena en el artículo 258 (infanticidio) del Código Penal, será consecuencia de la ausencia de consideración de circunstancias atenuantes para los casos específicos en que la madre matare a su hija o hijo recién nacido?

3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente Tesis se delimita temáticamente en el Área Pública del conocimiento jurídico, en la especialidad de Derecho Penal.

3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

En cuanto a la delimitación espacial, el área geográfica delineada para la realización del trabajo de campo comprende la ciudad de La Paz, específicamente el Área Urbana.

3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La delimitación temporal de la Tesis comprende un periodo aproximado de 3 años, es decir comprenderá las gestiones 2013, 2014 y 2015.

4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico. Las sanciones establecidas a las personas que cometan hechos o actos delictivos deben ser sanciones equivalentes al hecho o acto cometido por la persona, cumpliendo con el Principio de Proporcionalidad.

La presente Tesis de Grado considera necesaria la modificación del artículo 258 del Código Penal para que el delito de infanticidio establezca las conductas típicas que ameriten una atenuación de la pena, específicamente en casos que la progenitora del recién nacido sea el sujeto activo del delito, cuyo factor principal a considerarse sea el “estado puerperal” por el que atraviesa la progenitora en el tiempo inmediato a las labores de parto.

La justificación de la realización de la presente Tesis de Grado, versa en la necesidad de modificar el Artículo 258 del Código Penal para que incorpore

grados de atenuación en su sanción para los casos específicos en que una madre progenitora que puede estar afectada por el estado puerperal le corresponda una sanción proporcional teniendo en cuenta los factores determinantes del hecho.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. OBJETIVO GENERAL

Fundamentar la necesidad de modificar el Artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal Boliviano insertando circunstancias atenuantes en los casos específicos que la madre matara a su hija o hijo recién nacido, con ello evitar la colisión con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar la relación del Delito de Infanticidio y las circunstancias atenuantes como el Estado Puerperal (alteraciones psicopsicologicas).
- Exponer las bases jurídico doctrinarias que demuestren la necesidad de modificar el Artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal.
- Estudiar la Legislación Comparada relacionada al delito de Infanticidio.
- Demostrar a través del trabajo de campo (encuestas/entrevistas), la percepción general de la sociedad boliviana respecto a la reciente modificación del artículo 258 del Código Penal.

6. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA INVESTIGACIÓN

La investigación propuesta será fundamentada en la teoría *Positivista*, puesto que el objeto de estudio esta intrínsecamente relacionada con el ámbito jurídico.

La teoría positivista de Hanz Kelsen, plantea una primacía irrestricta de las normas jurídicas sobre los demás ámbitos de la sociedad y el ser humano, será útil para la investigación toda vez que el tema propuesto deberá ser sustentado por una normativa jurídica objetiva, justa y equitativa².

Asimismo la propuesta del trabajo que constituye el aporte principal de esta Tesis, implica la creación de una norma jurídica particular, que regule mejor la situación del infanticidio las madres que se encuentran afectadas por el estado puerperal durante las labores de parto, con tal efecto la teoría positivista será de gran utilidad para la creación de normas que no atenten al orden jurídico vigente en nuestro país.

7. HIPÓTESIS DE TRABAJO

“La modificación del artículo 258 (infanticidio) del Código Penal con la inserción de circunstancias atenuantes para los casos específicos en que la madre matare a su hija o hijo recién nacido, permitirá una mejor gradación de la pena y por ende una mejor aplicación del derecho penal que no colisione con el Principio de Proporcionalidad de la Pena”.

² SQUELLA, Agustín, “Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos”, Editorial Fontamara, México, 1998, Pág. 83

7.1. VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

7.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La modificación del artículo 258 (infanticidio) del Código Penal con la inserción de circunstancias atenuantes para los casos específicos en que la madre matare a su hija o hijo recién nacido.

7.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Mejor gradación de la pena y por ende una mejor aplicación del derecho penal que no colisione con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

8. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

8.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El estudio a realizar, tendrá características metodológicas de tipo “No Experimental” porque solo se observará la realidad vivida en nuestro país y no se modificarán las variables a estudiar, asimismo es descriptivo y propositivo³.

- **Descriptivo.** La descripción consiste en la explicación, de forma detallada y ordenada sobre alguien o algo⁴. De esta forma, la presente investigación describe las características particulares del delito de infanticidio.

³ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, “Metodología de la Investigación”. Editorial Mac Grau & Hill. Bogotá - Colombia, 1995, Pág. 60.

⁴ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, Ob.,. Cit. Pág. 192.

- **Propositivo.** El aspecto propositivo de la investigación está dado por el objetivo principal de la investigación, la cual es proponer la modificación del Artículo 258 del Código Penal a fin de introducir un párrafo específico que establezca las circunstancias atenuantes en los casos que la progenitora sea el sujeto activo del delito.

8.2. MÉTODOS

El Método es el camino a seguir para lograr un fin determinado, en este caso utilizaremos varios caminos los cuales nos ayudaran a demostrar la necesidad de modificar el Artículo 258 del Código Penal Boliviano, el método nos ayudará a alcanzar el objetivo, la estrategia general que guía el proceso de la investigación.

8.2.1. EL MÉTODO ANALÍTICO

El Método Analítico consiste en descomponer y distinguir los elementos de un todo para posteriormente reconstruirlo, a partir de los elementos estudiados por el análisis posibilitando una comprensión total de la esencia del objeto estudiado⁵.

El método es aplicado en la presente Tesis para el estudio y análisis de la documentación y doctrina jurídica relacionada al infanticidio, lo cual permitirá una mejor comprensión del tema y consiguientemente de la necesidad de modificar el artículo 258 del código penal por sancionar de forma desproporcional los casos en que la madre afectada por el estado puerperal matare a su hijo recién nacido.

⁵ ORTIZ Uribe, FRIDA Gisela, "*Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas*", Edit. Limusa, México, 2003, Pág. 64.

8.2.2. EL MÉTODO DEDUCTIVO

Es el proceso del razonamiento o raciocinio que pasa de lo universal a lo particular, es decir, consiste en obtener conclusiones particulares a partir de leyes universales⁶.

El presente método es utilizado a lo largo de todo el desarrollo de la Tesis, puesto que se parte de teorías de aplicación general a nivel internacional que permitan obtener conclusiones de aplicación a casos particulares en los que no se realiza una aplicación diferenciada de la pena, llegando a determinar la necesidad de modificar el art. 258 del Código Penal y con ello evitar en el futuro la aplicación de sanciones desproporcionales por no contemplar circunstancias atenuantes.

8.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Para efectos de la recolección de la información se utilizan las siguientes técnicas:

8.3.1. ENCUESTA

La encuesta es el “Instrumento de observación formado por una serie de preguntas formuladas y cuyas respuestas son anotadas por el investigador”⁷.

La técnica de la encuesta que consiste en una batería de preguntas de tipo cerradas, se realiza para conocer la opinión de las personas relacionadas con el tema del infanticidio, así también se logra la obtención de datos que aporten información valiosa a la investigación.

⁶ SABINO, Carlos, “El Proceso de Investigación”, Ed. Panapo, Caracas – Venezuela, 1992, Pág. 48

⁷ TAMAYO, Mario, “El Proceso de la Investigación Científica”. Ed. Limusa: México, 2000, Pág. 94

8.3.2. ENTREVISTAS

De igual manera que las encuestas, se efectúa la aplicación de la entrevista dirigido a profesionales médicos, psicólogos y abogados entendidos en la materia o relacionados directamente con la problemática, cuyo objetivo primordial es conocer la perspectiva de estas autoridades sobre la propuesta de modificación del Artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal.

8.3.3. LECTURA Y ANÁLISIS DE DOCUMENTOS

Técnica utilizada para buscar, seleccionar y recopilar la información bibliográfica sobre el tema de Infanticidio, información que ayuda a estructurar el marco teórico, así como las bases jurídicas que apoyen la modificación del Artículo 258 del Código Penal.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

9. MARCO CONCEPTUAL

9.1. ASESINATO

Es un delito contra la vida humana, de carácter muy específico, que consiste en matar a una persona concurriendo ciertas circunstancias, tales como: alevosía, precio, recompensa o promesa remuneratoria y ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido⁸.

9.2. ATENUANTE

La legislación penal define y pena los delitos considerándolos en su esencia; es decir, considerando el hecho criminoso en su configuración pura, por así decirlo. Mas ese hecho delictivo puede estar rodeado de circunstancias que modifiquen la responsabilidad del autor, bien para agravarla, bien para atenuarla, e inclusive para eliminarla, según que representen una mayor o menor peligrosidad, o la inexistencia de peligrosidad en el agente. Entre las circunstancias atenuantes a que esta voz se refiere son de considerar la embriaguez no habitual ni producida para facilitar la ejecución del delito, la de ser el autor mayor de cierta edad o menor de otra, la de no haber tenido intención de causar un mal tan grave como el producido, la de haber ejecutado el hecho en vindicación de una ofensa grave, la de haber precedido provocación o amenaza por parte del ofendido, la de haber procedido con arrebató u obcecación (emoción violenta), entre otras. Bien se comprende que todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad,

⁸ GARRIDO MONTT, Mario, "El Homicidio y sus figuras penales", Edit. Encina, Santiago - Chile, 1999, Pág. 49

entre ellas las atenuantes, son consideradas en la doctrina y en las diversas legislaciones con distinto criterio, y por ello, a la relación precedente sólo se le debe dar valor enunciativo. Esto aparte que una misma circunstancia, como sucede con la embriaguez o el parentesco, puede ser atenuante, agravante y aun eximente, según el delito de que se trate⁹.

9.3. CONDICIÓN SINE QUA NON

Conditio sine qua non o condición sine qua non es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir “condición sin la cual no”. Se refiere a una acción, condición o ingrediente necesario y esencial - de carácter más bien obligatorio- para que algo sea posible y funcione correctamente¹⁰.

9.4. HOMICIDIO

Muerte causada a una persona por otra, por lo común ejecutada ilegítimamente y con violencia. Los penalistas, refiriéndose a ese delito, lo definen de manera similar. Para Carrara es la destrucción del hombre, injustamente cometida por otro hombre, y para Carmignani es la muerte de un hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre.

La determinación de que la muerte ha de derivar de un *acto injusto o ilícito* obedece, para los autores que emplean esos términos, a la necesidad de excluir del concepto las muertes que unos hombres dan a otros sin que se

⁹ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”, Edit. Heliasta, 28va ed. Buenos Aires – Argentina, 2001

¹⁰ PALUDI, Osvaldo, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio”, Edit. Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1996

configure delito alguno, como en los casos de legítima defensa, ejecución de la pena capital, guerra, etc.

El *homicidio* es susceptible de varias denominaciones, originadas por los medios de su ejecución o por la condición del homicida y de la víctima. Así, cuando se ejecuta con premeditación, alevosía, ensañamiento, impulso de perversidad brutal, mediante precio o promesa de recompensa, valiéndose de medios catastróficos, se estará frente a un *homicidio* calificado por su mayor gravedad. El homicidio calificado es lo que en algunas legislaciones se llama *asesinato*¹¹.

9.5. INFANTICIDIO

Infanticidio es la práctica de causar la muerte de un infante (niño o niña) de forma intencionada¹².

9.6. PENA

Etimológicamente la palabra pena deriva del vocablo latino “Poena” y éste a su vez tiene su origen en la voz griega “Poine”, la cual significa dolor en relación con la expresión “Ponos” que quiere decir trabajo, fatiga o sufrimiento. Francisco Carrara; dice que la pena es un mal que de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito¹³.

¹¹ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”

¹² TARDIEU, Ambrosio, “Estudio médico-legal sobre el infanticidio”, Universidad de Alcalá, Madrid - España, 2010, Pág. 13.

¹³ CARRARA, Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, (Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero), parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1988, Pág. 62.

Eugenio Cuello Calon señala que la Pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ocasión y ejecución de una sentencia impuesta, al culpable de una infracción penal.

9.7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales¹⁴.

9.8. PROPORCIONALIDAD

Por proporcionalidad se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas¹⁵.

Proporcionalidad significa “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a magnitud, cantidad, o grado: las

¹⁴ SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, Universidad Nacional Autónoma de México, CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores), México, 2010, Pág. 221

¹⁵ FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo”. Edit. Dykinson, Madrid – España, 2009, Pág. 290

proporciones del cuerpo etc., pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones¹⁶.

9.9. PUERPERIO

Puerperio normal es un periodo de transformaciones progresivas de orden anatómico y funcional que hace regresar paulatinamente todas las modificaciones gravídicas y que se desarrolla por un proceso de involución de las mismas hasta casi regresarlas a su estado inicial. Sólo la glándula mamaria es la excepción pues en esta etapa es que alcanza su máximo desarrollo y actividad¹⁷.

9.10. RECIÉN NACIDO

El recién nacido vivo, según la definición de la Organización Mundial de la Salud¹⁸, es el producto de la concepción, completamente expulsado, o extraído de su madre, que después de la separación, respira o muestra otras evidencias de vida, como latidos cardiacos, pulsación del cordón umbilical o movimientos musculares. Se designa recién nacido a todo niño menor de un mes, o más exactamente menor de 29 días de edad. La pediatría neonatal, que se consagra al estudio del recién nacido, se divide en dos periodos: el neonatal inmediato, o hebdomadario, que abarca desde el nacimiento hasta el día 7, y el tardío que comprende del 8 a los 28 días de edad. La etapa perinatal es aquella que se considera al producto desde la semana 28 de la gestación hasta el día 28 de vida extrauterina.

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la lengua española", Ed. 22va, Madrid – España, 2001

¹⁷ MINISTERIO DE SALUD, "Protocolo de Atención del Puerperio Fisiológico", Dirección General de Servicios de Salud, Managua – Nicaragua, 2010, Pág. 40

¹⁸ OMS - Organización Mundial de la Salud, "Efectos del Parto en el Feto y el Recién Nacido", Serie de Informes Técnicos de la OMS, Ed. N° 300, Ginebra, 1995.

10. MARCO HISTÓRICO

El marco histórico de la presente Tesis se avoca al estudio del origen del delito de infanticidio, abarcando desde las sociedades remotas hasta la época actual, con ello se pretende conocer y analizar las características históricas, culturales y antropológicas que han dado origen a tan despiadado acto humano, lo cual conducirá a tener una visión más completa del fenómeno que es objeto de estudio, pues una vez entendida la presencia cultural del infanticidio en las sociedades humanas, podremos centrar la atención en la comisión de ese delito en nuestro país y la necesidad de perfeccionar la tipificación actual del Código Penal.

Es de suma importancia este primer capítulo ya que en él descubriremos muchos aspectos axiológicos, filosóficos e históricos del infanticidio, por ejemplo el hecho de que en las civilizaciones antiguas el infanticidio era visto como un acto sagrado de adoración y ofrenda a los Dioses, mientras que en las sociedades modernas es necesario considerarlo como una práctica inmoral y criminal, pues “la vida es el bien personal más importante ya que es el presupuesto necesario para el goce de los demás bienes, su destrucción por ello resulta irreparable. En consecuencia, la ley al ampararla no protege un simple derecho, sino la fuente misma de todos los derechos”¹⁹.

Francisco Carrara²⁰ citado por Porte Petit señala que etimológicamente la palabra infanticidio proviene del italiano “infantare”, registrada por la Academia de la Crusca²¹ como sinónimo de Paris (partorire), y equivale a muerte del hombre recién nacido. Aunque la etimología más aceptada es la del latín

¹⁹ GARCÍA BUCIO, Jesús, “El Delito de infanticidio, estudio dogmático”, Edit. Morelia, México, 1965. Pág. 9.

²⁰ PORTE Petit, “Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal”, Edit. Porrúa, 9na Ed., México, 1990, Pág. 457.

²¹ La Accademia de lla Crusca es una institución que recoge estudios científicos de expertos de lingüística y de filología italiana

Infanticidium, palabra compuesta de infans (niño que no habla) y caedere “dar muerte”, así infanticida es el que le da muerte a un niño recién nacido²².

10.1. EDAD ANTIGUA

La edad antigua comprende las primeras civilizaciones que conoció la humanidad, entre ellas la mesopotámica y la egipcia principalmente. En la antigüedad los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, en vasijas para que murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos.

Este sacrificio de niños o asesinato ritual era con el fin de aplacar a seres sobrenaturales, y esta práctica era mucho más común en el mundo antiguo que en tiempos presentes; se han encontrado tres mil huesos de niños pequeños con evidencia de sacrificio ritual²³, en sardinia los infantes eran ofrecidos a la diosa de Babilonia ishtar; los pelasgianos ofrecían sacrificios de cada décimo niño en tiempos difíciles; los sirios sacrificaban niños a Júpiter y a Juno; esqueletos de niños con marcas de sacrificio también hallados en el Egipto de los años 950-720 A.C.; además de los cartaginenses, otros fenicios, cananitas y moabitas ofrecieron a su primogénito como sacrificio a sus dioses.

“El infanticidio no fue desconocido en remotas épocas, pues las tribus primitivas mataban a los niños por su edad o deficiente desarrollo, este último caso normalmente revelador de su estado patológico, para las legislaciones de las edades antiguas y media no cobró importancia el móvil típico que habría más tarde de integrar la noción jurídica del infanticidio,

²² GARCIA MAAÑON, Ernesto, “Aborto e Infanticidio, aspectos jurídicos y médicos legales”, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1990, Pág. 37

²³ MILNER, Larry. “Hardness of Heart / Hardness of Life: The Stain of Human Infanticide”, Oxford, University Press of America, New York, 2000, Pág. 68

pues se veía en la muerte del hijo recién nacido, por la madre, un homicidio común y corriente”²⁴.

10.1.1. GRECIA.

En la Grecia de Platón y Aristóteles ser mujer no era desde luego algo deseable, las mujeres tenían prácticamente el mismo estatus social que los esclavos²⁵, lo que suponía que no podían participar en la política ni tener derechos cívicos de ninguna clase. Esto provocó que el infanticidio femenino en Grecia estuviera bastante extendido, y que el expósito o el abandono de las hijas fuera más frecuente que el de los hijos varones.

Los más pobres no tenían más alternativa que el expósito si nacían muchas hembras, ya que difícilmente podrían hacerse cargo de sus dotes. Los griegos históricos consideraban bárbara la práctica del sacrificio de adultos y niños. Sin embargo, el expósito de los recién nacidos se practicaba extensamente en Grecia, Filón fue el primer filósofo en pronunciarse en contra de ello²⁶.

En Atenas, el propio Aristóteles aceptaba el infanticidio si era para evitar un estado superpoblado o por razón de enfermedad, esa consideración es muy semejante a la que aporta el economista liberal Thomas Malthus²⁷ en 1798 en su “Primer Ensayo sobre la Población”, pues él señala que las guerras, muertes y epidemias, etc., eran benéficas para la humanidad, porque suprimen el excedente de población y se restablece el equilibrio entre ésta y la existencia de medios de sustento.

²⁴ GARCÍA BUCIO, Jesús, Ob. cit., Pág 16-17.

²⁵ AZCARATE CORRAL, Patricio, “Obras Completas de Platón”, Diálogos de Platón Tomos 1 y 2, Madrid, 1871-1872

²⁶ TORT, Cesar, “Hojas Susurrantes”, Tomo 5, Printed in the United States Of America, 2014, Pág. 588

²⁷ ALCALÁ DELGADO, David, “Economía Política” Morelia – México, 1993, Pág. 179

A continuación se cita un ejemplo extraído de la “República” de la autoría de Platón, y en la cual se observa claramente la condición ínfima de la mujer: “...Por consiguiente, querido mío, no hay ninguna ocupación entre las concernientes al gobierno del Estado que sea de la mujer ni del hombre en tanto hombre, sino que las dotes naturales están similarmente distribuidas entre ambos seres vivos, por lo cual la mujer participa, por naturaleza, de todas las ocupaciones, lo mismo que el hombre; sólo que en todas la mujer es más débil que el hombre”²⁸.

10.1.2. ROMA

En la Roma primigenia se estimó absoluta la autoridad del páter, proclamando el derecho de éste sobre la persona de su mujer y los hijos sujetos a la patria potestad (*ius vitae et necis*), autorizándose con ciertas limitaciones la privación de la vida de los descendientes. La existencia de este derecho de vida y muerte ha sido admitida por algunos y hasta se afirma que una ley, cuyo origen se ubica en la fundación de Roma, autorizaba al padre a matar en cualquier tiempo a los hijos monstruosos y a los demás sólo después de que hubieran cumplido los tres años de edad; además se les suprimía por frías “razones de selección eugenésica”.

En la época de los emperadores, se suprimió en Roma el derecho de los padres sobre la vida de sus hijos, sancionándose el infanticidio como delito de los más graves, catalogándolo como caso de parricidio en las Constituciones de Constantino, en donde cobro realidad la prohibición, a los ascendientes, de privar de la vida a la descendencia, prohibición que arraigo con el tiempo sancionándose el hecho con la pena de muerte.

²⁸ PLATÓN, “La República”, Ed. Leyenda, México, 2002, Pág. 38.

En los primitivos tiempos de Roma era el pater quien decidía el ingreso de un nuevo filius a la familia pudiendo ejercer el “ius expendi” o derecho de abandono. La Ley de las XII Tablas imponía la obligación de dar muerte a los hijos deformes o monstruosos. Los seres humanos no eran personas dotadas de dignidad y derechos naturales, sino seres que debían servir al fin superior del estado. El infanticidio llegó a ser un crimen capital en la ley romana en 374 A.C., pero a los ofensores raramente se les perseguía; es decir, la norma no tuvo demasiada vigencia²⁹.

10.1.3. CRISTIANISMO

El cristianismo rechaza el infanticidio, las Enseñanzas de los apóstoles dicen “No matarás al niño por aborto ni matarás a lo que nace”. La Epístola de Barnabás contiene un mandamiento idéntico. Tan difundida estaba esta enseñanza en la cristiandad que el apologista tertuliano, Atenágoras, Minucio Félix, Justino Mártir y Lactancio también mantuvieron que abandonar al neonato a una muerte segura era un acto inicuo.

En 318 A.C. Constantino considero al infanticidio un crimen, y en 374 A.C. Valentiniano ordeno que se criaran a todos los niños (el expósito de bebés, especialmente de niñas, aún era común). El Concilio de Constantinopla declaró que el infanticidio era homicidio, y en 589 A.C. el Tercer Concilio de Toledo tomó medidas en contra de la costumbre española de matar a sus propios críos.

²⁹ TORT, Cesar, “Hojas Susurrantes”, Tomo 5, Printed in the United States Of America, 2014, Pág. 590

10.2. EDAD MEDIA

Superada la época románica que conoció casos de verdadera impunidad del infanticidio, la tendencia general en la Europa Medieval fue la de sancionar con las penas más graves la supresión de la vida del recién nacido. Esta extrema severidad no fue sino el resultado de atender exclusivamente al hecho objetivo de la supresión de la vida de quien, por su tierna edad, no solo era incapaz de merecer odio, sino además se encontraba totalmente imposibilitado para sustraerse a la acción violenta contra él ejercitada. Ni siquiera la consideración del motivo de honor reclamado por la madre hizo mitigar en un principio la drástica punibilidad, pues llegó a estimarse que al acto de sangre (crimen sanguinis) se sumaba el crimen carnal (crimen carnis) que le había precedido.

“Mientras los teólogos y el clero predicaban para salvar las vidas de neonatos el abandono continuó, como puede verse en el registro literario y en los documentos legales. El sacrificio de niños fue practicado por los galos, celtas y los irlandeses. A diferencia de otras regiones europeas, en la Edad Media la madre alemana tenía el derecho de abandonar al neonato”³⁰.

10.3. OTRAS TRIBUS

González de la Vega hace notar que en las tribus primitivas era costumbre sacrificar a los infantes, ya por su inutilidad o por sus enfermedades a fin de disminuir las cargas económicas y las molestias que causaban al conglomerado en sus constantes migraciones, recordándonos que en Cartago se hacían sacrificios de menores con fines religiosos. El infanticidio

³⁰ VÉLEZ CORREO, Luis Alfonso, “Ética Médica”, Edit. Corporación para investigaciones biológicas, 3a edición, Colombia, 2003, Pág. 39.

en las sociedades tribales era más frecuente que el infanticidio tanto en occidente como en las civilizaciones orientales.

10.3.1. ÁFRICA

En Africa algunos neonatos se les mataba por temor de que fueran un mal augurio, o debido a que eran considerados de mala suerte. A los gemelos generalmente se les daba muerte en la región de Arebo. También los Nma Hottentosts de África del suroeste practicaban infanticidios, así como los habitantes de la región del Lago Victoria Nyanza, los Tswana, los de África portuguesa oriental, los liso e Ibo de Nigeria, los habitantes de Os Chaparrales y los Kung del desierto Kalahari.

Los Kikuyu, el grupo más populoso de Kenya, practicaban la matanza ritual de gemelos. Luden Lévy-BrÜhl señaló que debido al temor de una sequia, si un bebé nacía por los pies en la Africa Britanica Oriental, era asfixiado. Los Tswana hacían lo mismo porque temían que el neonato trajera mala fortuna a los padres.

Similarmente. William Sumner señaló Vadshagga mataban a los niños cuyos incisivos superiores salieran primero. Si una madre moría en el parto en el pueblo Ibo de Nigeria, el neonato era enterrado vivo. El bebé sufría una suerte similar si el padre moría. En un libro publicado en 1928, Nathan Miller escribió que entre la tribu Kuni cada madre había matado al menos a uno de sus niños. El sacrificio de niños también fue practicado de manera tan tardía como 1929, en Zimbabwe donde una hija de un jefe tribal era usada para ser sacrificada como petición de lluvias³¹.

³¹ LLINGWORTH, R. S. "El niño normal - Problemas de los primeros años de vida y su tratamiento", 4ta edición. México, 1993, Pág. 453.

10.3.2. INDIA

El infanticidio de bebés hembras fue sistemático en los Rajputs feudales en la India. De acuerdo al historiador Firishta, tan pronto como una bebé nacía se le mantenía “en una mano, con un cuchillo en la otra, para que cualquier persona que quisiera esposa pudiera tomarla en ese momento; de otra manera se le mataba inmediatamente”. La práctica del infanticidio femenino era común entre los habitantes de Kutch. Kehtri, Nagar, Guyarat, Miazed y Kalowries³².

10.4. LA HISTORIA DE LA TIPIFICACIÓN Y PUNIBILIDAD DEL DELITO DE INFANTICIDIO

A partir de la revolución ideológica iniciada en materia criminológica por Beccaria³³, se inicia el movimiento que habría de llevar al tratamiento especial de este delito.

La primera manifestación en tal sentido la constituye la derogación en Alemania de las normas que consagraban, como una presunción de infanticidio, el hecho del ocultamiento del embarazo, regla que había obligado a las jóvenes en tal estado a hacer pública su deshonra; igual tendencia tuvo la sustitución de la pena de muerte infamante, a la infanticida, por la decapitación, según lo prescribió el párrafo 965 del Landrecht prusiano, proceso que culminó la derogación de la pena de muerte para el delito en los códigos de Austria (1803), Baviera (1813) y España (1822)³⁴.

³² ONFRAY, M, “Tratado de ateología”, Edit. De la Flor, 39va Edición, Buenos Aires – Argentina, 2006, Pág. 37.

³³ CÉSAR BONESANA. Márquez de BECCARIA reflexiona que el infanticidio no es sino el resultado inevitable de la cruel alternativa en que se encuentra la infeliz que tuvo que ceder por flaqueza o que sucumbió a la violencia: entre la infamia por un lado y la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de la vida por el otro, ¿cómo no habría de preferir este último partido, que en el camino de la vergüenza y la miseria juntamente con el desgraciado hijo?

³⁴ SOTO, Tomas, “Infanticidio”, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires – Argentina, 2008, Pág. 12.

La tendencia innovadora de los códigos dirigida al tratamiento benigno, procuro introducir en los textos legales las variantes típicas que justificaron dicho trato, aludiéndose en ellas al móvil de honor o a la ilegitimidad del niño o de su nacimiento.

En el Código español de 1822, la figura apareció comprendida en la de parricidio, pero recibiendo un tratamiento privilegiado, estructurándose típicamente en función del sujeto activo, siempre una mujer, fuere soltera o viuda (no corrompida y de buena fama anterior); de la ilegitimidad del hijo; del tiempo de realización de homicidio, precisamente el de veinticuatro horas a partir del nacimiento y del móvil único, consistente en “encubrir su fragilidad”. Dicho tratamiento como figura privilegiada, no autónoma sino subordinada, ha sido posteriormente seguido por otras legislaciones, destacando en la actualidad los sistemas siguientes³⁵:

- a) El que sitúa al infanticidio entre las normas que se refieren al homicidio, según sucede en la legislación Argentina, en la que se le ubica dentro del homicidio, en el artículo 81; en la legislación francesa en la que, si bien se le designa con su nombre, privilegiando su tratamiento en razón de su ejecución por la madre, no se hacen referencias en el texto legal a la motivación del hecho o a cualquier otra característica que se atribuya al niño y que lo convierta típicamente en sujeto cualificado, limitándose su definición a la muerte del recién nacido, lo que constituye una referencia al hecho incriminado genéricamente como homicidio.
- b) El que dándole fisonomía estructural, en la legislación chilena, artículo 394 “Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes

³⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Delitos contra la vida y la integridad”, Edit. Porrúa, 7a edición, México, 2000, Pág. 294-297.

legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, maten a hijo o descendiente”.

- c) Una distinta corriente doctrinaria y legislativa ha llevado a dar al infanticidio no solo tratamiento privilegiado en cuanto a su penalidad, sino tipificación especial convirtiéndole en delito autónomo, en el cual el fundamento de la atenuación descansa en el señalado móvil de honor. Es ejemplo sobre el particular el Código Penal Español de 1848 que marcó la ruta seguida después por los códigos de 1928 y 1932, cuya posición se reiteró en legislaciones posteriores, en las que se creó un tipo de características particulares, diferenciado de las clásicas figuras de homicidio y parricidio.

Aun antes del advenimiento del cristianismo, la relativa impunidad del delito es relegada para dar paso a lo que algunos autores denominan el rigorismo penal del infanticidio, tomada en cuenta la gravedad de las sanciones impuestas a los autores de tan atroz crimen. Gutiérrez Jiménez divide este periodo en tres etapas³⁶:

- a) Etapa militar en la que se pretendió justificar la severidad primitiva en razones de índole guerrera, pues la privación de la vida de un niño equivalía a un delito de lesa patria, al suprimir a un futuro soldado estimado indispensable para la defensa de la grandeza de la patria, pues los dirigentes militares contaban, para hacer realidad sus planes de conquista, en el constante aumento de la población.
- b) Etapa religiosa que comprende no solo la Edad Media sino la época anterior y posterior a ella, en la que se hizo notable la influencia de la iglesia, se trató de justificar la gravedad de la pena (muerte) en función

³⁶ GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. “Derecho Penal Especial”. Editorial Temis. Bogotá, 1995, Pág. 109

de razones de índole eminentemente religiosa, como lo era la circunstancia aducida de que la muerte del infante le privaba del bautismo, con lo que se le condenaba eternamente.

- c) Por último, la etapa jurídica del rigorismo punitivo: sucede lo que se ha llamado el período de la benignidad penal, manifestado en el fenómeno consistente en dar trato privilegiado.

En nuestro país, el Código Santa Cruz adscribiéndose a la etapa jurídica del rigorismo punitivo, determina en su artículo 489 un tratamiento diferenciado para la madre que matare a su hijo dentro de los tres primeros días de nacido.

11. MARCO TEÓRICO

El marco teórico expone en primera instancia los elementos teóricos relacionados con el principio de proporcionalidad de la pena, las circunstancias atenuantes en general, posteriormente se desarrolla una breve exposición del Infanticidio, su conceptualización, los tipos de infanticidio más comunes, el bien jurídico protegido en este delito y los sujetos activo y pasivo que intervienen en el mismo.

Los sistemas referentes a la atenuación de la pena en el delito de infanticidio, es el siguiente punto a tratar, exponiéndose los dos principales sistemas doctrinales vigentes en el mundo como son: El Sistema Latino y el Sistema Helvético, así como los fundamentos de la atenuación según cada sistema doctrinal.

Seguidamente se expone la clasificación médico legal del infanticidio, las consideraciones medico legales relacionadas al denominado “Estado Puerperal”, que es la principal condición para una aplicación diferenciada de la sanción del infanticidio, para finalmente realizar un estudio sobre los puntos de vista en relación al Estado Puerperal.

11.1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El concepto de proporcionalidad de la pena es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al ius puniendi.

En general, se define a la proporcionalidad como el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la

individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)³⁷.

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho.

También se le conoce como principio de prohibición de exceso o de la pena justa. Esta política penal de origen retribucionista, y muy ligada a la noción clásica de culpabilidad, demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado.

Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor.

Sobre sus efectos ha señalado Castillo Alva: “Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de

³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Acto, resultado y proporcionalidad”, En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXV, Fasc. II, Mayo-Agosto, Madrid – España, 1982, pp. 381-408

ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto”³⁸.

En consecuencia del Principio de Proporcionalidad se desprende, como contenido esencial, que toda imposición desmedida o innecesaria de sanciones ya sean penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias, representará siempre una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena.

Esto significa en la praxis legislativa o judicial que debe procurarse la materialidad de una pena justa.

11.1.1. ORIGEN Y DESARROLLO

La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe, en gran medida, al Tribunal Constitucional Alemán, su origen se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, “Las Leyes”, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio. Muestra de ello es la obra de César Beccaria, “De los Delitos y De las Penas”, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor³⁹.

El término necesaria se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de

³⁸ CASTILLO ALVA, José, “Principios de Derecho Penal, en “Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal”, Edit. Fondo Editorial, 1ra ed., Perú, 2010, Pág. 280

³⁹ GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 17

aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El termino infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

La primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del “*Deutscher Journalistentag*”, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionales a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

Como lo hace presente Sapag, este principio es el equivalente europeo continental al principio de razonabilidad⁴⁰. Pereira lo califica como “un principio de razonabilidad y sentido común”⁴¹. Uno de sus orígenes está en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual. La jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia (preussisches OVG) sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo, para lo cual acuñó el concepto de “prohibición de exceso”, “como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía”.

⁴⁰ SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, Revista Dikaion – Revista de fundamentación Jurídica, Universidad de La Sabana – Colombia, 2008, Pág.17

⁴¹ PEREIRA SAEZ, Carolina, “Una Contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español, Madrid – España, 2003, Pág. 4

Sin embargo, estas manifestaciones del principio de proporcionalidad se corresponden con una época en la que el constitucionalismo no respondía a los estándares actuales, ya que el legislador no estaba sometido a la Constitución, y por ende la proporcionalidad se aplicaba sólo al ejecutivo. Pero a su vez los actos de este último no fueron suficientemente justiciables, debido a que existían largos listados de materias exentas de control. Asimismo, no se otorgaba valor normativo directo a los derechos fundamentales, y el Estado de Derecho era concebido en un sentido más bien formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.

Pero desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló el concepto de la proporcionalidad con estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales y al Estado de Derecho. De acuerdo al Tribunal Constitucional Federal “se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos”⁴².

Ya en 1952, en la decisión de prohibir el partido SRP (extrema derecha), el Tribunal Constitucional Federal aplicó este principio, e hizo presente la obligación de la policía de ejecutar con medidas “adecuadas” la sentencia mediante la cual lo había declarado inconstitucional⁴³.

El Tribunal aplicaba así el principio de proporcionalidad a las actuaciones del Ejecutivo. Dos años después el Tribunal Constitucional Federal, al analizar la constitucionalidad de una ley electoral, extendió al legislador el principio de “proporcionalidad de la finalidad de la acción y la medida

⁴² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel, “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, N° 2, 2008, Pág. 283

⁴³ Tribunal Constitucional Federal sentencias vol. 2, p.1, 78/79 (sentencia del 23 de octubre 1952), Alemania.

usada”. Más tarde, en 1958, el Tribunal explica dogmáticamente el significado de este principio en la famosa sentencia sobre admisión limitada de farmacias, conocida como *Apothekenurteil* (de 11 de junio de 1958).

El segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

11.1.1. SIGNIFICADO

En esencia el Principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se “prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas –Übermassverbot– y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites”⁴⁴. Por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades, que si bien no está escrito, el Tribunal Constitucional Federal entiende que está implícito en los fundamentos del sistema Constitucional Alemán.

⁴⁴ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, “*Sistema Político y Constitucional de Alemania*”, Santiago de Compostela, Edit. Tórculo, Coruña – España, 2003, Pág. 42

Junto a ese significado esencial de la proporcionalidad, ésta ha sido entendida como un complemento a otros principios derivados del estado de derecho alemán, como el principio de determinación y precisión, la irretro-actividad de la ley penal, el principio *ne bis in ídem* y el deber de protección de los derechos que pesa sobre todos los poderes públicos. Y por último, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho también extensivo el principio de proporcionalidad a las relaciones entre el gobierno central y la administración local, como mecanismo de protección de las competencias de esta última.

11.1.2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. La exigencia de adecuación al fin: implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena optima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.
2. La exigencia de necesidad de pena: si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse 3 requisitos: (los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al juez solo en la medida en que tiene que individualizar).
 - a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este

- requisito debe ser tomado en cuenta en la aplicación de la pena, por ejemplo para penas de 10 a 15 años, la fijación de la pena en concreto debería ser 11 años.
- b. La exigencia de fragmentariedad: lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.
 - c. La exigencia de subsidiariedad: quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido.
3. La proporcionalidad en sentido estricto: se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena.

11.2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

En Derecho Penal, las atenuantes son las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que moderan la pena señalada para un delito.

Si bien desde el punto de vista histórico las circunstancias surgieron como un instrumento con que hacer frente a los excesos del arbitrio judicial, con el paso del tiempo, superada la gravedad de esta polémica, la presencia de circunstancias en las legislaciones penales se ha revelado como una exigencia derivada de los principios del derecho penal moderno, al que se vinculan la necesidad de concreción, particularización, personalización e individualización del supuesto de hecho y de la pena misma.

Las circunstancias que modifican la responsabilidad que se contrae al cometer un delito, contribuyen a medir de forma adecuada la pena que extinguirá esta responsabilidad. La existencia de una infracción penal depende de la presencia de todas las características que componen el tipo penal, pero el presupuesto generador de la pena no se agota en las características que fundamentan la responsabilidad criminal, puesto que en el hecho delictivo o a su alrededor, pueden aparecer otros factores que delimiten la gravedad de la pena, siendo los atenuantes uno de estos factores modificativos.

11.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Son muy escasas las referencias sobre la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el Derecho Penal histórico. Algunos antecedentes fueron expuestos por Jiménez de Asúa refiriéndose al Código de Hammurabi al señalar que éste distinguía: “los delitos voluntarios, de los causados por negligencia y los hechos debidos a caso fortuito. Reconoce la atenuante de arrebató y obcecación, incluso en caso de riña”⁴⁵.

El Derecho Romano conoció de las circunstancias modificativas pero vinculadas a los delitos en particular, admitiendo excepcionalmente y de manera muy concreta sólo las atenuantes, aunque en sentido general las desconocía, hasta que más tarde, durante el Imperio, afianzó la costumbre de atenuar o agravar las penas teniendo como fundamento las causas que afectaban al hecho y a las personas, no sólo aquellas que cometían delitos, sino incluso a las víctimas. Las principales circunstancias reconocidas giraban en torno al medio empleado en la

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1964. Pág. 275 y sgtes.

ejecución, al tiempo y lugar del mismo, y a la persona del ofendido. Tampoco se ignoraba el concepto de atenuante genérica, sobre todo el comportamiento anterior y posterior al delito e igualmente dentro de las agravantes cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica.

Fueron los canonistas en la Edad Media quienes al tratar de precisar la relación moral del sujeto con el hecho, significaron algunas circunstancias atenuantes como: la confesión del reo, el arrepentimiento, la restitución de la cosa robada, etc.

Unánimemente se admite el nacimiento de la doctrina general de las eximentes y de las circunstancias modificativas bajo el auspicio del Derecho Penal Canónico a través, fundamentalmente de la importancia concedida al elemento subjetivo de la infracción, una primera formulación de las teorías individualizadoras de la pena y, por tanto, de las circunstancias modificativas⁴⁶.

En España en el siglo XIII, una vez que se adopta el sistema de Derecho Romano, un delito grave como la alevosía, que era contemplado en los Fueros, Las Partidas y Recopilaciones⁴⁷, quedó reducido a circunstancia agravante y es con las Siete Partidas, que tras dar una definición del delito y de la pena, se enumeran un grupo de circunstancias, entre ellas las que ahora denominamos causas de justificación⁴⁸.

Es a partir de la Revolución Francesa que comienza a perfilarse un concepto de las circunstancias modificativas, las características, su naturaleza y fundamento, por lo que junto a la doctrina de las eximentes incompletas, nace la teoría de las circunstancias modificativas de la

⁴⁶ COBO DEL ROSAL, M, "Derecho Penal - Parte General", Quinta Edición, Valencia – España, 2002, Pág. 554.

⁴⁷ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, "La Alevosía en el Derecho Español" Editorial Comares, Granada – España, 1988, Pág. 45

⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit. Pág.275, 289 y 290

responsabilidad penal⁴⁹ y las razones de que en las leyes penales anteriores a 1789 no se encontraran instituciones relacionadas con un sistema armónico y coherente de circunstancias, se justifican en la existencia de un amplísimo arbitrio judicial en el que los jueces, como dicen Cobo del Rosal, en un “régimen de auténtica arbitrariedad”⁵⁰, no estaban ligados a la ley y podían a su discreción atenuar o agravar las penas, así como admitir las que libremente desearan.

Posteriormente con la promulgación del Código Penal Francés de 1810, se adopta el criterio de que los jueces discrecionalmente podían apreciar e imponer las penas entre un máximo y un mínimo según lo establecido por la ley para cada delito, facultades éstas que fueron acompañadas como advirtió Jiménez de Asúa, de un sistema de circunstancias que “no tuvieron más que una eficacia restrictiva”⁵¹.

11.2.2. CONCEPTO

El término circunstancia goza de un amplio uso en el lenguaje común, propiciado por la posesión de un contenido extraordinariamente vasto y de un significado muy vago, permitiéndole designar todo aquello que resulta ocasional y de alguna manera sirve también para individualizar situaciones en esencia semejantes.

El diccionario de la Real Academia Española define la voz de circunstancia "como accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho". Igualmente se refiere a su

⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “Presente y Futuro de las Circunstancias Modificativas”. Cuaderno del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal, Impreso S.A. de Fotocomposición, Madrid – España, Marzo 1995

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC Jose Luis, Ob. Cit.

forma legal "como agravantes o atenuantes". Por último indica "que se aplica a lo que de algún modo está sujeto a una situación ocasional"⁵².

Las circunstancias modificativas de la punibilidad son ciertos hechos o circunstancias que concurriendo en el sujeto, lo colocan en un estado peculiar y propio, produciendo que el efecto de la pena sea distinto (mayor o menor) que el que se desprende y nace de considerarlo en sí mismo o en relación a su materia, estos hechos pueden agravar o atenuar la pena⁵³.

Son circunstancias atenuantes como su nombre lo indican las que aminoran la responsabilidad penal del sujeto, mientras que las agravantes determinan un incremento en la medida de la sanción, consecuencias u otros factores referidos por la ley.

11.2.3. TIPOS BÁSICOS DE ATENUANTES

- ***La Atenuante por Analogía Enajenación Mental.*** La atenuante por analogía de enajenación mental se aplica a supuestos no cubiertos por la eximente de anomalía o alteración psíquica. Más concretamente la atenuante por analogía de enajenación mental se aplica a situaciones en los cuales al acusado le es diagnosticado un trastorno de personalidad, en la terminología tradicional se denominaba a esta afección psicopatía.
- ***La Atenuante por Analogía de Trastorno Mental Transitorio.*** Las atenuantes por analogía en relación al trastorno mental transitorio, se refieren a las situaciones que impulsan al acusado a actuar bajo un arrebató, una obcecación o una ofuscación notablemente superior a

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la lengua española", Ed. 22va, Madrid – España, 2001

⁵³ SILVELA, Luis, "Derecho Penal - Primera Parte", Madrid, 1879, Pág 185 y 186

la que cabría considerar normal en términos de experiencia en casos del género.

Esta moderada falta de control de los impulsos del acusado y que provocan una alteración cerebral, o una disminución leve de sus facultades, se ha apreciado en situaciones de tensión de ruptura de la pareja y desengaños amorosos, en situaciones de dependencia de alcohol en sujetos que eran retrasados mentales, en alteraciones neuróticas que provocan una rigidez cognitiva y en supuestos de adicción continuada a una determinada droga.

11.3. EL INFANTICIDIO

El delito de infanticidio para algunos autores ha sido permisible para otros aborrecible, así para el Dr. Pedro M. Carrillo Olmedo; lo define como: “la muerte provocada del recién nacido, causada por la madre o abuelos maternos siempre y cuando haya una honra que defender”⁵⁴, y solo deshaciendo todo rastro del recién nacido, la madre se verá liberada y supuestamente podrá salvaguardar su honra.

Guillermo Cabanellas de las Torres en su Diccionario jurídico define al infanticidio como “la muerte que la madre o alguno de sus próximos parientes dan al recién nacido, con objeto de ocultar la deshonor, por no ser la criatura fruto del legítimo matrimonio”⁵⁵.

De los conceptos expuestos se puede considerar los siguientes elementos fundamentales que componen el delito de infanticidio:

⁵⁴ CARRILLO OLMEDO, Pedro Manuel, “Medicina legal”, Corporación De Estudios Y Publicaciones, Ecuador, 2002, Pág. 286

⁵⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Edición 2003.

- 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.

11.3.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO

El infanticidio tomó su nombre en la nomenclatura jurídica a raíz del vocablo infante, de origen español, y que situaba a los menores de edad en la categoría de niño y dentro de ella al infante, que era el que comprendía desde su nacimiento hasta los 7 años de edad⁵⁶.

11.3.2. TIPOS DE INFANTICIDIO

Existen distintos tipos de infanticidio:

1. Infanticidio abierto o manifiesto, cuando la agresión, del tipo que sea, no es en modo alguno disimulado.
2. Infanticidio encubierto, cuando la agresión es ocultada o disimulada
3. Infanticidio preferencial, cuando actúa preferentemente sobre uno de los dos sexos, generalmente el femenino.

Una primera oposición destacable puede establecerse a partir de la valoración otorgada a los niños maltratados, descuidados, abandonados o asesinados en función de que sus cualidades físicas, mentales o morales, sean consideradas deseables o no, por parte del agente o los agentes del infanticidio. En el primer caso suele tratarse de prácticas clasificables como sacrificio infantil, que define una subcategoría del

⁵⁶ ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia", Tomo III, Editorial Temis, Madrid – España, 1854, Pág. 49

sacrificio humano. En segundo lugar se trata del infanticidio en sentido estricto.

La segunda oposición significativa tiene que ver con el ámbito en que se produce la acción, que puede ser privado, o público. El maltrato y el descuido suelen ejercerse en ámbitos privados o íntimos, mientras que los rituales de sacrificio se realizan en espacios públicos o semipúblicos. En lo que concierne al ámbito privado de la acción de maltrato infantil, es evidente que la práctica implica para el autor de los mismos un cierto sentimiento de culpa que no logra evitar la acción, pero que necesita ampararse en el ámbito de lo privado.

Otras distinciones importantes se refieren a la preferencia por uno u otro sexo en la práctica del infanticidio. En términos generales existe documentación referida a una mayor frecuencia en la eliminación de niñas. El infanticidio actúa muchas veces como una respuesta a las presiones de base eco-demográfica, así como a las situaciones de extrema pobreza.

11.3.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INFANTICIDIO

Si hablamos del bien jurídico protegido nos referimos al bien jurídico que un estado protege, en el caso del delito de infanticidio, tenemos que es una garantía que el estado reconoce, junto a la protección y cierto sin número de derechos otorgados al recién nacido y es así que el principio primordial y fundamental en la protección de los derechos es la vida y la protección del recién nacido, para Cobo del Rosal, el bien jurídico tutelado constituye “todo valor de la vida humana protegida por el

derecho”⁵⁷. Y en otra conceptualización para una concepción más figurada para el Dr. Msc. Ramiro López Garcés el bien jurídico tutelado es “*El que protege la legislación, particularmente la vida, la honra, la propiedad, la familia, la seguridad*”⁵⁸.

Todos estos derechos se consagran en Principales Derechos y Garantías como la propiedad, igualdad, y seguridad que son fundamentales para la unidad social, y sobre los cuales ésta se basa. Luego, el Derecho Penal debe protegerlos de los ataques humanos, éstos objetivos constitucionales porque son el pilar de la libertad y responsabilidad de los ciudadanos.

El bien jurídico tutelado entendido como los derechos más necesitados de protección por el valor que representa el objeto de tutela como son la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad, la salud entre otros. Principalmente el bien jurídico principal lo constituye la vida humana, además de que Rocco preciso que el “*bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor*”⁵⁹, así mismo Cobo del Rosal dice que el bien jurídico se lo puede definir como “todo valor de la vida humana protegido por el Derecho”⁶⁰.

Desde el momento del nacimiento el recién nacido adquiere vida propia e independiente entendida como aquella que no necesita de ningún mecanismo artificial para desarrollarse y desenvolverse en este mundo.

⁵⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel, “Derecho Penal”, Valencia – España, 2002

⁵⁸ LÓPEZ GARCÉS, Ramiro, “Diccionario Jurídico Elemental”, Universidad Central del Ecuador, Ed. Aplicaciones Graficas, Quito – Ecuador, 2008, Pág 148.

⁵⁹ GIUSSEPE Bettioli, El Problema Penal, traducción del italiano de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995, Pag. 84

⁶⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel, “Derecho Penal”, Valencia – España, 2002, Pag. 249

11.3.3.1. SUJETO ACTIVO

Dentro del delito de infanticidio la principal autora y responsable es la madre, aunque no se debe descartar la participación de parientes y allegados (como cómplices y encubridores); y es así como lo define el Dr. Eduardo Vargas Alvarado profesor de sexología forense *“es la madre de buena fama que puede ser soltera, viuda o casada, que haya concebido un hijo extramatrimonial y para ocultar su deshonra recurre a dar muerte al hijo. A favor exclusivo de la madre cabe el carácter de privilegio de esa figura”*⁶¹.

En la doctrina internacional así como los diversos sistemas penales, la construcción y tipificación del artículo de infanticidio del Código Penal, determina como sujeto activo del ilícito penal de infanticidio a la madre biológica del naciente o recién nacido.

El infanticidio viene a constituir un delito especial impropio, pues la condición del sujeto activo solo atenúa la penalidad. En tanto, si la madre no actúa bajo las circunstancias tipificadas en los códigos penales, será autora del delito de asesinato.

La atenuante no alcanza a otros parientes, de tal modo que si el padre o los abuelos del recién nacido cometen el delito y dan muerte a este, su conducta será adecuada para la figura penal del asesinato.

En Bolivia hasta antes de la modificación realizada por la Ley N° 548 “Código Niña, Niño y Adolescente”, la tipificación del Infanticidio coincidía con el Sistema Latino por el que el sujeto activo solo podía ser la madre biológica del recién nacido, el fundamento para la

⁶¹ VARGAS ALVARADO, Eduardo, “Medicina Legal”, Trillas Editorial, 1ra Edición, México, 2010, Pág. 158

atenuación de la pena era salvaguardar su honra, actualmente el sujeto activo es indeterminado, por lo que cualquier persona que mate a un niño le corresponde la sanción de treinta años de privación de libertad.

11.3.3.2. SUJETO PASIVO

El Dr. Ramiro Salinas Siccha señala que el sujeto pasivo tiene que ser “una persona con vida. El que procura la muerte de un cadáver creyéndole vivo, de ningún modo puede ser imputado el hecho ilícito de homicidio simple”⁶².

Cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las particularidades de cada delito, en este caso dentro del delito de infanticidio y de acuerdo con lo expuesto, solo serán sujetos pasivos de infanticidio el ser que se encuentra en inminente nacimiento, el que está naciendo y el que ya haya nacido, que se encuentra desarrollándose normalmente.

11.4. SISTEMAS REFERENTES A LA ATENUACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE INFANTICIDIO

En esta parte se hace referencia a los sistemas doctrinales que justifican la aplicación de una pena disminuida al delito de infanticidio, el “Sistema Latino” o de la motivación se basa en principios de honor y el “Sistema Helvético” o de los trastornos fisiopsicológicos o de anormalidades psíquicas, en las alteraciones que sufre la mujer parturienta.

⁶² SALINAS SICCHA, Ramiro. “Derecho penal”. Parte especial. 3ra. edición, Grijley, Lima, 2008, Pág. 83

11.4.1. SISTEMA LATINO O DE LA MOTIVACIÓN

Los que sustentan esta corriente aceptan el tratamiento atenuado del infanticidio, ya que se produce la muerte del infante o recién nacido para salvar el honor de la madre o de parientes próximos, cuando el hijo es el resultado de un acto sexual ilegítimo o violento. Se pretende salvar el honor de la madre, para ocultar su deshonor. En otras palabras, se mata a la criatura recién nacida para ocultar la deshonor de la madre, o su honor sexual.

En la actualidad a nivel internacional se está revisando este sistema, pues lo anterior no justifica la muerte del infante, y constituye un crimen horroroso, al igual que el aborto, sobre un ser indefenso y que no puede repeler la agresión de que es objeto.

Levene, en el capítulo del infanticidio, anota textualmente: “La ley, al tratar el infanticidio, sea en forma autónoma o mitigada, reconoce que el nacimiento de un nuevo ser, si éste es el resultado de acciones ilegítimas o irregulares de la madre, puede implicar su deshonor y exponerla a ella y a su amante a terribles venganzas. El temor a tales consecuencias puede perturbar la conciencia de la mujer o la de sus parientes más cercanos y llevarlos, con el propósito de hacer desaparecer la prueba de su culpa, a procurar el aborto, el abandono o la muerte del fruto inocente de sus amores, debiéndose tener presente que, en general, el honor referente al hombre es el patrimonial, y el de la mujer el sexual, o sea, el recato, la honestidad, el pudor femenino”⁶³.

Siguiendo esta corriente doctrinal, nuestro código penal hasta antes de la modificación realizada por la Ley N° 548 “Código Niña, Niño y

⁶³ LEVENE, Ricardo, “El Delito de Homicidio” 3ra edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires –Argentina, 1997, Pág. 348

Adolescente” determinaba un tratamiento diferenciado para la mujer que causaba la muerte de su hijo recién nacido, basado esencialmente en la protección del honor de la mujer.

Cabe aquí entender al honor, en términos de Bajo Fernandez como: “honestidad sexual de la madre”⁶⁴. 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, queda entendido, es de la cintura para abajo, identificable con la reputación sexual, entendida como ausencia de relaciones sexuales socialmente desvaloradas⁶⁵.

11.4.2. FUNDAMENTACIÓN DE LA ATENUACIÓN EN EL SISTEMA LATINO

La fundamentación de la atenuación en el Sistema Latino se basa principalmente en la doctrina y jurisprudencia española donde se hallan amplios criterios y razonamientos importantes en relación al asunto en cuestión.

Históricamente, es a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, que en el ámbito de la ciencia de los delitos y las penas, se hace patente un sentimiento, casi unánime de benignidad hacia la madre deshonrada,

⁶⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel, “Manual de Derecho Penal - Parte Especial”, 2da. Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Araces S.A. España 1991, pág. 94

⁶⁵ CARMONA SALGADO, Gonzales, y otros. Manual de Derecho Penal (Parte Especial), 2da. Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Araces S.A. España 1991, pág. 110.

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 trataba de “humanizar los arcaicos sistemas penales a los vigentes actualmente”⁶⁶.

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.

Son diversos autores utilitaristas los pioneros del trato preferente al infanticidio, entre los que podemos mencionar:

Beccaria, considera que el infanticidio debe ser 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 vida⁶⁷.

Jeremías Bentham, “entiende que 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

⁶⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, “Derecho Penal – Parte Especial”, 3ra. Edic. 1990, pág. 529

⁶⁷ MARTÍNEZ GONZALES, María Isabel, “Delito de Infanticidio” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Universidad de Sevilla, España, 1993, pág. 422

alarma o temor, porque las únicas personas susceptibles de inquietarse han consentido en su muerte o se la han causado”⁶⁸.

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 medidas⁶⁹.

Ya modernamente 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).

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 “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

⁶⁸ MARTÍNEZ GONZALES, María Isabel, Ob. Cit., pág. 422

⁶⁹ GRADOS POZO, María, “Delito de Infanticidio”, (tesis para obtener el grado de bachiller en Derecho). UNMS. Lima - Perú, 1975, pág. 30.

ilícito); diríamos que el ánimo de ocultar la deshonra constituye un elemento subjetivo de ésta última clase”⁷⁰.

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 sanción. En relación a considerarse la existencia de un estado de necesidad, Martínez⁷¹, 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 yacimiento.

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 disvalor 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

⁷⁰ BAJO FERNANDEZ, Miguel, Ob. cit. Pág. 92.

⁷¹ MARTÍNEZ GONZALES, María Isabel, “Delito de Infanticidio” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Universidad de Sevilla, España, 1993, Pág. 469.

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 desvalor de resultado ni un menor desvalor de acción, sólo cabe considerar el fundamento de la atenuación dentro del marco de la culpabilidad...”⁷².

Sosteniendo la postura de considerar que el ánimo de ocultar la deshonra va a fundamentar la culpabilidad podemos citar a Bacigalupo⁷³ quien 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 desvalor de resultado ni tampoco un menor desvalor de acción, por lo que se está frente a un factor de culpabilidad.

En conclusión el tratamiento del delito de infanticidio en el enfoque de la postura latina o de la motivación, cuyo principal elemento es el “ánimo de ocultar la deshonra de la madre”, actualmente se ha convertido en un tipo de regulación penal anacrónico desacorde a los tiempos modernos que vivimos, pues desde el punto de vista de los valores en juego (norma objetiva de valoración), no puede justificarse una disminución tan considerable de la vida para salvar la honra, si bien en un momento histórico, el derecho penal considero como aceptable concebir la causa honoris como parte del injusto se hizo cuando realmente el honor podía por las circunstancias históricas valorarse en grado superior que la vida del infante.

⁷² BACIGALUPO, Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”, 2da. Edición (primera reimpresión de 1989), Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1989, pág. 55.

⁷³ Ibidem.

El sistema penal Boliviano realiza una sustancial modificación a esta tipificación penal, eliminando por completo cualquier tipo de atenuante, apartándose totalmente del sistema latino o de la motivación.

11.4.3. SISTEMA HELVÉTICO O DE LA ALTERACIÓN FISIO-PSICOLÓGICA

Este sistema propugna se aplique una pena atenuada a los autores del infanticidio, refiriéndose a que la mujer con motivo del parto sufre una serie de alteraciones no únicamente de tipo biológico o fisiológico, sino también de tipo psíquico. Este sistema se apoya en principios médicos, biológicos y psicológicos.

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 103⁷⁴, 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.

También se le da importancia al período siguiente del parto, esto es, el puerperio y el estado puerperal. Estos estados producen alteraciones en la mujer y pueden ocasionar en ella el deseo o el impulso de matar al hijo, e incluso llegando a constituir estados de delirio, psicosis o impulsos irresistibles.

⁷⁴ En el texto del artículo proyectado, se prescribía lo siguiente: "Si una madre, durante el parto o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal matare dolosamente a su hijo, será castigada...". (SOLER S. *Derecho Penal Argentino III*, 1976, p. 77)

En todo caso, la mujer que sufre estos trastornos que afectan su mente, no puede calificarse de enajenada mental, y es totalmente imputable, sólo que frente al infanticidio merece una penalidad inferior.

Basile, sobre la terminología empleada, la explica de la siguiente manera: “Concepto de estado puerperal: Es el que se extiende desde que comienza el nacimiento hasta que termina el puerperio, apreciado en forma continua. Puerperio o período puerperal: Es 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 período puerperal puede extenderse entre 40 y 50 días posteriores al parto, concluyendo con la aparición del primer ciclo menstrual”⁷⁵.

Bonnet, sobre el puerperio, indica: “Obstétricamente considerado el puerperio representa el período de tiempo que transcurre entre el momento del parto y el de reinicio del ciclo menstrual. El término medio de la duración de este período es aproximadamente de cuarenta días, según lo manifiestan la casi totalidad de los obstetras”⁷⁶.

Más adelante, este mismo autor agrega: “Para nosotros, el estado puerperal representa un estado psicopatológico, y no un período obstétrico”⁷⁷. Sobre esta misma materia, añade: “El estado puerperal es un trastorno mental transitorio incompleto porque es de corta duración y porque no alcanza a constituir un estado de alienación mental, sino solamente un estado crepuscular”⁷⁸.

⁷⁵ BASILE, Alejandro, “Fundamentos de Medicina Legal”, Edit. El Ateneo, Buenos Aires – Argentina, 1994, Pág. 519

⁷⁶ BONNET, Emilio, “Medicina Legal”, Tomo II, 2da Edición, Ed. Lopez Libreros, Buenos Aires - Argentina, 1980, Pág. 1212

⁷⁷ BONNET, Tomo II, Pág. 1216

⁷⁸ BONNET, Tomo II, Pág. 1216

Dentro de este mismo orden de ideas, también existen criterios o sistemas mixtos para sancionar con pena disminuida a los que participan directamente en el infanticidio. Algunas legislaciones contemplan en una misma disposición los motivos de honor del sistema latino y las alteraciones fisio-psicológicas o anormalidades psíquicas transitorias del sistema helvético.

Por ejemplo la legislación Alemana en su código penal señala la razón de la alteración fisiopsicologica de la madre, no se descarta el motivo del honor, igual situación sucedía con la legislación Argentina, en su derogado artículo 81 del Código Penal, donde se señalaba el hecho de ocultar la deshonra... o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal, pero en este caso el móvil esencial es el honoris causa, para ocultar la deshonra.

11.5. ESTADO PUERPERAL

Desde el punto de vista médico, el puerperio es el período que se inicia inmediatamente después del parto y puede extenderse el tiempo necesario (usualmente 6-8 semanas) o 40 días para que el cuerpo materno (incluyendo las hormonas y el aparato reproductor femenino) vuelvan a las condiciones pre-gestacionales, aminorando las características adquiridas durante el embarazo. En el puerperio también se incluye el período de las primeras 24 horas después del parto, que recibe el nombre de posparto inmediato.

El profesor Luis Bramont Arias⁷⁹, entiende que el “Estado puerperal...”, no es un concepto pacífico en medicina, unos llaman estado puerperal al

⁷⁹ BRAMONT ARIAS, Luis, “Código Penal Anotado”; Primera Edición; Editorial San Marcos, Lima - Perú 1995, Pág. 63.

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 loquios⁸⁰, y otros la extienden hasta la aparición de la menstruación”.

Fontán Balestra⁸¹, 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 remiten su final a la aparición de la primera menstruación o a la total involución del útero.

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.

Si los fenómenos se suceden naturalmente y sin alteraciones, el puerperio será normal o fisiológico, en caso contrario será irregular o patológico. Se trata de un período muy importante, ya que es el tiempo de aparición de los factores que encabezan las causas de mortalidad materna, como las hemorragias posparto, entre otras.

⁸⁰ En obstetricia, se denomina Loquios al flujo sanguinolento que sale del aparato genital de la mujer en las dos primeras semanas después del parto y puede durar hasta un mes.

⁸¹ FONTAN B., Carlos, “Tratado de Derecho Penal T. IV. Parte Especial”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1969, Pág. 181.

11.5.1. CAMBIOS FÍSICOS RELACIONADOS AL ESTADO PUERPERAL

Después del parto la mujer se encuentra en un periodo de tiempo llamado puerperio. El puerperio abarca desde el parto hasta que los órganos reproductores de la mujer recuperan la normalidad y aparece la primera menstruación. Para conseguir esta normalidad, el cuerpo sufre una serie de cambios.

Al expulsar la placenta, que es la que fabrica las hormonas durante el embarazo, se produce una crisis hormonal inmediata, desaparecen la progesterona y los estrógenos y esto incide en el estado de ánimo de la mujer, porque las hormonas tiene mucho que ver con el humor⁸².

11.5.2. ALTERACIÓN PSICOLÓGICA Y EMOCIONAL

Algunas mujeres después de tener un hijo sienten un estado de tristeza y no saben con quien hablarlo, porque se dan cuenta que lo que su entorno espera de ellas es un estado de felicidad. Lloran sin ninguna causa aparente, se sienten ansiosas.

Durante el puerperio la mujer sufre cambios físicos y psíquicos, ya que su cuerpo se ve distinto, el sueño se altera porque tiene que cuidar y alimentar a su hijo, está más cansada y no puede retomar inmediatamente el estilo de vida que llevaba antes del nacimiento del bebé. Esta situación le impide tener un buen vínculo con su hijo, lo que le produce angustia.

⁸² SEBASTIANI, Mario, "Lo que nadie te contó del embarazo y el posparto", Edit. Paidós, Buenos Aires Argentina, 2011, Pág. 56

El puerperio es un período durante el cual hay una adaptación entre el hijo y la madre. Algunas mujeres esta situación la viven sin ninguna dificultad, pero hay algunas mujeres a las que le resulta más difícil pasar por esta etapa, pudiendo aparecer una depresión, en forma leve o más grave. En el primer caso se la llama “tristeza puerperal” o “baby blues”, y aparece en los primeros días después del parto, dura unos días y no necesita tratamiento a diferencia de la depresión que aparece a las dos o tres semanas posparto, que produce síntomas más intensos y requiere tratamiento médico.

11.5.2.1. TRISTEZA PUERPERAL O "BABY BLUES"

La mayoría de las mujeres, entre el 80% al 85%, tiene una depresión leve que aparece después del parto, y suele durar unos 10 días⁸³. Sería producida por los cambios hormonales que sufre la puérpera, ya que después del parto hay un aumento de estrógenos y de progesterona que influyen en el estado emocional de la mujer (este efecto se observa en los días previos a la menstruación).

Pero el aspecto biológico expresa una parte del problema, ya que la madre se ve sometida a una situación de estrés psicológico ante el cambio de vida que produce el cuidado de su hijo ya que su sueño se altera, el amamantamiento le produce un desgaste fisiológico a su organismo y estos cambios puede crearle ansiedad.

Los Síntomas son:

- Tristeza y ansiedad
- Sensación de vacío

⁸³ MARTÍNEZ, Elvira, “La Depresión Postparto: un estudio exploratorio con una muestra de mujeres valencianas”, Asociación Española de Psicología Clínica y Psicopatología (AEPCP), Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, Volumen 6, Num. 1, 2001, Pág. 38

- Dificultades para dormir o sueño excesivo
- Llanto o sollozo
- Irritabilidad
- Sentimiento de culpa por no estar feliz como espera su entorno familiar
- Necesidad de ayuda, que generalmente no es capaz de pedir.
- Pensamientos pesimistas
- Alteraciones del apetito, ya sea con un exceso de ingesta de los alimentos o pérdida de las ganas de comer
- Fatiga y falta de energía, si bien la madre estará más cansada por la falta de un sueño reparador todas las noches.
- Dificultad para concentrarse.
- Síntomas como dolores de cabeza, trastornos digestivos o dolores crónicos.

La mayoría de las mujeres tienen algún episodio de llanto sin causa aparente, generalmente los primeros 10 o 15 días después del parto⁸⁴. Si bien la tristeza puerperal no necesita tratamiento, se aconseja que la nueva mamá comparta con su pareja lo que siente, pensando que la convivencia con su bebé implica un aprendizaje mutuo.

Es bueno que la madre trate de dormir en los ratos que lo hace el bebé, tratando de no preocuparse de las tareas de la casa o de los compromisos sociales. La ayuda de las abuelas o de algún familiar cercano es muy importante porque se crea alrededor de la nueva mamá, una red de apoyo que la ayudará a superar esta etapa. El hablar con otras madres para intercambiar experiencias, puede ser

⁸⁴ MARTÍNEZ, Elvira, Ob. Cit., Pág. 39

muy beneficioso. Lo más importante es lograr que la mujer no se sienta sola, sino que encuentre apoyo en su entorno⁸⁵.

11.5.2.2. DEPRESIÓN POSPARTO

Se presenta en el 10% al 15% de las mujeres que han tenido un hijo. Los síntomas se manifiestan más tarde que en la “tristeza puerperal”⁸⁶.

Entre las dos a seis semanas posparto, la mujer comienza con síntomas depresivos como en cualquier depresión. Aunque el 80% de los casos se presentan en la sexta semana después del parto, hay que tener en cuenta que hasta un año posterior al mismo puede aparecer la depresión puerperal⁸⁷.

Los síntomas son los mismos que en la “tristeza puerperal”, pero más intensos. Pueden agregarse sentimientos maternos de daño sobre el bebé o sobre ella misma, pero como la mujer se da cuenta que esto no es lo adecuado tiende a aislarse, encerrándose en sí misma porque teme la incomprensión de su entorno.

La madre se siente incapaz de establecer un buen vínculo con su hijo, sin poder darse cuenta de las necesidades emocionales del bebé. Un signo de alarma que da indicios de que la mujer está deprimida, es la falta de interés por ocuparse de la atención de su hijo delegando esa función en otra persona.

⁸⁵ http://salud-mujer.idoneos.com/index.php/Puerperio/Depresión_Puerperal

⁸⁶ MARTÍNEZ, Elvira, “La Depresión Postparto: un estudio exploratorio con una muestra de mujeres valencianas”, Asociación Española de Psicología Clínica y Psicopatología (AEPCP), Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, Volumen 6, Num. 1, 2001, Pág. 40

⁸⁷ Ibidem.

Es conveniente cuando una puérpera consulta por una depresión, que se le haga un control clínico para descartar otras causas de depresión, como por ejemplo el hipotiroidismo. Causas que predisponen a la depresión: 1) primíparas 2) antecedentes de trastornos de ansiedad (pánico) 3) antecedentes familiares y / o personales de trastornos depresivos 4) mujeres mayores de 25 años. Tratamiento: se debe consultar con un especialista para que determine qué tipo de tratamiento necesita la mujer. Puede ser tratamiento psicológico, con medicación (antidepresivos, ansiolíticos) o ambos⁸⁸.

11.6. PUNTOS DE VISTA EN RELACIÓN AL ESTADO PUERPERAL

La doctrina jurídica en cuanto al “estado puerperal” y su relación con el infanticidio no es uniforme, pues hay quienes optan por asimilar la interpretación relevante al tipo en su acepción naturalística (señalando que el 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, y unos últimos, como un elemento circunstancial.

- Los que consideran al estado puerperal como presunción de presencia de patología psicológica señalan que ese particular estado pone a la mujer en condiciones psicológicas propicias para que obren la causa de honor y otras como la miseria, las dificultades de la vida o las torturas morales, disminuyendo la capacidad de entendimiento y de auto-inhibición de la madre en labores de parto. Los que defienden ésta

⁸⁸ http://salud-mujer.idoneos.com/index.php/Puerperio/Depresión_Puerperal

posición, señalan que la psicosis puerperal de acuerdo a su nivel de alteración puede ser causa de inimputabilidad o por lo menos de semimputabilidad en la mujer. Dichas perturbaciones psíquicas se deben presumir, no necesitan probarse, ya que dicha prueba es difícil de aportar por su particular característica.

- Los que consideran al estado puerperal como criterio meramente temporal, señalan que existen dos criterios para interpretarlo: uno psicológico y otro fisiológico (temporal-cronológico), el legislador no considera el criterio psicológico sino el de orden fisiológico, pues bastaría la comprobación, por un lado, de la existencia del estado puerperal en la madre, y por otro, que su acción homicida se llevó a cabo durante ese periodo. Los estados fisiológicos propios de la mujer consecuencia del puerperio determinan ciertos desequilibrios que sin llegar a constituir un estado de inimputabilidad son tomados en cuenta por la ley en el sentido de aumento de la sensibilidad. Como vemos, se verifica una contradicción en esta posición, pues si se entiende que el estado puerperal debe ser entendido en un sentido “estrictamente fisiológico”, al momento de advertir que la ley lo entiende como una circunstancia de “aumento de sensibilidad”, estaría poniendo de relieve la incidencia psicológica de dicho estado en la mujer, (pese a considerar que no se trata de un estado de inimputabilidad) lo que desmerecería la consideración del estado puerperal como un criterio estrictamente cronológico-fisiológico.
- Los que consideran al estado puerperal como elemento circunstancial, señalan que si bien la ley no exige que el puerperio haya producido trastornos psíquicos en la mujer para aplicar la atenuante, no cabe duda que tal posibilidad fue tomada en consideración por el legislador, aunque sin otra pretensión que fijar el estado dentro del cual se debe producir la

acción letal. No 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).

Roy Freyre⁸⁹ enseña que estado puerperal es el tiempo que transcurre sin que la madre se haya recuperado todavía de las alteraciones psíquico-físicas propias del embarazo y del alumbramiento. La palabra “estado” permite dar una idea clara que se trata de un proceso donde se presentan sucesivos modos de ser, de una situación personal sujeta a cambio.

Núñez⁹⁰, define al estado puerperal como el estado psicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto y que, a excepción, por lo general de la actividad de las glándulas mamarias, tiende a desaparecer en sus causas en un lapso relativamente corto.

Para Soler⁹¹, el estado puerperal es considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan en el tiempo después del parto.

Al estado puerperal lo podemos definir como el conjunto de perturbaciones psicológicas y físicas sufridas por la mujer en la fase del parto y posterior a éste, que no tiene límite preciso respecto a su tiempo de duración. Se entiende como aquel que transcurre desde el nacimiento del niño hasta que los órganos genitales y el estado psicológico de la recién madre vuelvan a su normalidad anterior a la gestación.

⁸⁹ ROY FREIRE, Luis, SALINAS SICCHA, Ramiro, “Derecho Penal - Tipos de Animus en los delitos”, Edit. Grijley, Lima – Peru, 1996, Pág. 108.

⁹⁰ NÚÑEZ, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Parte especial T. III, Buenos Aires - Argentina, 1961, Pág. 133-134.

⁹¹ SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires – Argentina, 1976, pág. 93

11.6.1. COMO PRESUNCIÓN DE PRESENCIA DE PATOLOGÍA PSICOLÓGICA

Ricardo Nuñez, señala al respecto que: “La admisión del criterio *fisiopsicológico* ha sido negada por parte de la doctrina, atribuyéndosele a la nueva fórmula 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 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”⁹². Por lo que entiende que la fórmula tiene un significado temporal subsidiario, en cuanto el infanticidio se debe consumir en el tiempo durante el cual la madre esté sometida a los efectos que sobre ella produce su estado puerperal

Bramont Arias, 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 acuerdo a su nivel de alteración puede ser causa de inimputabilidad o por lo menos de semi-imputabilidad en la mujer⁹³.

⁹² NUÑEZ, Ricardo, Ob. cit. Págs. 121, 131 y 132.

⁹³ BRAMONT ARIAS, Luis, Ob. cit. Pág. 65.

El profesor José Hurtado Pozo, entiende que para efectos penales se comprende el “estado puerperal”: “como el conjunto de manifestaciones fisiológicas subsecuentes al alumbramiento”⁹⁴, 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”⁹⁵.

Indicando además en otro apartado 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 característica⁹⁶.

El profesor Villavicencio, considera que el “estado puerperal” debe entenderse como un elemento causativo que determina la posterior conducta de la madre, ya que el citado profesor entiende que “El delito de infanticidio es un supuesto de responsabilidad atenuada, por el estado puerperal en el que la madre se encontraba”⁹⁷. Con dicha apreciación no se está entendiendo el “estado puerperal” dentro de un criterio estrictamente cronológico.

⁹⁴ HURTADO P., José, “Manual de Derecho Penal - Parte General”, Segunda Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1993, Pág. 76.

⁹⁵ HURTADO P., Jose, Ob. Cit., pág. 76-77.

⁹⁶ HURTADO P., Jose, Ob. Cit. Pág. 77.

⁹⁷ VILLAVICENCIO T., Felipe, “Delitos de Homicidio - Código Penal de 1991”, GIOS EDITORES, Lima – Perú, 1991, Pág. 39.

11.6.2. COMO CRITERIO MERAMENTE TEMPORAL

Fontán Balestra, 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. El profesor que nos merece atención 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, teórico”⁹⁸.

Fontán Balestra, 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 Carrara que todo un conjunto de temores obra violentamente sobre el ánimo de la mujer fecundada por acto 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

⁹⁸ FONTAN B. Ob. cit. pp. 182-185.

prescindencia de los efectos psicológicos que pueda haber ocasionado. Por lo que, en definitiva, de hecho, se traduce en un elemento temporal"⁹⁹.

Sebastián Soler, 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*"¹⁰⁰.

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

⁹⁹ FONTAN B. Ob. cit. pp. 182-185.

¹⁰⁰ SOLER S. Ob. cit. pp. 76-78.

duración, ya que es fatal la insuficiencia de la frase “durante el nacimiento”, y se hace necesario designar *de algún modo* los momentos posteriores, 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 concreta. La expresión “estado puerperal” tiene, pues para Soler un significado estrictamente temporal.

11.6.3. COMO ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL

Carlos Creus, 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 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. Se ha dicho, en tal sentido, que se trata de un elemento *subsidiariamente temporal*”¹⁰¹.

¹⁰¹ CREUS, Carlos, “Derecho Penal - Parte Especial”, 3ra. Edic. 1ra. reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 1991, Pág. 25.

12. MARCO JURÍDICO

12.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Artículo 15. I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual¹⁰².

En el artículo se aprecia que la Constitución Política del Estado Plurinacional, consagra el derecho a la vida de toda persona, ello alcanza también a los recién nacidos, pues desde el momento de la concepción son considerados personas que gozan de derechos.

Artículo 58. Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones¹⁰³.

Cabe destacar que los niños, niñas y adolescentes, cuentan con un marco de protección de derechos fundamentales más amplio, situación que impulsa las modificaciones realizadas por la Ley N° 548 – Código Niña, Niño y Adolescente, pero que hace a un lado el tratamiento atenuado de la pena específicamente en casos donde el sujeto activo sea la madre del recién nacido.

¹⁰² ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Constitución Política del Estado Plurinacional”, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2009

¹⁰³ Idem.

Artículo 61. I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad¹⁰⁴.

En razón al presente artículo, se entendería que el infanticidio es una forma de violencia extrema contra los niños y niñas, por lo mismo es prohibida y sancionada, sin embargo en ciertos casos cuando una madre causare la muerte de su hija o hijo recién nacido intervienen factores que deben ser tomados en cuenta como circunstancias atenuantes para una aplicación más justa de la pena respecto a la responsabilidad penal del sujeto activo.

12.2. CÓDIGO PENAL

Artículo 258. (INFANTICIDIO). Se sancionará con pena de presidio de treinta (30) años, sin derecho a indulto, a quién mate a una niña o un niño desde su nacimiento hasta sus doce (12) años, cuando:

- 1. El hecho se haya producido en situación de vulnerabilidad de la niña o niño por el sólo hecho de serlo;*
- 2. La niña o niño que haya sido víctima de violencia física, psicológica o sexual, con anterioridad a la muerte, por parte del mismo agresor;*
- 3. La niña o niño haya sido víctima de un delito contra la libertad individual o la libertad sexual, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor;*
- 4. La muerte sea conexas al delito de trata o tráfico de personas;*
- 5. La muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales por parte del mismo agresor;*
- 6. La niña o niño haya sido víctima de violencia familiar o doméstica, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor;*
- 7. Existan antecedentes de abandono a la niña o niño, por parte del mismo agresor;*

¹⁰⁴ Idem.

8. *La niña o niño haya sido víctima de amenazas al interior de la familia, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor; y*
9. *La niña o niño haya sido víctima de hostigamiento u odio dentro de la familia, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor*¹⁰⁵.

En el Libro Segundo, Título ocho, Capítulo Uno, artículo 258 del Código Penal Boliviano queda regulado el delito de infanticidio. Con la reciente modificación del Código Niña, Niño y Adolescente el sujeto activo es indeterminado, pudiendo ser el agresor cualquiera persona.

Si bien se reconoce la importancia de brindar mayor protección a los sectores indefensos de la sociedad como es la niñez, no se puede dejar de lado la necesidad de una correcta y precisa aplicación de las sanciones, en este sentido la sanción de treinta años de presidio resultaría ser desproporcional en los casos específicos que el sujeto activo sea la madre progenitora durante la etapa del Puerperio Inmediato.

12.3. CÓDIGO CIVIL

Artículo 1. (COMIENZO DE LA PERSONALIDAD).

I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad.

II. Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.

*III. El nacimiento con vida se presume, salva la prueba contraria. siendo indiferente que se produzca naturalmente o por procedimientos quirúrgicos. (Arts. 185 al 191 Código de Familia)*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, "Código Penal", Ley 1768, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 1997

¹⁰⁶ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, "Código Civil", Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 1975

El código civil boliviano toma la Teoría de la Vitalidad (Para ser persona basta nacer con vida expresada “media vocem”, llanto), por lo cual el código civil considera *juris tantum* que se nace con vida, y quien alegue lo contrario deberá probarlo.

De tal manera, según lo establecido en el Código Civil, el recién nacido adquiere la personalidad desde el momento de su nacimiento y es apto para gozar de derechos y garantías, como es el derecho a la vida.

12.4. CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE

ARTICULO 4 (ÁMBITO DE APLICACIÓN).- I. Las disposiciones del presente Código son de orden público y de aplicación preferente a favor de todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional¹⁰⁷.

El artículo en cuestión determina el alcance del Código, que se aplica a todos los niños, niñas y adolescentes, siendo también los neonatos comprendidos en el alcance de aplicación del presente código.

12.5. SENTENCIA CONSTITUCIONAL Nº 0206/2014

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud a la autoridad que le confieren la Constitución Política del Estado Plurinacional y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve:

1º Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD [...]de la frase “...para encubrir su fragilidad o deshonra...” del art. 258 del CP [...] manteniendo incólume en lo demás el citado artículo.

¹⁰⁷ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Código Niña, Niño y Adolescente”, Ley Nº 548, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2014.

La sentencia Constitucional resuelta el 5 de febrero de 2014, a respecto del infanticidio determina la inconstitucionalidad de los términos “fragilidad o deshonra” considerando que los principios y valores establecidos en la Constitución que llevan al Vivir Bien (Suma Qamaña), el Estado asume y promueve los valores igualdad, dignidad, reciprocidad, respeto, complementariedad, en este nuevo marco constitucional, no es permisible en uso del lenguaje colonial de “inferiorización” de las mujeres, catalogadas en términos anacrónicos como “fragilidad” y “deshonra” vinculadas al género femenino.

12.6. DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado nos permite visualizar las principales tendencias actuales que prevalecen en la protección jurídico-penal del recién nacido y de alguna manera tomar ciertos elementos que pudieran ser de gran valor para el perfeccionamiento de nuestra legislación. A continuación se realiza un breve recorrido por las legislaciones penales de diferentes países de Europa y Latinoamérica.

12.6.1. ALEMANIA

En la legislación penal alemana la figura del infanticidio estaba contemplado en el artículo 217 del código penal, sin embargo tras la reforma del Código Penal de 31 de enero de 1998, este artículo fue derogado, por lo que los posibles casos de infanticidio son absorbidos por la figura del Homicidio:

Artículo 212. Homicidio (1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no

inferior a cinco años. (2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida¹⁰⁸.

En tal sentido la madre que matare a su hijo es considerada homicidio y le corresponde una pena privativa de libertad de más de 5 años.

12.6.2. ARGENTINA

En la Argentina este delito fue contemplado en la ley 11.179 (Código Penal de la Nación Argentina) que fue derogado por la ley 17.567; regresó con la ley 20.509 y fue nuevamente derogado con la ley 21.338. En 1984 reapareció a partir de las reformas del texto ordenado del Código Penal (decreto 3992/84) y finalmente, la ley 24.410 del 30 de noviembre de 1994 derogó el tipo penal de infanticidio, que disponía en el inciso 2º del Art. 81:

“Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1º de este artículo”.

Por ende, la normativa aplicable desde la derogación hasta la actualidad es la siguiente:

Artículo 80.- Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

¹⁰⁸ ALEMANIA, “Strafgesetzbuch - Código Penal Alemán”, versión traducida por Claudia Lopez Diaz, modificada según 34ª Ley modificatoria del derecho penal, Munich - Alemania, 2002.

1º.- A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 14/12/2012)¹⁰⁹.

Quando en el caso del inciso 1) del presente artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”. A no ser que mediaren circunstancias de inculpabilidad como las previstas por aplicación del Art. 34, Inc. 1, o estimare el juzgador que median “circunstancias extraordinarias de atenuación” (Art. 80, in fine, C.P.). y al considerar la aplicación de la pena (Art. 41 C.P.) procurar adecuarla a la concreta culpabilidad por el hecho cometido, dentro del marco punitivo previsto por el legislador; esto es de aplicar una pena justa, lo cual únicamente puede lograrse si se valora debidamente tanto la gravedad del hecho como la situación personal de cada imputado.

En Argentina, la muerte del hijo a manos de la madre constituye un homicidio agravado por el vínculo, al cual le corresponde una pena privativa de la libertad perpetua, a menos que se considere que están presentes las circunstancias extraordinarias de atenuación, determinando que la escala penal aplicable es de 8 a 25 años de prisión.

¹⁰⁹ ARGENTINA, “Codigo Penal de la Nacion Argentina”, LEY 11.179, Texto Ordenado con la Ley 27.206 del Honorable Congreso de la Nación Argentina de 28 de Octubre de 2015, Publicada en el Boletín Oficial del 10-nov-2015, Número: 33253, Argentina, 2015

12.6.3. BRASIL

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"¹¹⁰.

El vecino país del Brasil tipifica el delito de infanticidio bajo el sistema Helvético o de afectación fisiopsicológica, también se aprecia una sanción atenuada para la progenitora que es afectada por el estado puerperal, la misma recibe un trato privilegiado en relación al homicidio simple o calificado, pues se le aplicará una pena inferior (El homicidio simple se castiga con una pena de reclusión de seis a veinte años, y homicidio calificado con una pena de doce a treinta años de reclusión).

12.6.4. CHILE

El Código Penal de Chile regula la figura penal del infanticidio, en el Libro Segundo, Título VIII, artículo 394 (*cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio. 5 a 12 años y 6 meses*)¹¹¹.

Se trata en el fondo de una figura penal, similar al delito de homicidio, y el que tiene como sujeto pasivo al recién nacido, y siempre que la acción de matar se ejecute dentro de las 48 horas después del parto y sólo por las personas señaladas taxativamente en la ley penal. Si el delito es cometido por los padres después de transcurridas las 48 horas, el delito

¹¹⁰ BRASIL, Código Penal, Decreto Ley 2.848 de 7-12-1940, modificado por Ley N° 9.777 de 26 de Diciembre de 1998.

¹¹¹ CHILE, Código Penal, Ley N° 20830, Última Modificación al Código Penal de 21 de Abril de 2015.

de infanticidio se transforma en uno de parricidio (según la tipificación penal chilena). Si terceras personas o extraños dan muerte al recién nacido, antes, durante o después del término de 48 horas después del parto, cometerán, según los casos, un homicidio simple o calificado.

De acuerdo a la definición, los elementos del infanticidio son la acción de matar al hijo o descendiente, la existencia de un vínculo de parentesco indicado en la ley, entre los autores del hecho y la víctima, y que la muerte sea perpetrada dentro del plazo de 48 horas contadas después del parto.

Es importante apuntar que la sanción resulta ser atenuada, ya que la sanción corresponde a la media que originalmente debería corresponder al delito de parricidio según la legislación penal Chilena.

12.6.5. COLOMBIA

Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004]. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses¹¹².

¹¹² COLOMBIA, "Código Penal", LEY 599 DE 2000, Senado de la República de Colombia, Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000, Última Actualización: 21 de Abril de 2016

12.6.6. COSTA RICA

El Código Penal de este país no contempla la figura del infanticidio, en su lugar subsume esta acción en el Libro Segundo, Delitos contra la vida, en su Sección del Homicidio en el artículo:

Artículo 113. 3.- considerándolo como un Homicidio especialmente atenuado, cuando sostiene: *Se impondrá la pena de uno a seis años 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*¹¹³.

Cabe destacar los siguientes elementos, los cuales se corresponden en gran medida con los analizados con anterioridad:

- Lo consideran un homicidio especialmente atenuado sin contar con una denominación específica. No cuenta a su vez con un precepto independiente sino que forma parte de esta categoría.
- Marco sancionador prudente y acorde con las legislaciones anteriormente analizadas.
- Sujeto activo: la madre.
- Se añade un nuevo elemento circunstancial que consiste en la buena fama.

Se reconoce también como término posterior al nacimiento para tipificar el delito los tres días. Transcurrido este término estaríamos en presencia de un asesinato del artículo 112.1 del Código Penal (*Se impondrá prisión*

¹¹³ COSTA RICA, "Código Penal", Ley Nº 4573, Asamblea Legislativa, Nº Gaceta: 257 del: 15/11/1970, versión de la norma 46 del 30/09/2014

de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: a su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho).

12.6.7. EL SALVADOR

El sistema penal salvadoreño no contempla la figura del Infanticidio en el Código Penal. La posible adecuación sería entonces la figura del homicidio agravado previsto en el artículo 129 num.1 que indica:

Artículo 129.- Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: 1) En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente.

En estos casos la pena será de treinta (30) a cincuenta (50) años de prisión¹¹⁴.

De esta normativa legal destaca, la sanción establecida que en nuestra legislación nacional supera la pena máxima de 30 años de privación de libertad.

12.6.8. ESPAÑA

Artículo 138. 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos

¹¹⁴ EL SALVADOR, "Código Orgánico Integral Penal", Decreto N° 1030, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, actualizado por Decreto Legislativo No. 953 de fecha 18 de marzo de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 56, Tomo 406 de fecha 23 de marzo de 2015.

serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:
a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

Artículo 140. 1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad¹¹⁵.

El Código Penal Español en armonía con las propuestas reformadoras de la moderna doctrina española ha abrogado el tipo penal del infanticidio, no considerándolo como tal.

Por lo que la conducta prevista se subsume en el tipo básico de homicidio simple 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:

Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

¹¹⁵ ESPAÑA, "Código Penal y Legislación Complementaria", Boletín Oficial Del Estado, Madrid – España, Edición actualizada a 11 de abril de 2016

Artículo 21. Son circunstancias atenuantes: 3ª. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Además se debe considerar la “circunstancia mixta de parentesco” previsto en el artículo 23 de mismo Código Penal español:

Artículo 23. Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente¹¹⁶.

12.6.9. FRANCIA

El Código Penal Francés de 1992, ha abrogado la figura del infanticidio, por lo que se absorbe por la figura del homicidio según lo establece el siguiente artículo:

Artículo 221-4.- El homicidio será castigado con reclusión criminal perpetua cuando se cometa: 1º Contra un menor de quince años¹¹⁷.

El presente artículo contempla como conducta homicida agravada, por lo cual se aplica una pena de perpetuidad.

¹¹⁶ ESPAÑA, “Código Penal y Legislación Complementaria”, Boletín Oficial Del Estado, Madrid – España, Edición actualizada a 11 de abril de 2016

¹¹⁷ FRANCIA, “Código Penal”, versión consolidada en 01 de enero de 2014

12.6.10. GUATEMALA

El Código Penal Guatemalteco incluye la figura del infanticidio en la categoría del homicidio simple. Así pues, queda recogido en el Libro Segundo, Capítulo I, artículo 129 cuando expresa: la madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días, será sancionada con prisión de dos a ocho años¹¹⁸.

Como rasgo peculiar podemos apuntar que el móvil circunstancial en este caso es más amplio pues permite una interpretación mayor ya que cuando se enuncia: motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, tal tipificación conduce a contemplar la figura del estado puerperal.

12.6.11. HONDURAS

El Código Penal Hondureño contempla la figura del infanticidio en el artículo 123, que a la letra indica:

ARTICULO 123. La madre que para ocultar su deshonra da muerte al hijo que no haya cumplido tres (3) días de nacido, será sancionada con seis (6) a nueve (9) años de reclusión¹¹⁹.

Si bien el código penal de Honduras se rige por el sistema latino de protección del honor de la mujer, se debe tomar en cuenta que en dicho

¹¹⁸ GUATEMALA, "Código Penal de Guatemala", DECRETO No. 17-73, Congreso de la República de Guatemala, incluye reforma al Código por Decreto N° 4-2010.

¹¹⁹ HONDURAS, "Código Penal de Honduras", Decreto Numero 144-83, Congreso Nacional, Publicado en la Gaceta número 24,264 del lunes 12 de marzo de 1984, Reformado por Decreto 70-2015 del 28 de julio de 2015

país se aplica una sanción diferenciada para la mujer que da muerte a su hijo recién nacido.

12.6.12. ITALIA

Artículo 578. La madre que provoca la muerte de su recién nacido inmediatamente después del nacimiento, o el feto durante el parto, cuando el hecho es determinado por las condiciones de abandono materiales y morales relacionadas con el parto, es castigado con prisión de cuatro a doce años¹²⁰.

En aquellos que compiten en el hecho mencionado en el primer párrafo se aplicará prisión de no menos de años veintiuno. Sin embargo, si actuaban exclusivamente con el fin de favorecer a la madre , la sanción puede ser reducida por un tercio a dos tercios .

El artículo 578 del Código Penal italiano también contempla el infanticidio, aplicándose una pena de cuatro a seis años de reclusión, cuando el homicidio se produzca por parte de la madre, durante o luego del parto, cuando exista abandono moral o material de la agresora

La legislación italiana en base a la consideración que la “causa de honor” es para la conciencia social actual incongruente y hasta aberrante, ha desaparecido dicha causal, que en términos de Antolisei: “constituía una rama seca del ordenamiento destinada inevitablemente a caer”¹²¹, lo que sucedió 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

¹²⁰ ITALIA, “Codice Penale”, actualizado 3 de marzo de 2016, por ley “omicidio stradale”, 2016.

¹²¹ ANTOLISEI, Francesco, “Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale I”, editorial: Giuffrè Editore, Italia, 2008, Pág. 52

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 concurren 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 frase “condiciones de abandono material y moral conexas al parto”, implica que la mujer se vea desamparada por la falta de ayuda y solidaridad ambiental, no sólo en el orden familiar.

12.6.13. 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 deshonra, será penada con prisión de uno a cinco años”¹²².

12.6.14. VENEZUELA

El delito de Infanticidio está contemplado en el artículo 413 del Código Penal: “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

¹²² PORTUGAL, “Código penal de Portugal”, Ley 59 de 2007, enmienda vigésima tercera del Código Penal, 2007

adoptiva, la pena señalada en dicho artículo se rebajará de un cuarto a la mitad”¹²³.

12.7. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Producto del análisis de las diferentes legislaciones penales de los países vecinos, de manera general, se puede concluir que si bien existen diferencias en cuanto a las características particulares del tratamiento del infanticidio, si existe uniformidad en cuanto a un tratamiento diferenciado o atenuado para el sujeto activo del delito que es la madre progenitora

Pese a las diferencias entre las tipificaciones penales de los diferentes países estudiados, es posible establecer parámetros esenciales que determinan la configuración del delito:

- 1) El sujeto activo en la tipificación penal del infanticidio es la madre o progenitora.
- 2) El sujeto pasivo es el recién nacido.
- 3) La tipificación del delito establece como requisito que el hecho se haya cometido dentro de un tiempo determinado posterior al nacimiento, preponderantemente 48 - 72 horas.
- 4) Se configura como el elemento cualificativo del delito el móvil de la honra o las alteraciones fisiopsicologicas (estado puerperal).
- 5) El marco sancionador en relación a una atenuación del delito de asesinato oscila entre dos y nueve años de privación de libertad, en el caso de los países que no contemplan la tipificación del infanticidio se sanciona como asesinato directamente.

¹²³ VENEZUELA, “Código Penal”, Gaceta Oficial N° 5.768 del 13-Abr-2005, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, 2005.

En base a estos elementos se puede concluir que el delito de infanticidio tal como se establece en la normativa Boliviana tras la modificación del Código Niño, Niñas y Adolescente, se aparta totalmente de los dos sistemas doctrinales referentes a la atenuación de la pena en el delito de infanticidio reconocidos a nivel internacional, ya que los sistemas penales de la región latinoamericana reconocen la necesidad de circunstancias atenuantes cuando el sujeto activo es la progenitora ya sea por el móvil de la honra, honor o bien por el estado emocional alterado (estado puerperal), en tal sentido se tipifica el infanticidio cometido por la progenitora con una sanción que oscila entre los 2 a 12 años.

El caso del vecino país Argentino presenta un aspecto importante a rescatar para la presente Tesis de Grado, ya que la tipificación del infanticidio fue excluido de su Código Penal en 1994, a la fecha se han presentado 20 proyectos en las cámaras del Congreso Argentino para reincorporar la figura a la legislación Argentina debido a una serie de casos que pusieron en evidencia una sanción desproporcional para las madres que ante la situación estresante del parto, sumado a su nivel de educación y situación económica producían situaciones de semi-imputabilidad.

Similar caso se puede anticipar en nuestra legislación con la modificación introducida por la Ley N° 548, ya que eventualmente se pueden dar casos en los que el sujeto activo en el delito de infanticidio sea la madre progenitora, con lo cual se aplicara una pena desproporcional de 30 años de presidio que no contempla ningún tipo de atenuante.

CAPÍTULO III

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

13. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

13.1. POBLACIÓN

La población estadística o universo la constituyen todos los valores de las variables que desee medir el investigador en todas las unidades de análisis¹²⁴.

Para la realización del trabajo de campo se determina como población de estudio a mujeres en edades comprendidas entre 20 - 40 años de la ciudad de La Paz, además de profesionales médicos, psicólogos y abogados, para la realización de entrevistas.

13.2. MUESTRA

“El muestreo consiste en seleccionar una serie de sujetos para obtener información de ellos. La muestra es el subconjunto de la población que se selecciona para el estudio, esperando que lo que se averigüe en la muestra nos dé una idea sobre la población en su conjunto. Se seleccionan muestras porque normalmente no es posible o económico estudiar todos y cada uno de los sujetos de una población”¹²⁵.

Para la realización del trabajo de campo se determina como muestra efectiva un total de 400 personas, las que serán seleccionadas de forma

¹²⁴ HUESO, Andrés, “Metodología y Técnicas Cuantitativas de investigación”, Universidad Politecnica de Valencia, 1ra Edición, 2012, Pág. 9.

¹²⁵ HUESO, Andrés, Ob. Cit., Pág. 10.

aleatoria simple. “El muestreo aleatorio simple consiste en escoger los sujetos de la población al azar, uno por uno”¹²⁶.

13.3. RESULTADOS DE LA ENCUESTA

TABLA N° 1
TABULACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA

N°	PREGUNTAS	VARIABLES	RESPUESTAS	%
1	¿Conoce o tiene referencias sobre la reciente modificación del delito de Infanticidio?	SI	327	82%
		NO	73	18%
2	¿Considera adecuado que una persona que da muerte a un niño o niña sea sancionada con una pena de 30 años?	SI	337	84%
		NO	63	16%
3	¿Diría Ud. que durante el parto la mujer atraviesa por cambios hormonales, fuertes alteraciones psicológicas y físicas (estado puerperal)?	SI	372	93%
		NO	28	7%
4	En su opinión, la pena de 30 años de presidio, para una madre que da muerte a su hijo recién nacido durante el parto, que además se ve afectada por el Estado Puerperal, es:	Acertada	49	12%
		Desproporcional	351	88%
5	¿Cree usted que es necesaria la modificación del artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal insertando Circunstancias Atenuantes para la madre progenitora y así evitar sanciones desproporcionales?	SI	376	94%
		NO	24	6%

FUENTE: Elaboración Propia

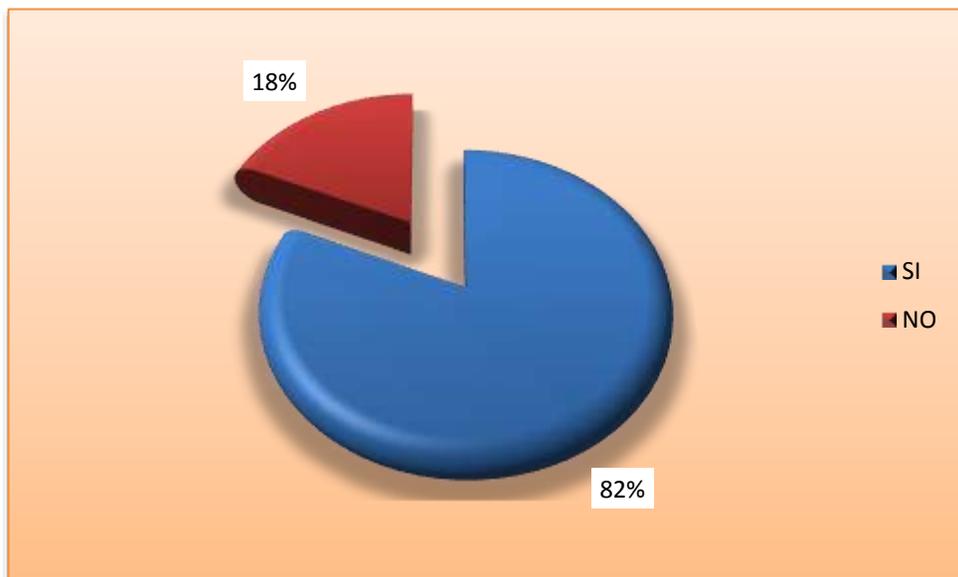
¹²⁶ HUESO, Andrés, Ob. Cit., Pág. 11.

13.4. ANÁLISIS DEL RESULTADO DE LAS ENCUESTAS

ILUSTRACIÓN N° 1

PREGUNTA N° 1: ¿Conoce o tiene referencias sobre la reciente modificación del delito de Infanticidio?

SI	327	82%
NO	73	18%



FUENTE: Elaboración Propia

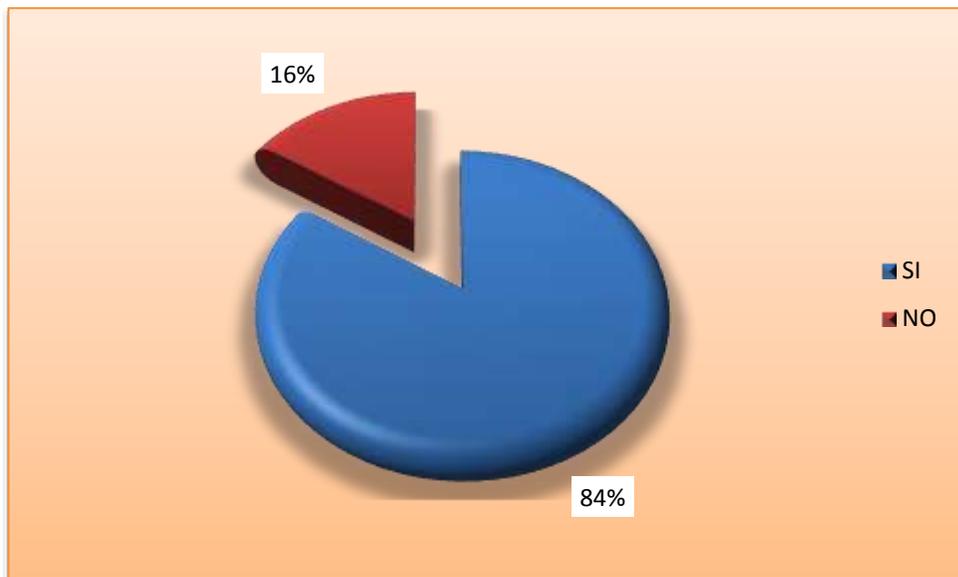
Los resultados obtenidos en la primera pregunta, da como resultado el 18% (73 encuestados) que responde no tener conocimiento sobre la modificación, en tanto que el 82% (327 encuestados) indica que conocen o tienen alguna referencia de la modificación hecha por la Ley N° 548.

Los resultados establecen que las personas encuestadas cuentan con conocimiento sobre el delito de infanticidio, hecho que permite considerar que los resultados a obtener en la encuesta serán validos, puesto que los encuestados responden las preguntas con conocimiento de causa.

ILUSTRACIÓN N° 2

PREGUNTA N° 2: ¿Considera adecuado que una persona que da muerte a un niño o niña sea sancionada con una pena de 30 años?

SI	337	84%
NO	63	16%



FUENTE: Elaboración Propia

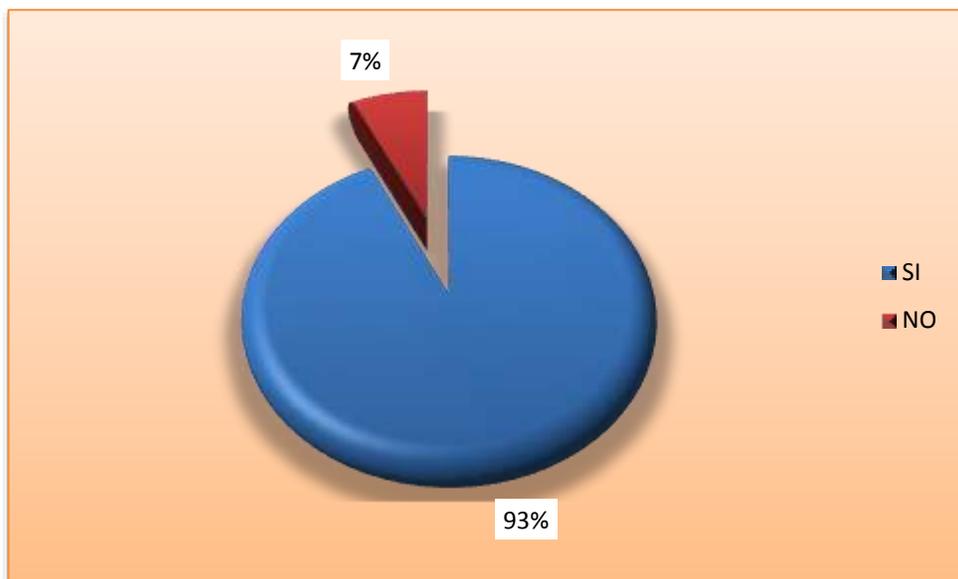
El 84% (337 encuestados) responden de forma positiva, es decir que están de acuerdo, en tanto que el 16% (63 encuestados) indica que no es adecuado.

Del gráfico obtenido se puede concluir que las personas encuestadas opinan que la protección de los niños y niñas es de preocupación general, por lo que las medidas que establezcan sanciones drásticas para los agresores de niños y niñas son aceptadas por el público en general.

ILUSTRACIÓN N° 3

PREGUNTA N° 3: ¿Diría Ud. que durante el parto la mujer atraviesa por cambios hormonales, fuertes alteraciones psicológicas y físicas (estado puerperal)?

SI	372	93%
NO	28	7%



FUENTE: Elaboración Propia

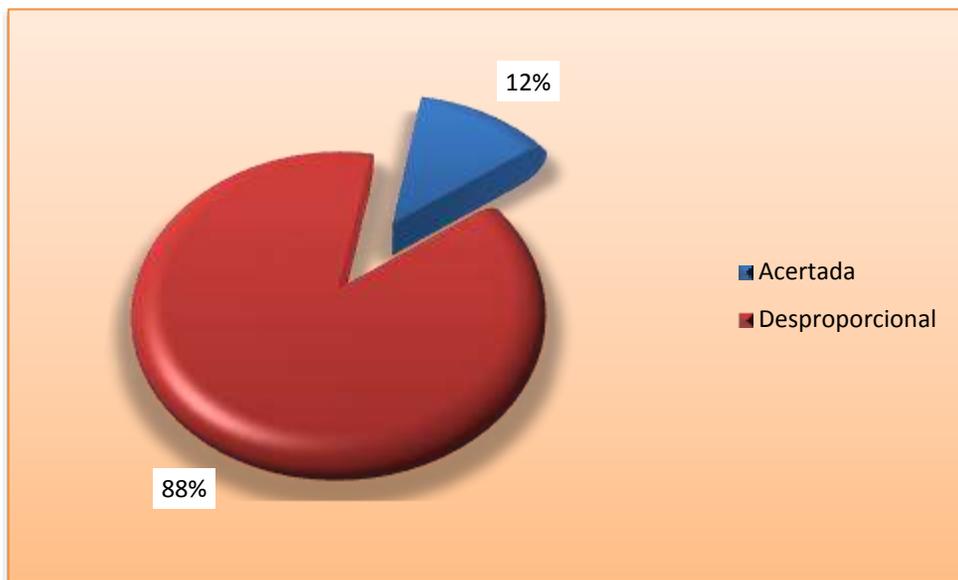
El 93% (372 encuestados) responde de forma afirmativa, en tanto que el 7% (28 encuestados) indica que no.

Los resultados obtenidos, demuestran que los encuestados en su mayoría reconocen que la mujer durante las labores de parto se ve afectada por fuertes alteraciones físico-psicológicas, lo cual permite deducir que el denominado “Estado Puerperal” es una condición real y que debe ser tomada muy en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal de la mujer cuando atraviesa por esta fase de graves alteraciones psicológicas.

ILUSTRACIÓN N° 4

PREGUNTA N° 4: En su opinión, la pena de 30 años de presidio, para una madre que da muerte a su hijo recién nacido durante el parto, que además se ve afectada por el Estado Puerperal, es:

Acertada	49	12%
Desproporcional	351	88%



FUENTE: Elaboración Propia

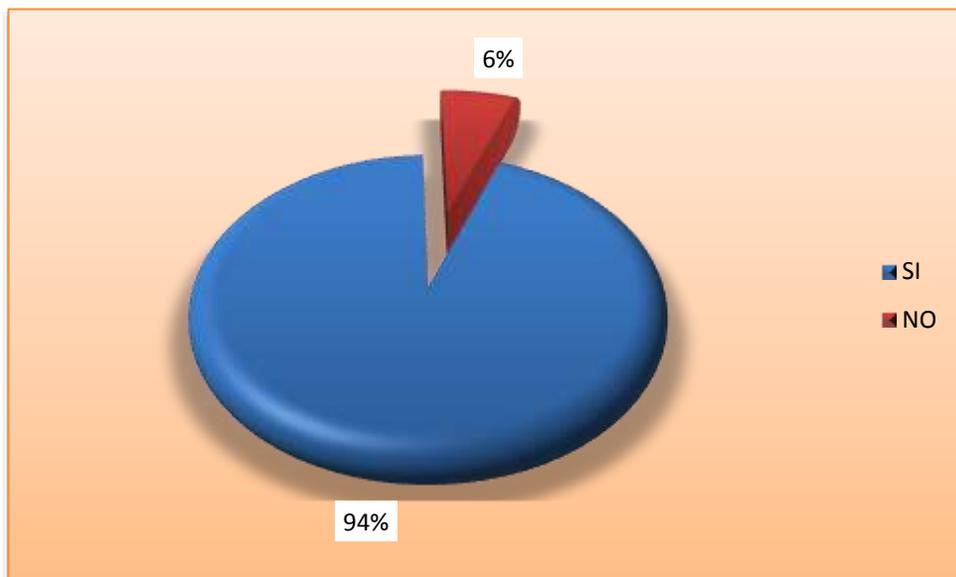
El 88% (351 encuestados) responde afirmando que es desproporcional, el 12% (49 encuestados), señala que es Acertada.

Los resultados obtenidos apoyan la propuesta contenida en la presente Tesis de Grado, ya que el porcentaje mayoritario (88%) indica que la sanción del infanticidio para el caso específico de la madre durante la etapa de parto es desproporcional, en base al gráfico obtenido se puede concluir que es necesario que el delito de infanticidio para los casos en que la autora es la madre, se debe contemplar las circunstancias en las que se encuentra durante y después del parto (estado puerperal), razón que justifica la aplicación de una sanción atenuada.

ILUSTRACIÓN N° 5

PREGUNTA N° 5: ¿Cree usted que es necesaria la modificación del artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal insertando Circunstancias Atenuantes para la madre progenitora y así evitar sanciones desproporcionales?

SI	376	94%
NO	24	6%



FUENTE: Elaboración Propia

El 94% (376 encuestados) indica que SI es necesario, en tanto que el 6% (24 encuestados) indica que NO es necesario modificar el artículo 258.

Los resultados obtenidos demuestran que la opinión general de los encuestados apunta a determinar como una necesidad la modificación del artículo 258 del Código Penal por ser en esencia desproporcional ya que sanciona a la madre progenitora sin considerar las circunstancias especiales que la afectan durante las labores de parto.

Los resultados obtenidos en la presente pregunta, brindan el respaldo práctico de la propuesta de la Tesis de Grado, que consiste principalmente en observar

la desproporcionalidad de la pena e insertar circunstancias atenuantes en la tipificación del delito de Infanticidio para los casos específicos que el sujeto activo sea la madre progenitora.

13.5. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

La técnica de la entrevista es aplicada a personas entendidas en la materia, cuya experiencia o relación directa con el tema principal de la Tesis de Grado permitirán profundizar el conocimiento sobre la problemática identificada y determinar posibles soluciones, se efectúa la entrevista a:

- Dra. Remedios Zumarán, Directora del Hospital Materno Infantil
- Lic. Ana Carola Zarate Psicóloga Forense IDIF – Instituto de Investigaciones Forenses
- Lic. Mario Adan Flores Davila, Abogado de Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales
- Lic. Dolly Solari Pinto, Abogado de Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales

Los profesionales, cuentan con el conocimiento y la experiencia en el tema del infanticidio, cuyas opiniones emitidas durante la entrevista se sintetizan a continuación:

¿CUÁL ES SU OPINIÓN SOBRE LA PENA PREVISTA PARA EL DELITO DE INFANTICIDIO SEÑALADO EN EL ART. 258 DEL CÓDIGO PENAL?

- ***Dra. Remedios Zumarán:*** Muchas mujeres al momento de dar a luz se encuentran en un estado físico y psicológico alterado, conocido como

“puerperal”, momento en el que requiere mayores cuidados y control médico, sin embargo no todas las madres cuentan con la supervisión o asistencia en el momento del parto, por lo que pueden verse afectadas por el estado puerperal.

- **Lic. Ana Carola Zarate:** En principio señalar que en determinados casos es una medida adecuada que sanciona a toda persona que afecte a los niños y niñas, sin embargo para el caso específico de la Madre durante el parto, personalmente opino que representa una sanción exagerada puesto que no contempla la situación de alteración psicológica por la que atraviesa la madre en los momentos inmediatos a dar a luz, en tal situación los legisladores deben adecuar las normas para que consideren el estado de alteración psicológica denominado “Estado Puerperal”, caso contrario se estarían aplicando sanciones excesivas.
- **Lic. Mario Adan Flores Davila:** El Código Penal Boliviano data de 1997, a la fecha se han realizado modificaciones e incorporado nuevos tipos penales, así también el Código Niña, Niño y Adolescente, modifica el delito de infanticidio, determinando la pena máxima vigente en nuestro país para cualquier persona que de muerte a una niña o niño, con lo cual se elimina la posibilidad de una aplicación graduada de la pena en los casos que una madre se encuentre afectada por el estado puerperal.
- **Lic. Dolly Solari Pinto:** Al presente el delito de infanticidio ya no contempla ningún tipo de circunstancia atenuante, por lo que cualquier persona que vulnere el derecho a la vida de un niño o niña enfrenta una sanción de 30 años de presidio, tal tipificación no contempla el panorama completo de la problemática, ya que brinda las condiciones adecuadas para proteger a la niñez pero no garantiza en ningún modo la aplicación graduada de la pena, con lo cual resulta en una tipificación con una

sanción desproporcional que sanciona excesivamente a la madre progenitora que llega a matar a su hijo recién nacido, la cual al momento de tal hecho puede verse afectada por circunstancias atenuantes.

¿Considera usted correcto que la tipificación del delito de infanticidio sancione con una pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto a la madre que mate a su hija o hijo recién nacido cuando está afectada por el estado puerperal?

- **Dra. Remedios Zumarán:** NO, puesto que la mujer durante un periodo variable inmediato al parto se encuentra en estado de gravidez, producto de las alteraciones físicas, hormonales y psicológicas que producen una descompensación en la mujer, produciendo estados alterados que en algunos casos pasan sin mayor problema, pero en algunos casos produce episodios críticos que deben ser controlados con medicamentos y una supervisión constante, tal control o cuidados no se hallan cuando una mujer da a luz en la soledad de su domicilio.
- **Lic. Ana Carola Zarate:** NO, porque no considero correcto sancionar con tal sanción a una mujer que durante tal hecho puede estar alterada emocionalmente y psicológicamente por lo que puede cometer el delito sin haberlo decidido de forma lucida, ya que el estado puerperal puede conducir a la madre a alucinaciones, alteraciones de percepción de la realidad, depresión crónica, por lo que en lugar de sanciones drásticas amerita un tratamiento y estudio psicológico adecuado.
- **Lic. Mario Adan Flores Davila:** NO, El sistema penal tiene como parte de sus principios rectores el de mínima intervención penal, por lo que las sanciones deben ser equiparables al daño producido, cuando no existe

dolo en los actos, se deben contemplar elementos atenuantes que disminuyan la pena y permitan una mejor aplicación del sistema penal.

- **Lic. Dolly Solari Pinto:** NO, el Derecho Penal está basado en una serie de principios que limitan la intervención del poder punitivo del Estado, con la finalidad de lograr una adecuada aplicación del derecho penal, por ello una sanción de 30 años de presidio que no contempla ninguna circunstancia atenuante en casos específicos, contradice el principio de proporcionalidad de la pena.

¿Cree usted que se debe modificar el artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal insertando circunstancias atenuantes?

- **Dra. Remedios Zumarán:** SI, la realidad nacional, demuestra que en las zonas periurbanas, alejadas del centro urbano y principalmente en el área rural, la situación económica y principalmente la falta de información facilitan las circunstancias específicas en las que una mujer puede ser afectada por los estados alterados propios del puerperio por lo que las leyes deberían contemplar esta situación y aplicar sanciones más indulgentes, puesto que se debe considerar la situación de gravidez de la mujer en situación de parto.
- **Lic. Ana Carola Zarate:** SI, en todo caso la modificación debe ser para que la norma considere el Estado Puerperal y en virtud a este se apliquen sanciones adecuadas al nivel de responsabilidad.
- **Lic. Mario Adan Flores Davila:** SI, la tipificación penal del infanticidio tras la modificación del Código Niña, Niño y Adolescente, determina la pena máxima existente en nuestro país, como una medida de protección efectiva para los niños, niñas y adolescentes, sin embargo tal

modificación no contempla todos los factores atenuantes que conducen a la ejecución del delito de infanticidio.

- **Lic. Dolly Solari Pinto:** SI, El artículo 258 del Código Penal, amerita una revisión en su texto, ya que el análisis del mismo permite identificar vacíos legales, por lo que cuando se susciten casos en los que la madre de muerte a su hijo recién nacido, la sanción aplicada resultará ser excesiva o desproporcional, puesto que al momento de imponer dicha pena, no se estarían contemplando circunstancias atenuantes como es la afectación de la mujer por el Estado Puerperal, con lo cual la aplicación del derecho penal contradecirá totalmente el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

14. PROPUESTA

14.1. FUNDAMENTO TEÓRICO - JURÍDICO

La modificación de la tipificación del delito de infanticidio realizada por la Ley N° 548 implica una sanción de treinta años de presidio sin derecho a indulto para cualquier persona que mate a una niña o niño, dando como resultado una norma que sanciona en forma desproporcional sin contemplar criterios atenuantes para los casos específicos en que una madre mate a su hija o hijo recién nacido.

La modificación realizada, se aparta completamente de la doctrina internacional (Sistema Latino de la motivación y Sistema Helvético de la alteración fisio-psicológica) que contempla la atenuación de la pena en el delito de infanticidio, por lo que en nuestro país se hace a un lado las situaciones de gravidez producto del estado puerperal que afecta en mayor o menor medida a las mujeres durante e inmediatamente después del parto.

El estado puerperal resulta como efecto natural del parto, la alteración psicológica de la madre ocasiona una disminución en su capacidad de entendimiento y sus frenos inhibitorios, ello como consecuencia del sufrimiento físico vivido durante el parto y la debilidad al haber perdido abundante líquido sanguíneo y cuando no, el latente sentimiento de no querer al recién nacido ya sea por circunstancias éticas o económicas¹²⁷.

Al tratarse de un cuadro “psicológico”, incide en el juicio de culpabilidad, que sin significar una completa alteración de la conciencia, determina un

¹²⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Curso de Derecho penal peruano. Parte especial II. Palestra, Lima, 2000, pp. 81 y 82

reproche disminuido de imputación individual. Como dice Soler¹²⁸, la expresión estado puerperal no es empleada por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales.

Al consistir el estado puerperal en aspectos orgánicos, no puede establecerse en términos generales. La doctrina es unánime respecto a que el tiempo que dura es incierto y varía de una mujer a otra, su fijación se determinará en cada caso concreto que la realidad presente, situación que será determinada con el apoyo de expertos en la ciencia médica y psicológica, y sobre la base de las circunstancias en que ocurrieron y rodearon a los hechos¹²⁹. Los criterios propuestos para delimitar al estado puerperal (algunas pocas horas, días, cuatro semanas, cuarenta días) son extremadamente relativas pues el proceso de recuperación no es igual en todas las madres¹³⁰.

El estado puerperal representa un “estado” psico-físico y no un “período obstétrico”. El estado puerperal es un trastorno mental transitorio incompleto porque es de corta duración y porque no alcanza a constituir un estado de alienación mental. El estado puerperal no puede prolongarse demasiado, pues no se puede extender el privilegio de la atenuación de la pena más allá de sus propios fundamentos. Serán finalmente los médicos (peritos), quienes en el marco del proceso penal, deberán dar su opinión al respecto. No olvidemos que la ley penal hace mención a la “influencia”, la cual no importa per se el padecimiento mismo del estado fisiológico¹³¹.

De verificarse la inexistencia del estado puerperal al momento matar al recién nacido, la conducta de la madre o progenitora debe constituir

¹²⁸ SOLER, Sebastián. Ob cit, p. 93

¹²⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho penal. Parte especial. Ob cit, p. 81.

¹³⁰ VILLA STEIN, Javier. Derecho penal. Parte especial. I-A, San Marcos, Lima, 1998, p. 18

¹³¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Derecho penal. Parte especial. T. I. Idemsa, Lima, 2008, p. 128.

asesinato por tanto, la pena a imponerse debe ser el presidio de treinta años.

14.2. LOS SUJETOS EN EL TIPO PENAL DE INFANTICIDIO

El tipo penal de infanticidio que imperaba en nuestro código penal hasta antes de la modificación de la Ley N° 548, disponía como sujeto activo exclusivo de este delito a la progenitora del recién nacido, imponiendo con ello determinada calidad al autor y excluyendo por ende a quien no reúna dicho requisito. La razón de que el sujeto activo fuera un ascendiente consanguíneo radicaba en el honor de la mujer que daba a luz, el cual trataba de salvaguardarse.

Actualmente se elimina la característica de delito propio, modificándose al sujeto activo por un tipo de sujeto común e indeterminado, en los cuales el sujeto activo puede ser indistintamente cualquier persona.

De acuerdo con la noción legal actual, el sujeto pasivo puede ser cualquier niño o niña.

14.2.1. SUJETO ACTIVO

La naturaleza atenuada del tipo penal de infanticidio que se propone en la presente Tesis se funda en la relación de parentesco que se advierte de la autora con la víctima; no importando el estado civil que tenga la madre al momento de comisión del ilícito penal, por lo que puede ser casada, soltera, viuda o divorciada o concubinada.

Además que debe concurrir en el sujeto activo un determinado estado de alteración psicológica y emocional denominado “Estado Puerperal”, característico en las mujeres durante las labores de parto.

14.2.2. SUJETO PASIVO

El fundamento jurídico de la propuesta contenida en la presente Tesis de Grado orienta a considerar como condición necesaria que el sujeto pasivo de infanticidio sea el individuo que se encuentra en inminente nacimiento, el que está naciendo y el ya nacido que se encuentra desarrollándose normalmente durante el período en que la madre se encuentra bajo los efectos del estado puerperal.

Si la madre matara bajo la influencia del estado puerperal a otro hijo, distinto del recién nacido, estaríamos ante las circunstancias similares del asesinato de niño o niña que actualmente es tipificado como infanticidio.

14.2.3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Necesariamente se requiere la presencia del dolo al momento de realizarse el hecho punible, es decir, conciencia y voluntad homicida. Sin la constatación efectiva de aquel elemento subjetivo, no habrá infanticidio sino homicidio por negligencia o también podrá declararse la inimputabilidad de la madre, en caso de constatarse una grave alteración de la conciencia que afecte gravemente el concepto de la realidad; ello en aplicación del artículo 13 (NO HAY PENA SIN CULPA) del Código Penal. Esto último ocurriría por ejemplo cuando la madre actúe bajo los efectos de una fiebre puerperal.

El estado puerperal es una condición psíquico-física, que altera la conciencia de la madre, pero no en un grado pleno, pues no constituye una causal de inimputabilidad.

14.3. FUNDAMENTO DEL PERIODO A CONSIDERAR PARA EL ESTADO PUERPERAL

El Estado Puerperal comienza después de la expulsión de la placenta y se extiende hasta la recuperación anatómica y fisiológica de la mujer. Es una etapa de transición de duración variable, aproximadamente 6 a 8 semanas (40 días), en el que se inician y desarrollan los complejos procesos de la lactancia y de adaptación entre la madre, su hijo/a y su entorno.

Clínicamente, el puerperio puede dividirse en tres períodos sucesivos:

- Puerperio Inmediato: las primeras 24 horas postparto.
- Puerperio Temprano: incluye la primera semana postparto.
- Puerperio Tardío: abarca el tiempo necesario para la involución completa de los órganos genitales y el retorno de la mujer a su condición pregestacional.

CUIDADOS DE LA MADRE EN EL PUERPERIO INMEDIATO

La asistencia del puerperio debe ser integral, dirigida a la madre y su hijo/a, realizada en un ambiente adecuado, con recursos suficientes y por un equipo de salud motivado que satisfaga las múltiples necesidades de este período.

Finalizado el parto, la madre debe permanecer en observación rigurosa por 2 a 4 horas en una sala habilitada para ello en lo posible contigua a la sala de parto. Debe vigilarse estrechamente el pulso, presión arterial y temperatura. Debe evaluarse la retracción uterina, la pérdida de sangre

genital, realizar un balance hídrico, aliviar el dolor y entregar el apoyo psicológico necesario¹³².

Durante este periodo el médico, y enfermeras deben vigilar la evolución fisiológica de éste período, detectar oportunamente cualquier patología, brindar apoyo psicológico que ayude a la mejor relación entre la madre y su hijo/a y para motivar y reforzar las técnicas de lactancia.

Complicaciones: La principal complicación es la Hemorragia

Se deben observar los siguientes elementos durante la asistencia a la madre de reciente labor parturienta:

- Constantes: revisar pulso y ritmo cardiaco, en la 1ª hora, cada 15 minutos
- Involución de las heridas: episiotomía (dehiscencias, hematomas y signos de infección) y heridas del canal del parto.
 - Enfermería: 2 lavados/día con antiséptico desde la parte anterior a la posterior. Contraindicadas las irrigaciones vaginales y los baños de inmersión. Debe hacerlo enfermería. Calor húmedo con baños de asiento tibios.
- Entuertos (contracciones musculares dolorosas): analgesia.
- Diuresis/Micción: En el puerperio temprano, hay un aumento de la diuresis debido a la reducción del compartimiento extracelular. Es muy importante la vigilancia de la evacuación de orina durante éste período ya que pueden ocurrir los siguientes problemas:
 - Hematuria: Puede observarse en las primeras horas debido a traumatismo vesical en el proceso del parto.

¹³² PERALTA M. Octavio, "Aspectos Clínicos del Puerperio", Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, Texto de "Salud Reproductiva en el Período Post-parto: Manual para el entrenamiento del personal de los servicios de salud". Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), 1996.

- Retención urinaria: El traumatismo vésico-uretral que acompaña al parto puede producir edema del cuello vesical y de la uretra que dificulta la evacuación de la orina. Por otra parte, las anestias de conducción suelen provocar hipotonía de la vejiga con la consecuente retención urinaria. En algunas oportunidades es necesario recurrir a la cateterización vesical (sondaje) continua o intermitente.
- Infección urinaria: Se produce habitualmente como consecuencia de la retención urinaria y de las maniobras de cateterización. Toda cateterización vesical (sonda) debe ser seguida de cultivo de orina.
- Depresión: transitoria. Acúmulo de diversos factores:
 - Reducción de tensión emocional.
 - Molestias del puerperio.
 - Cansancio.
 - Ansiedad (dudas de capacidad de cuidar al niño al dejar el hospital).
 - Temor de dejar de ser atractiva Importante anticiparse al diagnóstico y dar confianza a la madre.

Como se puede advertir, el procedimiento clínico médico instruido a los profesionales del área Salud, demuestra claramente que el Estado Puerperal implica una situación de alteraciones fisiológicas que influyen decisivamente en el estado psicológico de las mujeres luego de dar a luz.

Por lo cual, tomando en cuenta el criterio clínico del Estado de Puerperio Inmediato que tiene una duración promedio de 24 horas, la presente Tesis de Grado concluye la necesidad de contemplar este periodo de tiempo como el indicado para presumir la situación del Estado Puerperal en la mujer que da a luz.

Durante las 24 horas inmediatas al parto, la mujer sufre cambios drásticos en su cuerpo que influyen en los estados anímicos causando cuadros depresivos y de alteración emocional, en muchos casos la conjunción del dolor característico de los entuertos (contracciones musculares), riesgo de hemorragia, debilidad muscular producto del enorme desgaste energético que representa el parto, la mujer se encuentra más vulnerable a perder la noción de la realidad, por lo que la mujer puede ingresar a un periodo de semi-inconsciencia y por tanto semi-imputabilidad.

El criterio de las 24 horas, se debe tomar muy en cuenta en los casos en que la mujer no asiste a los centros médicos, realizando las labores de parto en la soledad de su hogar o en lugares alejados, por lo que evidentemente no cuenta con el apoyo y cuidados pertinentes tras el parto, haciéndola más vulnerable a las alteraciones psicofisiológicas.

14.4. FUNDAMENTO DE LA ATENUACIÓN EN LA SANCIÓN DEL DELITO DE INFANTICIDIO

Habiendo establecido que el estado puerperal puede conducir a un estado de Semi-imputabilidad en el sujeto activo (específicamente debe ser la madre que da a luz), se debe aplicar la sistemática penal contenida en el Código Penal Boliviano, en sus artículos 18 y 39 que son transcritos a continuación:

***ARTÍCULO 18°.- (SEMI-IMPUTABILIDAD).** Cuando los casos a que se refiere el artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender o de querer del agente, si no que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al artículo 39° o decretará la medida de seguridad más conveniente.*

ARTÍCULO 39°.- (ATENUANTES ESPECIALES). *En los casos en que este Código dispone expresamente una atenuación especial, se procederá de la siguiente manera:*

- 1. La pena de presidio será substituida por la de reclusión.*
- 2. La de reclusión, por la de prestación de trabajo.*
- 3. En los demás casos, la escala será disminuida de una tercera parte a la mitad, sin que en ningún caso la pena pueda ser inferior al mínimo legal.*

En virtud al artículo 18 en relación al artículo 17 inciso 1 (enajenación mental) se advierte la existencia de un estado de alteración psicológica en la mujer que da a luz, por lo cual corresponde la semi-imputabilidad, en cuyo caso se determina la atenuación de la pena en concordancia con lo señalado en el artículo 39 del Código Penal, específicamente del inciso 3 que determina la disminución de una tercera parte a la mitad, es decir:

DELITO	SANCIÓN	ATENUACIÓN DE LA SANCIÓN
INFANTICIDIO (artículo 258 modificado)	30 años	1/3 (tercera parte) = 9
		½ (mitad) = 15

Por tanto la sanción correspondiente en grado atenuado para la madre que da muerte a su hijo afectada por el Estado Puerperal, amerita una sanción de 9 a 15 años de privación de libertad.

14.5. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO PENAL

Después del estudio y análisis de la doctrina jurídica relativa al delito de Infanticidio, así como de la comparación de la normativa jurídica existente en otros países, se concluye la necesidad de modificar el texto actual del artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal Boliviano.

Asimismo la investigación de campo a través de las encuestas y las entrevistas realizadas, refuerzan la propuesta de modificar el Artículo 258 (infanticidio) del Código Penal Boliviano, principalmente porque la reciente reforma introducida por la Ley 548, determina una tipificación que si bien en principio brinda mayor protección a los infantes de agresores que atenten contra su vida, la norma no contempla los factores atenuantes que concurren cuando una madre mata a su hija o hijo recién nacido, por lo que la sanción resulta desproporcional en este caso específico.

En conclusión el artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal Boliviano no contempla los casos específicos en que una madre se encuentra en un estado emocional y psicológico alterado que puede conducirlo a matar a su hijo recién nacido, por lo que se aplica una sanción excesiva que colisiona directamente con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

En este contexto la proposición para poder fortalecer la tipificación penal del infanticidio, se centra en modificar el artículo añadiendo un segundo párrafo en el artículo 258 del Código Penal Boliviano, el mismo que permitirá una aplicación graduada de la Pena y con ello se respetará la esencia del Principio de Proporcionalidad de la Pena.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

15. CONCLUSIONES

La comisión del delito de infanticidio conlleva una sanción de presidio de 30 años sin derecho a indulto, para toda persona que matare a una niña o niño desde su nacimiento hasta sus doce años, la sanción en cuestión colisiona directamente con el Principio de Proporcionalidad de la Pena porque no se realiza una adecuada valoración de la culpabilidad y las situaciones atenuantes en los casos específicos que el sujeto activo sea la progenitora que durante las labores de parto se puede ver afectada por los cambios psico-fisiológicos propios del parto que derivan en un estado de semi inconsciencia denominado comúnmente como “Estado Puerperal”.

En ese entendido, se considera fundamentada la necesidad de modificar el Artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal Boliviano, insertando circunstancias atenuantes en los casos específicos que la madre matare a su hija o hijo recién nacido, con la finalidad de lograr una mejor gradación de la pena y por ende una mejor aplicación del derecho penal que no colisione con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

1. El Infanticidio en diversos sistemas penales del mundo es considerado en si como una atenuante cuyo fundamento se sustenta en el móvil del honor y/o el estado psíquico que presentaba o podía presentar la madre en el momento del parto mientras durara el estado puerperal. Las circunstancias atenuantes se relacionan directamente con la tipificación del infanticidio porque se reconoce la necesidad de administrar una

sanción gradada que este aparejada a la medida de culpabilidad puesto que conforme lo señala Roxin “ante una imputabilidad notablemente disminuida debería comportar también una pena notablemente disminuida”¹³³.

2. La doctrina legal internacional agrupada en 2 sistemas como son el Sistema Latino o de la Motivación y Sistema Helvético o de la Alteración Fisiopsicológica, establecen en el ámbito penal parámetros atenuantes que deben ser considerados al momento de establecer la responsabilidad penal del sujeto activo en el delito de infanticidio, por lo cual nuestra legislación penal se aparta completamente de la doctrina internacional al eliminar toda circunstancia atenuante en el delito de infanticidio, situación que debe ser corregida con prontitud a fin de evitar casos en los que el código penal determine sanciones desproporcionales.
3. El delito de infanticidio en la legislación Europea y Latinoamericana es tipificado de forma atenuada para el sujeto activo es decir la madre progenitora basándose en sistemas doctrinales que pretenden proteger el honor y la imagen de la mujer o la línea doctrinal que justifica el hecho por el denominado “Estado Puerperal”, estableciéndose sanciones diferenciadas a las del asesinato, las cuales promedian desde los 2 hasta los 15 años de presidio.
4. El trabajo de campo consistente en la aplicación de una encuesta de opinión dirigido a 400 personas (mujeres de 20-40 años) y profesionales médicos, psicólogos y abogados, demuestra que los resultados obtenidos apoyan la necesidad de modificar el artículo 258 del Código

¹³³ ROXIN, Claus, “Derecho Penal”. Parte General, tomo I, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 2006, Pág. 841

Penal, puesto que la opinión general de los encuestados reconoce que es necesario aplicar una sanción menor en los casos que la madre matare a su hijo recién nacido, porque en esencia comprenden que la misma se ve afectada por estados alterados que la conducen a la comisión del delito.

En síntesis, el delito de infanticidio tipificado en el Código Penal recientemente modificado por la Ley N° 548 - Código Niña, Niño y Adolescente, se aparta de la doctrina internacional que fundamenta la necesidad de establecer circunstancias atenuantes, por lo que resulta en la aplicación de sanciones desproporcionales en los casos que el sujeto activo del delito sea la madre progenitora.

Teniendo presente que la culpabilidad de la madre que matare a su hija o hijo recién nacido puede verse disminuida por las alteraciones psico-fisiológicas propias del Estado Puerperal, se requiere una pronta modificación al texto del artículo 258 del Código Penal insertando circunstancias atenuantes específicas que permitan una gradación de la pena que no colisione con el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

16. RECOMENDACIONES

Como recomendaciones, podemos citar las siguientes:

1. Entendiendo que la sociedad es dinámica y se encuentra en constante cambio, las normas jurídicas existentes en nuestro país, deben asumir una actitud similar y ser actualizadas constantemente, para que estén acordes a la dinámica social de nuestro país, este es el caso específico del Artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal, el cual debe ser modificado nuevamente.
2. Se recomienda enfáticamente modificar el actual texto del artículo 258 del Código Penal Boliviano, por contener una pena excesiva que colisiona con el Principio de Proporcionalidad de la Pena en los casos específicos que la madre progenitora afectada por el estado puerperal propio de las labores de parto matare a su hija o hijo recién nacido.
3. Con la finalidad de optimizar el sistema penal vigente en nuestro país, se recomienda se realice la modificación al Código Penal en su artículo 258, por medio de la inserción de un segundo párrafo que defina las condiciones “sine qua non” que den lugar a una sanción diferenciada para los casos de infanticidio en que el sujeto activo sea la madre progenitora y el hecho haya sido realizado bajo la influencia del Estado Puerperal dentro de las 24 horas de sucedido el parto, circunstancias atenuantes que conduzcan a la aplicación de una sanción equiparable a la culpabilidad del sujeto activo.

17. ANTEPROYECTO

TEXTO PROPUESTO DEL PROYECTO DE LEY PARA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258 (INFANTICIDIO) DEL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

ANTEPROYECTO DE LEY Nº 001/16

EVO MORALES AYMA

**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE
BOLIVIA**

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política del Estado concibe a nuestra nación como Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores la libertad, la igualdad y la justicia, que deben aplicarse con prioridad a cualquier norma de menor jerarquía y sobre todo cuando se trata de respetar los derechos de cada uno de los ciudadanos.

Que el Artículo 81 de la Constitución Política del Estado, dispone que la norma jurídica es obligatoria desde el día de su publicación.

Que el Estado Plurinacional reconoce la medida o limitación de aplicación de la fuerza coercitiva del estado, es decir la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas.

Que las normas jurídica del Estado Plurinacional, propugnan el respeto a la vida, la integridad física y el normal desarrollo de estas.

Que el recién nacido desde el momento de su concepción, goza de los derechos y garantías otorgadas por la Constitución del Estado.

Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL
DECRETA:
LEY DE MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 258 (INFANTICIDIO) DEL
CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

ARTÍCULO 1.- (OBJETO).- La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 258 del Código Penal para una efectiva aplicación del principio de proporcionalidad de la pena.

ARTÍCULO 2.- (MARCO CONSTITUCIONAL).- La presente Ley tiene por fundamento constitucional el artículo 115 de la Constitución Política del Estado en cuanto la función primordial del Estado de garantizar el derecho al debido proceso.

ARTÍCULO 3.- (MODIFICACIÓN).- Se modifica el artículo 258 del Código Penal, quedando redactado con el siguiente texto:

Artículo 258. (INFANTICIDIO). I. Se sancionará con pena de presidio de treinta (30) años, sin derecho a indulto, a quién mate a una niña o un niño desde su nacimiento hasta sus doce (12) años, cuando:

- 1) El hecho se haya producido en situación de vulnerabilidad de la niña o niño por el sólo hecho de serlo;
- 2) La niña o niño que haya sido víctima de violencia física, psicológica o sexual, con anterioridad a la muerte, por parte del mismo agresor;
- 3) La niña o niño haya sido víctima de un delito contra la libertad individual o la libertad sexual, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor;

- 4) La muerte sea conexas al delito de trata o tráfico de personas;
- 5) La muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales por parte del mismo agresor;
- 6) La niña o niño haya sido víctima de violencia familiar o doméstica, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor;
- 7) Existan antecedentes de abandono a la niña o niño, por parte del mismo agresor;
- 8) La niña o niño haya sido víctima de amenazas al interior de la familia, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor; y
- 9) La niña o niño haya sido víctima de hostigamiento u odio dentro de la familia, con anterioridad a la muerte por parte del mismo agresor.

II. A la madre que matare a su hija o hijo recién nacido dentro de las 24 horas después del alumbramiento se le sancionara con una pena privativa de libertad de nueve (9) a quince años (15), siempre que concurren las circunstancias en que la madre se encuentre afectada por el Estado Puerperal derivado del parto y de los efectos psicológicos de su embarazo y el nacimiento.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

ARTÍCULO ÚNICO.- Se derogan todas las disposiciones legales contrarias a la presente Ley.

Remítase al Órgano Ejecutivo para fines constitucionales.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional a losdías del mes del año dos mil dieciséis.

18. BIBLIOGRAFÍA

Libros consultados:

- ALCALÁ DELGADO, David, “Economía Política”, Edit. Morelia, Michoacán - México, 1993.
- ANTOLISEI, Francesco, “Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale I”, editorial: Giuffrè Editore, Italia, 2008
- AZCARATE CORRAL, Patricio, “Obras Completas de Platón”, Diálogos de Platón Tomos 1 y 2, Madrid, 1871-1872.
- BACIGALUPO, Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”, 2da. Ed. (1ra reimpresión de 1989), Edit. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires - Argentina, 1989.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel, “Manual de Derecho Penal - Parte Especial”, 2da. Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Araces S.A. España, 1991.
- BASILE, Alejandro, “Fundamentos de Medicina Legal”, Edit. El Ateneo, Buenos Aires - Argentina, 1994.
- BONNET, Emilio, “Medicina Legal”, Tomo II, Ed. Lopez Libreros, 2da Edición, Buenos Aires - Argentina, 1980.
- BRAMONT ARIAS, Luis, “Código Penal Anotado”; Primera Edición; Editorial San Marcos, Lima - Perú 1995.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2003.
- CARMONA SALGADO, Gonzales, y otros. “Manual de Derecho Penal”, 2da. Edición. Edit. Centro de Estudios Ramón Araces S.A. España, 1991.
- CARRARA, Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, (Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero) parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

- CARRILLO OLMEDO, Pedro Manuel, “Medicina legal”, Corporación De Estudios Y Publicaciones, Ecuador, 2002.
- CASTILLO ALVA, José, “Principios de Derecho Penal”, en “Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal”, Edit. Fondo Editorial, 1ra ed., Perú, 2010.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, “Derecho Penal”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2002.
- CREUS, Carlos, “Derecho Penal - Parte Especial”, 3ra. Edic. 1ra. reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 1991.
- ESCRICHE, Joaquin, “Diccionario de Legislación y Jurisprudencia”, Tomo III, Editorial Temis, Madrid – España, 1854.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel, “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 2, 2008.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo”. Edit. Dykinson, Madrid – España, 2009.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal T. IV. Parte Especial”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1969.
- GARCÍA BUCIO, Jesús, “El delito de infanticidio, estudio dogmático”, Edit. Morelia, México, 1965.
- GARCIA MAAÑON, Ernesto, “Aborto e Infanticidio, aspectos jurídicos y médicos legales”, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1990.
- GARRIDO MONTT, Mario, “El homicidio y sus figuras penales”, Edit. Encina, Santiago de Chile - Chile, 1999.
- GIUSSEPE, Bettiol, “El Problema Penal”, traducción del italiano de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1995.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, Nicolás, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Edit. Colex, Madrid - España, 1990.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Presente y Futuro de las Circunstancias Modificativas”. Cuaderno del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal, Impreso S.A. de Fotocomposición, Madrid – España, Marzo 1995.
- GRADOS POZO, María, “Delito de Infanticidio”, (tesis para obtener el grado de bachiller en Derecho). UNMS. Lima - Perú, 1975.
- GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. “Derecho Penal Especial”. Edit. Temis, Bogotá - Colombia, 1995.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, “Metodología de la Investigación”. Editorial Mac Grau & Hill, Bogotá - Colombia, 1995
- HUESO, Andrés, “Metodología y Técnicas Cuantitativas de investigación”, Universidad Politecnica de Valencia, 1ra Edición, España, 2012.
- HURTADO P., José, “Manual de Derecho Penal - Parte General”, Segunda Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima - Perú, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1964.
- LEVENE, Ricardo, “El Delito de Homicidio” 3ra edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires - Argentina, 1997.
- LLINGWORTH, R. S. “El niño normal - Problemas de los primeros años de vida y su tratamiento”, 4ta edición, México, 1993
- LÓPEZ GARCÉS, Ramiro, “Diccionario Jurídico Elemental”, Universidad Central del Ecuador, Edit. Aplicaciones Graficas, Quito – Ecuador, 2008
- MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, “La Alevosía en el Derecho Español”, Editorial Comares, Granada – España, 1988.
- MARTÍNEZ GONZALES, María Isabel, “Delito de Infanticidio” en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 3, Universidad de Sevilla, España, 1993
- MARTÍNEZ, Elvira, “La Depresión Postparto: un estudio exploratorio con una muestra de mujeres valencianas”, Asociación Española de Psicología

Clínica y Psicopatología (AEPCP), Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, Volumen 6, Num. 1, España, 2001.

- MILNER, Larry. "Hardness of Heart / Hardness of Life: The Stain of Human Infanticide", Oxford, University Press of America, New York, 2000
- MINISTERIO DE SALUD, "Protocolo de Atención del Puerperio Fisiológico", Dirección General de Servicios de Salud, Managua – Nicaragua, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo, "Derecho Penal Argentino", Parte Especial, Tomo III, Buenos Aires - Argentina, 1961.
- OMS - Organización Mundial de la Salud, "Efectos del Parto en el Feto y el Recién Nacido", Serie de Informes Técnicos de la OMS, Ed. N° 300, Ginebra, 1995.
- ONFRAY, M, "Tratado de Ateología", Edit. De la Flor, 39va Edición, Buenos Aires – Argentina, 2006.
- ORTIZ Uribe, FRIDA Gisela, "Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas", Edit. Limusa, México, 2003.
- OSSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales", Edit. Heliasta, 28va ed., Buenos Aires – Argentina, 2001.
- PALUDI, Osvaldo, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio", Edit. Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1996.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Delitos contra la vida y la integridad", Edit. Porrúa, 7a edición, México, 2000.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "Derecho Penal", Parte especial. Tomo I, Edit. Idemsa, Lima – Perú, 2008.
- PERALTA M. Octavio, "Aspectos Clínicos del Puerperio", Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, Texto de "Salud Reproductiva en el Período Postparto: Manual para el entrenamiento del personal de los servicios de salud". Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), Chile, 1996.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, "Sistema Político y Constitucional de Alemania", Santiago de Compostela, Edit. Tórculo, Coruña – España, 2003.

- PEREIRA SAEZ, Carolina, “Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español”, Madrid – España, 2003.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, “Introducción al Derecho Penal”, Edit. Forum Pacis, ed. 3ra, Bogotá - Colombia, 1996.
- PLATÓN, “La República”, Ed. Leyenda, México, 2002
- PORTE, Petit, “Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal”, Edit. Porrúa, 9na Ed., México, 1990.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Acto, resultado y proporcionalidad”, En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXV, Fasc. II, Mayo Agosto, Madrid - España, 1982.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, Ed. 22va, Madrid – España, 2001
- ROXIN, Claus, “Derecho Penal”. Parte General, tomo I, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid - España, 2006.
- ROY FREIRE, Luis, SALINAS SICCHA, Ramiro, “Derecho Penal - Tipos de Animus en los delitos”, Edit. Grijley, Lima – Perú, 1996.
- SABINO, Carlos, “El Proceso de Investigación”, Ed. Panapo, Caracas – Venezuela, 1992.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. “Derecho Penal”, Parte especial, Edit. Grijley, 3ra. edición, Lima - Perú, 2008.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. Universidad Nacional Autónoma de México, CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores), México, 2010.
- SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, Revista Dikaion – Revista de fundamentación Jurídica, Universidad de La Sabana – Colombia, 2008.

- SEBASTIANI, Mario, “Lo que nadie te contó del embarazo y el posparto”, Edit. Paidós, Buenos Aires - Argentina, 2011.
- SILVELA, Luis, “Derecho Penal - Primera Parte”, Madrid, 1879
- SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires – Argentina, 1976.
- SOTO, Tomas, “Infanticidio”, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires – Argentina, 2008.
- TAMAYO, Mario, “El Proceso de la Investigación Científica”. Ed. Limusa: México, 2000.
- TARDIEU, Ambrosio, “Estudio médico-legal sobre el infanticidio”, Universidad de Alcalá, Madrid - España, 2010.
- TORT, Cesar, “Hojas Susurrantes”, Tomo 5, Printed in the United States Of America, 2014.
- VARGAS ALVARADO, Eduardo, “Medicina Legal”, Trillas Editorial, 1ra Edición, México, 2010.
- VÉLEZ CORREO, Luis Alfonso, “Ética Médica”, Edit. Corporación para investigaciones biológicas, 3a edición, Colombia, 2003.
- VILLA STEIN, Javier, “Derecho Penal - Parte Especial”, Edit. Grijley, Lima - Perú, 1998.
- VILLAVICENCIO T., Felipe, “Delitos de Homicidio - Código Penal de 1991”, Gios Editores, Lima – Perú, 1991.

NORMAS CONSULTADAS:

- ALEMANIA, “Strafgesetzbuch - Código Penal Alemán”, versión traducida por Claudia Lopez Diaz, modificada según 34ª Ley modificatoria del derecho penal, Munich - Alemania, 2002.
- ARGENTINA, “Código Penal de la Nación Argentina”, LEY 11.179, Texto Ordenado con la Ley 27.206 del Honorable Congreso de la Nación Argentina

de 28 de Octubre de 2015, Publicada en el Boletín Oficial del 10-nov-2015, Número: 33253, Argentina, 2015

- BRASIL, Código Penal, Decreto Ley 2.848 de 7-12-1940, modificado por Ley N° 9.777 de 26 de Diciembre de 1998.
- CHILE, Código Penal, Ley N° 20830, Ultima Modificación al Código Penal de 21 de Abril de 2015.
- COLOMBIA, “Código Penal”, LEY 599 DE 2000, Senado de la República de Colombia, Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000, Ultima Actualización: 21 de Abril de 2016
- COSTA RICA, “Código Penal”, Ley N° 4573, Asamblea Legislativa, N° Gaceta: 257 del: 15/11/1970, versión de la norma 46 del 30/09/2014
- EL SALVADOR, “Código Orgánico Integral Penal”, Decreto N° 1030, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, actualizado por Decreto Legislativo No. 953 de fecha 18 de marzo de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 56, Tomo 406 de fecha 23 de marzo de 2015.
- ESPAÑA, “Código Penal y Legislación Complementaria”, Boletín Oficial Del Estado, Madrid – España, Edición actualizada a 11 de abril de 2016
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Constitución Política del Estado Plurinacional”, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2009
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Código Penal”, Ley 1768, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 1997
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Código Civil”, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 1975
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Código Niña, Niño y Adolescente”, Ley N° 548, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2014.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0206/2014”, Tribunal Constitucional Plurinacional, La Paz – Bolivia, 5 de febrero de 2014.
- FRANCIA, “Código Penal”, versión consolidada en 01 de enero de 2014

- GUATEMALA, “Código Penal de Guatemala”, DECRETO No. 17-73, Congreso de la República de Guatemala, incluye reforma al Código por Decreto N° 4-2010.
- HONDURAS, “Código Penal de Honduras”, Decreto Numero 144-83, Congreso Nacional, Publicado en la Gaceta número 24,264 del lunes 12 de marzo de 1984, Reformado por Decreto 70-2015 del 28 de julio de 2015
- ITALIA, “Codice Penale”, actualizado 3 de marzo de 2016, por ley “omicidio stradale”, 2016.
- PORTUGAL, “Código penal de Portugal”, Ley 59 de 2007, enmienda vigésima tercera del Código Penal, 2007
- VENEZUELA, “Código Penal”, Gaceta Oficial N° 5.768 del 13-Abr-2005, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, 2005.

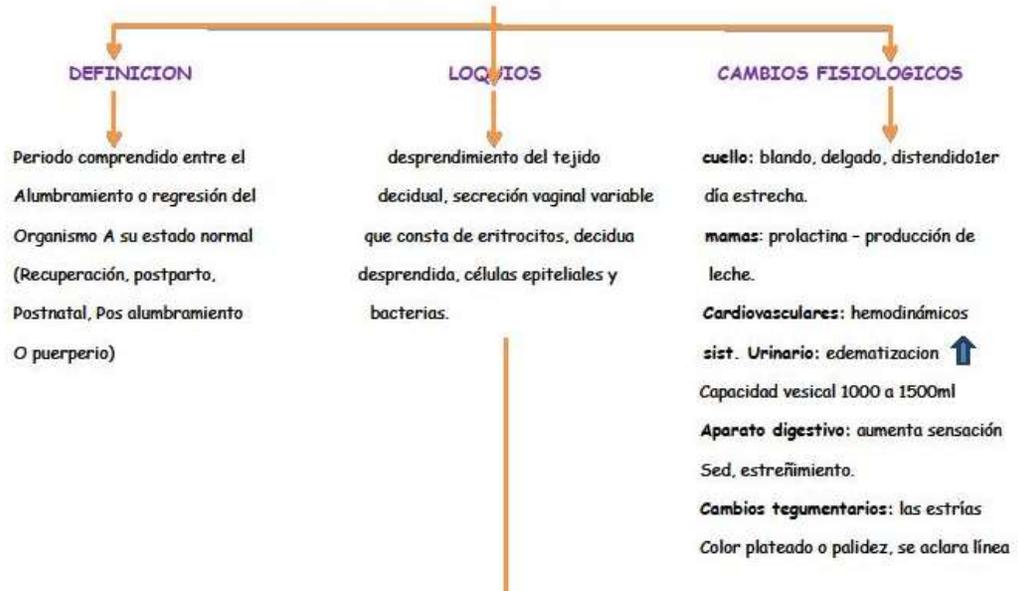
SITIOS EN INTERNET CONSULTADOS:

- Consideraciones Sobre el Bien Jurídico Tutelado en Los Delitos Ambientales", James Reátegui Sánchez, publicado en, <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>.
- "Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites al Ius Puniendi", Santiago Mir Puig, publicado en, <http://neopanopticum.wordpress.com/2007>.
- REVISTA DIKAION <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion>
- PEREIRA SAEZ, Carolina, “Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español”, publicado en, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2336/1/AD-8-57.pdf>
- MINISTERIO DE SALUD, “Protocolo de Atención del Puerperio Fisiológico”, Dirección General de Servicios de Salud, Managua – Nicaragua, publicado en, http://www.paho.org/nic/index.php?gid=171&option=com_docman&task=doc_download, 2010

ANEXOS

BIO-ESTRUCTURA DEL ESTADO PUERPERAL

PUERPERIO.



POST PARTO Y PUERPERIO

CUIDADOS

UNA MUJER PUÉRPERA NECESITA:

ALIMENTARSE



AYUDA CON LA CASA Y LOS OTROS NIÑOS



BEBER



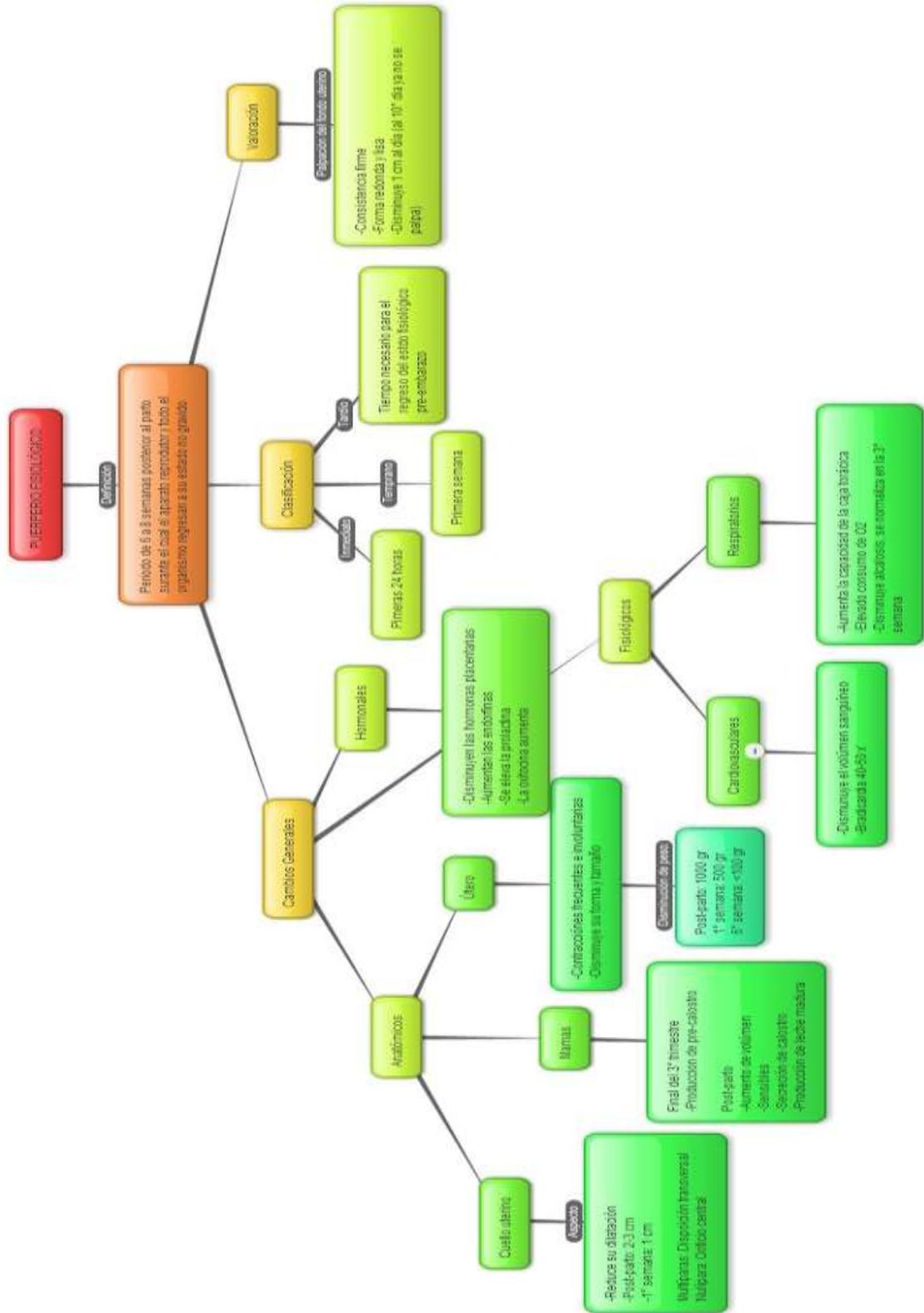
DESCANSAR



PROTOCOLO DE ATENCIÓN DURANTE EL PUERPERIO INMEDIATO
 (protocolo a ser aplicado por el personal médico y enfermeras)



PUERPERIO FISIOLÓGICO





MATRIZ DE LA ENCUESTA

“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258 (INFANTICIDIO) DEL CÓDIGO PENAL POR CONTRADECIR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”

INSTRUCCIÓN: MARQUE LA RESPUESTA QUE CONSIDERE CORRECTA

1. *¿Conoce o tiene referencias sobre la reciente modificación del delito de Infanticidio?*

SI

NO

2. *¿Considera adecuado que una persona que da muerte a un niño o niña sea sancionada con una pena de 30 años?*

SI

NO

3. *¿Diría Ud. que durante el parto la mujer atraviesa por cambios hormonales, fuertes alteraciones psicológicas y físicas (estado puerperal)?*

SI

NO

4. *En su opinión, la pena de 30 años de presidio, para una madre que da muerte a su hijo recién nacido durante el parto, que además se ve afectada por el Estado Puerperal, es:*

ACERTADA

DESPROPORCIONAL

5. *¿Cree usted que es necesaria la modificación del artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal insertando Circunstancias Atenuantes para la madre progenitora y así evitar sanciones desproporcionales?*

SI

NO

Gracias por su cooperación.....



MATRIZ DE LA ENTREVISTA
“PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 258 (INFANTICIDIO)
DEL CÓDIGO PENAL POR CONTRADECIR EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD”

Fecha: _____

Nombre: _____

Cargo que ocupa: _____

1. ¿Cuál es su opinión sobre la pena prevista para el delito de infanticidio señalado en el Art. 258 del Código Penal?

.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿Considera usted correcto que la tipificación del delito de infanticidio sancione con una pena de 30 años de presidio sin derecho a indulto a la madre da muerte a su hijo recién nacido cuando está afectada por el estado puerperal?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....



3. ¿Cree usted que se debe modificar el artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

FRANCESA IRÁ NUEVE AÑOS A LA CÁRCEL POR INFANTICIDIO

PARÍS, FRANCIA (02/JUL/2015).- El Tribunal de Justicia Penal del norte de Francia condenó hoy a nueve años de cárcel a la francesa Dominique Cottrez por el infanticidio de ocho de sus hijos entre 1989 y 2000, acusación de la que ella misma se declaró culpable.



Los cadáveres se descubrieron en 2010, cuando el nuevo propietario de la casa de los padres de Cottrez, en la localidad de Villers-au-Tertre, encontró en el jardín dos cuerpos en estado de putrefacción envueltos en sacos de plástico.

La mujer, de 51 años, confesó después que había escondido más cuerpos de bebés asesinados justo después de su nacimiento, sin poder precisar cuántos, y los investigadores acabaron encontrando otros seis.

El juicio permitió saber que Cottrez, en cada embarazo, aprovechaba las vacaciones o viajes de trabajo de su marido para dar a luz en el cuarto de baño, estrangular a los recién nacidos y meterlos en una bolsa de plástico.

La mujer alegó en el juicio las humillaciones que sufrió en su primer embarazo conocido y el temor a que los niños fueran de su propio padre, de quien en un primer momento aseguró que había sufrido abusos, antes de retractarse y negar cualquier incesto.

El jurado, tras deliberar durante unas cinco horas, reconoció la existencia de una "alteración en el discernimiento" y negó premeditación en el primer infanticidio, pero subrayó la existencia de una "pauta" en los siguientes.

Dos de sus abogados mostraron su satisfacción por el fallo judicial, agradecieron que se haya juzgado a su clienta con "inteligencia, compasión y humanidad" y aseguraron que no van a recurrir la sentencia, que no tuvo en cuenta la petición de 18 años de cárcel solicitada por la Fiscalía.

"Jamás ha sido una criminal como el resto", dijo el letrado Frank Berton en la cadena de televisión BFMTV, donde destacó que su defendida se siente aliviada y agradece haber sido "escuchada y comprendida por primera vez" en este juicio.

PROCESAN A MADRE ADICTA A LA CLEFA POR INTENTO DE INFANTICIDIO

Periódico “La Opinión”: Tatiana Castro,
11/03/2015

La Defensoría de la Niñez y Adolescencia inició ayer un proceso penal en contra de Claudia Paniagua por el delito de infanticidio en el grado de tentativa, por agredir ferozmente a su bebé de seis meses, informó la encargada del área Marisol Zenteno.



Hasta el mediodía de ayer la figura legal del proceso era por lesiones físicas, sin embargo en el transcurso de la tarde se modificó a infanticidio en grado de tentativa al recibir más información de las investigaciones.

El infanticidio está penado con 30 años de reclusión, de acuerdo a las disposiciones transitorias de la Ley Código del Niño, Niña y Adolescente.

La madrugada del domingo pasado el menor fue víctima de una golpiza propinada por su madre (Claudia Paniagua) en plena vía pública, en la avenida Aroma. La mujer, quien inhalaba clefa, lo tomó de la ropa, puso su pie en el pecho, lo arrojó un par de veces al piso, intentó ahorcarlo y lo golpeó en el rostro.

Pese a la advertencia de los transeúntes la madre no dejó de maltratar al menor hasta que fue rescatado por un parroquiano y trasladado a un hospital. Ahora permanece temporalmente en un centro de acogida hasta que un juez defina su situación. Las responsables del hogar expresaron su preocupación por el mal estado de salud del pequeño.

PROCESO Zenteno aclaró que la Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente (548) da atribuciones a las Defensorías para que intervengan a favor de los niños que se encuentren en situación de riesgo.

En este caso, existe un certificado forense que da cuenta de las agresiones del menor y le otorga un impedimento de cinco días.

ARGENTINA: DIPUTADOS APROBÓ LEY QUE BAJA LAS PENAS A LAS MADRES QUE MATEN A SUS BEBÉS

09 de Septiembre de 2010: Infobae

Tras cinco horas de debate, los diputados aprobaron por 170 votos a favor, 29 en contra y 9 abstenciones un proyecto de ley que propone reincorporar el Código Penal la figura del Infanticidio. La norma ahora giró al Senado.

La iniciativa, que tiene como autora a la kirchnerista Diana Conti, busca modificar el inciso 2 del artículo 81 del Código Penal, para "imponer prisión de seis meses a tres años a la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal".

En el debate se notó un recorte transversal en varios de los bloques, donde el oficialismo respaldó un dictamen que fue de mayoría, el cual restablece la figura y dispone una condena de seis meses a tres años para "el infanticidio", es decir, "homicidio cometido por madre mientras dura su estado puerperal".

Una propuesta de Patricia Bullrich (Coalición Cívica) y Natalia Gambaro (Peronismo Federal) había planteado que las penas rondan entre "ceros y nueve años", para darle la oportunidad a los jueces de determinar cuál fue el estado de emoción violenta que atravesó la madre en el momento de cometer el delito.

"La única causal para bajar la pena es una capacidad de comprensión del delito de la autora", dijo Bullrich en diálogo con Radio 10 y calificó la iniciativa del oficialismo de "total barbaridad".

La legisladora de la CC añadió que "en nuestro proyecto hemos planteado una innovación que es plantear una pena que vaya desde 0 a 9 años".

El Infanticidio había sido derogado en 1994 mediante la ley 24.410, por lo que se suponía que la madre que diera muerte a su hijo incurriría en un homicidio agravado por el vínculo.

A través de esta ley, que existe en países como Bolivia, Uruguay, Venezuela, Perú, Brasil y Chile, se intenta establecer un concepto intermedio entre el homicidio agravado por el vínculo y la eventual inimputabilidad de la mujer.

El debate en torno al Infanticidio reflató la polémica por el caso de la joven jujeña, Romina Tejerina, quien producto de una violación tuvo una bebé que mató a puñaladas y luego fue condenada a 14 años de prisión

MACABRO HALLAZGO DE BEBÉ DEGOLLADA CONMOCIONA A VECINOS DEL AEROPUERTO

19 Diciembre 2013, Diario Nuevo Sur - Tarija Bolivia



Un macabro y horripilante hallazgo hizo ayer al promediar las 07:30 una barrendera de la Dirección Municipal de Aseo, DMAT, quien todos los días realiza la limpieza de la Plaza Tres Pasos al Frente del barrio Aeropuerto, cuando al mover unos papeles y ramas se llevó una tremenda sorpresa al ver una bebé recién nacida sin vida botada en medio de la basura, que se encontraba aún con su placenta y señas de haber sido asesinada.

El hallazgo causó sorpresa y conmoción entre los vecinos de la zona, quienes comenzaron a hacer comentarios sobre lo que pudo haber sucedido. Tras una revisión médica externa, entre personal multidisciplinario de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, FELCC y el médico forense, Walter Jorge Daza Alá, pudo confirmarse que el bebé fue degollado y casi decapitado, porque presentaba una herida en el cuello, con una circunferencia casi completa, corte producido por un elemento filoso o laminado y metálico.

“Hemos hecho el levantamiento de un neonato de sexo femenino, el cual según la observación que hemos realizado, al momento del nacimiento ha sido expulsado junto con la placenta y posterior a eso, ha sufrido una herida a nivel del cuello que le ha causado la muerte”.

Daza, sostuvo que el bebé llegó a nacer, debido que el cordón umbilical fue separado y la placenta también fue separada, la data de la muerte al momento del levantamiento es de cuatro a ocho horas antes de las 09:30.

“Ha sido una muerte violenta, la herida en el cuello es circunferencial, es decir, que contempla la mayor parte del cuello, dejando sólo un colgajo de piel a nivel posterior, vale decir, que la cabecita no ha sido totalmente seccionada, estamos hablando de unos dos centímetros aproximadamente y si eso se hubiese llegado a seccionar, hubiese sido una decapitación completa, separando la cabeza del cuerpo”. Consultado si aparte de la herida cortante en el cuello, presentaba otras lesiones, el forense descartó aquello.

Le bebé completó la etapa de gestación, porque la placenta fue seccionada, está íntegra, lo que quiere decir que el neonato llegó a respirar y posterior a eso, le causaron la muerte con el corte en el cuello.

Luego de realizado el levantamiento del cadáver, por orden fiscal, el bebé muerto y la placenta fueron llevados a la morgue del Hospital Universitario San Juan de Dios, donde van a realizar otro tipo de exámenes.

La fiscal de turno, Paola Córdoba, quien comenzó a realizar la investigación de este macabro hallazgo, dijo que tienen pendientes las actas, tomaron declaraciones a la testigo e hizo cerrar el perímetro en el barrio.

“Supuestamente había una señora que estaba embarazada y trataba de ocultarlo, estamos investigando, se va a dar con el paradero de esa persona y se tiene que proceder como a derecho corresponde”.

Consultada si la madre es del barrio, la fiscal dijo que por todos los indicios, de dónde fue dejada la basura y otros elementos, “tendría que serlo”.

“Extraoficialmente, conocemos que por inmediaciones del lugar, una trabajadora del hogar se encontraba en estado avanzado de gestación”, la cual intentaba ocultar su embarazo. Presuntamente trata de un “embarazo no deseado”, incluso hay versiones no confirmadas de que sea producto de una violación.

Tanto representantes del Ministerio Público como de la FELCC, llegaron hasta un domicilio ubicado al frente de la plaza de barrio, para proceder a efectuar los interrogatorios respectivos.

POSIBLE INFANTICIDIO, NO HAY EL CUERPO DE LA BEBÉ

6 de abril de 2016 - Radiofides.com (Periódico digital del grupo fides de Bolivia)

La Policía investiga un posible caso de infanticidio de una bebé de dos meses de nacida, en el municipio de Cotoca, del departamento de Santa Cruz. Se presume que una pareja de drogodependientes mató a golpes a su hija y luego la enterró en un terreno baldío, tras dos días de búsqueda por parte de los uniformados aún no se puede encontrar el cuerpo.

Según la hermana de uno de los presuntos homicidas, la madre confesó el crimen, en una borrachera, por lo que le pide dar a conocer el lugar exacto donde enterraron a la infante para poder darle cristiana sepultura.

“Yo supe recién hace dos semanas y averigüe (del caso), que ella (la madre) de borracha había hablado, ella había declarado que parece que él (padre) la había maltratado y parece que murió. Él se droga y es agresivo y tal vez se le pasó la mano. Yo quiero que aparezca el cuerquito para darle una cristiana sepultura”, dijo a los medios.

Sin embargo el padre de la bebé negó el crimen y alegó que la muerte se debió a una enfermedad, pero cuando se le preguntó por qué no habían enterrado a la niña en un cementerio éste no supo responder.

“No acabamos con la vida de la niña, fue una enfermedad, nos asustamos y la enterramos acá, no la golpeamos la bebé estaba enferma, su estómago estaba hinchado”, aseguró.

La Defensoría de la Niñez y la Adolescencia se sumó a la querrela en contra la pareja que es por el delito de infanticidio. La entidad cuenta con la certificación del hospital donde la madre dio a luz a su niña.